

ORGANIZAÇÃO

Pedro Abib Hecktheuer

# ESTADO, SOCIEDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANAIS DO II CONGRESSO DE GESTÃO PÚBLICA  
E DIREITO ADMINISTRATIVO

ORGANIZAÇÃO  
Pedro Abib Hecktheuer

# ESTADO, SOCIEDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**ANAIS DO II CONGRESSO DE GESTÃO PÚBLICA  
E DIREITO ADMINISTRATIVO**

**2020**



PORTO VELHO/RO

**Reitor**

Fabio Rychecki Hecktheuer

**Diretor Acadêmico**

José Otacílio Leite

**Diretora Administrativa**

Marcia Abib

**Diretor de Pós-Graduação, Pesquisa e  
Internacionalização**

Miguel Neneve

**Organizadores**

Pedro Abib Hecktheuer

**Comitê Editorial****Presidente**

Fabio Rychecki Hecktheuer

**Diretor Executivo**

Fabio Abib Hecktheuer

**Membros**

Renato Fernandes Caetano

Representante do Curso de Filosofia

Sâmia Laíse M. Benevides

Representante do Curso de Psicologia

Stênio Castiel Gualberto

Representante do Curso de Direito

Miguel Neneve

Representante da Pós-Graduação e Pesquisa

Paulo Márcio Cruz

Convidado Externo (PPGCJ/UNIVALI)

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Convidada Externa (PPGCJ/UNIVALI)

Alfredo Alejandro Gugliano

Convidado Externo (PPGCPol/UFRGS)

**Expediente****Revisão**

Adriana Fernandes

**Diagramação/Revisão**

Alcides Marcelo Biliatto

Bruno Lopes Biliatto

**Capa**

Leila Mara de Souza Lima

**Créditos**

Este e-book foi possível por conta da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico entre os grupos de pesquisa de Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia e Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, da Faculdade Católica de Rondônia (FCR).

**Projeto de Fomento**

Obra resultado do fomento da Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa (FAPERO) por meio do Programa de Apoio a Eventos (PAE), Chamada FAPERO No. 006/2018.

**Endereço**

Rua Gonçalves Dias, 290 - Centro - CEP: 76801-132, Porto Velho – RO – Brasil – EdUCAR, Telefone: (69) 3211-4505.

Bibliotecária responsável: Julia Cristina A. Meinhardt Queiroz CRB11ª 1027

E79 Estado, sociedade e Administração Pública: anais do II congresso de Gestão Pública e Direito Administrativo. -  
- 1º ed. -- Porto Velho - RO : EDUCAR, 2020.  
180 p.

1. Direito Administrativo. 2. Administração Pública.  
3. Sociedade. I. Hecktheuer, Pedro Abib. II. Título.

CDD: 341.3

## APRESENTAÇÃO

A Coordenação Científica da Faculdade Católica de Rondônia tem a alegria de apresentar, com grande satisfação, os Anais do “*I Congresso de Gestão Pública e Direito Administrativo: Estado, Sociedade e Administração Pública*” contendo os artigos apresentados nos grupos de trabalhos do evento. Esse evento científico e a publicação desta obra são resultado da compreensão de que pesquisar é a busca por novas informações e a produção genuína do conhecimento, é perceber o novo. É, pois, por saber que não há outro caminho que possa dar o suporte para o avanço, nos diversos segmentos da vida em sociedade, que se buscou fomentar a submissão, debate e a publicação desta obra que se está a apresentar.

A obra traz em sua essência multidisciplinar uma série de artigos com um enfoque pela diversificação das temáticas, compreendidas a partir do olhar dos acadêmicos e docentes da Região Norte do Brasil, quais sejam: 1. Direitos políticos da pessoa com deficiência mental: uma análise a partir da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência; 2. Anistia do novo código florestal aos pequenos proprietários rurais: análise da isenção de recuperação de reserva legal em áreas degradadas até 22 de julho de 2008; 3. A inversão das fases nas licitações tradicionais: uma possibilidade de alteração legislativa municipal frente a competência privativa da união; 4. Da impossibilidade de aplicação do concurso formal próprio homogêneo ao crime de pesca; 5. Análise sobre a compatibilidade da atividade do garimpo com o princípio do desenvolvimento sustentável no distrito do Abunã do município de Porto Velho-RO; 6. A redução das áreas de preservação permanente pelo novo código florestal brasileiro e o princípio da vedação ao retrocesso ambiental; 7. Do voto distrital misto como instrumento de reforma política e sua aplicabilidade face ao princípio do pluralismo político e ao dever de ampla representatividade; 8. Colaboração dos municípios na segurança pública: implantação da guarda municipal conforme consta no artigo 144 §8 da Constituição Federal; 9. Criminosos psicopatas: a ineficiência do Estado na identificação e tratamento dos criminosos psicopatas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro; 10. As audiências públicas e a legitimidade na concessão da licença ambiental da usina hidrelétrica de Santo Antônio no município de Porto Velho/RO.

Trata-se de um livro que se constitui fonte essencial na busca e apreensão de novos conhecimentos. Um espaço privilegiado de acesso gratuito à pesquisas realizadas pela comunidade acadêmica do Estado de Rondônia.

É nesse espírito de trabalho e dedicação que temos a honra de apresentar a presente obra e registrar com os devidos méritos a qualidade dos trabalhos desenvolvidos, fruto de incontáveis horas de pesquisa e esforço intelectual de abnegados cientistas, tanto docente quanto discentes, engajados sempre no desenvolvimento da ciência na Amazônia brasileira.

**Pedro Abib Hecktheuer**  
Organizador

## SUMÁRIO

**DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI 13.146/2015).. 7**

Andressa Ramos da Silva  
Clevertton Reikdal

**ANISTIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL AOS PEQUENOS PROPRIETÁRIOS RURAIS: Análise da isenção de recuperação de reserva legal em áreas degradadas até 22 de julho de 2008..... 27**

Edson Luiz Ribeiro de Araújo

**A INVERSÃO DAS FASES NAS LICITAÇÕES TRADICIONAIS: UMA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL FRENTE A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO..... 42**

Francisley Carvalho Leiter

**DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO HOMOGÊNEO AO CRIME DE PESCA ..... 58**

Marta Luiza Leszczynski Salib  
Israel de Araújo Verçosa Sanches

**ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE DA ATIVIDADE DO GARIMPO COM O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DISTRITO DO ABUNÃ DO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO-RO..... 78**

Miller Rafael de Sousa Gusmão

**A REDUÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL..... 95**

Marta Luiza Leszczynski Salib  
Tamiris Paula Antunes Ramos

**DO VOTO DISTRITAL MISTO COMO INSTRUMENTO DE REFORMA POLÍTICA E SUA APLICABILIDADE FACE AO PRINCÍPIO DO PLURALISMO POLÍTICO E AO DEVER DE AMPLA REPRESENTATIVIDADE..... 113**

Pedro Abib Heckteuer

Victor Leonardo Ribeiro Rodrigues

**COLABORAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA SEGURANÇA PÚBLICA: IMPLANTAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL CONFORME CONSTA NO ARTIGO 144 §8 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..... 132**

Alisson Barboza Da Silva  
Cláudio Rubens N. Ramos

**CRIMINOSOS PSICOPATAS: A INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA IDENTIFICAÇÃO E TRATAMENTO DOS CRIMINOSOS PSICOPATAS NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 147**

Ana Paula da Silva  
Stênio Castiel Gualberto

**AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE NA CONCESSÃO DA LICENÇA AMBIENTAL DA USINA HIDRELÉTRICA DE SANTO ANTÔNIO NO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO/RO..... 163**

Anderson Charles França Scorgie

# **DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI 13.146/2015)**

Andressa Ramos da Silva<sup>1</sup>  
Cleverton Reikdal<sup>2</sup>

## **Introdução**

Tendo como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, foi promulgada no dia 7 de julho de 2015 a Lei nº13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, reafirmando o conteúdo descrito no tratado internacional e promovendo significativas alterações no código civil no que tange à capacidade para exercer os atos da vida civil, situação que repercutiu no campo dos direitos políticos dos deficientes mentais, que antes da lei eram considerados absolutamente incapazes.

O objetivo da lei foi assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando à inclusão social e cidadania. Desse modo, dentre os inúmeros direitos previstos, assegurou em seu art. 76 o direito de participação da vida pública e política das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais, permitindo o direito de votar, eleger seus representantes e serem votados, através da candidatura para desempenhar qualquer função pública.

A referida lei garantiu até mesmo às pessoas que tem altamente comprometida a sua capacidade mental o pleno gozo e exercício de seus direitos políticos, tirando dessas pessoas o status de absolutamente incapazes e, por conseguinte o impedimento constante no art. 15, inciso

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho (RO). E-mail: andressa.\_ramos@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Professor de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR) e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho/RO. Advogado. E-mail: cleverton.reikdal@fcr.edu.br.

II da Constituição Federal. Por possível consequência, desde sua entrada em vigor, as pessoas com enfermidade ou doença mental, mesmo grave, desde que maiores, em tese, conservarão em sua plenitude a capacidade eleitoral ativa (direito de votar) e a capacidade eleitoral passiva (direito de ser eleito).

Ocorre que essas alterações trouxeram um impacto no campo do direito eleitoral, gerando dúvidas acerca do procedimento a ser adotado pela Justiça Eleitoral para garantir a eficácia do Estatuto em relação àqueles que têm altamente comprometido o nível de deficiência mental.

Ao garantir a inclusão social e cidadania para essa parcela da população que esteve por muito tempo alijado de seus direitos pode-se afirmar que a lei louvou êxito, porém essa lei não regulamentou a forma do exercício do direito político àqueles que não conseguem por si só expressar sua vontade, situação que implicará no surgimento de necessidade de regulamentação haja vista que o exercício dos direitos políticos pressupõe a possibilidade de manifestação de forma livre da vontade.

Uns dos problemas trazidos é a possibilidade de abertura à fraude eleitoral. Sabe-se que o voto é um ato personalíssimo, cujo exercício não pode ser transferido a terceiros, fato é que se a pessoa com deficiência mental grave não possui discernimento suficiente para exercer sua vontade necessitará de uma terceira pessoa, que muitas vezes será o seu assistente, e esta acabará exercendo o voto em seu nome, situação completamente incompatível com o direito eleitoral.

Diante disso, a pesquisa proposta se torna relevante na medida em que abordará os efeitos produzidos no direito eleitoral com a entrada em vigor da Lei nº13.146/2015, no que diz respeito a possibilidade da pessoa com alto nível deficiência mental, ter garantido seus direitos políticos diante do contrassenso da livre expressão de sua vontade, condição imprescindível para o exercício do direito ao voto.

Neste espectro selecionado, este artigo abordará os efeitos práticos, a eficácia do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao considerar o deficiente mental como capaz, garantindo-lhes os direitos políticos de participação da vida política do Estado ante a ausência de autonomia para exercer esse direito.

Para enfrentar a problemática que se propõe, a pesquisa abordará a questão dos direitos políticos no Brasil, no que se refere ao estudo da legitimidade e capacidade, analisando as modificações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre o instituto da capacidade civil (teoria das capacidades). E por fim apresentará os problemas enfrentados pela Justiça Eleitoral para garantir a eficácia do Estatuto em assegurar os direitos políticos daqueles

que têm altamente comprometido o nível de deficiência mental, ante a ausência da livre manifestação de vontade.

Com o objetivo de analisar a presente questão, foram utilizados na pesquisa como metodologia, livros e artigos jurídicos para a base bibliográfica, bem como legislações e decisões dos tribunais eleitorais pertinentes ao tema.

## 1. A constituição de 1988 e sua reflexão nos direitos políticos no Brasil

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, e traz em seu Capítulo IV disposições acerca dos direitos políticos.

O doutrinador José Jairo Gomes<sup>3</sup>, ao definir o conceito de direitos políticos, afirma:

Denominam-se direitos políticos ou cívicos as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado. (...) Extrai-se do Capítulo IV, do Título II, da Constituição Federal, que os direitos políticos disciplinam as diversas manifestações da soberania popular, a qual se concretiza pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto (com valor igual para todos os votantes), pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Direitos políticos podem ser conceituados como o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo<sup>4</sup>.

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>5</sup> é mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e a da comunidade que integra.

Conforme dispõe a Constituição Federal, os direitos políticos disciplinam as diversas formas de o cidadão se manifestar, dentre as quais é possível citar a soberania popular, que se concretiza pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto e por outros instrumentos<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Gomes, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

<sup>4</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos políticos - perda, suspensão e controle jurisdicional**. Disponível em: [https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/direitos-politicos-perda-suspensao-e-controle-jurisdicional/index450b.html?no\\_cache=1&cHash=fa6a4b1164995979fba115f5d6c1e29e](https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/direitos-politicos-perda-suspensao-e-controle-jurisdicional/index450b.html?no_cache=1&cHash=fa6a4b1164995979fba115f5d6c1e29e). Acesso em: 03/09/2018.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 658.

<sup>6</sup> Gomes, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, Pág. 4.

Assim, é através dos direitos políticos que se garante ao cidadão a participação na vida pública do Estado. Sendo que esse direito é adquirido através do alistamento eleitoral na forma da lei.

O alistamento eleitoral é um dos requisitos obrigatórios para que o eleitor possa votar para eleger seus representantes e ser votado, caso venha a se candidatar, é por meio do título de eleitor que o cidadão comprova sua inscrição perante a Justiça Eleitoral. Ademais, pelo artigo 14 da Constituição Federal, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativos para analfabetos e para quem tem idade entre 16 e 18 anos, ou superior a 70 anos.

Já para se ter direito de ser votado, além de serem eleitores, os interessados devem obedecer a condições expressas na norma constitucional, tais como: nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária e idade mínima.

O Código Eleitoral, instituído pela Lei 4.737 de 1965<sup>7</sup>, taxa algumas hipóteses de proibição do alistamento eleitoral, bem como do cancelamento das inscrições eleitorais, a saber:

Art. 5º Não podem alistar-se eleitores: I - os analfabetos; (Vide art. 14, § 1º, II, "a", da Constituição/88) II - os que não saibam exprimir-se na língua nacional; III - os que estejam privados, temporária ou definitivamente dos direitos políticos.

Art. 71. São causas de cancelamento: I - a infração dos artigos. 5º e 42; II - a suspensão ou perda dos direitos políticos; III - a pluralidade de inscrição; IV - o falecimento do eleitor; V - deixar de votar em 3 (três) eleições consecutivas. (Redação dada pela Lei nº 7.663, de 27.5.1988); § 1º A ocorrência de qualquer das causas enumeradas neste artigo acarretará a exclusão do eleitor, que poderá ser promovida ex officio, a requerimento de delegado de partido ou de qualquer eleitor. § 2º No caso de ser algum cidadão maior de 18 (dezoito) anos privado temporária ou definitivamente dos direitos políticos, a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu.

Conforme demonstrado nos artigos supracitados, o Código Eleitoral não permite o alistamento eleitoral de quem esteja com os direitos políticos privados, seja temporária ou definitivamente, bem como é causa de cancelamento da inscrição eleitoral daqueles que se encontram com os direitos políticos suspensos ou que o tenham perdido.

Os direitos políticos são divididos em positivos e negativos. Os direitos políticos positivos correspondem ao direito de votar e ser votado e visam garantir a participação do povo no poder mediante o sufrágio universal, ou seja, estabelecem as condições para o exercício da

---

<sup>7</sup> BRASIL, Lei nº 4.737, de 15 de junho de 1965. **Código Eleitoral**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 1965. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

cidadania política, compreendendo o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e ser votado (capacidade eleitoral passiva).

A Constituição Federal de 1988<sup>8</sup> em seu art. 14 descreve os requisitos para o exercício da capacidade eleitoral ativa (alistabilidade), sendo eles: nacionalidade brasileira, idade mínima de 16 anos e o alistamento na forma da lei, a saber:

Art. 14. (...) § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Desse modo, a capacidade eleitoral ativa consolida-se com o preenchimento dos requisitos constitucionais, por meio do alistamento eleitoral junto à Justiça Eleitoral. Assim, eleitor é o cidadão brasileiro, devidamente alistado na forma da lei, no gozo dos seus direitos políticos e apto a exercer a soberania popular, consagrada no artigo 14 da Constituição Federal, por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e mediante os instrumentos de plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis.

Já a capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) consolida-se com o preenchimento dos requisitos constitucionais e infraconstitucionais para o exercício da candidatura. Ou seja, para ser candidato, além de ser eleitor e estar em dia com as suas obrigações eleitorais, o cidadão tem de cumprir várias condições de elegibilidade e não pode incorrer em nenhuma situação de inelegibilidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 14, determina como condições de elegibilidade: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária. Os inalistáveis e os analfabetos não podem concorrer a cargo eletivo.

Por outro lado, os direitos políticos negativos, disciplinam as hipóteses de inelegibilidade e perda e suspensão dos direitos políticos, ou seja, ocorre quando o cidadão fica privado do gozo desses direitos devido a uma perda definitiva ou temporária.

A inelegibilidade consiste na existência de causa negativa que restringe o direito de exercer a capacidade eleitoral passiva, ou seja, o direito de ser votado.

---

<sup>8</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

As causas de inelegibilidade são de natureza constitucional (art. 14, §§ 4º, 6º e 7º) e infraconstitucional (Lei Complementar n. 64/1990).

Lado outro, a perda e suspensão dos direitos políticos restringem tanto o direito de votar como o direito de ser votado, sendo suas hipóteses previstas no art. 15 da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>, a saber:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Diante disso, conforme descrito no inciso II, do art. 15, da CF, aqueles que civilmente são reconhecidos absolutamente incapazes estariam impossibilitados de exercer os direitos políticos, uma vez que não se encontram no gozo dos direitos políticos, ante a presença de uma hipótese de suspensão.

## **2. A suspensão dos direitos eleitorais pela incapacidade civil absoluta**

Conforme dito acima, a incapacidade civil absoluta é causa de suspensão dos direitos políticos, circunstância que impede o alistamento eleitoral, pressuposto indispensável para a aquisição dos direitos políticos, qual seja de votar ou ser votado.

Desse modo, para que o indivíduo possa se alistar como eleitor e ter seus direitos políticos preservados é necessária aquisição da capacidade civil plena. Diante disso, se o indivíduo é declarado absolutamente incapaz, não poderá exercer tais direitos.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>10</sup> a capacidade civil surge como um mecanismo de concretização da personalidade que é reconhecida a todas as pessoas naturais e jurídicas.

Segundo os autores, a capacidade civil é dividida em capacidade de direito (aquisição ou de gozo) e capacidade de fato (capacidade de exercício).

A capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direito e obrigações. Toda pessoa natural a tem, pela simples condição de pessoa, conforme dispõe o art.1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

<sup>10</sup> ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15ª Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 330 e 331.

Já a capacidade de fato é aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os variados atos jurídicos da vida civil. Nessa perspectiva que incidirá a teoria das incapacidades, uma vez que o próprio Código Civil estabeleceu em seus art. 3º e 4º hipótese restritiva para a prática de atos da vida civil pessoalmente.

Assim, para que o indivíduo possa ser titular da capacidade civil plena é necessário ter reconhecida a capacidade de direito e a capacidade de fato. Ou seja, a capacidade plena corresponde a efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito natural exerça seus direitos, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>11</sup> ao disporem sobre a Teoria das Incapacidades, afirmam que a incapacidade diz respeito à falta de perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos. Desse modo, o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. Em razão dessa falta de compreensão, a incapacidade implica na deflagração de uma série de medidas protetivas em favor do incapaz.

O Código Civil distingui as pessoas absolutamente incapazes (art. 3º) das relativamente incapazes (art. 4º). Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>12</sup> estabelecem a diferenciação dessas incapacidades:

São reputados absolutamente incapazes aqueles que não possuem qualquer capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, a sua manifestação de vontade. Exatamente por isso, precisa estar representado por terceira pessoa (o chamado representante legal). O representante legal, então, praticará os atos da vida civil em nome do representado (o incapaz absolutamente). A incapacidade absoluta veda, portanto, o exercício das situações jurídicas pessoalmente pelo titular.

Bem por isso, a prática de um ato pelo incapaz, sem a necessária representação ou assistência, implica em invalidade, absoluta ou relativa, a depender do tipo de incapacidade: os atos praticados pelo absolutamente incapaz serão nulos, não produzindo qualquer efeito jurídico; enquanto os atos praticados pelo relativamente incapaz serão anuláveis, produzidos efeitos até que lhe sobrevenha uma decisão judicial reconhecendo a invalidade.

Os relativamente incapazes constituem uma categoria específica de pessoas igualmente necessitadas de proteção jurídica, porém em grau inferior aos absolutamente incapazes. No que tange ao relativamente

---

<sup>11</sup> ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15ª Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 332

<sup>12</sup> ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15ª Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 336 e 345.

incapaz, o sistema jurídico não ignora a sua vontade. Ao revés. Leva em conta a sua manifestação vomitiva, desde que regularmente assistido, na forma da legislação pertinente. Assim, os atos praticados pelo relativamente incapaz exigem não apenas a presença do assistente, mas, por igual, a sua própria intervenção, como condição de validade.

Nesse sentido, temos que aquele indivíduo que é considerado absolutamente incapaz, e ante a impossibilidade de expressão de sua vontade por si só, deverá ser representado por uma terceira pessoa para a prática dos atos da vida civil, e essa representação dar-se-á através de uma ação de interdição. Já aqueles considerados relativamente incapazes apenas serão assistidos na realização dos atos da vida civil.

Antes da mudança ocorrida pela Lei n. 13.146/15, o Código Civil<sup>13</sup> estabelecia as seguintes hipóteses de incapacidade absoluta e relativa:

Art. 3 ° São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4 ° São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), houve uma grande alteração no regime jurídico da capacidade civil, sendo que as hipóteses de incapacidade absoluta foram revogadas, permanecendo, apenas como absolutamente incapaz para os atos da vida civil o menor de 16 anos:<sup>14</sup>

Art. 3 ° São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

Art. 4 ° São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência): I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência); III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência); IV - os pródigos.

---

<sup>13</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

<sup>14</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, com Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

Assim, na visão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>15</sup> como as pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual foram, oportunamente, removidas do rol dos absolutos e dos relativamente incapazes, estão libertas do regime da curatela, pela via de uma ação de interdição. Não mais se cogita de incapacidade jurídica, relativa ou absoluta, decorrente de uma deficiência física, intelectual ou mental, por si só:

Não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz, em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Até porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental.

Realmente, em tempos pós-modernos, com preocupações de inclusão social e cidadania, não mais se pode admitir que a lei repute um ser humano incapaz absolutamente somente por conta de uma deficiência física ou mental e, muito pior do que isso, que promova uma transferência compulsória das decisões e escolhas sobre a sua vida e as suas relações existenciais para um terceiro, o curador, aniquilando a sua vontade e a sua preferência. Equivale, na prática, a uma verdadeira morte civil de um humano.

Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, em especial as que dizem respeito às suas crenças, preferências, vontades, valores e afetos, em um âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico. Ou seja, na qualidade de valor, o status personae não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, estando, em verdade, vocacionado à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades.

Há absoluta coerência filosófica: as pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade. É que na ótica civil-constitucional, especialmente a luz da dignidade humana (CF, art. 1, III) da igualdade substancial (CF, arts. 3 e 5), as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes restringir-lhes a capacidade. E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhes garantir a plena acessibilidade. [...]

---

<sup>15</sup> ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15ª Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 339.

Assim, ao contrário do que afirma a redação original do Código Civil (que, em visão simplista, permitia a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à dignidade, à igualdade e à não discriminação traz a reboque o direito à singularidade, que não é outra coisa senão o direito de ser diferente. Por isso, deficiência (física ou psíquica), por si só, não gera incapacidade jurídica; e nem toda pessoa incapaz juridicamente é, necessariamente, deficiente.

Em razão disso, as pessoas que foram interditadas devido a enfermidade ou deficiência mental, com alteração da legislação são, agora consideradas capazes, excluídas do instituto da incapacidade.

Assim é o posicionamento de Flávio Tartuce<sup>16</sup> em seu artigo que indaga sobre o fim da interdição:

A partir de sua entrada em vigor, a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do seu art. 2º - não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.

Nesse sentido, entende os autores que a Lei 13.146/15 mitigou a teoria das incapacidades do Código Civil, adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque.

Desse modo, com a retirada dos deficientes mentais, que não possuem necessário discernimentos para a prática dos atos da vida civil, do rol dos absolutamente incapazes, afirma-se que estes não poderão mais ser representado em seus atos, uma vez que conforme o próprio art. 6º da Lei 13.146/15 a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, de modo que, caso o indivíduo, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade (art. 4º, III, do Código Civil) deverão estar assistidas por um curador, que auxiliará na prática dos atos, e não mais representadas.

Nessa perspectiva, a questão que se põe é que, com a alteração legislativa o art. 3º do Código Civil deixou de prevê como causa de incapacidade civil absoluta aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tenham necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir vontade, hipótese que, segundo o art. 15, II da Constituição Federal era fator impeditivo ao exercício dos direitos

---

<sup>16</sup> TARTUCE, Flávio. **É o fim da interdição?** Artigo de Pablo Stolze Gagliano. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 03/09/2018.

políticos, sejam eles ativo ou passivo, uma vez que a capacidade civil é pressuposto para capacidade eleitoral do indivíduo.

Segundo a Constituição Federal a incapacidade civil absoluta é considerada hipótese de suspensão dos direitos políticos e se consolida com a declaração de interdição por decisão judicial. Sendo assim, essa incapacidade resulta dos efeitos secundários da sentença judicial que decretava a interdição e conseqüentemente acabava afetando o exercício dos direitos políticos do indivíduo, uma vez que, após ser decretada a interdição e registrada no Cartório Civil, notificava-se à Justiça Eleitoral o referido ato, para que a Justiça Eleitoral efetivasse sua exclusão do corpo de eleitores, conforme o Código Eleitoral, art. 71, inciso II.

Assim, as pessoas com deficiência mental declaradas absolutamente incapazes no processo de interdição civil tinham, conseqüentemente, os direitos políticos suspensos.

Ocorre que, com a alteração legislativa desapareceu a hipótese de suspensão de direitos políticos em razão de incapacidade civil absoluta, levando a acreditar que, como não existe mais essa hipótese restrita de direitos, as pessoas que antes eram consideradas absolutamente incapaz em razão de deficiência mental comprometedora do discernimento, terá seus direitos políticos preservados, inclusive, podendo votar e concorrer a um mandato eletivo.

### **3. Os Direitos políticos da pessoa com deficiência mental na perspectiva da lei no 13.146/2015**

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/2015) foi instituída com o objetivo de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e o exercício da cidadania (art. 1º).

Essa Lei concretizou as disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporado no sistema jurídico brasileiro em 2008, com *status* de emenda constitucional, através do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho, por força do art. 5º, § 3º, da CF/1988.

Nesse contexto de proteção do indivíduo no que tange aos seus direitos fundamentais, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, reafirmou os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, garantindo tutela especial a grupos populacionais em situações de vulnerabilidade, decorrente de processos históricos de exclusão e discriminação.

Diante desse cenário de proteção à Pessoa com Deficiência, com reforço, inclusive, no âmbito internacional, a Lei nº13.146/2015 promoveu significativas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no direito civil, uma vez que ao revogar os art. 3º e 4º do Código

Civil, trouxe uma nova releitura sobre o instituto da capacidade civil, abolindo o critério biológico, psíquico e intelectual que rotulava como absolutamente e relativamente incapaz os indivíduos com alguma enfermidade mental.

Essas modificações repercutiram na seara eleitoral no que tange a capacidade eleitoral ativa e passiva das pessoas com deficiência mental, fazendo-se acreditar que estas, agora não mais considerada absolutamente incapaz, estejam aptas a exercer os atos da vida civil e política.

Segundo a Lei, a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa (art. 6º). Seguindo essa interpretação legislativa, os deficientes mentais, mesmo aqueles diagnosticada em seu nível mais elevado, não poderão mais ser considerados absolutamente incapazes em razão dessa deficiência, no máximo, quando analisado a sua falta de aptidão para exprimir vontade poderá ser reconhecida a sua incapacidade relativa. Assim, verifica-se que a incapacidade civil não mais será declarada em razão da deficiência de uma pessoa e sim através de uma análise do aspecto volitivo, ou seja, busca-se analisar se o indivíduo, em razão da situação que se encontra, pode ou não exprimir a sua vontade de forma consciente.

Desse modo, caso o indivíduo não possa expressar a vontade por si só, será considerado relativamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador para auxiliá-lo.

De acordo com o § 3º, do artigo 84, da Lei 13.146/2015, a curatela constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. E nos termos do artigo 85, caput, somente poderá afetar os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, portanto, a curatela será sempre de forma parcial. Ademais, no Código Civil foram modificadas as hipóteses de sujeição à curatela, a teor do disposto pelo artigo 1.767<sup>17</sup>:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II - (Revogado); III - Os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV - (Revogado); V - Os pródigos. (**Grifo nosso**).

Portanto, a curatela é medida excepcional e restrita a atos de conteúdo econômico ou patrimonial. Significa dizer que a submissão da pessoa à curatela diz respeito tão somente aos atos que envolvam gestão dos seus bens e patrimônio, não sendo possível a interdição completa de todos os atos da vida civil, que, outrora, possibilitava poderes ilimitados ao curador. Assim, porque a curatela apenas alcança os direitos de natureza patrimonial, o interdito poderá exercer direitos de cunho extrapatrimonial, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

---

<sup>17</sup> BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, com Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

Em outro giro, o estatuto<sup>18</sup> trouxe também a figura da tomada de decisão apoiada, processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (Grifo nosso).

Pelo exposto, é possível verificar que o Estatuto operou profundas mudanças na estrutura das incapacidades absoluta e relativa, além de prever o reconhecimento igual perante a lei das pessoas com deficiência, tornando a submissão de pessoa com deficiência à curatela apenas quando necessário, por se tratar de medida extraordinária, que deve ser empregada de modo proporcional às circunstâncias de cada caso.

Os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>19</sup> afirmam que a sentença de curatela tem de considerar os aspectos pessoais, individualizados, daquela pessoa humana, levando em conta suas vontades e preferências, inclusive, de modo que a pessoa não seja privada desnecessariamente de sua autonomia em aspectos sobre os quais é capaz de se autogovernar.

Como dito acima e bem expresso no art. 85, § 1º, do Estatuto da pessoa com Deficiência, o instituto da curatela somente alcançará os atos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando, assim, o voto.

Nesse sentido, paira dúvidas acerca da aplicação do Estatuto no que tange ao direito de participação política (direito de votar e ser votado) da pessoa com deficiência mental que tem

---

<sup>18</sup> BRASIL, Lei no 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)** Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

<sup>19</sup> ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15ª Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 937.

altamente comprometido o nível de cognição, haja vista que o Estatuto garantiu-lhes os direitos políticos, porém, em razão da ausência de manifestação volitiva, autodeterminação e cognição, estão impossibilitadas biologicamente de exercerem esse direito.

Importante salientar que o Estatuto<sup>20</sup> garantiu a todas as pessoas com deficiências, estas entendidas como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º), os direitos políticos, em especial o voto, sem nenhuma especificação quanto aos deficientes mentais graves que não possuem condições de expressarem vontade.<sup>21</sup>

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada(...)

Assim, pela letra da lei em vigor, as pessoas com deficiência mental passam a ter plena capacidade, exceto para ato de natureza patrimonial e negocial, preservando-se, assim, seus direitos políticos.

Nesta circunstância, questiona-se a real eficácia da Lei 13.146/15 ao permitir que um indivíduo deficiente mental, totalmente incapaz de compreender os institutos e a si mesmo e manifestar vontade, possa exercer tal direito. Uma vez que, pela própria condição em se encontra, é inviável o exercício do voto, ato esse, considerado personalíssimo.

Assim, o ato da lei permitir que uma pessoa com deficiência mental grave exerça seus direitos políticos, não faz com que ela seja inserida no meio social e sim traz uma hipótese de impossibilidade fática, haja vista que a pessoa com deficiência mental grave não tem condições de expressar por si só suas vontades, condição imprescindível, para o exercício do voto.

O autor Vinícius de Oliveira<sup>22</sup>, em artigo publicado sobre o tema, afirma que a inclusão de direitos políticos as pessoas mentalmente enfermas abrem a possibilidade de ocorrência de fraudes eleitorais:

---

<sup>20</sup> BRASIL, Lei no 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)** Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

<sup>21</sup> BRASIL, Lei no 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)** Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Vinícius de. **O voto da pessoa mentalmente enferma ou deficiente: a inclusão, o ônus e a fraude**. Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2017/08/05/voto-pessoa-enferma>. Acesso em: 03/09/2018.

Outro problema trazido pela inclusão promovida pelo Estatuto do Deficiente é a **possibilidade de fraude**. Ao eleitor mentalmente enfermo ou deficiente, uma vez alistado, deve ser garantido o exercício do voto pela administração eleitoral, inclusive com a permissão do **acompanhamento no ato do voto**, conforme expressamente disciplina o art. 76, IV do Estatuto da Pessoa Deficiente, desde que impossível o eleitor votar sozinho. Além deste dispositivo, recentes resoluções do TSE a respeito do voto de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida tem autorizado o acompanhamento do eleitor desde que confirmada a **absoluta necessidade** da assistência e a **confiança do eleitor em seu acompanhante** (ex. gr. Res. TSE 23.456/2006). Pois bem: é justamente na permissão para o acompanhamento que reside a possibilidade de fraude. É evidente que pessoas na condição de incapacidade física ou fragilidade do discernimento cognitivo necessário para o voto ou de dificuldade para a expressão de sua vontade, ao serem acompanhadas até a cabine de votação, provavelmente não exercerão o voto, mas permitirão que o acompanhante o faça por ela. Abrir-se-ia aí a oportunidade para a fraude há razões suficientes para se acreditar que haverão candidatas e cabos eleitorais mendazes o bastante para estimular esta forma de ilicitude eleitoral. [...] Admitir à votação um eleitor acompanhado absolutamente desprovido de cognição para o exercício do voto ou inteiramente incapaz de exprimir sua vontade significaria cancelar a prática do delito previsto no art. 309 do Código Eleitoral: [...]

Conforme o autor, a garantia do exercício do direito ao voto daqueles considerados deficientes mentais, possibilitou a abertura de fraude eleitoral, haja vista, que estas pessoas por apresentarem um fragilidade no discernimento cognitivo e dificuldade para manifestação da vontade, serão indubitavelmente influenciadas por terceira pessoa que exercerão o voto em seu lugar, haja vista que a Resolução TSE n. 23.218/2010 permite que a pessoa com deficiência seja auxiliada por pessoas de sua confiança, inclusive autoriza o ingresso dessa segunda pessoa na cabine eleitoral para digitar os números na urna eletrônica.

Importante destacar que a Justiça Eleitoral não editou nenhuma norma relativa as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Entretanto, no acórdão proferido no Processo Administrativo 114-71.2016.6.00.000 do Tribunal Superior Eleitoral<sup>23</sup>, a Corte eleitoral fixou entendimento para que a Justiça Eleitoral abster-se de anotar a suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como o direito subjetivo da pessoa com deficiência mental declarada judicialmente absolutamente incapaz pela Justiça Comum, e já com seus direitos políticos suspensos pela Justiça Eleitoral, de requerer a restituição de suas capacidades eleitorais:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUESTIONAMENTOS. APLICABILIDADE. VIGÊNCIA. LEI Nº 13.146, de 2015. ALTERAÇÃO. ART. 3º. CÓDIGO CIVIL. INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, II, DA CONSTITUIÇÃO. ANOTAÇÃO.

<sup>23</sup> TSE – **Processo Administrativo Nº 114-71.2016.6.00.0000** SALVADOR-BA, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 07/04/2016, Data de Publicação no DJE 27.04.2016. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=52937&noCache=1909013811>.

CADASTRO ELEITORAL. ANTERIORIDADE. 1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13.146, de 2015 modificou o art. 3º do Código Civil, com a alteração do rol daqueles considerados absolutamente incapazes, circunstância que trouxe impactos no âmbito desta Justiça especializada, particularmente no funcionamento do cadastro eleitoral, cujos gerenciamento, fiscalização e regulamentação estão confiados à Corregedoria-Geral. 2. Alcançado o período de vigência do mencionado diploma legal, a incapacidade absoluta se restringiu unicamente aos menores de 16 (dezesseis) anos, os quais não detêm legitimidade para se alistar eleitores exceção feita àqueles que completem a idade mínima no ano em que se realizarem eleições até a data do pleito (Res.-TSE nº 21.538, de 2003, art. 14). **3. Esta Justiça especializada, na via administrativa, deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da norma legal em referência, nos históricos dos respectivos eleitores no cadastro, de forma a se adequar aos novos parâmetros fixados.** 4. Para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o eleitor deverá cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Res.-TSE nº 21.538, de 2003. 5. Expedição das orientações necessárias às corregedorias regionais eleitorais, objetivando idêntica comunicação às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos juízes eleitorais de todo o País. (TSE. PA Nº 114-71.2016.6.00.0000 CLASSE 26 SALVADOR BAHIA, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE nº 080, de 27.04.2016, pág. 99-100) **(Grifo nosso)**

De acordo com o que se extrai do julgamento acima, com as alterações do art. 3º e 4º do Código Civil promovidas pela Lei 13.146/15, a Justiça eleitoral não poderá promover anotações referentes à suspensão de direitos políticos resultantes de incapacidade civil absoluta prevista no art. 15, inciso II da Constituição Federal. Bem como, aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos em razão de incapacidade civil decretada anteriormente à entrada em vigor da referida Lei poderão requerer a retirada da anotação de suspensão do seu cadastro eleitoral, tornando-se, assim, eleitores em igualdade de condições com os demais membros da sociedade.

Desse modo, observa-se que o entendimento do tribunal eleitoral caminha no sentido de garantir a pessoa com deficiência mental a preservação dos direitos políticos. Entretanto, é importante pontuar que, embora o TSE tenha fixado um procedimento a respeito da abstenção de anotações referentes a suspensão de direitos decorrentes de incapacidade civil absoluta, nada dispôs sobre a situação daqueles deficientes mentais considerados de natureza grave e profunda que não possuem o necessário discernimento para manifestar vontade.

Conforme a classificação dos níveis de deficiência mental, aqueles que são inclusos nos níveis de classificação grave e profundo apresentam um sério comprometimento no desempenho das funções básicas. Necessitam de cuidados contínuos e não possuem autonomia mínima para fazer suas próprias escolhas.

Nesse sentido, pode-se perceber que, embora o legislador, no intuito de promover a inclusão social de todas as pessoas com deficiência, tenha garantido as pessoas mentalmente enfermas o acesso a vida pública do Estado através da fruição de seus direitos políticos, não

observou o nível de cognição das pessoas com deficiência mental, o que acabou por inviabilizar a produção de efeitos da norma, haja vista a impossibilidade fática de tal pessoa na vida cotidiana exprimir vontade, e conseqüentemente participar da vida política através do voto e da candidatura.

Assim, verifica-se que a lei 13.146/2015, embora tenha alterado o instituto da capacidade civil e, garantido os exercícios dos direitos políticos da pessoa com deficiência mental não foi capaz de estabelecer uma eficiência prática para o valor que se buscava, ficando, assim, sem efeito.

### **Considerações finais**

Conforme demonstrado, a lei nº13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, revogou expressamente os incisos II e III do art. 3º do Código Civil, deixando de considerar absolutamente incapazes “II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”, hipótese que segundo o art. 15 da Constituição Federal é considerado caso de suspensão dos direitos políticos.

Com essa modificação promovida pela nova lei, não mais subsiste no Direito Brasileiro a incapacidade civil absoluta por motivo de enfermidade ou deficiência mental, de modo que a ausência do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil não é mais causa de suspensão dos direitos políticos.

Em possível consequência lógica, fora derogado o fundamento jurídico que ampare a declaração da incapacidade civil absoluta da pessoa com deficiência, qualquer que seja a forma adotada. Ou seja, desde a entrada em vigor do Estatuto, as pessoas portadoras de deficiência, inclusive mental, se mantêm no pleno gozo de seus direitos políticos de votar e serem votadas, por determinação expressa do caput e §1º do art. 76.

O objetivo do Estatuto, ao promover essas alterações, foi garantir àqueles que possuem alguma deficiência mental o direito ao exercício dos direitos políticos em igualdade de condições com as demais pessoas, revelando-se, assim, um verdadeiro avanço na conquista dos direitos das pessoas com deficiência.

Embora o objetivo da norma seja louvável, quando se trata do exercício de direitos políticos daquelas pessoas que apresentam um nível grave e profundo de deficiência mental, esta norma apresenta uma notável incoerência prática entre a norma e a realidade, haja vista que tais pessoas não possuem independência e nem autonomia para expressarem vontade. Assim, estão limitadas biologicamente de exercerem esses direitos.

Deste modo, embora a lei tenha garantido em seu texto o direito da pessoa com deficiência mental à participação política de votar e ser votado, não observou a possibilidade real dessas pessoas exercerem por si só esses atos políticos, que demandam procedimento pessoal autônomo para serem realizados, não podendo ser exercido por terceira pessoa em seu nome, sob pena de configurar crime eleitoral. Uma vez que, se uma pessoa deficiente mental não possui autonomia nem vontade para participar de um processo eleitoral de escolha de seu representante, não poderá outra pessoa em seu nome fazê-lo.

Assim, embora o § 1º do artigo 76, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, assegure o direito de votar e de ser votada das pessoas com deficiência, o artigo 5º do mesmo Estatuto é expresso ao dispor sobre a proteção da pessoa com deficiência de toda forma de negligência, discriminação, exploração e opressão.

Assim, verifica-se que possibilitar o exercício dos direitos políticos a essas pessoas que não possuem autonomia própria e que dependem exclusivamente de uma terceira pessoa para representá-la, abre margens para que elas sejam utilizadas para fraudes eleitorais, deixando-as, assim, desprotegidas e expostas a exploração, o que é vedado pelo citado artigo.

Desse modo, no que tange a garantia dos direitos políticos das pessoas com deficiência mental grave e profundo, este resta prejudicado ante a inviabilidade prática de exercício pessoal do direito, tendo em vista a ausência de autodeterminação pessoal. Embora não conste mais como hipótese de suspensão dos direitos políticos a incapacidade civil absoluta daqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e dos que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, essas pessoas não poderão, mesmo assim, exercer os direitos políticos, devendo o juízo na sentença para definir um curador, especificar os direitos que serão limitados depois de realizado um laudo pericial individual da capacidade cognitiva da cada pessoa. Cabe, assim, ao magistrado a análise, caso a caso, de quais atos podem ser praticados pelo interdito.

### **Referências das Fontes Citadas**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo no 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, 2008.. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de junho de 1965. **Código Eleitoral**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 1965. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, publicado no Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)** Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

**Cancelamento de título.** Disponível em: <http://www.tre-sp.jus.br/eleitor/cancelamento-de-titulo>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

CARVALHO, Suzy Anny Martins. FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Pessoa com deficiência intelectual ante a lei 13.146/15: um olhar jusfilosófico.** Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1865>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

Glossário: **confira o que é capacidade eleitoral ativa e passiva.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/glossario-confira-o-que-e-capacidade-eleitoral-ativa-e-passiva>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

Gomes, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

MUNIZ, Marcela Ramalho Teixeira. **Artigo: O que é alistamento eleitoral?** Disponível em: <http://www.mtagora.com.br/coluna/artigo-o-que-e-alistamento-eleitoral/195728016>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

OLIVEIRA, Vinícius de. **O voto da pessoa mentalmente enferma ou deficiente: a inclusão, o ônus e a fraude.** Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2017/08/05/voto-pessoa-enferma>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

RAMOS, Deborah. **Retardo mental.** Disponível em: <https://www.deborahramos.com/artigos/retardo-mental/>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades.** Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87543/2015\\_requiao\\_mauricio\\_estatuto\\_pessoa.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87543/2015_requiao_mauricio_estatuto_pessoa.pdf?sequence=1). Acesso em: 03 de setembro de 2018.

ROSENVALD, Nelson. DE FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** 15ª Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **É o fim da interdição? Artigo de Pablo Stolze Gagliano.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 03/09/2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil - Volume Único. 7ª Ed. Editora Método, 2017.

TORRES, Damiana. **A importância dos direitos políticos.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-2-ano-4/a-importancia-dos-direitos-politicos>. Acesso em: 03/09/2018.

TSE – **Processo Administrativo Nº 114-71.2016.6.00.0000** SALVADOR-BA, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 07/04/2016, Data de Publicação no DJE 27.04.2016.

Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teordownload/decisao.faces?idDecisao=52937&noCache=1909013811>.

Tudo o que você precisa saber: **como fazer o alistamento eleitoral**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Fevereiro/tudo-o-que-voce-precisa-saber-como-fazer-o-alistamento-eleitoral>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos políticos - perda, suspensão e controle jurisdicional**. Disponível em: [https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/direitos-politicos-perda-suspensao-e-controle-jurisdicional/index450b.html?no\\_cache=1&cHash=fa6a4b1164995979fba115f5d6c1e29e](https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/direitos-politicos-perda-suspensao-e-controle-jurisdicional/index450b.html?no_cache=1&cHash=fa6a4b1164995979fba115f5d6c1e29e). Acesso em: 03/09/2018.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2016.

# **ANISTIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL AOS PEQUENOS PROPRIETÁRIOS RURAIS: ANÁLISE DA ISENÇÃO DE RECUPERAÇÃO DE RESERVA LEGAL EM ÁREAS DEGRADADAS ATÉ 22 DE JULHO DE 2008**

Edson Luiz Ribeiro de Araújo<sup>1</sup>

## **Introdução**

No Brasil a terra sempre teve uma grande importância na vida social e econômica desde os tempos da Colônia. Em nosso Estado essa importância cresce ainda mais, pois temos uma vocação agrícola, onde desde os primeiros colonizadores foram atraídos para essa região em busca do acesso à terra. Este artigo traz como foco a Anistia do novo código florestal aos pequenos proprietários rurais: análise da isenção de recuperação de reserva legal em áreas degradadas até 22 de julho de 2008.

Desde o início da era glacial, o ser humano preocupado em sua sobrevivência usou da natureza para o seu sustento. Contudo, problemas advindos de seu mau uso fez com que várias situações fossem constituindo em uma série de reflexos e ações para minimizar a problemática ambiental. Os problemas ambientais tais como: poluição, desmatamento, assoreamento dos rios, dentre outros foram provocados pelo homem e ocorrendo gradativamente e se agravaram com o tempo.

Sendo assim, questiona-se: o Novo Código Ambiental – Lei 12.651/12 – que Isentou da recuperação de Reserva Legal degradada até 22 de julho de 2008 os pequenos proprietários rurais, trouxe benefícios efetivos para os proprietários rurais? Entende-se que através dos benefícios e incentivos concedidos aos pequenos proprietários rurais, estas famílias encontram possibilidade de permanecerem na área rural, dando continuidade de maneira sustentável a exploração econômica de sua propriedade rural.

Neste artigo, os procedimentos metodológicos utilizados, foram: uma pesquisa científica de abordagem qualitativa, quanto ao ponto de vista de seus objetivos, foi realizada

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: edson.araujo@fcr.edu.br.

uma pesquisa descritiva com o método de abordagem dedutivo. Sendo a classificação da pesquisa do tipo bibliográfica apresentando o pensamento dos principais autores sobre o tema, para conseguir informações e/ou conhecimentos acerca da problemática em questão.

Objetivando relatar o fluxo migratório para o Estado de Rondônia e sua colonização foi realizada uma pesquisa bibliográfica, levantando as questões pertinentes e evidenciadas nas práticas sócias que marcaram a época. Diante da necessidade de ocupação das terras, que ocorreria de forma desordenada e com o crescimento populacional provocando a exploração ambiental dentro dos moldes e regras estabelecidas na época, grandes áreas foram degradadas.

Deste modo, esta pesquisa possui grande relevância para nossa sociedade, visto que as famílias de pequenas propriedades agrícolas estariam com suas atividades agropecuárias ameaçadas. Visando, através desta pesquisa analisar se a Lei 12.651/12 que isentou os pequenos proprietários rurais em recuperar áreas degradadas de reserva legal trouxe realmente benefícios efetivos aos produtores e suas famílias.

E por meio destes benefícios, enumerá-los e identificar a importância que estas mudanças, previstas no Novo Código Florestal, proporcionam para os pequenos proprietários rurais e consubstanciando a anistia para os crimes ambientais. Pois, sem essa anistia seus empreendimentos estariam inviabilizados, proporcionando o abandono das terras e o crescimento desordenado das nossas periferias, causando grandes transtornos políticos e sociais.

## **1. fluxo migratório no brasil: breve histórico**

Ao longo dos anos o processo migratório para o Brasil tem aumentado gradativamente. Muitos buscam por melhores condições de vida onde possam se estabelecer e proporcionar às suas famílias uma excelente qualidade de vida.

Segundo Souza e Bortolotto<sup>2</sup>, as migrações contemporâneas não se limitam ao deslocamento entre periferia e centro, ou rural e urbano, mas acompanham o processo de globalização, intensificam o rompimento de fronteiras, forjando assim a construção de novas identidades. E isto acontece em consequência da globalização, o que é promovido através da incessante busca por melhorias nas relações trabalhistas ou de terras produtivas, desta forma recorrem às regiões ou países para os quais se deslocam.

---

<sup>2</sup> SOUZA, Andréia Brito de; BORTOLOTTI, Claudimara Cassoli. **Transformações urbanas e imigração haitiana: impactos do novo fluxo de imigração no Brasil.** 2016. p. 2. Disponível em: <[http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16\\_ABS.pdf](http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16_ABS.pdf)> Acesso em 20 de março de 2018.

Segundo Sayad<sup>3</sup>, imigração ocorre quando há o “deslocamento de pessoas no espaço, particularmente no espaço físico”. E este fenômeno acontece desde os primórdios, havendo sempre este fluxo de pessoas entre as posições geográficas e atravessando as fronteiras. No decorrer da História o Brasil passou por vários estágios de colonização.

O processo migratório brasileiro se deu origem no período pré-colonial, sendo a princípio um país colônia de Portugal, a primeira fase de imigração foi instituída pelo governo Português com as expedições e explorações no território brasileiro. De acordo com Balhana e Westphalen<sup>4</sup>, com as expedições exploratórias comandadas por estrangeiros que eram enviados pelos governantes dos países, e dentre eles, portugueses, espanhóis e holandeses, deu-se a imigração provocada, visto que tinham o propósito de colonizar e povoar o Brasil.

Nas considerações de Bráz<sup>5</sup>, no Brasil “a imigração espontânea é evidenciada nas primeiras décadas do século XIX por grupos de imigrantes europeus constituídos por colonizadores atraídos pelas políticas instituídas por D. João VI, em 1808”. E desta forma, foram criadas as primeiras colônias no Brasil, com pequenas propriedades em todo o território nacional, com o estímulo governamental as colônias foram sendo instituídas.

Já na segunda fase, o Brasil estava passando pelo processo de colonização e, conseqüentemente, do desenvolvimento econômico, com a monocultura do café e com os incentivos governamentais dados aos imigrantes. A Europa, neste período, vivenciava conflitos relacionados às Revoluções Burguesas e Revolução Industrial, o que ocasionou uma instabilidade política e econômica, provocando assim movimentos migratórios da Europa para a América Latina<sup>6</sup>.

E na terceira fase, com o movimento migratório dos países Europeus, firmou-se convênio entre o Brasil e os países envolvidos nesse processo de migração, tendo como motivo primordial povoar as terras dantes desabitadas, e estes operários chegavam para trabalhar na

---

<sup>3</sup> SAYAD, Abdelmalek. **A imigração e os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.15. Tradução Cristina Murachco.

<sup>4</sup> BALHANA, Altiva Pilatti. **Um Mazolino Di Fiori. Vol. III**. WESTPHALEN, Maria Cecília, (Org). Um Mazolino Di Fiori. Curitiba: Imprensa Oficial, Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia, e Ensino Superior, 2003.

<sup>5</sup> BRÁZ, Fabio César. História do Paraná. Das origens à atualidade. Vol 1, 1. ed. Arapongas: El Shaddai, 2000. p. 88.

<sup>6</sup> FERNANDES, Duval; NUNAN, Carolina, CARVALHO, Margareth. **O fenômeno da migração internacional de retorno como consequência da Crise Mundial**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: 1995. Disponível em: <  
[https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_estudos&ESTUDOSest\\_boui=123704045&ESTUDOSmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_estudos&ESTUDOSest_boui=123704045&ESTUDOSmodo=2&xlang=pt)> Acesso em 20 de outubro de 2018.

agricultura<sup>7</sup>. Desta forma, percebe-se que na terceira fase o processo migratório para o Brasil foi vinculado com a colonização, divisão de terras e a imigração. Concernente a essa divisão de terras ou questão agrária no Brasil, Stedile<sup>8</sup>, argumenta que: “é comum a utilização da expressão ‘questão agrária’ para explicar a forma como as sociedades e as pessoas vão se apropriando da utilização do principal bem da natureza, que é a terra, e como vai ocorrendo à ocupação humana no território”. E nesta divisão, organização, posse das propriedades e utilização de forma produtiva encontra-se o Estado de Rondônia, sendo considerado como um espaço de prósperas políticas de colonização.

### 1.1 Fluxo migratório e colonização em Rondônia

A organização social, produtiva e ambiental no Estado de Rondônia iniciou-se na década de 1960 com a abertura da BR-364, formando assim a rodovia que dava acesso ao Território Federal de Rondônia. Em 9 de julho de 1970 criou-se o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, através do Decreto-Lei nº 1.110 para dar prosseguimento com os projetos de colonização<sup>9</sup>.

Segundo Palitot<sup>10</sup>:

O processo de ocupação humana de Rondônia ligado ao Ciclo da Agricultura foi executado pelo INCRA, inicialmente, através dos Projetos Integrados de Colonização, PIC, e dos Projetos de Assentamento Dirigido, PAD, estrategicamente criados para cumprir a política destinada à ocupação da Amazônia rondoniense.

O que é compartilhado por Araújo<sup>11</sup> quando ressalta que nas décadas de 1970 e 1980 foram criados os programas e projetos de colonização da Amazônia brasileira, e entre os Estados integrantes destes programas Rondônia era um dos que receberia parte dos migrantes. Complementa ainda que:

---

<sup>7</sup> MALCZEWSKI, Zdzisław. **Os poloneses e seus descendentes no Brasil**: Esboço histórico e situação atual da colônia polonesa no Brasil. 2000. Disponível em: <[https://kurytyba.msz.gov.pl/pt/comunidade\\_polonesa\\_no\\_brasil/](https://kurytyba.msz.gov.pl/pt/comunidade_polonesa_no_brasil/)>. Acesso em 20 outubro de 2018.

<sup>8</sup> STEDILE, João Pedro. **A questão agrária no Brasil**: o debate tradicional – 1500-1960. João Pedro Stedile (org); Douglas Estevam (assistente de pesquisa) - 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 15.

<sup>9</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970**. Cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário e o Grupo Executivo da Reforma Agrária e dá outras providências. 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1110.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1110.htm)> Acesso em 20 de outubro de 2018.

<sup>10</sup> PALITOT, Aleks. **Projetos integrados de colonização de Rondônia**. 2010. Disponível em: <<https://alekspalitot.com.br/cerimonia-de-instalacao-do-estado-de/>> Acesso em 25 de outubro de 2018. p. 1.

<sup>11</sup> ARAÚJO, Marcel Eméric Bizerra de. **A vida e a produção no assentamento Margarida Alves em Nova União, Rondônia**. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado). Fundação Universidade Federal de Rondônia. Porto Velho. Disponível em: <[http://www.mestradogeografia.unir.br/downloads/4751\\_marcel\\_emerick\\_bizerra\\_de\\_araujo\\_turma\\_2013.pdf](http://www.mestradogeografia.unir.br/downloads/4751_marcel_emerick_bizerra_de_araujo_turma_2013.pdf)> Acesso em 20 de outubro de 2018. p. 23.

No intuito de dar ‘terra sem homens para homens sem terra’, o governo federal criou diversos PICs e PADs (Projetos Integrados de Colonização e Projetos de Assentamentos Dirigidos, respectivamente) colocando, assim, pessoas a esmo nas distantes terras do Norte do país.

Sendo estas as primeiras políticas públicas de colonização de incentivo ao acesso à terra, através dos Projetos Integrados de Colonização – PICs e mais tarde os Projetos de Assentamentos Dirigidos – PADs e os Projetos de Assentamentos Rápidos – PARs, sendo estes extremamente relevantes no desenvolvimento do Estado de Rondônia. Lembrando que passa a ser uma obrigação dos colonos de abrir as áreas recebidas sob pena de perder sua posse. E com isto, os programas de assentamento e colonização começaram a ser implantados no Território Federal de Rondônia:

O primeiro Projeto Integrado de Colonização foi o PIC- Ouro Preto, implantado em 19 de junho de 1970, na região de Ouro Preto do Oeste. Esse projeto assentou 5.162 famílias, cada qual em uma área de 100 hectares. [...] a previsão era assentar nesse projeto apenas mil famílias. Foi através do PIC-Ouro Preto que surgiu a cidade de Ouro Preto do Oeste. Nesse mesmo período foi deflagrada uma campanha publicitária nas regiões sul e sudeste do país ‘Rondônia, o Novo Eldorado’, o que gerou um considerável fluxo migratório com destino ao então Território Federal de Rondônia, acarretando na necessidade de novos projetos serem implantados<sup>12</sup>.

Destarte, tais programas e projetos de colonização trouxeram muitos sulistas e nordestinos para a região do Estado de Rondônia. E os projetos impulsionados pelo INCRA não realizavam apenas a distribuição dos lotes. Segundo Palitot<sup>13</sup> “trabalhando em plena selva, o INCRA demarcava os lotes abrindo picadas, denominadas de linhas, e os colonos eram encaminhados aos seus lotes e, em seguida, os tratores faziam estradas”.

Com o passar do tempo as políticas públicas mudaram, e o entendimento sobre o quanto poderia ser preservado de reserva legal nas propriedades rurais foi modificado, chegando, no Bioma Amazônico, a atingir 80% da área. E diante do grande fluxo migratório ocorrido ao longo das décadas, o desmatamento desenfreado para a implantação de projetos e programas voltados para a agricultura esses produtores passaram a trabalhar na ilegalidade. Desta forma, para que tanto proprietários rurais quanto o meio ambiente estivessem aparados, surgiu o Código Florestal Brasileiro para dar legalidade aos procedimentos adotados pelos produtores.

---

<sup>12</sup> PALITOT, Aleks. **A Colonização de Rondônia, terras de pioneiros**. 2015. Disponível em: <<https://alekspalitot.com.br/a-colonizacao-de-rondonia-terras-de/>> Acesso em 25 de outubro de 2018. p. 1.

<sup>13</sup> PALITOT, Aleks. **A Colonização de Rondônia, terras de pioneiros**. 2015. Disponível em: <<https://alekspalitot.com.br/a-colonizacao-de-rondonia-terras-de/>> Acesso em 25 de outubro de 2018. p. 1.

## 2. O novo código florestal brasileiro e a anistia aos pequenos proprietários rurais

O Código Florestal Brasileiro - NCF é reconhecido como um dos principais instrumentos jurídicos no Brasil, com a responsabilidade de implantar uma política ambiental que proteja de forma eficiente a vegetação nativa.

Com o NCF instituído pela Lei nº 12.651/2012<sup>14</sup>, fica disposto que:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: I - Amazônia Legal: os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13° S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44° W, do Estado do Maranhão; II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; [...].

Concernente aos percentuais mínimos de área exigidos no NCF é apresentado no Art. 12º: Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel.

Destacando os casos de exceções previstos no art. 68º: I - localizado na Amazônia Legal: a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas; b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado; c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais; II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento)<sup>15</sup>.

O NCF aponta como APPs áreas que são destinadas à preservação dos recursos hídricos, citando como exemplos as terras que se localizam ao longo das margens dos rios, nascentes, lagos, áreas muito íngremes, topos de morro e altitudes elevadas, cobertas ou não por vegetação. Já nas áreas pertencentes à RL a preservação da biodiversidade deverá ser mantida, utilizando os recursos de maneira sustentável com baixo impacto dentro dos limites estabelecidos em lei.

---

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a medida provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a medida provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

Muitas discussões ocorreram para que se chegasse a uma decisão final, sem, contudo, a uma unanimidade. Na época da elaboração do projeto, o então senador Ivo Cassol argumentou que:

Produção rural e meio ambiente precisam andar lado a lado. Tenho certeza que o projeto não atendeu a todos os interesses envolvidos e possibilitará tirar da clandestinidade os produtores rurais. O projeto não está anistiando produtores de crimes ambientais. Eles foram trazidos para a legalidade. E quem cometeu crime ambiental será obrigado a recuperar os danos causados<sup>16</sup>.

O que pode ser observado é que o estímulo ao desmatamento foi dado no início da colonização das terras com os programas de assentamento, com os desmatamentos. O que era para garantir a soberania nacional provocou alguns desastres ambientais e ecológicos ao longo do tempo, e, principalmente, mudou a visão do pequeno proprietário de terras diante das multas exorbitantes aplicadas contra os crimes ambientais.

Nos relatos do senhor Ruy Dutra Barreto, gaúcho, que recebeu do Incra cerca de 500 hectares próximos ao Km 520 da BR-319, para que fizesse jus ao título das terras, desmatou, tendo que demonstrar que a terra na qual habitava estava ocupada e em plena atividade agropecuária. Segundo o colono supracitado, “nem consegue imaginar o que aconteceria se, hoje, tivesse que reflorestar 30% daquilo que havia limpado para ficar de acordo com a legislação de 2001”<sup>17</sup>. Ou seja, as multas estipuladas chegavam até milhões de reais, e em muitos casos a atividade executadas nas terras são com base na agricultura familiar, ou apenas para sua subsistência, sendo assim sem condições financeiras para efetuar os pagamentos de tais multas.

Desta forma, o NCF com a anistia concedida aos pequenos proprietários rurais há a possibilidade de continuidade das atividades econômicas, importando que estas não ultrapassem os limites permitidos em lei. De acordo com o Ministério do Meio Ambiente<sup>18</sup> é necessário regularização através do Cadastro Ambiental Rural – CAR, que foi criado pelo NCF, sendo considerado como:

[...] um registro eletrônico, obrigatório para todos os imóveis rurais, formando base de dados estratégica para o controle, monitoramento e combate ao

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Código florestal**: nova lei busca produção com preservação. Revista em discussão. Secretaria Especial de Editoração e Publicações – SEEP. Revista de audiências públicas do Senado Federal. Ano 2 – Nº 9 – dezembro de 2011. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201105%20-%20dezembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!\\_dezembro\\_2011\\_internet.pdf](https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201105%20-%20dezembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_dezembro_2011_internet.pdf)> Acesso em 20 de novembro de 2018.

<sup>17</sup> BRASIL. **Código florestal**: nova lei busca produção com preservação. Revista em discussão. Secretaria Especial de Editoração e Publicações – SEEP. Revista de audiências públicas do Senado Federal. Ano 2 – Nº 9 – dezembro de 2011. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201105%20-%20dezembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!\\_dezembro\\_2011\\_internet.pdf](https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201105%20-%20dezembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_dezembro_2011_internet.pdf)> Acesso em 20 de novembro de 2018.

<sup>18</sup> BRASIL. **Cadastro Ambiental Rural (CAR)**. Ministério do Meio Ambiente. 2015. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/cadastro-ambiental-rural>> Acesso em 25 de outubro de 2018. p. 1.

desmatamento das florestas e demais formas de vegetação nativa do Brasil, bem como para planejamento ambiental e econômico dos imóveis rurais.

No artigo 4º da referida Lei, parágrafo 6º, é exposto que:

§ 6º Nos imóveis rurais com até 15 (quinze) módulos fiscais, é admitida, nas áreas de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo, a prática da aquicultura e a infraestrutura física diretamente a ela associada, desde que: I - sejam adotadas práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, garantindo sua qualidade e quantidade, de acordo com norma dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente; II - esteja de acordo com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos; III - seja realizado o licenciamento pelo órgão ambiental competente; IV - o imóvel esteja inscrito no Cadastro Ambiental Rural - CAR.

Com o cadastramento no CAR a propriedade estará vinculada ao órgão ambiental através do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA, o qual terá sua base de dados atrelados ao controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. Neste entendimento, é estabelecida a obrigatoriedade a todos os proprietários de terra o registro de seus imóveis, designando oficialmente qual e quanto da área é destinada à RL e APP. No Código Florestal de 2008, a retirada da vegetação presente nas APP e na RL era enquadrada como crimes e perpassavam por sanções. Entretanto, com o NCF estabeleceu-se critérios a quem praticou crimes ambientais até 22 de julho 2008, proporcionando a anistia a estes pequenos produtores rurais. Sendo assim, algumas medidas deverão ser tomadas pelo proprietário rural, conforme descrito no NCF.

Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei. § 1º A inscrição da Reserva Legal no CAR será feita mediante a apresentação de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração, conforme ato do Chefe do Poder Executivo. § 2º Na posse, a área de Reserva Legal é assegurada por termo de compromisso firmado pelo possuidor com o órgão competente do Sisnama, com força de título executivo extrajudicial, que explicita, no mínimo, a localização da área de Reserva Legal e as obrigações assumidas pelo possuidor por força do previsto nesta Lei. § 3º A transferência da posse implica a sub-rogação das obrigações assumidas no termo de compromisso de que trata o § 2o. § 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

Pode ser observado na figura abaixo o quantitativo de áreas já cadastradas em todo o Brasil, de acordo com o Boletim Informativo do CAR<sup>20</sup> com dados coletados até 31 de dezembro de 2018.

**Figura 1: Extrato das regiões**



Fonte:

Boletim informativo do CAR<sup>21</sup>.

Segundo as informações apresentadas no Boletim Informativo do CAR os dados de cadastramento em todo o Brasil “até 31 de dezembro de 2018, já foram cadastrados 5,5 milhões de imóveis rurais, totalizando uma área de 470.997.484 hectares inseridos na base de dados do sistema”<sup>22</sup>.

Ainda de acordo com o Boletim Informativo do CAR<sup>23</sup>, em Porto Velho já foram cadastrados na classe de 0 a 4 módulos fiscais 10.404, na classe de 4 a 15 módulos fiscais 757 e na classe maior que 15 têm 166 cadastros, totalizando 11.327 proprietários cadastrados no

<sup>20</sup> BRASIL. **Cadastro Ambiental Rural**: Boletim Informativo Edição especial. Dados declarados até 31 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/4021-boletim-informativo-dezembro-de-2018/file>> Acesso em 15 de janeiro de 2018.

<sup>21</sup> BRASIL. **Números do Cadastro Ambiental Rural**. Última atualização em Quinta, 17 de Janeiro de 2019, 17h56. 2019. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/numeros-do-car>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

<sup>22</sup> BRASIL. **Números do Cadastro Ambiental Rural**. Última atualização em Quinta, 17 de Janeiro de 2019, 17h56. 2019. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/numeros-do-car>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

<sup>23</sup> BRASIL. **Números do Cadastro Ambiental Rural**. Última atualização em Quinta, 17 de Janeiro de 2019, 17h56. 2019. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/modulo-de-relatorios>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

CAR. E em todo o Estado de Rondônia 115.406 cadastros efetivados até a data de 31 de dezembro de 2018.

O Programa de Regularização Ambiental – PRA foi estabelecido com a finalidade de realizar adequações junto aos proprietários rurais e com isto promover a regularização ambiental, conforme fixado no Artigo 59º do NCF:

Art. 59 A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental - PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo. [...]. § 2º A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo essa adesão ser requerida até 31 de dezembro de 2019, permitida a prorrogação por mais um ano por ato do Chefe do Poder Executivo. § 3 Com base no requerimento de adesão ao PRA, o órgão competente integrante do Sisnama convocará o proprietário ou possuidor para assinar o termo de compromisso, que constituirá título executivo extrajudicial. § 4 No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito. § 5 A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4 deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA<sup>24</sup>.

Deste modo, para estar em conformidade com a lei, a adesão ao PRA está vinculada ao Cadastro Ambiental Rural e através desta adesão o proprietário rural terá direito à anistia de multas e derrogação dos crimes ambientais cometidos anteriormente a 22 de julho de 2008. E com este procedimento ocorrerá à viabilização a regularidade dos passivos ambientais que estão em nome do proprietário.

### **3. Benefícios e incentivos aos proprietários rurais**

Os proprietários rurais fazem jus a alguns privilégios no momento da adesão ao PRA. Entretanto, segundo o Ministério do Meio Ambiente, estes deverão estabelecer “um plano de recuperação para a adequação ambiental de seus imóveis e, enquanto o compromisso firmado estiver sendo cumprido, ficam isentos de sanções. O prazo máximo para conclusão da

---

<sup>24</sup> BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a medida provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

regularização ambiental é de 20 anos”<sup>25</sup>. Os proprietários que desmataram de forma irregular, mas que cadastrados no processo de regularização de suas áreas foram divididos em 4 categorias para o recebimento dos benefícios, ficando assim dividido:

A primeira reúne aqueles que buscam a recomposição de APPs e de Reserva Legal, mas não foram beneficiados com a regularização de atividades consolidadas nas áreas protegidas pela legislação - o projeto prevê a legalização de cultivos e criações consolidadas até 2008. A segunda categoria engloba os imóveis rurais em fase de regularização que foram beneficiados pela legalização de atividades mantidas em APPs e em faixas de Reserva Legal. E a terceira categoria é formada por agricultores que se beneficiaram com a regularização de atividades consolidadas apenas em Reserva Legal<sup>26</sup>.

Já na categoria 4, estão inclusos os proprietários que obedeceram a legislação e desta forma serão os primeiros a serem beneficiados econômica e financeiramente. No programa de incentivos estendidos a todos os proprietários, estão: “à preservação dos recursos naturais e de estímulo à adoção de tecnologias que conciliam aumento de produtividade agropecuária e redução dos impactos ambientais”<sup>27</sup>. Assim como, “pagamento por serviços ambientais, compensações por gastos com medidas de conservação e proteção ambiental, tratamento diferenciado em programas de comercialização e incentivos à pesquisa e inovação tecnológica, entre outros”<sup>28</sup>.

No artigo 41º do NCF estão dispostos alguns benefícios e incentivos e serão inseridos à medida que cumprirem com as medidas legais e as normas estipuladas. Dentre eles estão à obtenção do crédito e seguro agrícola diferenciado do que é praticado no mercado, linhas de financiamento para iniciativas de preservação e proteção de vegetação nativa e de recuperação de áreas degradadas; e isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos.

O NCF não foi instituído apenas para regularizar situações antes à margem da sociedade, mas principalmente para buscar um desenvolvimento sustentável, tanto do Brasil quanto das famílias que estão responsáveis por parte das riquezas ambientais. Deste modo, as questões econômicas e sociais que envolvem a preservação do meio ambiente e o setor produtivo podem

---

<sup>25</sup> BRASIL. **Cadastro Ambiental será obrigatório a partir de 01/01/2019**. Ministério do meio ambiente. 2018. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/component/content/article?id=1495>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. **Agricultor poderá ter benefício progressivo para manter floresta**. Senado Federal. 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/codigoflorestal/news/agricultor-podera-ter-beneficio-progressivo-para-manter-floresta>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

<sup>27</sup> BRASIL. **Agricultor poderá ter benefício progressivo para manter floresta**. Senado Federal. 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/codigoflorestal/news/agricultor-podera-ter-beneficio-progressivo-para-manter-floresta>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

<sup>28</sup> BRASIL. **Agricultor poderá ter benefício progressivo para manter floresta**. Senado Federal. 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/codigoflorestal/news/agricultor-podera-ter-beneficio-progressivo-para-manter-floresta>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

se realinhar no cumprimento da legislação, com um manejo sustentável da riqueza da biodiversidade, o que permitirá que as famílias de pequenos proprietários rurais deem continuidade às atividades agrícolas dentro da legalidade.

### **Considerações finais**

Para alcançar o objetivo central deste estudo, que foi analisar se com a Lei 12.651/12 a isenção de recuperação de reserva legal em áreas degradadas até 22 de julho de 2008 trouxe realmente benefícios aos produtores e suas famílias, pode-se perceber que apesar das muitas resistências iniciais à adesão das novas regras, os benefícios, embora gradativos, são extremamente relevantes para amparar a continuidade da produção agrícola. E através dos benefícios e incentivos econômicos e financeiros as questões socioeconômicas enfrentadas pelos pequenos proprietários rurais terão garantido o desenvolvimento sustentável de suas propriedades.

O que ficou evidenciado na pesquisa concernente ao objetivo de relatar o fluxo migratório para o Estado de Rondônia e sua colonização, foi que o governo à época incentivou a população em todo o Brasil para que fizessem a ocupação das terras no Estado de Rondônia. Sendo este um Estado novo que estava necessitando manter suas terras povoadas. Nota-se que o desmatamento desenfreado ocasionou um desmate acima dos limites permitidos por lei. E, posteriormente, a cobrança para os proprietários rurais foi repassada e criou-se um passivo ambiental.

Certamente, com a promulgação do NCF possibilitou-se um olhar diferenciado para o pequeno produtor, visto que os benefícios previstos na Lei 12.651/12 referente à anistia aos pequenos proprietários rurais em isentá-los da recuperação de áreas degradadas em reserva legal, têm alcançado o seu objetivo. Através das pesquisas realizadas os resultados apontaram que em Porto Velho já foram cadastradas propriedades que estão inseridas até 4 módulos fiscais - 10.404 e no Estado em geral 115.406. Tendo como principais benefícios crédito e seguro agrícola, linhas de financiamento desenvolvidas para a preservação e proteção de vegetação nativa e de recuperação de áreas degradadas; e isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos.

Conclui-se que as mudanças previstas no Novo Código Florestal têm influência direta na preservação ambiental e na sustentabilidade econômica dos pequenos proprietários rurais. Torna-se precípuo e premente entender que a exploração ambiental deverá ser realizada com responsabilidades e dentro das normas previstas na legislação. Estas mudanças ocorreram em um momento primordial para uma reflexão de que os recursos naturais são escassos, e, portanto,

devem ser recompostos de acordo com as condições estabelecidas em lei. E diante de todo o conteúdo pesquisado, entende-se que aos proprietários que aderirem ao PRA terão suas dívidas anistiadas e, principalmente, terão benefícios que corroborarão para a execução das compensações a serem realizadas em suas propriedades.

### Referências das fontes citadas

ARAÚJO, Marcel Eméric Bizerra de. **A vida e a produção no assentamento Margarida Alves em Nova União, Rondônia.** 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado). Fundação Universidade Federal de Rondônia. Porto Velho. Disponível em: <[http://www.mestradogeografia.unir.br/downloads/4751\\_marcel\\_emic\\_bizerra\\_de\\_araujo\\_turma\\_2013.pdf](http://www.mestradogeografia.unir.br/downloads/4751_marcel_emic_bizerra_de_araujo_turma_2013.pdf)> Acesso em 20 de outubro de 2018.

BALHANA, Altiva Pilatti. **Un Mazolino Di Fiori. Vol. III.** WESTPHALEN, Maria Cecília, (Org). Um Mazolino Di Fiori. Curitiba: Imprensa Oficial, Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia, e Ensino Superior, 2003.

BORGES, Luís Antônio Coimbra *et al.* **Áreas de preservação permanente na legislação ambiental brasileira.** Ciência Rural, Santa Maria, v.41, n.7, p. 1202-1210, jul, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cr/v41n7/a5611cr4051.pdf>> Acesso em 25 de outubro de 2018.

BRASIL. **Decreto Federal n. 23.793**, de 23 de janeiro de 1934. Decreta o código florestal. Brasília, DF, 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23793-23-janeiro-1934-498279-publicacaooriginal-78167-pe.html>>. Acesso em 20 outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Florestal.** Lei n° 4.771 de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n° 1.110, de 9 de julho de 1970.** Cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário e o Grupo Executivo da Reforma Agrária e dá outras providências. 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1110.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1110.htm)> Acesso em 20 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Senado Federal, Brasília, 1988. Coleção de Leis do Brasil – 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 11.326, de 24 de julho de 2006.** Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm)> Acesso em 20 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008.** Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Código florestal:** nova lei busca produção com preservação. Revista em discussão. Secretaria Especial de Editoração e Publicações – SEEP. Revista de audiências públicas do Senado Federal. Ano 2 – Nº 9 – dezembro de 2011. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201105%20-%20dezembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!\\_dezembro\\_2011\\_internet.pdf](https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201105%20-%20dezembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_dezembro_2011_internet.pdf)> Acesso em 20 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Agricultor poderá ter benefício progressivo para manter floresta.** Senado Federal. 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/codigoflorestal/news/agricultor-poderater-beneficio-progressivo-para-manter-floresta>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a medida provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)> Acesso em 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Cadastro Ambiental Rural (CAR).** Ministério do meio ambiente. 2015. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/cadastro-ambiental-rural>> Acesso em 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Cadastro Ambiental será obrigatório a partir de 01/01/2019.** Ministério do meio ambiente. 2018. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/component/content/article?id=1495>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Cadastro Ambiental Rural:** Boletim Informativo Edição especial. Dados declarados até 31 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/4021-boletim-informativo-dezembro-de-2018/file>> Acesso em 15 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Números do Cadastro Ambiental Rural.** Última atualização em Quinta, 17 de Janeiro de 2019, 17h56. 2019. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/numeros-do-car>> Acesso em 18 de janeiro de 2019.

BRÁZ, Fabio César. História do Paraná. Das origens à atualidade. Vol 1, 1. ed. Araçongas: El Shaddai, 2000. p. 88.

FERNANDES, Duval; NUNAN, Carolina, CARVALHO, Margareth. **O fenômeno da migração internacional de retorno como consequência da Crise Mundial.** Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: 1995. Disponível em: <[https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_estudos&ESTUDOSest\\_boui=123704045&ESTUDOSmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_estudos&ESTUDOSest_boui=123704045&ESTUDOSmodo=2&xlang=pt)> Acesso em 20 de outubro de 2018.

MALCZEWSKI, Zdzisław. **Os poloneses e seus descendentes no Brasil**: Esboço histórico e situação atual da colônia polonesa no Brasil. 2000. Disponível em: <[https://kurytyba.msz.gov.pl/pt/comunidade\\_polonesa\\_no\\_brasil/](https://kurytyba.msz.gov.pl/pt/comunidade_polonesa_no_brasil/)>. Acesso em 20 outubro de 2018.

PALITOT, Aleks. **Projetos integrados de colonização de Rondônia**. 2010. Disponível em: <<https://alekspalitot.com.br/cerimonia-de-instalacao-do-estado-de/>> Acesso em 25 de outubro de 2018.

PALITOT, Aleks. **A Colonização de Rondônia, terras de pioneiros**. 2015. Disponível em: <<https://alekspalitot.com.br/a-colonizacao-de-rondonia-terras-de/>> Acesso em 25 de outubro de 2018.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração e os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.15. Tradução Cristina Murachco.

SOUZA, Andréia Brito de; BORTOLOTTI, Claudimara Cassoli. **Transformações urbanas e imigração haitiana**: impactos do novo fluxo de imigração no Brasil. 2016. p. 2. Disponível em: <[http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16\\_ABS.pdf](http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16_ABS.pdf)> Acesso em 20 de março de 2018.

STEDILE, João Pedro. **A questão agrária no Brasil**: o debate tradicional – 1500-1960. João Pedro Stedile (org); Douglas Estevam (assistente de pesquisa) - 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

ZAKIA, M. J. B.; DERANI, C. **Situação Jurídica das Florestas Plantadas**. In: LIMA, W. P.; ZAKIA, M. J. B. As florestas plantadas e a água: Implementando o conceito de microbacia hidrográfica como unidade de planejamento. São Carlos: RIMA 2006.

# **A INVERSÃO DAS FASES NAS LICITAÇÕES TRADICIONAIS: UMA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL FRENTE A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO**

Francisley Carvalho Leiter<sup>1</sup>

## **Introdução**

Para delineamento do tema proposto, faz-se necessários alguns esclarecimentos sobre o instituto da inversão das fases nas modalidades tradicionais de licitação, mas antes, alguns esclarecimentos sobre a modalidade de licitação denominada pregão, são essenciais. Esta foi criada pela lei n.º 10.520/02 e introduziu nas rotinas dos procedimentos licitatórios várias novidades, como o desenvolvimento de procedimento mais rápido e, em geral, com resultados mais vantajosos do que aquelas da Lei 8.666/1993<sup>2</sup>.

Algumas das características mais marcantes do pregão são maior celeridade, concentração e oralidade<sup>3</sup>, além disso o certame apresenta maior e flexibilidade, eliminação da fase de recursos na proposta, possibilidade de realização de certames licitatórios pela internet, abertura do envelope de habilitação somente da empresa vencedora da licitação, a inversão das fases da licitação<sup>4</sup>.

As novidades trazidas pela criação da modalidade de licitação denominada pregão, possibilitou a mensuração da eficiência dessa, em relação às modalidades tradicionais e

---

<sup>1</sup> Graduado em Administração com Habilitação em Sistemas de Informações pela Faculdade Interamericana de Porto Velho (UNIRON); *Master in Business Administration* (MBA) em Gestão Pública pelo Centro Universitário São Lucas (UNISL); Pós Graduando em Licitações e Contratos pela Faculdade Pólis Civitas; Cursando MBA em Gestão do Planejamento Estratégico no Setor Público pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia (IFRO); Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR); Tecnólogo em Gestão Ambiental pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR). Servidor público do Município de Porto Velho ocupando os cargos de Assessor Especial de Controle Setorial e Assistente Administrativo. Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: francisley@gmail.com.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 557.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 401.

<sup>4</sup> FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 409.

comprovou que às suas diversas alterações nas rotinas das compras públicas foram extremamente significativas e eficazes, registrando economia aos cofres públicos superiores a 25% (vinte e cinco por cento)<sup>5</sup>.

A forma como vêm sendo realizadas as licitações no âmbito da Administração Pública constitui, muitas vezes, um complicador para o desenvolvimento das atividades administrativas, seja pela burocracia ou pela complexidade da legislação vigente.

Hoje com o novo perfil da gestão pública as leis, assim como as doutrinas voltadas para o serviço público, tendem a acompanhar este novo perfil para assim atender com maior celeridade o anseio da sociedade. Na busca por uma maior economicidade, celeridade e eficiência podem ser reduzidas às várias fases de recursos interpostos nas licitações, nas modalidades de concorrência, tomada de preços e convite, dessa forma é que se faz extremamente necessário à inversão das fases nessas modalidades, ou seja, criar instrumento legal objetivando a inversão das fases de licitação na administração do município de Porto Velho/Rondônia. Vários estados e municípios já editaram suas próprias leis implementando a inversão das fases de licitações nas modalidades de convite, tomada de preço e concorrência.

É possível que as novidades trazidas ao mundo jurídico por meio da lei n.º 10.520/02 possam ser introduzidas nas modalidades de licitação tradicionais, e com isso permitir a melhor aplicação do princípio constitucional da eficiência, para tanto, o Município de Porto Velho precisa editar uma lei específica para essa finalidade.

## **1. Breve Histórico Das Licitações**

O surgimento das licitações remonta há época da Europa Medieval, afirmando que em razão da necessidade de aquisição de bens e execução de obras e serviços, o Estado criou o sistema de aquisição “vela e pregão”, que consistia em distribuir informativos, marcando local, data e horário onde se reunia os interessados em vender para a Administração e um representante do Estado. Nesse procedimento era comum acender uma vela para dar início ao certame, cujos participantes ofertavam lances até que a vela se apagasse, o vencedor seria aquele que ofertasse o último lance de menor preço<sup>6</sup>. Alguns autores também relatam que o

---

<sup>5</sup> FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 439.

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 401.

surgimento das licitações ocorreu em 1570 como o chamado “andar em pregão”, ainda bastante superficial e sem regulamentação<sup>7</sup>.

No Brasil a licitação criada juridicamente há 157 (cento e cinquenta e sete) anos pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as compras do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. E em 1922, o procedimento licitatório foi regulamentado no âmbito federal pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que tratava do Código de Contabilidade da União.

Em 1967, a Administração Pública Federal, por meio do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seus artigos 125 a 144, estabeleceu a reforma administrativa federal e sistematizou o procedimento no âmbito das Administrações dos Estados e dos Municípios.

Em 1986, instituiu-se pela o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, por meio do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de janeiro de 1986, atualizado, em 1987, pelos Decretos-Leis nºs 2.348 e 2.360.

Por fim, a Constituição de 1988 elevou a licitação a princípio constitucional<sup>8</sup>, de observância obrigatória pela Administração Pública Direta e Indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e ainda, determinou a sua competência privativa para legislar sobre o tema<sup>9</sup>.

O princípio da licitação constante da Constituição de 1988 foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu inicialmente 5 (cinco) modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso.

O pregão surgiu no ordenamento jurídico brasileiro na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, e posteriormente a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que trata da gestão de recursos nas agências reguladoras, estende o pregão a todas as agências.

---

<sup>7</sup> MARINHO, Leonardo Campos. **O Pregão: A Necessidade de Inversão Parcial das Fases**. Ed: Scortecci. São Paulo. 2008. p. 17. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 05 fev. 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 fev. 2019. Art. 37, inciso XXI, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...”.

<sup>9</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 fev. 2019. Art. 22 “Compete privativamente à União legislar sobre:”, inciso XXVII, “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, ”.

A idéia do pregão foi motivada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o que culminou na edição, pelo Presidente da República, da Medida Provisória nº 2.206/2000, posteriormente, transformada na Medida Provisória nº 2.182 e reeditada, sucessivamente, por 18 (dezoito) vezes.

Em 2000, o Decreto Federal nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, aprovou o Regulamento para a forma presencial e o Decreto Federal nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, regulamentou a forma eletrônica.

A Medida Provisória nº 2.026/2000, criou mais uma modalidade de licitação denominada pregão e posteriormente, em 2002, essa medida provisória transformou-se na Lei Federal nº 10.520.

Em 2005, foi publicado o Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que trouxe substanciais alterações, especialmente a forma eletrônica do pregão e revogou o Decreto Federal nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000.

No âmbito do Município de Porto Velho o pregão na sua forma presencial foi instituído pelo Decreto Municipal nº 9.733 de 08 de março de 2005 e na sua forma eletrônica pelo Decreto Municipal nº 10.300 de 17 de fevereiro de 2006.

Com esse breve histórico pode-se observar que apesar de as licitações já existirem no âmbito nacional há 157 (cento e cinquenta e sete) anos, só evoluiu nos últimos 20 (vinte) anos com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com as novidades que atualmente já fazem parte das discussões na Câmara Federal e no Senado, acredita-se que os procedimentos licitatórios vão se tornar cada vez mais transparentes e eficientes.

## **2. A Licitação E Suas Modalidades**

Para que se possa conceituar adequadamente o que é licitação faz-se necessário trazer a baila alguns entendimentos dos diversos estudiosos, que se dedicam à temática, dessa forma Maria Sylvia Zanella di Pietro, diz o seguinte:

A licitação é um procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Já para José Cretella Júnior, “é o procedimento prévio concorrencial que uma das partes institui para selecionar seu futuro contratante<sup>11</sup>”. Já Hely Lopes Meirelles, define licitação como sendo “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse<sup>12</sup>”.

Outro autor que conceitua Licitação é Luiz Alberto Blanchet, para o qual a licitação “é o meio pelo qual a Administração Pública deve atender as necessidades da comunidade, e, sendo tal, deve ser um processo eficaz<sup>13</sup>”.

O que se pode depreender dos ensinamentos doutrinários, é que a licitação é um procedimento administrativo formal, em que a administração pública convoca empresas interessadas em apresentar propostas para o oferecimento de bens e serviços, objetivando a seleção daquela que for a mais vantajosa.

Já vimos que o dever de a Administração Pública promover suas aquisições por meio de licitação foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, mas vamos realizar um estudo pormenorizado do texto legal, em seu art. 37, inciso XXI, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>14</sup>.

Como observar-se a licitação tem um grande significado para a Administração Pública, pois possibilita que muito dos recursos financeiros sejam aplicados, por meio de sessões públicas, onde quaisquer pessoas, sejam físicas ou jurídicas, podem participar e contribuir com o fortalecimento da democracia controlando as despesas dos entes federados.

O art. 37, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e trouxe para o mundo jurídico os procedimentos e a forma como devem ser realizados os certames licitatórios. Assim sendo, foram criadas 5 (cinco) modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, das quais

---

<sup>11</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas: comentário à nova lei federal n.º 8.883, de 8 de junho de 1994. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>13</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 1995.

<sup>14</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 fev. 2019. Acesso em: 01 fev. 2019.

vamos considerar apenas as três primeiras, por se tratarem de procedimentos relacionados a aquisição de bens, obras e serviços, que é onde interessa focar o estudo da inversão das fases licitatórias de análise e julgamento da habilitação e propostas comerciais dos concorrentes.

O art. 22, parágrafos 1º, 2º e 3º, da referida lei, conceituam concorrência, tomada de preços e convite da seguinte forma:

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas<sup>15</sup>.

Teoricamente todas as modalidades tradicionais e também o pregão tem uma sistemática semelhante na fase interna do procedimento licitatório, divergindo apenas na fase externa do certame, assim sendo, dissertar-se-á apenas o funcionamento da fase externa, que é onde reside a possível aplicação da inversão das fases.

O procedimento licitatório é genericamente regulamento pelo art. 38, da Lei n.º 8.666/93, vejamos:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

O detalhamento da metodologia de funcionamento do certame licitatório é normatizado pelo instrumento convocatório, onde constam praticamente todas as regras da licitação. Após a publicação do edital os interessados podem adquiri-lo perante os endereços apresentados no aviso da licitação e geralmente a sessão pública de abertura inicia-se com o credenciamento dos interessados, seguido pelas seguintes fases: recebimento dos envelopes das propostas e habilitação; análise dos documentos de habilitação; recursos da habilitação; análise das propostas de preços e recursos da proposta.

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Curitiba: Presidência da República.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 02 mar. 2019. Art. 22, §1º, §2º e §3º.

A comissão de licitação, no modelo convencional, obrigatoriamente tem o dever de analisar todos os documentos de habilitação de todos os licitantes presentes, mesmo antes da disputa de preços, que ocorre somente na fase posterior com a abertura dos envelopes das propostas. Nesses moldes dependendo do número de interessados a análise dos documentos de habilitação pode demorar dias, tornando o procedimento moroso e ineficiente. A fase externa da licitação na modalidade concorrência, por exemplo, pode se estender por até 90 dias, desde a publicação do aviso até o resultado final (homologação do certame).

Com a instituição da inversão das fases nas modalidades convencionais de licitação seria possível concluir uma concorrência em até 40 (quarenta) dias, ou seja, reduzira mais da metade o tempo estimado para a finalização de uma licitação nessa modalidade, o que por si só já justifica a viabilidade dessa implementação no âmbito da Administração Pública.

Para Adilson Abreu Dallari, a lei de licitações e contratos administrativos trouxe considerável progresso para as licitações, mas ainda precisa de ajustes importantes, objetivando maior celeridade e eficiência, senão vejamos:

A legislação atualmente em vigor (Lei n.º 8.666/93, com alterações posteriores) pode ser considerada um progresso em relação ao texto anterior. Com efeito, ela foi fortemente condicionada pelos princípios e normas da Constituição Federal de 1988, acolheu diversas sugestões da doutrina e incorporou entendimentos jurisprudenciais já estabilizados.

Mas peca por excesso. Desbordou dos limites constitucionais (pois deveria conter apenas normas gerais) e, com o propósito absurdo e insensato de disciplinar mediante regras específicas as infinitas situações que podem ocorrer nas licitações, acabou criando um intrincado labirinto de regrinhas e somenos, cujo efeito principal é fornecer vasto material para quem deseja simplesmente embananar qualquer licitação. Na busca de um figurino único, universal e aplicável a todas as licitações feitas por todos os órgãos e entidades públicas em todo o Brasil, criou um monstro que não se ajusta as peculiaridades das situações concretas. Na ilusão de assegurar celeridade e segurança mediante um regramento detalhado, gerou enorme insegurança, na medida em que ensejou a multiplicação de pleitos que impedem ou dificultam muito o andamento normal dos procedimentos licitatórios<sup>16</sup>.

Dessa forma, é extremamente importante que os benefícios trazidos pela aplicação do pregão, principalmente no que se refere à celeridade, sejam aplicados às demais modalidades convencionais de licitações, considerando além de uma legislação municipal o fato de que uma

---

<sup>16</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

lei mais recente revoga tacitamente uma lei mais antiga, ou seja, nos pontos em que há divergências sobressaem-se as regras da lei nova.

Segundo o ilustre Antônio Carlos Antunes Júnior, em seu artigo *Processos Licitatórios – Inversão da Fase de Habilitação, uma solução inteligente*, publicado na Revista *O Pregoeiro*, a inversão é uma solução simples que pode melhorar todo o sistema licitatório, pois:

A solução consiste em inverter as fases de habilitação e propostas comerciais para, somente depois, serem analisados os documentos de habilitação e só daquela empresa que apresentou a melhor proposta.<sup>17</sup>”

Atualmente tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 6.814/2017 que prevê dentre algumas alterações, a inversão das fases, mas com limitações quando se tratar de contratação de obras e serviços de engenharia.

Considerando que existe um esforço nacional para promover alterações na lei de licitações que é de 1993, o Município de Porto Velho/RO poderia editar uma lei de alteração nas licitações que melhor operacionalize o certame licitatório, assim como o Estado da Bahia, Paraná, São Paulo e vários municípios brasileiros.

## **2.1 Licitações Em Outros Países**

Segundo Rodrigo Alves de Novaes, o consumo mundial das Administrações Públicas representam valores de gastos públicos relevantes, variando-se de 14,5% (quatorze vírgula cinco por cento) a 30% (trinta por cento) do produto interno bruto (PIB) nos países que compõe a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>18</sup>.

Assim destaca-se a importância da temática, não só no âmbito local, mas para todas as nações, por representar montante expressivo de despesas com recursos arrecadados da população e iniciativa privada.

Existe a aplicabilidade da modalidade semelhante ao pregão pelo menos em dois países da América Latina, como informa Tatiana Camarão, sendo esses Argentina e Uruguai, vejamos:

Segundo notícia o professor Carlos Motta, o pregão tem sido utilizado por outros países da América Latina, a exemplo do Uruguai e da Argentina, onde serviu para compra de mercadorias de imperiosa necessidade durante estado de emergência

---

<sup>17</sup> ANTUNES JÚNIOR, Antônio Carlos. **Processos Licitatórios – Inversão da Fase de Habilitação, uma Solução Inteligente**. São Paulo: Revista “O Pregoeiro” Ano IV – maio/2008. p. 27-28.

<sup>18</sup> NOVAES, Rodrigo Alves de. **Modernização das compras públicas: Uma visão econométrica**. Disponível em: [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6155/1/2009\\_dissert\\_ranovaes.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6155/1/2009_dissert_ranovaes.pdf). Acesso em: 05 mar. 2019.

econômico-social; foi estabelecido pela província de Chubut, mediante a Lei nº 3.388, em 1989<sup>19</sup>.

Os países vizinhos compram por meio do pregão, que é mais célere e eficiente do que as licitações tradicionais brasileiras, pois nessa modalidade conforme explanado existe o instituto da inversão das fases.

### **3. A Inversão Das Fases De Licitação E A Competência Legislativa Privativa Da União**

Inverter as fases não fere a constituição, pois alguns Estados e municípios se adiantaram e já fizeram às mudanças e editaram leis próprias onde fazem a inversão das fases de habilitação e de abertura das propostas nos procedimentos licitatórios.

Considerada uma vantagem por garantir maior celeridade nas licitações, a inversão das fases já é utilizada nas compras públicas nos Estados do Paraná, Lei nº 15.340, de 2006; Bahia, Lei nº 9.433, de 2005; São Paulo, Lei nº 13.121, de 2008; Sergipe, Lei nº 6.640, de 2009; e nos municípios de Feira de Santana e de São Paulo, por exemplo.

Apesar alguns doutrinadores acreditar que contraria a legislação federal, as novas leis têm sido pouco questionadas na Justiça, até mesmo por não ferir nenhum princípio constitucional, com isso: empresas que participam das disputas ganham com a mudança e governos comemoram a redução do número de ações judiciais que contestam licitações além da celeridade nos procedimentos licitatórios.

Na Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.116, a impetrante Central Brasileira do Setor de Serviços – Cebrasse contesta a inversão de fases e o saneamento de falhas implantados nas licitações paulistas. Alega, em síntese, que a lei paulista apresenta inconstitucionalidade formal, por usurpar a competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratações públicas (art. 22, XXVII, CF)<sup>20</sup>.

Argumenta que, ao prever a inversão na ordem de fases, a lei paulista alterou regra da Lei n.º 8.666/93, criando assim uma nova modalidade de licitação. Para a impetrante, não houve suplementação ou complementação da norma geral (art. 43 da lei n.º 8.666), mas sim sua modificação.

---

<sup>19</sup> CAMARÃO, Tatiana. **Aspectos Relevantes do Pregão**. Disponível em: <https://professoratatianacamara.com.br/artigos/417461232/aspectos-relevantes-do-pregao>. Acesso em: 05 mar. 2019.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.116/SP, que impugna a lei nº 13.121/08, que inverteu a ordem das fases de habilitação e proposta de preços nas licitações públicas estaduais para aquisição de bens, serviços e obras. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93917>. Acesso em: 05 fev. 2019.

Sustenta, ainda, a inconstitucionalidade por violação ao princípio da razoabilidade das leis e ao devido processo legal substantivo, já que não seria razoável impor para todas as modalidades licitatórias a inversão de fases. Entende que tal medida compromete a eficiência e a segurança do contrato administrativo, sobretudo nas licitações para serviços de engenharia, onde é complexa a aferição da aptidão do licitante ou dos profissionais contratados. Quanto ao saneamento de falhas, defende que sua previsão na lei paulista afronta a Lei n.º 8.666/93, que a veda.

A ADI n.º 4.116 foi instruída com pedido de liminar. O Ministro Cezar Peluso, relator da ação, entendeu que o pedido, pela relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, comporta apreciação no rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/99, decidindo submeter o processo ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Apesar de o tema levado ao Superior Tribunal Federal (STF) representar relativa novidade legislativa, é possível observar casos em que este tribunal julgou normas locais sobre licitações e contratos administrativos. Ao menos em quatro oportunidades distintas, o STF já decidiu sobre a constitucionalidade de normas estaduais que, segundo o impetrante, usurpava a competência privativa da União para editar normas gerais de licitação (artigo 22, XXVII, CF) ou confrontaria diretamente a Lei n.º 8.666/93.

Na ADI-MC n.º 1.824-7 foi impugnado dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o qual, na hipótese de empresas públicas ou sociedades de economia mista serem privatizadas, os empregados, reunidos sob a forma de cooperativas, teriam preferência em assumi-las. O STF, por votação majoritária, decidiu deferir a medida cautelar para suspender a aplicabilidade da norma até o julgamento final da ação, sob o argumento de que restaria violada a igualdade de condições dos que viessem a concorrer na licitação (artigo 37, XXI da CF)<sup>21</sup>.

A ADI-MC n.º 2.338-1 contestava a validade de lei de Santa Catarina, que dispunha sobre a instalação de controladores de velocidade e de semáforos nas rodovias do território catarinense<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.824-7**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347284>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.338-1**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347554>. Acesso em: 10 fev. 2019.

Proibia-se, por exemplo, que o Estado de Santa Catarina e seus municípios deflagrasse processos de aquisição de controladores eletrônicos de velocidade mediante financiamento, tanto pelo fornecedor quanto por instituições financeiras.

A alegação do autor era a de que teria sido usurpada a competência privativa da União para editar normas gerais de licitação. No julgamento da medida cautelar, o STF, por unanimidade, decidiu que não havia, no caso concreto, usurpação de competências da União. Decidiu, no entanto, que a expressão “e aos Municípios” era inconstitucional, pois implicaria em interferência na competência municipal para legislar sobre assuntos administrativos de interesse local.

Tema semelhante foi objeto de outra lei estadual de Santa Catarina, que dispunha sobre a contratação de controladores de velocidade para fins de fiscalização nas rodovias estaduais. Na ADI n.º 2.665-8 foi alegada ofensa ao artigo 22, inciso XXVII da Constituição e à Lei n.º 8.666/93<sup>23</sup>. O STF, por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade da lei impugnada, alegando que “as condições impostas pela lei para a aquisição ou contratação de controladores de velocidade comportam-se na competência legislativa do Estado-membro”.

Já há tramitação no Congresso Nacional projeto de mudanças na lei de licitações, porém alguns Estados e municípios se adiantaram e já fizeram às mudanças e editaram leis próprias onde fazem a inversão das fases de habilitação e de abertura das propostas nos procedimentos licitatórios.

Considerada uma vantagem por garantir maior celeridade nas licitações, a inversão das fases já é utilizada nas compras públicas nos Estados do Paraná, Bahia, São Paulo, Sergipe e nos municípios de Feira de Santana, São Paulo, e outros. Apesar alguns doutrinadores acreditar que a norma contraria a legislação federal, as novas leis têm sido pouco questionadas na Justiça, até mesmo por não ferir nenhum princípio constitucional, com isso: empresas que participam das disputas ganham com a mudança e governos comemoram a redução do número de ações judiciais que contestam licitações além da celeridade nos procedimentos licitatórios.

Estados e municípios vêm decidindo aproveitar a facilidade da inversão de fases e editaram leis próprias com esta previsão, como leciona o jurista Carlos Ari Sunfeld, professor da Direito FGV. "As mudanças nas leis estaduais são fruto de uma discussão que vem desde a promulgação da lei do pregão<sup>24</sup>", as novas leis, no entanto, já começam a passar pelo crivo da

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.665-8**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266880>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>24</sup> VALOR ECONÔMICO (Joinville). **Estados e municípios já usam leis próprias**. Disponível em: <https://informelex.com.br/noticias-tributarias/ver/1829/estados-e-munic%C3%ADpios-j%C3%A1-usam-leis-pr%C3%B3prias>. Acesso em: 20 jan. 2019.

Justiça, ainda que muitas das vezes são questionadas por algumas alguns licitantes, como uma decisão paulista:

A Cohab fez a licitação com base na Lei municipal nº 14.145, de 2006, que permite a inversão de fases. Ao conceder a liminar, a juíza Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade argumentou que, ao inverter as fases, a lei municipal fere Constituição Federal ao avançar sobre a competência privativa da União de legislar sobre licitações.

Em contestação a decisão da douta juíza a 12ª Vara da fazenda Pública de São Paulo, a Procuradora Geral substituta, Léa Regina Caffaro Terra do município da cidade de São Paulo defende que a lei federal estabelece princípios gerais e que a legislação municipal e estadual podem complementar as regras constitucionais<sup>25</sup>.

Como já vimos existem vários posicionamentos contra e a favor das alterações na lei de licitações e contratos administrativos, colecionar-se-ão mais alguns posicionamentos sobre a inversão das fases, segundo Carlos Eduardo Lima Jorge, diretor executivo da Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (Apeop) e Luiz Antônio Messias, vice-presidente de obras públicas do Sindicato da indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo (SindusCon/SP), acreditam que várias alterações vão dificultar as licitações, principalmente no que se refere a inversão das fases e envio eletrônico de propostas para contratação de obras e serviços de engenharia, pois não se tratam de serviços simples<sup>26</sup>.

Toda mudança em qualquer âmbito causa temores e incertezas. Para alguns, apenas a projeção de melhorias não é suficiente para o convencimento, necessitando da comprovação por fatos reais evidenciados. Dessa forma, é normal que uma ação inovadora cause polêmica, mas não se pode vislumbrar inconstitucionalidade na inversão de fases, pois continuam garantidos os princípios básicos da legalidade, isonomia, economicidade, objetividade, razoabilidade, dentre outros correlatos que regem as compras da Administração Pública.

O que se precisa compreender é que existe uma necessidade de que a Administração Pública desburocratize suas atividades, tornando-as mais ágeis ao atendimento ao anseio dos cidadãos. Desta forma, todas as ações destinadas a atender com maior celeridade às necessidades da sociedade.

---

<sup>25</sup> VALOR ECONÔMICO (Joinville). **Estados e municípios já usam leis próprias**. Disponível em: <https://informelex.com.br/noticias-tributarias/ver/1829/estados-e-munic%C3%ADpios-j%C3%A1-usam-leis-pr%C3%B3prias>. Acesso em: 20 jan. 2019.

<sup>26</sup> AGUIAR, Adriana. **Fornecedor de obra rejeita proposta que muda licitação**. Disponível em: <https://www.dci.com.br/legislacao/fornecedor-de-obra-rejeita-proposta-que-muda-licitac-o-1.101170>. Acesso em: 10 fev. 2019.

Assim proporcionar nas demais modalidades o mesmo sucesso amplamente comprovado na modalidade Pregão, que - com maior agilidade e transparência - vem conquistando resultados econômicos e financeiros bem mais vantajosos à Administração e não prejudicial aos licitantes, além de atender o princípio de eficiência anotado no Art. 37, caput, da Constituição Federal.

#### **4. Vantagens Da Inversão Das Fases**

Em princípio a inversão das fases nas licitações tem demonstrado muitas vantagens, haja vista a economicidade obtida nos pregões desde a sua implantação na administração do município de Porto Velho, pois só com os pregões a economia em 2018 foi de aproximadamente **R\$ 45.000.000,00 (cinco milhões de reais)**. Assim é possível que mudanças promovendo a inversão das fases das chamadas licitações convencionais, seja vantajosa para a Administração e gere ainda mais economia.

Uma outra questão, é a insatisfação, com a lei 8.666/93, pois uma pesquisa feita no 2º Encontro Brasileiro sobre Licitações Públicas, em Florianópolis (SC) entre 19 e 21 de março de 2006 pela Bidding Consultoria e Treinamento, com jurista de todo país, 83,13% a seguinte questão: “Na sua opinião, a Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitações): Necessita de aprimoramentos pontuais<sup>27</sup>”

Um outro ponto questionado, na pesquisa, foi a inversão das fases nas modalidades de licitação Concorrência, Tomada de Preços e Convite, que foi feito a seguinte pergunta: “O que deve mudar na Lei 8.666/93.” Nesta questão o quesito “Inversão da ordem dos procedimentos na fase externa da licitação” (habilitação após o julgamento das propostas) obteve 48,19% da opinião a favor desse procedimento, ou seja, a grande maioria dos presentes elegeram a inversão das fases nas modalidades de licitação como uma das prioridades de alteração da lei tradicional<sup>28</sup>.

Segundo as administrações dos Estados do Paraná e Bahia e dos municípios de Feira de Santana e da capital de São Paulo. A lei baiana foi a primeira no país a inverter as fases de todas as modalidades de licitações, servindo de modelo para os demais Estados que já adotam a novidade.

---

<sup>27</sup> BIDDING Consultoria e Treinamento. **Pesquisa aponta insatisfação com a Lei de Licitações**. Revista Negócios Públicos. CTP/Impressão. Ano III nº 09. São Paulo, 2006.

<sup>28</sup> BIDDING Consultoria e Treinamento. **Pesquisa aponta insatisfação com a Lei de Licitações**. Revista Negócios Públicos. CTP/Impressão. Ano III nº 09. São Paulo, 2006.

A inversão das fases não é o remédio para todos os males, mas, seguramente possibilitará uma maior celeridade nos processos licitatórios e, certamente representará significativo ganho nas contratações em geral. Neste sentido se faz necessário um diploma que a torne norma, não tomado por um pensamento isolado e teórico, mas pautado em ações concretas como ocorre hoje em vários entes da federação que instituíram diploma no sentido de inverter as fases de licitação nas modalidades Concorrência, Tomada de Preço e Convite, assim como já ocorre na modalidade de Licitação, denominada “Pregão”.

Em virtude disso, entende-se ser ideal que os órgãos públicos instituem normas sobre o assunto, implantando o sistema de inversão das fases nas modalidades convencionais de licitações, como Concorrência, Tomada de Preços e Convite e persiga a melhoria do sistema de aquisições públicas.

### **Considerações Finais**

O presente trabalho apresentou demonstrou a possibilidade de alteração legislativa, no sentido de promover maior celeridade, economicidade e eficiência, nas licitações promovidas com base na lei nº 8.666/93, conhecidas como modalidades licitatórias convencionais (concorrência, tomada de preços e convite).

Dessa forma, o Município de Porto Velho pode apresentar projeto de lei objetivando a melhoria do sistema de aquisições de bens e serviços, capaz de reduzir custos, aumentar a eficiência nas licitações e ser referência na Região Norte.

Verificou-se ainda que, já existiram vários projetos de lei com a finalidade de alterar a lei nº 8.666/93, no entanto, já tramitam há vários anos, sem sucesso. Existe no atual projeto de lei que tramita no Congresso, a previsão da inversão das fases, mas o Município de Porto Velho já poderia promover as alterações legislativas e usufruir dos benefícios dessas alterações, mesmo antes da aprovação de nova legislação.

### **Referências Das Fontes Citadas**

AGUIAR, Adriana. **Fornecedor de obra rejeita proposta que muda licitação**. Disponível em: <https://www.dci.com.br/legislacao/fornecedor-de-obra-rejeita-proposta-que-muda-licitacao-1.101170>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ANTUNES JÚNIOR, Antônio Carlos. **Processos Licitatórios – Inversão da Fase de Habilitação, uma Solução Inteligente**. São Paulo: Revista “O Pregoeiro” Ano IV – maio/2008. p. 27-28.

BIDDING Consultoria e Treinamento. **Pesquisa aponta insatisfação com a Lei de Licitações**. Revista Negócios Públicos. CTP/Impressão. Ano III nº 09. São Paulo, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 557.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 401.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 409.

MARINHO, Leonardo Campos. **O Pregão: A Necessidade de Inversão Parcial das Fases**. Ed: Scortecci. São Paulo. 2008. p. 17. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.116/SP, que impugna a lei nº 13.121/08, que inverteu a ordem das fases de habilitação e proposta de preços nas licitações públicas estaduais para aquisição de bens, serviços e obras**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93917>. Acesso em: 05 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.824-7**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347284>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.338-1**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347554>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.665-8**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266880>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Curitiba: Presidência da República.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 02 mar. 2019.

CAMARÃO, Tatiana. **Aspectos Relevantes do Pregão**. Disponível em: <https://professoratatianacamara.jusbrasil.com.br/artigos/417461232/aspectos-relevantes-do-pregao>. Acesso em: 05 mar. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas: comentário à nova lei federal n.º 8.883, de 8 de junho de 1994**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996

NOVAES, Rodrigo Alves de. **Modernização das compras públicas: Uma visão econométrica**. Disponível em: [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6155/1/2009\\_dissert\\_ranovaes.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6155/1/2009_dissert_ranovaes.pdf). Acesso em: 05 mar. 2019.

VALOR ECONÔMICO (Joinville). **Estados e municípios já usam leis próprias**. Disponível em: <https://informelex.com.br/noticias-tributarias/ver/1829/estados-e-munic%C3%ADpios-j%C3%A1-usam-leis-pr%C3%B3prias>. Acesso em: 20 jan. 2019.

# **DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO HOMOGÊNEO AO CRIME DE PESCA**

Marta Luiza Leszczynski Salib<sup>1</sup>  
Israel de Araújo Verçosa Sanches<sup>2</sup>

## **Introdução**

O exercício da jurisdição tem como objetivo garantir a eficácia do cumprimento dos direitos consagrados pelo ordenamento jurídico aos indivíduos, bem como o efetivo cumprimento das normas. No atual cenário brasileiro, ante à notada necessidade de fracionamento do Poder Judiciário em diversos órgãos, a fim de que seja possibilitada a prestação jurisdicional às inúmeras demandas em todo o território nacional, é comum que as diversas decisões proferidas eventualmente colidam em contradição.

É importante que se dê atenção a tal fenômeno, em razão dos consabidos efeitos prejudiciais à higidez do Estado Democrático de Direito, que preza pela proteção jurídica aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Deste modo, deve-se prosseguir com a busca pelas mais adequadas resoluções dos conflitos jurisdicionais, através da necessária investigação científica, capaz de contribuir com a eliminação de injustiças.

Outrossim é consabido que o meio ambiente possui indistinta e elevada importância para a vida e existência humana, de modo que merece especial proteção, inclusive mediante a entrega, ao direito penal (considerado a *última ratio* do Estado de Direito), dos diversos casos de condutas capazes de prejudicar a fauna, a flora, a natureza.

Ocorre que, no âmbito do direito penal, no ensejo de proteger a fauna ictiológica foi instituído o delito de pesca, tendo surgido com ele a problemática deste estudo, que reside na questão de dadas controvérsias de entendimentos entre juristas, no tocante ao concurso de

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Professora de Direito Ambiental da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). E-mail: marta.salib@fcr.edu.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: israel.sanches@sou.fcr.edu.br

crimes. Nesse contexto, tem-se como objetivo central neste trabalho a apuração da relação entre o instituto do concurso formal e o delito de pesca, se de fato seria possível ou não, a sua aplicação, e em quais casos.

Para tanto, a metodologia eleita é a análise de artigos jurídicos, da lei, livros e julgados ligados ao tema, na busca por entender os institutos relacionados e então se chegar em uma determinada constatação.

O presente trabalho será então dividido em três tópicos. No primeiro, será apresentado o crime de pesca, suas características, a imprescindibilidade de sua instituição, a classificação doutrinária, dentre outras questões. No segundo, será trazido à baila o instituto do concurso de crimes, bem como suas modalidades e critérios de aplicação, a fim de trazer considerável compreensão do tema. Por último, será apresentada, dentre outras questões pertinentes, a impossibilidade de aplicação do concurso formal próprio homogêneo ao crime de pesca.

## **1. Do Crime De Pesca E Sua Tipificação No Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Diante do atual cenário mundial, com a intensa destruição da flora e da fauna terrestres, foi necessária a promoção da consciência ambiental, inclusive a nível internacional, em meio a todos os indivíduos. É incontestável o fato do risco à continuação até mesmo da vida humana, porquanto existem inúmeros estudos científicos os quais demonstram os efeitos negativos das agressões ao meio ambiente, inclusive a mídia, as matérias televisivas e demais meios de comunicação que, de modo geral, expõem a triste realidade a todos e buscam alertar a humanidade para a grave situação. Mas muitas vezes o problema sequer recebe a devida atenção e preocupação por parte das pessoas.

Viu-se, desta forma, a necessidade de uma intervenção estatal, de modo a garantir a devida tutela jurídica ao meio ambiente. Assim, a Constituição Federal brasileira de 1988<sup>3</sup> elevou, no art. 170, inciso VI, ao status de princípio constitucional a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".

Prevê também a Carta Maior<sup>4</sup>, no art. 255, que a todos assiste o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se trata de um bem de uso comum do povo, essencial a uma boa qualidade de vida, impondo ao poder público e a toda a coletividade o dever de proteção e

---

<sup>3</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > acesso às 21:25, de 23.01.2019.

<sup>4</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > acesso às 21:25, de 23.01.2019.

preservação à natureza. Tal dispositivo menciona também tratar-se de um direito inerente à presente e às futuras gerações, tamanha a importância de um meio ambiente saudável.

Dentre tantos atos em prol da natureza, um dos principais, no âmbito nacional, foi a criação da Política Nacional do Meio Ambiente, através da lei 6938/1981<sup>5</sup>, no intuito de efetivar a prevenção, melhoria e recuperação da qualidade ambiental no Brasil, de modo a propiciar a vida, os interesses da segurança nacional, a proteção à dignidade e à vida humana e o desenvolvimento sustentável. Ainda neste ensejo, a fim de rechaçar de maneira rígida as condutas atentatórias contra a natureza, foi também criada a lei 9605/98<sup>6</sup>, tendo sido denominada a Lei dos Crimes Ambientais - LCA.

É importante que os instrumentos constituídos para a defesa e conservação do meio ambiente realmente alcancem eficácia, dada a extrema relevância do bem jurídico tutelado. Assim é no âmbito dos crimes ambientais, os quais devem revestir-se de sanções com rigidez suficiente a ensejar na prevenção e repreensão das condutas tipificadas na lei especial, mas com respeito ao princípio da mínima intervenção do direito penal. Deve-se ter em mente o equilíbrio e a proporcionalidade, inclusive na interpretação e aplicação da lei, das penas e demais institutos correlatos.

Em defesa da fauna ictiológica, a qual foi definida pelo Decreto-Lei nº 221/1967<sup>7</sup>, foi instituído o crime de pesca, nos termos do art. 34, da lei 9605/98<sup>8</sup>:

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Renato Marcão<sup>9</sup> classifica o delito supra como sendo um: *crime comissivo; comum; de forma livre; de perigo abstrato; doloso; material; plurissubsistente; unissubjetivo*. O respeitado doutrinador expõe também o fato de que tanto na doutrina quanto na jurisprudência há

---

<sup>5</sup> BRASIL, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)> acesso às 21:35, de 23.02.2019.

<sup>6</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>7</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-Lei/Del0221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del0221.htm)> acesso às 21:41, de 23.01.2019.

<sup>8</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21:10, de 23.01.2019.

<sup>9</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 99.

divergência quanto à classificação em crime material ou formal. Marcão<sup>10</sup> adota o primeiro entendimento, no sentido de que a consumação do delito só vem a ocorrer com a efetiva apanha do espécime protegido. Mas embora pense de modo contrário, expõe que a redação do art. 36 da lei 9605/98<sup>11</sup>, a qual traz a definição da conduta de pescar: "considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes (...)" é que gera a ideia de que não se faz necessária a efetiva captura, pois "ato tendente" seriam ações que antecedem a efetiva apanha. Logo, para os que entendem desta outra maneira, haveria que se falar na prática consumada da atividade (e delito) de pesca, mesmo que a coleta seja completamente infrutífera. De outro giro, para Leandro Paulsen<sup>12</sup>, as condutas do caput representam delito formal, enquanto que as previstas no parágrafo único representam tanto crimes formais (segunda parte do inciso II) quanto materiais (todas as demais condutas dos incisos do p. único).

Ainda, com base nos ensinamentos de Renato Marcão<sup>13</sup>, convém salientar também que o tipo penal do art. 34/Lei 9605/98<sup>14</sup> possui o escopo de proteger o ecossistema aquático (não apenas o pescado em si); que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive pessoa jurídica; o sujeito passivo é a coletividade; admite-se a coautoria; o delito é previsto apenas na modalidade dolosa (vontade livre e consciente de praticar as condutas descritas no tipo); o objeto material é a fauna aquática (fauna ictiológica); possui vários objetos jurídicos tutelados; se trata de uma norma penal em branco, que depende de complementação normativa, já que por si só não define as espécies proibidas, locais interditados, etc; é tipo misto (possui vários núcleos/verbos/conduas).

Outrossim, bastante pertinente inferir também que os crimes ambientais, de modo geral, são considerados pela doutrina delitos de consumação *permanente*<sup>15</sup>.

## 2. Do Concurso De Crime

### 2.1.1. Concurso Material

---

<sup>10</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 99.

<sup>11</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21:10, de 23.01.2019.

<sup>12</sup> PAULSEN, Leandro. **Crimes federais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 405.

<sup>13</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 100.

<sup>14</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21:10, de 23.01.2019.

<sup>15</sup> GAIOTTO, Marcos H. C. **Aplicação das Penas no Direito Ambiental**. p. 01. Disponível em <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3065/aplicacao-penas-direito-ambiental>> acesso às 14h25min, de 12/01/2019.

O concurso de crimes possui previsão legal nos arts. 69 e 70 do Código Penal<sup>16</sup> e subdivide-se em material e formal. O art. 69 do CP<sup>17</sup> dispõe que o concurso material, também chamado de real, se dá quando o agente, mediante mais de uma conduta, pratica mais de um crime, seja pelo cometimento de delitos idênticos ou diversos.

Damásio de Jesus<sup>18</sup> exemplifica com o caso do agente que invade a residência da vítima, comete furto e estupro, e em seguida mata a pessoa ofendida, a fim de manter-se impune. Neste caso o sujeito ativo praticou diversas condutas e cometeu vários crimes, incorrendo, portanto, em concurso material. Ainda, o referido autor classifica o concurso material em duas espécies: homogêneo e heterogêneo. No primeiro caso, há que se falar em dois ou mais crimes da mesma espécie. Ex.: homicídio contra fulano cumulado a homicídio contra sicrano, mediante duas condutas, respectivamente; No segundo, são cometidos dois ou mais delitos diversos. Ex.: furto e estupro.<sup>19</sup> A lei<sup>20</sup> estabelece que será devida a soma das penas privativas de liberdade ao indivíduo que incorrer em concurso material de crimes. Além disso, quando a cumulação se der entre pena de reclusão e de detenção, aquela será primeiramente executada (2ª parte do art. 69/CP<sup>21</sup>).

Ademais, o §1º do art. 69/CP<sup>22</sup> estabelece que, quando uma das penas privativas de liberdade for aplicada ao sujeito em concurso material sem que seja suspensa, será incabível a substituição das demais penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, mesmo que preenchidos os critérios previstos no art. 44/CP<sup>23</sup>. ou seja, ambas as penas são consideradas para fins de concessão do benefício. No caso delineado naquele dispositivo, uma das penas acaba por produzir efeito em relação às demais, de modo que a substituição destas, antes aplicável, resta então impossibilitada. Fernando Capez<sup>24</sup> aquiesce com o entendimento de que só é possível que a pena privativa de liberdade seja somada com a restritiva de direitos caso

---

<sup>16</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>17</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>18</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 648.

<sup>19</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 648

<sup>20</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>21</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>22</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>23</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 553.

tenha sido concedida a suspensão condicional daquela. Acerca deste fenômeno, Martinelli<sup>25</sup> entende que a intenção do legislador consistiu em impedir a coabitação entre pena privativa de liberdade e restritiva de direitos.

Por fim, quando da pluralidade de penas restritivas de direito, o Código Penal<sup>26</sup> dispõe, no art. 69, §2º, que primeiro o reeducando deverá cumprir aquelas que forem compatíveis entre si e, só após, as demais.

### 2.1.2. Concurso Formal E Suas Espécies

De outro giro, temos o concurso formal de crimes, também chamado de ideal o qual possui previsão legal no art. 70 do Código Penal<sup>27</sup>, a saber:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Rogério Greco<sup>28</sup> explica que o concurso formal se funda em uma política criminal, a qual é voltada a beneficiar o agente que, mediante uma única conduta, produza dois ou mais crimes. Tal regra possui, portanto, o condão de abrandar a situação do réu cometedor de diversos delitos - o qual o faz mediante uma única conduta -, diminuindo-lhe efetivamente a pena imputada. Contudo, isto não se dará em todas as espécies do instituto em análise.

Damásio de Jesus<sup>29</sup> exemplifica: a) o agente, com um só tiro ou um golpe só, ofende mais de uma pessoa; e b) num fato automobilístico culposo o agente dá causa à morte de uma pessoa e a lesões corporais em outra.

É necessário compreender a classificação do concurso formal e seus respectivos efeitos. Será homogêneo<sup>30</sup>, quando os crimes forem idênticos, e forem atingidos mais de um sujeito passivo. Ex.: o atropelamento culposo que resulta no óbito de dois ou mais indivíduos. Será

---

<sup>25</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.830

<sup>26</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>27</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>28</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. P. 716.

<sup>29</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 649.

<sup>30</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 649.

heterogêneo<sup>31</sup> quando os crimes cometidos se encontrarem definidos em normas penais diversas. Ex.: atropelamento com resultado de morte de uma vítima e lesão corporal de outra.

A doutrina<sup>32</sup> chama o concurso formal delineado na primeira parte do caput do art. 70/CP<sup>33</sup> de concurso formal perfeito: "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade". Determina o texto da mencionada lei o efeito que se dará a este fenômeno: será aplicada apenas a pena mais grave, ou qualquer uma delas, se iguais, incidindo a denominada *exasperação*<sup>34</sup>.

Com relação ao fundamento da aplicação dessa exasperação, bem sustenta João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem<sup>35</sup>:

(...) no concurso formal perfeito há apenas uma conduta **sem pluralidade de elementos subjetivos**. É justamente por esses caracteres que, na aplicação das penas, não poderá o julgador equiparar esse contexto concursal aos demais em que as penas devem ser somadas. Tanto é correto esse fundamento que, conforme o parágrafo único do art. 70 do Código Penal, a pena decorrente do concurso formal perfeito não "poderá exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Grifei).

Desta forma, percebe-se que o motivo que sustenta o privilégio concedido ao agente consiste no fato de que não houve desejo, por parte deste, quanto ao alcance do plúrimo resultado. O sujeito ativo só possuía um único objetivo, um único desígnio. Logo, há que se compreender que os resultados secundários serão necessariamente acidentais, de modo que alheios à vontade do autor do fato. Acerca desse fenômeno, Damásio de Jesus<sup>36</sup> acrescenta se tratar, portanto, de uma causa de diminuição e outra de aumento, coexistentes em uma mesma circunstância, uma vez que as penas não serão somadas, mas em contrapartida haverá o aumento de  $\frac{1}{6}$  até metade. Além disso, o aumento de pena não poderá ultrapassar o limite do que resultaria a soma das penas, nos termos do parágrafo único do art. 70 do Código Penal<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 649.

<sup>32</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 649.

<sup>33</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>34</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 836.

<sup>35</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 836.

<sup>36</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 650.

<sup>37</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

Outro ponto hasteado por Martinelli e De Bem<sup>38</sup> é que não se deve levar em consideração a pena em abstrato, para fins de escolha da pena mais grave, mas sim a pena efetivamente aplicada, de modo a valorizar o princípio da individualização. O autor demonstra um exemplo em que a pena de lesão corporal grave acaba sendo mais severa que a pena de tentativa de homicídio, o que é perfeitamente possível de se ocorrer. Por isso imprescindível a adoção da pena em concreto, segundo as lições dos respeitadores doutrinadores.

Finalmente, o concurso formal é impróprio<sup>39</sup>, quando houver pluralidade de desígnios por parte do agente. Os efeitos a serem aplicados constam da 2ª parte do caput do art. 70/CP<sup>40</sup>: "As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior". Ao entender de Rogério Greco<sup>41</sup>, a lei penal previu a hipótese de o agente agir com desígnios autônomos, onde deseja alcançar, dolosamente, a produção de ambos os resultados. O autor cita o exemplo do holocausto, em que os soldados alemães enfileiravam vários judeus e, no intuito de economizar munição, cometiam extermínio coletivo mediante um único tiro, uma única conduta. Os vários resultados de morte eram assim desejados pelo agente. Ainda, conforme elucida este autor<sup>42</sup>, a diferença entre o concurso formal próprio e impróprio encontra-se consubstanciada no elemento subjetivo do crime. Será efetivamente a quantidade de desígnios que definirá se o concurso formal é próprio (singular desígnio) ou impróprio (pluralidade de desígnios).

Neste sentido também ensina Damásio de Jesus<sup>43</sup>:

Suponha-se que o agente, com um só projétil de revólver, mate dolosamente duas pessoas. Há unidade de conduta e autonomia de desígnios (dirigidos à morte das duas pessoas). Neste caso, o concurso continua sendo formal, mas, na aplicação da pena, manda o Código que seja realizada com base na regra do concurso material: as penas devem ser somadas. No exemplo, devem ser somadas as penas dos dois homicídios dolosos.

---

<sup>38</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 836/837.

<sup>39</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 719.

<sup>40</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>41</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 719.

<sup>42</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 719.

<sup>43</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 651.

Desta forma, entende-se que o concurso formal impróprio exige que o agente possua no mínimo dois desígnios autônomos, devendo a conduta ser dolosa, e o plúrimo resultado também; que o concurso formal próprio é caracterizado por desígnio singular, em que uma conduta dolosa resultará simultaneamente no aperfeiçoamento de outro(s) resultado(s) culposo(s)/aberrante(s), atingido(s) por equívoco, não desejado(s).

## 2.2. Do Tipo Penal Misto E Suas Modalidades: Cumulativa E Alternativa

Na classificação do tipo penal, existem as figuras do tipo simples e tipo misto. No primeiro, a lei prescreve um único comportamento, ou seja, no dispositivo incriminador só estará presente um único verbo, um único núcleo. Por isso, a doutrina também chama esses tipos de *uninucleares*<sup>44</sup>. Exemplo clássico é o homicídio, o qual prevê a conduta exclusiva de "Matar alguém".

Há também o chamado tipo penal misto, tal como o é o crime objeto principal do presente estudo. Diferentemente do tipo penal simples, aqui teremos os crimes em que no preceito primário consta previsto mais de um comportamento criminoso. Logo, há que se falar em uma pluralidade de verbos/núcleos/conduas incriminadoras, e portanto é chamado também de tipo penal *multinuclear*<sup>45</sup>.

O tipo penal misto se subdivide em *cumulativo* e *alternativo*, de modo que se diferenciam, diretamente, no que diz respeito à aplicação do concurso de crimes. Quando o tipo misto for cumulativo e o sujeito ativo perfectibilizar mais de um verbo descrito na norma, **incidirá o concurso de crimes**. Quando o tipo misto for alternativo, à prática de mais de um dos núcleos previstos incidirá a conclusão de que **fora cometido apenas um único crime**.<sup>46</sup>

Rogério Greco<sup>47</sup> explica o motivo da grande importância da classificação de cada tipo penal misto, pois eventuais erros quanto a isso podem gerar uma punição muito mais severa ou muito mais branda do que a realmente devida ao indivíduo:

Em algumas situações não será tarefa fácil apontar se determinado tipo misto poderá ser considerado como cumulativo ou alternativo. Vimos que as consequências a respeito dessa conclusão são importantíssimas, pois que, se concluirmos pela

---

<sup>44</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 270.

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 270.

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. "p. 271.

<sup>47</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. "p. 271.

cumulatividade, haverá concurso de crimes; se entendermos pela alternatividade, haverá crime único.

Para André Estefam<sup>48</sup>, o art. 242/CP<sup>49</sup>: "Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido **ou** substituí-lo, suprimindo **ou** alterando direito inerente ao estado civil" trata-se de um tipo penal misto, que em certa parte é cumulativo, mas em outra é alternativo:

O tipo penal contém três infrações penais, embora se possa divisar quatro comportamentos delitivos (a última figura apresenta dois verbos alternativamente dispostos entre si). Constitui tipo misto cumulativo, dada a autonomia dos três delitos nele inseridos. Significa que, se o agente praticar mais de uma das condutas típicas, dar-se-á concurso de crimes. O último deles, contudo, isoladamente considerado, é misto alternativo, já que possui duas ações nucleares unidas por **conjunção alternativa**, razão pela qual a substituição de um recém-nascido, seguida de sua ocultação, configurará delito único. (Grifei).

Vemos então que o referido autor baseia a classificação do tipo penal mediante critérios de interpretação do que podemos sugerir ter sido, inclusive, a vontade do legislador expressa na norma. Ora, há que se notar aqui que o autor interpretou o dispositivo à luz dos princípios da legalidade e da taxatividade da lei penal, de modo que encontrou supedâneo para seu raciocínio na própria gramática portuguesa.

Carlos Otaviano Brenner de Moraes<sup>50</sup> com supedâneo em parâmetro outro, explica que no tipo misto cumulativo os núcleos não são fungíveis, pois atingem bens jurídicos distintos, de modo que cada qual poderia compor um tipo penal em separado. Traz como exemplo o art. 135 do CP<sup>51</sup>:

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

---

<sup>48</sup> ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 3: parte especial (arts. 235 a 369-H)**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 120.

<sup>49</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>50</sup> MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Tipos penais: simples ou mistos**. Disponível em < <https://carlosotaviano.jusbrasil.com.br/artigos/149215548/tipos-penais-simples-ou-mistos> > acesso às 16:02, de 24.01.2019.

<sup>51</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

Ademais, há também um outro exemplo, constante do art. 213 do Código Penal<sup>52</sup>. Para Rogério Greco<sup>53</sup>, desde o advento da Lei nº 12.015/09<sup>54</sup>, o crime de estupro: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" se tornou um tipo penal misto alternativo. Inclusive, exemplifica o caso do agente que, em um mesmo contexto fático, mantém conjunção carnal e pratica sexo anal ou oral com a vítima. Este responderá por um único crime de estupro. Interessante notar que, neste último caso, nos deparamos novamente com conjunções alternativas entre as condutas presentes no tipo, bem como as diversas possibilidades dos núcleos, pode-se sugerir que, ao serem praticadas, provocam dano ao mesmo bem jurídico.

Por fim, Martinelli e De Bem<sup>55</sup> expõem o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006<sup>56</sup> como um exemplo de tipo penal misto alternativo. Aqui percebe-se também a alternatividade entre os núcleos da própria redação do tipo legal.

### 3) Inaplicabilidade Do Concurso Formal Próprio Homogêneo Ao Delito De Pesca.

O crime de pesca previsto no art. 34 da Lei 9605/98<sup>57</sup> foi objeto de grandes controvérsias entre tribunais, no que se refere à possibilidade ou à impossibilidade da incidência do concurso formal ao caso concreto. Isto se dá em razão da pluralidade de núcleos descritos no tipo, os quais muitas vezes têm se aperfeiçoado simultaneamente em um mesmo contexto circunstancial.

Em que pese a doutrina ter permanecido, em sua maioria, escassa ou até mesmo inerte, silente, quanto ao tema, a jurisprudência tem apreciado e decidido diversos casos neste sentido, na medida em que lhe são apresentados.<sup>58</sup>

A 6ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do relator Souza Nery, no julgamento da APL nº 19333620088260484, de 31 de julho

<sup>52</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>53</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 271.

<sup>54</sup> BRASIL, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm) > acesso às 22:07, de 23.01.2019.

<sup>55</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 455.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm) > acesso às 22:12, de 23.01.2019.

<sup>57</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>58</sup> CARRILHO, Luciana Maria Cardoso. **Pontos controversos do crime de pesca.** p. 61. Disponível em < <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1285/PONTOS%20CONTROVERTIDOS%20DO%20CRIME%20DE%20PESCA.pdf?sequence=1> > acesso às 20h50min, de 14.01.2019.

de 2015<sup>59</sup> entendeu que, quando o agente pratica simultaneamente a pesca em período de defeso e mediante petrechos proibidos (art. 34, caput e parágrafo único, inciso II da Lei 9605<sup>60</sup>, respectivamente) pratica crime único, de modo que o concurso formal resta, portanto, afastado.

Ademais, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, na APR 14812 MS 2008.014812-2<sup>61</sup>, proferiu decisão em relação ao sujeito que, mediante uma única ação pescou espécimes de tamanho inferior ao permitido em lei (art. 34, p. único, inciso I/Lei de Crimes Ambientais<sup>62</sup>) e com petrechos proibidos (Art. 34, p. único, inciso II/LCA<sup>63</sup>). A Turma determinou o afastamento do concurso formal impróprio, por entender não ter havido desígnios autônomos, embora a compreensão de que, no caso sob análise, teriam-se consumado, simultaneamente, delitos de mesma espécie, mediante uma única ação.

Ainda, entenderam ser inaplicável o concurso de crimes no tipo em comento as decisões hasteadas nos seguintes julgados: TJMG, Processo Apelação Criminal 1.0625.08.076292-9/001, 0762929- 81.2008.8.13.0625 (1), Relator Des. Nelson Missias de Moraes - Órgão Julgador/Câmara Câmaras Criminais Isoladas/2ª Câmara Criminal, Data de julgamento 21/02/2013, data da publicação da súmula: 04/03/2013); TRF2, V - Apelação Criminal 2003.51.08.000427-0, Relatora Desembargadora Federal Liliane Roriz, Rio de Janeiro, 09 de março de 2010; TRF1, Processo Numeração Única ACR 1609-31.2011.4.01.3601/MT, Apelação Criminal, Relatora Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Órgão: Terceira Turma, Publicação: 22/11/2013 e DJF1 P. 590, Data da Decisão: 05/11/2013; TRF3, Processo Classe: ACR - Apelação Criminal - 26153, Nº Documento: 1 / 2 Processo: 7410-49.2002.4.03.6102 UF: SP, Doc: TRF3 00257269, Relator Juiz Convocado Márcio Mesquita, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento: 06/10/2009, Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 Data: 21/10/2009<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. 6ª Câmara Criminal Extraordinária. Des. Min. Relator. Souza Nery. APL nº. 1933-36.2008.26.0484. DJ em 06/08/2015. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217649034/apelacao-apl-19333620088260484-sp-0001933-3620088260484/inteiro-teor-217649053?ref=serp> > acesso às 22:16, de 23.01.2019.

<sup>60</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>61</sup> Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **APR 14812 MS 2008.014812-2**. 1ª Turma Criminal, Relator Desembargador Gilberto da Silva Castro, julgamento: 29 de julho de 2008, publicação: 15/08/2018. Disponível em < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4088965/apelacao-criminal-acr-14812> > acesso às 23:10, de 23.01.2019.

<sup>62</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>63</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>64</sup> CARRILHO, Luciana Maria Cardoso, **Pontos Controvertidos do Crime de Pesca**, MPMG Jurídico, 2016. p. 61. Disponível em <

Por outro lado, foram diversos os entendimentos de outros tribunais, os quais determinaram a aplicação do concurso, em relação ao crime de pesca. Nesses casos, houve também o aperfeiçoamento de mais de um dos núcleos previstos no art. 34, caput e incisos do parágrafo único da Lei de Crimes Ambientais<sup>65</sup>.

É o caso da decisão da 4ª Turma do TRF1, na Apelação Criminal: ACR 49547320094013601<sup>66</sup> que, no caso, afastou a ocorrência do erro de proibição e impôs a soma das penas (diversas e autônomas, em razão do aperfeiçoamento de mais de um dos núcleos do tipo, simultaneamente) em face da aplicação do concurso formal impróprio. Neste caso, o sujeito ativo foi condenado por incorrer na conduta prevista no caput e no parágrafo único, inciso I, do art. 34/LCA<sup>67</sup>, tendo recebido sanção penal em relação a cada um dos mencionados dispositivos.

Outrossim, a mesma turma, do mesmo tribunal, julgou também a Apelação Criminal: ACR 2550520104013601<sup>68</sup>, mas dessa vez pela relatora Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, em 21 de outubro de 2014. No caso, o art. 34, parágrafo único, incisos I e II/LCA<sup>69</sup> foram perfectibilizados pelo agente, mediante uma única ação. Este havia sido condenado pela decisão do juízo *a quo*, com a incidência do concurso formal perfeito, e sofreu, portanto, a exasperação de metade da pena. A sentença foi mantida pelo juízo *ad quem* quanto a este ponto.

No mesmo sentido, o TJMG julgou a Apelação Criminal 1.0261.10.001756-3/001, por relatoria do(a) Des.(a) Catta Preta, em 22/11/2012, pela 2ª Câmara Criminal<sup>70</sup>. No fato apurado pelo Tribunal, foram satisfeitos os dispositivos do art. 34, caput e art. 34, parágrafo único, inciso

---

<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1285/PONTOS%20CONTROVERTIDOS%20DO%20CRIME%20DE%20PESCA.pdf?sequence=1> > acesso às 09:37, de 16.04.2018.

<sup>65</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>66</sup> TRF1, Apelação Criminal: ACR 49547320094013601, Relator Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, quarta turma, julgamento: 12 de agosto de 2014, publicação: 26/08/2014. Disponível em < <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162023429/apelacao-criminal-acr-49547320094013601> > acesso às 23:17, de 23.01.2019.

<sup>67</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>68</sup> TRF1 Apelação Criminal: ACR 2550520104013601, Quarta Turma, Relatora Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (Conv.) Julgamento: 21 de outubro de 2014, Publicação: 07/11/2014. Disponível em < <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164671032/apelacao-criminal-acr-2550520104013601> > acesso às 23:21, de 23/01.2019.

<sup>69</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>70</sup> TJMG - Apelação Criminal 1.0261.10.001756-3/001, Relator (a): Des.(a) Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 22/11/2012, publicação da sumula em 03/12/2012. Disponível em < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507938690/apelacao-criminal-apr-10498120010646001-mg/inteiro-teor-507938746> > acesso às 23:33, de 23.01.2019.

II da Lei 9605/98<sup>71</sup>, posto que o réu praticou a pesca em período proibido, mediante o uso de petrechos proibidos. Foi imposta a condenação, com incidência do concurso formal, porquanto teria acontecido a prática de mais de um crime, mediante uma só ação, segundo a cognição manifestada na decisão.

A partir da análise dos julgados expendidos, resta evidente a divergência entre Tribunais quanto à matéria levantada neste estudo. Enquanto para uns, o sujeito que pratica, através de uma única conduta, vários dos núcleos previstos no art. 34, caput e incisos do parágrafo único/LCA<sup>72</sup> comete um único delito, para outros, há que se falar em concurso formal impróprio, existindo ainda um terceiro entendimento, o qual impõe a aplicação do concurso formal próprio. Em cada caso, haverá, portanto, certa distinção entre os sujeitos jurisdicionados, que receberão sanções mais rígidas ou mais brandas, mesmo em meio à identidade entre suas condutas.

Embora a grande maioria da doutrina tenha permanecido silente quanto ao tema, como dito, no entender de Luís Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha<sup>73</sup>, se o agente comete, em um mesmo contexto, a conduta prevista no art. 34, caput, e nos incisos I e II do parágrafo único da Lei<sup>74</sup>, incorre em crime único. Dessa forma, se o pescador capturar espécimes de tamanho inferior ao permitido, em época e local proibidos, e em quantidades proibidas, comete apenas um único delito. Não obstante, o magistrado deverá sopesar as circunstâncias para fins de fixação da pena.

Entretanto, em que pese a elevada estima e admiração aos supracitados doutrinadores, percebe-se que não manifestaram maiores esclarecimentos a respeito do raciocínio então adotado, senão apenas a conclusão da não aplicação concursal.

Ademais, muito embora alguns tribunais, em suas decisões, sequer o tenham feito - conforme pesquisado, inclusive, em análises a inteiro teor -, a 11ª turma do TRF-3<sup>75</sup>, em decisão proferida em 20/09/2016 entendeu por bem classificar o delito em comento como sendo misto alternativo, de modo que a pesca realizada em período defeso, mediante o uso de rede de nylon

---

<sup>71</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>72</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>73</sup> FLÁVIO GOMES, Luíz. SANCHES CUNHA, Rogério. **Coleção Ciências Criminais - Volume VI - Legislação Criminal Especial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 886.

<sup>74</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>75</sup> TRF3, Apelação Criminal: ACR ACR 2010.61.24.001681-1. 11ª Turma. Des. Fed. José Lunardelli - j. 20/09/2016. Disponível em < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5595961> > acesso às 23:47, de 23.01.2019.

e arrasto (petrecho e método não permitidos) ensejou na consumação de um único delito. Vemos que o Egrégio Tribunal, ao julgar, estabeleceu sua própria classificação sobre o tipo.

Por outro lado, se interpretarmos o art. 34/LCA<sup>76</sup> à luz dos ensinamentos de André Estefam<sup>77</sup>, acerca da classificação do tipo penal misto, em especial a exemplificação a partir do art. 242 do CP<sup>78</sup>, conforme já explanado linhas atrás, no tópico 5, em que os períodos separados por ponto e vírgula classificam-se entre si na modalidade cumulativa e os núcleos ligados por conjunções alternativas na modalidade alternativa, seria possível que o concurso formal impróprio homogêneo ocorresse no crime de pesca. Desta maneira, seria possível classificar o delito de pesca como sendo misto alternativo, em relação aos núcleos previstos em um mesmo inciso, separados por conjunção alternativa, admitindo, de outro modo, que entre os incisos do parágrafo único seja entendida a modalidade mista cumulativa.

Há que se questionar, contudo, se de fato são alcançados vários resultados, mediante o aperfeiçoamento simultâneo dos vários núcleos do crime de pesca. É que o instituto do concurso formal exige expressamente que se pratique diversos crimes, e os resultados, já que constituem elemento indispensável do fato típico<sup>79</sup> e conseqüentemente do crime, também devem ser considerados indispensáveis para o concurso. Foi visto que o crime de pesca classifica-se como sendo delito formal, conforme abordado no primeiro tópico, bastando a mera execução do núcleo previsto para se ter caracterizado o crime, dispensando-se a concretização de resultado (crime de perigo). Além disso, conforme estudado linhas atrás, o tipo penal misto cumulativo se presencia em meio à pluralidade de bens jurídicos atingidos pelos diversos núcleos previstos, de modo que poderiam constituir cada qual um delito autônomo, tornando razoável a possibilidade de incidência do concurso formal impróprio homogêneo no crime de pesca, já que protege diversos bens jurídicos.

Neste sentido, Renato Marcão<sup>80</sup> demonstra a pluralidade de objetos jurídicos contidos no art. 34, caput e incisos do parágrafo único da lei 9605/98<sup>81</sup>:

---

<sup>76</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21:10, de 23.01.2019.

<sup>77</sup> ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 3: parte especial (arts. 235 a 369-H)**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 120.

<sup>78</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>79</sup> Migliari, Luiza. **Direito Penal - Tipicidade**. Disponível em <<https://luizamigliari.jusbrasil.com.br/artigos/440508677/direito-penal-tipicidade>> acesso às 7:15, de 24.01.2019.

<sup>80</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 100.

<sup>81</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

Art. 34, “caput”: É a proteção ao meio ambiente, assegurando especial proteção à fauna aquática (fauna ictiológica). Parágrafo único: Inciso I: qualquer espécime da fauna aquática que deva ser preservada ou com tamanho inferior ao permitido para pesca. Inciso II: espécimes da fauna aquática que tenham sido pescadas em quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos. Inciso III: espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas. “O tipo penal previsto no art. 34 da Lei n. 9.605/98 visa proteger o ecossistema aquático, mais especificamente a reprodução e manutenção dos espécimes”

Com relação ao inciso III do parágrafo único do art. 34/LCA<sup>82</sup>, acredita-se que por uma questão simplesmente física seja improvável que sua execução se dê simultaneamente (mediante uma única conduta) aos demais incisos e/ou ao caput, já que quem “transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas” o faz somente em momento posterior à captura dos espécimes protegidos. Fica aqui improvável a ocorrência do concurso formal.

Por fim, no tocante ao concurso formal perfeito homogêneo, diante dos conceitos já tratados ao longo deste estudo, cumpre lembrar também do requisito de que o agente deseje realizar (desígnio único) apenas um dos núcleos previstos, de modo que outro crime eventualmente cumulado nunca tenha sido por ele desejado. Tendo em mente o fato de que o crime de pesca prevê somente a modalidade dolosa e que o desconhecimento da lei, por si só, é inescusável (art. 21/CP<sup>83</sup>), é inconcebível crer numa situação prática em que o indivíduo possua condições de saber que o local onde realiza a pesca é proibido, e ao mesmo tempo não possua condições de saber que determinado petrecho é de uso vedado, por exemplo. Ainda que o agente não conheça o caráter ilícito de núcleo descrito em um dos incisos e simultaneamente conheça a proibição de outro, não há como dizer que o cometimento de sequer um dos núcleos não foi desejado pelo autor. Deste modo, no crime de pesca, se o sujeito conhece o fato da ilicitude da conduta do inciso I, é porque teve condições de saber, e certamente deveria conhecer também a ilicitude da conduta do inciso II, por exemplo. Se o agente praticou simultaneamente os diversos núcleos, desejou executar a ambos e não houve, portanto, crime acidental. Destarte, tem-se pelo afastamento do concurso formal próprio homogêneo.

## **Considerações Finais**

É consabido que, ao longo dos anos, no Brasil, em razão da grande quantidade e distribuição de órgãos do Poder Judiciário pelo território, tornou-se comum a existência da

---

<sup>82</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

<sup>83</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

pluralidade de entendimentos magistrais controvertidos, aplicados a casos de manifesta identidade temática e circunstancial. No tocante à pluralidade destes entendimentos entre os tribunais, convém destacar a importância de seus efeitos, pois são capazes de ocasionar insegurança jurídica ao jurisdicionado, bem como a violação ao princípio constitucional da igualdade, já que indivíduos iguais, expostos a idêntica situação, acabam recebendo tratamento diverso e injusto.

Tal cenário não é desejado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual preza pela constante eliminação, na medida do possível, das inúmeras divergências jurisdicionais. Com base nestas considerações, o escopo deste trabalho consistiu em abordar o delito previsto no art. 34 da Lei 9605/98<sup>84</sup>. Ocorre que o crime de pesca é um tipo penal misto, porquanto descreve diversos verbos, os quais, executados, geram a respectiva prática delitiva.

Assim, por diversas vezes, mediante uma única conduta, o agente ativo acaba por perfectibilizar vários desses núcleos, fazendo surgir controvérsia no mundo jurídico acerca da possibilidade de incidência do concurso formal de crimes. No ensejo metodológico, realizou-se a busca por alguns julgados, a fim de demonstrar a existência de entendimentos dissonantes no âmbito do Poder Judiciário, no sentido de que alguns julgadores entenderam ser possível a incidência do concurso formal em relação ao art. 34, caput, e incisos do parágrafo único da lei 9605/98<sup>85</sup>, ao passo em que, para outros, não há que falar na aplicação do referido instituto. No âmbito doutrinário, percebeu-se a ínfima abordagem sobre o tema, em que pese o concurso constituir objeto de maiores lições acerca de outros delitos, que não o de pesca.

Ainda, realizou-se a análise dos institutos de direito penal correlatos ao tema, dentre os quais o concurso de crimes material; formal; espécies de tipo penal misto; de modo a possibilitar uma maior compreensão sobre o assunto. Constatou-se o fato de que a classificação doutrinária tem exercido papel crucial como fonte do direito, dispondo de eficaz influência na prestação jurisdicional.

Foi visto que a doutrina tem classificado o tipo penal misto em duas modalidades: cumulativa e alternativa, de modo que, para cada uma dessas, ocorrerá determinado efeito jurídico. Esta classificação relaciona-se diretamente com o concurso de crimes, pois representa atualmente o preponderante parâmetro de sua aplicação.

---

<sup>84</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21h10min, de 23.01.2019.

<sup>85</sup> BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso às 21:10, de 23.01.2019.

Entretanto, como dito alhures, é extremamente escassa a abordagem sobre o concurso formal, no delito de pesca. Muitos dos doutrinadores sequer chegam a mencionar o assunto, e vários dos acórdãos apenas optam por aplicar ou não o instituto, sem maiores esclarecimentos.

Com supedâneo no estudo da bibliografia pertinente aos institutos envolvidos, efetuou-se a construção de raciocínio jurídico científico - o qual jamais se pode dar por absoluto - voltado ao esclarecimento da controvérsia sobre o delito de pesca. Em que pese o raciocínio consolidado nesta pesquisa, é imperioso suscitar a incerteza quanto a tais entendimentos, posto que, nesta ocasião, não logrou-se êxito em identificar orientações específicas mais robustas ou definitivas para a resolução do conflito apresentado.

Por fim, constatou-se que, quando do julgamento pela não incidência concursal ou aplicação do concurso formal próprio ou impróprio em diferentes casos, considerando que, a depender do julgador, aplica-se penas mais brandas ou mais graves de maneira elevadamente desproporcional, persiste caracterizado o distinto tratamento jurisdicional entre os indivíduos. Viola-se portanto o princípio da igualdade, dando-se manutenção, inclusive, à insegurança jurídica. Mas embora ainda não tenham sido sanadas inúmeras questões sobre o delito de pesca, pode-se afirmar com maior firmeza que o concurso formal próprio homogêneo - na medida em que considerados os valiosos ensinamentos dos respeitosos juristas aludidos neste trabalho - é inaplicável ao crime de pesca.

### **Referências Das Fontes Citadas**

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) > acesso às 21:25, de 23.01.2019.

\_\_\_\_\_ **Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-Lei/Del0221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del0221.htm) > acesso às 21:41 de 23.01.2019.

\_\_\_\_\_ **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) > acesso às 21:49, de 23.01.2019.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm) > acesso às 21:35 de 23.02.2019.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm) > acesso às 22:07, de 23.01.2019.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm) > acesso às 22:12, de 23.01.2019.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) > Acesso às 21h10min de 23/01/2019

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120).** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRILHO, Luciana Maria Cardoso. **Pontos controvertidos do crime de pesca.** Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1285/PONTOS%20CONTROVERTIDOS%20DO%20CRIME%20DE%20PESCA.pdf?sequence=1>> acesso às 21:21, de 24.01.2019.

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 3: parte especial (arts. 235 a 369-H).** 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FLÁVIO GOMES, Luíz. SANCHES CUNHA, Rogério. **Coleção Ciências Criminais - Volume VI - Legislação Criminal Especial.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Aspectos penal e processual penal da novíssima lei antitóxicos.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1366](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1366) ≥ Acesso às 14h45min, de 12/01/2019.

GAIOTTO, Marcos H. C. **Aplicação das Penas no Direito Ambiental.** Disponível em < <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3065/aplicacao-penas-direito-ambiental> > acesso às 14h25min, de 12/01/2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral. Volume 1.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: parte geral.** 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Migliari, Luiza. **Direito Penal - Tipicidade.** Disponível em < <https://luizamigliari.jusbrasil.com.br/artigos/440508677/direito-penal-tipicidade> > acesso às 7:15, de 24.01.2019.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Tipos penais: simples ou mistos.** Disponível em < <https://carlosotaviano.jusbrasil.com.br/artigos/149215548/tipos-penais-simples-ou-mistos> > acesso às 16:02, de 24.01.2019.

PAULSEN, Leandro. **Crimes federais.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRF1, Apelação Criminal: **ACR 49547320094013601**. Relator Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, quarta turma, julgamento: 12 de agosto de 2014, publicação: 26/08/2014. Disponível em < <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162023429/apelacao-criminal-acr-49547320094013601> > acesso às 23:17, de 23.01.2019.

TRF1 Apelação Criminal: **ACR 2550520104013601**, Quarta Turma, Relatora Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (Conv.) Julgamento: 21 de outubro de 2014, Publicação: 07/11/2014. Disponível em < <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164671032/apelacao-criminal-acr-2550520104013601> > acesso às 23:21, de 23/01.2019.

TRF3, Apelação Criminal: **ACR 2010.61.24.001681-1**. 11ª Turma. Des. Fed. José Lunardelli - j. 20/09/2016. Disponível em < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5595961> > acesso às 23:47, de 23.01.2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 6ª Câmara Criminal Extraordinária. Des. Min. Relator. Souza Nery. **APL nº. 1933-36.2008.26.0484**. DJ em 06/08/2015. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217649034/apelacao-apl-19333620088260484-sp-0001933-3620088260484/inteiro-teor-217649053?ref=serp> > acesso às 22:16, de 23.01.2019.

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **APR 14812 MS 2008.014812-2**. 1ª Turma Criminal, Relator Desembargador Gilberto da Silva Castro, julgamento: 29 de julho de 2008, publicação: 15/08/2018. Disponível em < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4088965/apelacao-criminal-acr-14812> > acesso às 23:10, de 23.01.2019.

TJMG - Apelação Criminal 1.0261.10.001756-3/001, Relator (a): Des.(a) Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 22/11/2012, publicação da sumula em 03/12/2012. Disponível em < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507938690/apelacao-criminal-apr-10498120010646001-mg/inteiro-teor-507938746> > acesso às 23:33, de 23.01.2019.

# **ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE DA ATIVIDADE DO GARIMPO COM O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DISTRITO DO ABUNÃ DO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO-RO**

Miller Rafael de Sousa Gusmão<sup>1</sup>

## **Introdução**

Em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é prevista a possibilidade de exploração de recursos minerais no território brasileiro, desde que haja autorização ou concessão, pela União, que detém propriedade sobre estes.

Entretanto, questiona-se se, a partir da ótica do princípio do desenvolvimento sustentável, que a Lei nº 6.938, de 31 de agosto 1981 – Política Nacional do Meio Ambiente - estabelece como um de seus objetivos, seria a garimpagem realizada no Rio Madeira, região de Porto Velho/RO, uma atividade compatível com a preservação ambiental?

Para que se alcance o aspecto ambiental do princípio do desenvolvimento sustentável, a garimpagem apenas precisa superar o desafio de não ser apenas uma atividade degradadora ou predatória do meio ambiente, adotando políticas de gestão ambiental, ou seja, boas práticas administrativas e ambientais.

A presente pesquisa se utilizou do método bibliográfico para enfrentar os debates teóricos pertinentes à problemática de pesquisa, assim como foi necessário empreender pesquisa empírica, para coleta de dados na Cooperativa dos Garimpeiros do Rio Madeira (COOGARIMA) e para observação do local de extração do minério. Com isso, foi possível identificar quais são os métodos adotados para a minimização dos impactos gerados pela lavra garimpeira.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: millerrafael7@gmail.com.

Utilizou-se também de entrevistas, com funcionários da Agência Nacional de Mineração nesta cidade, para compreender como funciona a atuação do Poder Público nos garimpos de Porto Velho/RO.

A delimitação geográfica do estudo restringiu-se à COOGARIMA, por haver sido àquela que deu acesso aos dados, de pronto, bem como por haver existido dificuldade de acesso junto às demais cooperativas do município e localidades de extração mineral, justificando-se o recorte.

A análise sobre a compatibilidade da atividade do garimpo e o desenvolvimento sustentável no município de Porto Velho/RO é importante porque a atividade garimpeira é uma das atividades econômicas que sempre se fez presente no país, atingindo o ápice no século XVIII. Contudo, até os dias atuais, a referida atividade continua sendo extremamente lucrativa.

De acordo com reportagem publicada em 15/09/2017 pela revista EXAME da Abril Mídia S.A., o Ministério de Minas e Energia tinha o registro de 2.113 licenciamentos de locais para garimpagem, sendo certo que muitos garimpos são mantidos de forma ilegal, sem o devido licenciamento pelo órgão competente.

Em Porto Velho/RO, segundo dados fornecidos ao G1 Rondônia pela Cooperativa dos Garimpeiros, Mineração e Agroflorestal (MINACOOOP), em razão do garimpo na região, em 2012 movimentava-se cerca de 12 milhões de reais na economia mensal da cidade, correspondendo a 1,7 bilhões dos 13 anos anteriores ao da reportagem.

Assim, realizar uma análise acerca da compatibilidade da garimpagem com o princípio do desenvolvimento sustentável é de grande relevância para o Direito Ambiental, para que seja demonstrado se suas normas e diretrizes possuem aplicabilidade no campo prático, e, também, para sociedade, desmistificando o preconceito da atividade de garimpo meramente como predatória para o meio ambiente.

## **1. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade como um Direito Constitucional de Garantia para as Gerações Futuras**

Inicialmente, cumpre demonstrar que, conforme ensinamentos de Canotilho, uma Constituição Federal só leva a sério a comunidade política em que se insere se esta tratar da sustentabilidade, ou seja, se preocupar em disponibilizar um meio ambiente saudável para as gerações futuras da sociedade.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J.G.. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review*, 2010, Vol VIII, nº 13, p. 007-018. p. 08.

E, no início do século atual, a preocupação com a proteção ambiental tornou-se um valor Constitucional a ser incorporado como objetivo do Estado de Direito.<sup>3</sup> Compreendendo-se a proteção ao meio ambiente como um dever de proteção e direito fundamental da pessoa humana<sup>4</sup>, sendo este um direito Constitucional de terceira dimensão<sup>5</sup> e, inclusive, cláusula pétrea de nossa Carta Magna.<sup>6</sup>

Em razão da constitucionalização da proteção ao meio ambiente equilibrado, surge para o Poder Público obrigações positivas no que se refere à efetivação desse direito<sup>7</sup>. Os riscos ecológicos e as ameaças ambientais à existência humana devem ser enfrentados pelo Estado a fim de respeitar a dignidade humana em vista do futuro da humanidade.

A partir deste ponto, necessário se faz conceituar e entender a sustentabilidade e desenvolvimento sustentável do ponto de vista Jurídico-Constitucional. Afinal, o desenvolvimento de uma sociedade é inevitável e até necessário para o desenvolvimento humano, sendo que as necessidades humanas só serão alcançadas se os objetivos ambientais caminharem junto aos de desenvolvimento.<sup>8</sup> O desenvolvimento é tido, também, como um direito Constitucional Fundamental de terceira dimensão, assim como o direito ao ambiente equilibrado e saudável<sup>9</sup>, tamanha é sua importância para a sociedade.

A ideia de desenvolvimento surge na Grécia Antiga, indicando que progresso era um crescimento constante da sociedade<sup>10</sup>. No entanto, o mero crescimento econômico do homem

---

<sup>3</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção ao Meio Ambiente: A Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96.

<sup>4</sup> FENSTERSEIFER, Tiago, Direitos Fundamentais e Proteção ao Meio Ambiente: A Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 107.

<sup>5</sup> FENSTERSEIFER, Tiago, Direitos Fundamentais e Proteção ao Meio Ambiente: A Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 150.

<sup>6</sup> FENSTERSEIFER, Tiago, Direitos Fundamentais e Proteção ao Meio Ambiente: A Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 169.

<sup>7</sup> DA MAIA PEREIRA, Carmem Letícia. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: apontamentos sobre a relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o conceito de desenvolvimento de Amartya Sen. **Revista Saberes da Amazônia**| ISSN 2448-0576, v. 3, n. 06, p. 03-19, 2018. p 7.

<sup>8</sup> BOSSELMAN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. Ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 51.

<sup>9</sup> FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 3, n. 3, 2008. p.21.

<sup>10</sup> FAHEL, Adriano Oliveira. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: solução ou reprodução do problema entre desenvolvimento e meio ambiente?. **Revista Saberes da Amazônia**| ISSN 2448-0576, v. 3, n. 06, p. 58-75, 2018. p. 62.

não se faz suficiente para que uma nação se desenvolva e, para tanto, deve-se atentar aos cuidados da dimensão socioambiental.<sup>11</sup>

O princípio do desenvolvimento sustentável tem suas origens de conceito político em 1987, no relatório Nosso Futuro Comum ou relatório de Gro Harlem Brundtland para a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, como sendo “[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”.<sup>12</sup>

A respeito do conceito do princípio do desenvolvimento sustentável trazido pela literatura, poder-se-ia sintetizar como sendo a combinação de variados princípios ambientais, quais sejam o princípio da integração, o da equidade intergeracional e o do uso sustentável, todos para garantir a exploração dos recursos naturais de forma que haja o desenvolvimento econômico sem o prejuízo de preservação para o benefício das futuras gerações.<sup>13</sup>

Gerd Winter resume desenvolvimento sustentável em preocupações com bem-estar social, economia e meio ambiente. Segundo o autor, para que haja a sustentabilidade, necessário é que haja a coexistência dos três referidos aspectos de forma equivalente.<sup>14</sup>

Não há que se falar em desenvolvimento e meio ambiente de forma isolada, vez que os objetivos econômicos e ambientais são indissociáveis para o princípio em questão.<sup>15</sup> Os conceitos de direito ambiental e de desenvolvimento são integrados, sendo de mútuo reforço e, assim, em havendo prejuízo causado pelo desenvolvimento no meio ambiente, deve existir o dever de prevenção ou de reduzir o referido prejuízo.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> SANTANA, Naja Brandão. Crescimento Econômico, Desenvolvimento Sustentável e Inovação Tecnológica: Uma análise de eficiência por envoltória de dados para os países do BRICS. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Carlos, São Paulo, 2012. p. 23.

<sup>12</sup> VEIGA, 2007 apud SANTOS, Murilo Giordan et al. **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 88.

<sup>13</sup> CANDEIRA, Alejandro Lago, "**Princípios Generales de Derecho Ambiental**", Diccionario de Derecho Ambiental, Madri, Iustel, Portal Derecho, 2006, pp. 985-1.000. Tradução de José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

<sup>14</sup> Gerd Winter, "Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Europeia", in Paulo Afonso Leme Machado e Sandra Akemi Shimada Kishi (Orgs.), Campinas, Millennium, 2009, p. 5. Tradução de José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

<sup>15</sup> BOSSELMAN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. Ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 52.

<sup>16</sup> Corte Permanente de Arbitragem, no caso "Ferrovia Reno de Ferro" (Iron Rhine Railway - Ijzeren Rijn), 2005. Tradução de José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

É inexequível a separação das questões ambientais e sociais da noção de desenvolvimento, tendo em vista que para garantir a dignidade da pessoa humana é necessário o atendimento aos direitos sociais básicos e a qualidade de vida saudável.<sup>17</sup>

Deve ser entendido o referido princípio, portanto, como uma estratégia adotada em longo prazo para que se alcance o bem-estar da sociedade, integrando os aspectos ambiental, social e econômico e observando as limitações que o Relatório de Brundtland expressava para que se alcance o almejado desenvolvimento de forma sustentável.

O princípio do desenvolvimento sustentável é tratado em vários princípios da Declaração de Estocolmo em 1972, como os princípios 1 e 5, que falam da obrigação do homem de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, o dever de utilizar os recursos não renováveis da Terra de forma que evite o seu esgotamento. Nestes, o desenvolvimento sustentável está, também, de forma implícita.

O supramencionado princípio tem como fundamento normativo os artigos 170 e 225, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>18</sup>, sendo um direito fundamental.

Já os artigos 2º e 4º, inciso I, da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal 6.938 de 31 de agosto de 1981)<sup>19</sup>, garantem o direito ao desenvolvimento, mas se este interferir no meio ambiente sem a outorga do poder público, será contra a ordem econômica do país. É a referida Política a responsável pela criação dos instrumentos de controle e que pondera a sustentabilidade e o desenvolvimento das atividades econômicas.

Ademais, na Declaração do Rio de Janeiro que ocorreu na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em 1992 (ECO-92), o conceito de desenvolvimento sustentável é utilizado em vários princípios e no de número 4 está expresso que “a fim de alcançar o desenvolvimento sustentado, a proteção ao meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada de forma isolada”.

---

<sup>17</sup> DA MAIA PEREIRA, Carmem Letícia. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: apontamentos sobre a relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o conceito de desenvolvimento de Amartya Sen. **Revista Saberes da Amazônia** | ISSN 2448-0576, v. 3, n. 06, p. 03-19, 2018.

<sup>18</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações;

<sup>19</sup> Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana[...];

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Em 2002, na Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio+10) ou Declaração de Joanesburgo, pela primeira vez o conceito de sustentabilidade surgiu com uma perspectiva multidimensional, trazendo para si os aspectos social, ambiental e econômico, reconhecendo, ainda, a responsabilidade de todos os seres vivos para com o próximo quando tratar-se de desenvolvimento sustentável.<sup>20</sup>

Indo além das dimensões trazidas pela Rio+10, Juarez de Freitas ensina que a sustentabilidade é pluridimensional, englobando a dimensão social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política, afastando entre estas a hierarquia.<sup>21</sup>

O supramencionado autor afirma, também, que toda política que, de alguma forma, insere todos os seres vivos em um futuro comum é sustentável, corroborando a importância da preocupação com as gerações seguintes para efetiva sustentabilidade, uma vez que qualquer desenvolvimento que infrinja a dignidade dos seres vivos em geral é totalmente contrário aos preceitos da Constituição.<sup>22</sup>

Sustentabilidade é, portanto, um princípio constitucional de aplicabilidade direta e dotado de eficácia para o alcance de um meio ambiente saudável modelado por um juízo de valor ético, preventivo e com elo de solidariedade intergeracional, sendo, assim, um indicativo de alcance de bem-estar físico, psíquico e espiritual de todos.<sup>23</sup>

Para Milaré<sup>24</sup>, há duas formas de a sustentabilidade ser entendida: como um conceito ecológico ou um conceito político. O primeiro está relacionado como o ecossistema é capaz de corresponder às necessidades humanas em que nele vivem e o segundo está relacionado com a limitação do crescimento em razão da tecnologia utilizada para os recursos naturais e o nível de bem-estar da coletividade.

O desenvolvimento sustentável precisa ser entendido como um direito de visão transgeracional, afinal, a defesa deste é em prol das gerações seguintes, para que possam desfrutar de um meio ambiente sadio e equilibrado de acordo com o que o princípio e o ordenamento jurídico afirmam. É a partir dessa visão transgeracional que surge o princípio da solidariedade entre os países em prol do desenvolvimento sustentável, pois, sendo o ambiente um bem indivisível, deve este ser protegido por inteiro.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> BOSELMAN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. Ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais LTDA, 2015. p. 81.

<sup>21</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58-73.

<sup>22</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 48.

<sup>23</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

<sup>24</sup> MILARÉ. Edis. **Direito do ambiente**. 5ª ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT 2007, p. 68

<sup>25</sup> FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 3, n. 3, 2008. p.23

A sustentabilidade deve, então, ser norteadora do desenvolvimento, redesenhando a relação social e fazendo com que este não se atente apenas ao aspecto econômico. É a sustentabilidade, portanto, um fim o qual se busca atingir por meio do desenvolvimento sustentável.

## **2. O Garimpo de Ouro em Porto Velho/RO como Atividade Necessária ao Desenvolvimento Humano da Região e Adaptável ao Desenvolvimento Sustentável**

O Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 – Código de Minas estabelece os conceitos de jazida e de lavra. Mas o conceito de lavra garimpeira, como sendo “a atividade de aproveitamento de substâncias minerais garimpáveis, executada no interior de áreas estabelecidas para este fim”<sup>26</sup> é tratado no artigo 10 da Lei 7.805/1989.

Já a responsabilidade por assegurar, fiscalizar e controlar a atividade garimpeira de acordo com a lei e decreto supramencionados é da Agência Nacional de Mineração – ANM, que veio a substituir o Departamento Nacional de Produção Mineral pela medida provisória nº 791 de 25 de julho de 2017.

A Constituição Federal de 1988 permite a lavra garimpeira por meio do § 1º do artigo 176 e dá preferência às cooperativas, por meio dos § 3º e 4º do artigo 174, ao dizer que “na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei”<sup>27</sup>. A mesma Carta Magna atribui à União a competência para o estabelecimento de áreas e condições para que a atividade garimpeira seja exercida.

Não obstante, conforme prevê a Constituição Federal, em seu artigo 225, § 2º, deve haver respeito ao meio ambiente, sob responsabilidade comum, para a exploração de atividade garimpeira e aquele que não atende à este preceito deverá restaurar os danos causados: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”.<sup>28</sup>

Silva afirma<sup>29</sup> que se deve aplicar em operações minerárias o princípio da exploração sustentável, pois “se há recursos não renováveis, os minerais são os típicos, de sorte que devem ser utilizados de forma a evitar o perigo de seu esgotamento futuro”.

---

<sup>26</sup> Alteração do Código de Minas/Lei 7.805/1989. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7805.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7805.htm)> acesso às 21:09 de 18.01.2019.

<sup>27</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> acesso às 22:37 de 18.01.2019.

<sup>28</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> acesso às 22:37 de 18.01.2019.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010. p. 209.

Desta forma, verifica-se que o ordenamento jurídico atual desempenha papel de estabelecer e regular normas para que se alcance o desenvolvimento da atividade garimpeira respeitando o tripé dos aspectos social, econômico e ambiental, demonstrando a doutrina pertinente a possibilidade do mencionado desenvolvimento ocorrer, mediante adoção de políticas de minimização dos impactos ambientais, vez que notório é que existem.

A exigência de matérias-primas, de certo, aumenta com o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico, tendo em vista que os minerais como metais, combustíveis, materiais de emprego da construção civil são utilizados em diversas atividades e tecnologias, como aparelhos eletrônicos, geração de energia elétrica, nas comunicações, etc. Dessa forma, é plausível afirmar que o desenvolvimento econômico inclui a atividade minerária como geradora deste, atendendo as necessidades do homem moderno.<sup>30</sup>

Conforme dados fornecidos pelo Ministério de Minas e Energia e publicados em reportagem especial pela Câmara dos Deputados em 21/12/2012, o retorno financeiro da mineração no país é responsável por 4% do Produto Interno Bruto – PIB nacional.<sup>31</sup> Assim, não há como negar que a atividade de garimpagem já atende a dois dos três aspectos formadores do princípio em questão.

No entanto, certo é que a exploração do garimpo resulta em determinadas consequências ambientais e, segundo Barreto, os principais impactos causados ao meio ambiente pela lavra garimpeira são: poluição mercurial no solo, rios e atmosfera, bem como desmatamento e impacto visual e físico devido às mudanças nas margens dos rios e lagos, dentre outros.<sup>32</sup>

Para que se alcance o aspecto ambiental do princípio do desenvolvimento sustentável, a garimpagem apenas precisa superar o desafio de não ser apenas uma atividade degradadora ou predatória do meio ambiente, adotando políticas de gestão ambiental, ou seja, boas práticas administrativas e ambientais no exercício de suas atividades.

Apesar da contribuição para o desenvolvimento da indústria nacional, fornecendo os insumos necessários ao mundo moderno, bem como geração de renda e recursos, a atividade garimpeira, além de explorar recursos naturais considerados como não renováveis, causa

---

<sup>30</sup> MOREIRA, Helion França. **O desenvolvimento sustentável no contexto do setor mineral brasileiro**. Dissertação de Pós-Graduação. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ. 2003. p. 10.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, José Carlos de. Garimpo no Brasil – impactos sociais e ambientais - Bloco 2. **RÁDIO CÂMARA**. Brasília/DF, 21/12/2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/433266-GARIMPO-NO-BRASIL-%E2%80%93-IMPACTOS-SOCIAIS-E-AMBIENTAIS-BLOCO-2.html>> acesso às 22:23 de 14.01.2019

<sup>32</sup> BARRETO, Maria Laura et al. **Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: CETEM; MCT. 2001. p. 75.

consideráveis impactos socioambientais, podendo afetar, inclusive, a saúde dos trabalhadores e da comunidade ao redor.<sup>33</sup>

A exploração mineral desenvolvida no rio Madeira, sem sombra de dúvidas passou por uma série de evolução em seus métodos da atividade de garimpagem e atualmente, no local de pesquisa em questão - em Abunã, distrito de Porto Velho/RO, é exercida através de dragas garimpeiras. E, por um período de mais de duas décadas, mais precisamente entre os anos de 1978 a 1999, teve seus momentos de glória com grande produção do ouro, o que trouxe um enorme bem-estar econômico para a região.<sup>34</sup>

O apogeu da exploração do ouro na região do Rio Madeira, entre os anos de 1987 e 1992, fez com que houvesse essa mecanização por meio de dragas, como é realizada a extração atualmente e, desde então, se tornou o principal método da extração de ouro no garimpo da região.<sup>35</sup>

A garimpagem exercida pela Cooperativa dos Garimpeiros do Rio Madeira (COOGARIMA), tem como principal foco a extração de ouro. Portanto, como consequência, utiliza-se a substância química mercúrio para o processo de amalgamação, por meio do qual se obtém o ouro em sua forma pura e é um eficiente processo de recuperação do mineral<sup>36</sup>. Esse processo de amalgamação consiste na mistura do mercúrio com o metal coletado do rio, formando uma liga de metais<sup>37</sup> e, para a separação do ouro desta liga, é realizada a queima da mesma.

Nesse processo de queima do mercúrio, a substância acaba sendo a grande vilã para o meio ambiente, se manejado de maneira incorreta, tendo em vista ser uma substância química nociva à saúde de qualquer ser vivo e se evaporada na queima, certamente trará grandes prejuízos ao meio ambiente e aqueles que estão ao redor, por meio da respiração, atingindo diretamente os operadores do garimpo.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> BARRETO, Maria Laura et al. **Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: CETEM; MCT. 2001. p. 168.

<sup>34</sup> DA SILVA LINHARES, Joiada Moreira; RODRIGUES, Wanderley Bastos; MARTA, José Manoel Carvalho. Exploração aurífera artesanal e a migração de garimpeiros para o território rondoniense. **Fronteiras**, v. 19, n. 33, p. 43-69, 2017. p. 62.

<sup>35</sup> DA SILVA LINHARES, Joiada Moreira; RODRIGUES, Wanderley Bastos; MARTA, José Manoel Carvalho. Exploração aurífera artesanal e a migração de garimpeiros para o território rondoniense. **Fronteiras**, v. 19, n. 33, p. 43-69, 2017. p. 61.

<sup>36</sup> VEIGA, Marcello Mariz da et al. **Poconé: um campo de estudos do impacto ambiental do garimpo**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq. 1991. p. 03.

<sup>37</sup> LINS, Fernando Antonio Freitas. **Aspectos diversos da garimpagem de ouro**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq. 1992. p. 53.

<sup>38</sup> LINS, Fernando Antonio Freitas. **Aspectos diversos da garimpagem de ouro**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq. 1992. p. 64.

A garimpagem, ainda que seja uma forma mais simples de mineração, certamente possui seus problemas para com o meio ambiente, como a poluição dos rios em que se encontra o exercício da atividade pela utilização de produtos nocivos ao meio ambiente, bem como a alteração do curso dos rios e a destruição da fauna e da flora<sup>39</sup>, em razão de métodos precários e antiquados para a extração dos minérios.

De todos os impactos anteriormente mencionados, a utilização de mercúrio para o procedimento de amalgamação, para a extração do ouro em sua forma pura, é o que mais preocupa, pois tem um potencial gigantesco de poluição de toda a região, das águas, dos animais e até do ar<sup>40</sup>, se este for manejado de maneira inadequada.

Neste sentido, para a resolução 1 de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, deve ser considerada impacto ambiental as alterações realizadas em propriedades químicas, físicas ou biológicas no meio ambiente que afetem a biota, qualidade e condição estética do mesmo.<sup>41</sup>

Assim, resta claro que o processo de amalgamação, se realizado de maneira inadequada, traz enormes prejuízos para os rios e para a atmosfera em razão da utilização do mercúrio, causando um impacto ambiental e certamente é considerado como atividade de impacto ambiental.

Entretanto, os prejuízos podem ser controlados ou diminuídos com a gestão ambiental de manejo desta substância, podendo o mercúrio ser reciclável em números superiores a 95%<sup>42</sup>. E é o que fazem os garimpeiros cooperados da COOGARIMA no exercício de suas atividades.

Em pesquisa de campo, realizando uma visita ao local autorizado para lavra garimpeira para a cooperativa em questão - no Rio Madeira, em Abunã (distrito de Porto Velho/RO), fora constatado que os trabalhadores tomam o devido cuidado com o manejo do mercúrio no processo de amalgamação, utilizando, inclusive, de um instrumento para este procedimento, onde o mercúrio, juntamente com o material extraído do fundo do rio é incinerado e tudo aquilo

---

<sup>39</sup> BARRETO, Maria Laura et al. **Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: CETEM; MCT. 2001. p. 75.

<sup>40</sup> LINS, Fernando Antonio Freitas. **Aspectos diversos da garimpagem de ouro**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq .1992. p. 64.

<sup>41</sup> RESOLUÇÃO CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em <[http://www2.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA\\_RES\\_CONS\\_1986\\_001.pdf](http://www2.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf)> acesso às 19:53 de 07.01.2019.

<sup>42</sup> VEIGA, Marcello Mariz da et al. **Poconé: um campo de estudos do impacto ambiental do garimpo**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq .1991. p. 31.

que evapora é canalizado e reaproveitado dentro do mesmo equipamento. É o denominado, pelos próprios garimpeiros, de "cadinho"<sup>43</sup>, que é uma retorta para o procedimento de queima.

Esse equipamento utilizado evita que o mercúrio utilizado seja desperdiçado e que evapore no ar com a incineração, deixando, assim de poluir o ar e o recurso hídrico da região, uma vez que é reaproveitado na própria máquina<sup>44</sup>. Essa medida, além de ser poupadora do meio ambiente e dos trabalhadores que a manuseiam<sup>45</sup>, é bastante atrativa economicamente aos garimpeiros, tendo em vista o reaproveitamento da substância em níveis elevados.

Ademais, a ANM, em parceria com a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Ambiental (SEDAM), realizam fortes fiscalizações das atividades do garimpo na região de Porto Velho/RO. Por óbvio, se a atividade garimpeira da região não estivesse de acordo com o exigido pelos referidos órgãos, certamente seria encerrada e os responsáveis responderiam pelos prejuízos causados.

A SEDAM emite uma licença de operação em nome da cooperativa e uma certidão ambiental em nome do associado que assim requerer e cumprir os requisitos exigidos para exercer as atividades respeitando o meio ambiente, sendo que a referida secretaria é a responsável pela fiscalização e por defender a sustentabilidade.

Após a licença emitida pela SEDAM, a ANM emite a Permissão de Lavra Garimpeira (PLG), que é o regime que as cooperativas adotam para a extração, por ser menos oneroso que o regime de concessão. Importante destacar que a PLG somente será outorgada se o requerente apresentar a licença ambiental expedida pelo órgão ambiental competente.

Na referida licença consta, ainda, a permissão para a utilização do mercúrio metálico de que dispõe o Art. 2º do Decreto 97.507 de 13 de fevereiro de 1989. Assim, não há como a atividade garimpeira da região em pesquisa ser agressiva ao meio ambiente, tendo em vista o cumprimento dos padrões exigidos por secretaria competente.

Não só com o aspecto ambiental a cooperativa que fora submetida a esta pesquisa se preocupa, uma vez que, conforme documentos disponibilizados pela mesma, são realizados projetos sociais para a sociedade de Porto Velho/RO, como doações para entidades filantrópicas

---

<sup>43</sup> JUNIOR, Wilmo Ernesto Francisco; YAMASHITA, Miyuki; DE MORAES MARTINES, Elizabeth A. Leonel. Saberes populares amazônicos: garimpo de ouro no Rio Madeira/RO e possibilidades de interrelação com aulas de química/ciências. **XVI ENEQ/X EDUQUI-ISSN: 2179-5355**, 2013. p. 7.

<sup>44</sup> LINS, Fernando Antonio Freitas. **Aspectos diversos da garimpagem de ouro**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq. 1992. p. 68.

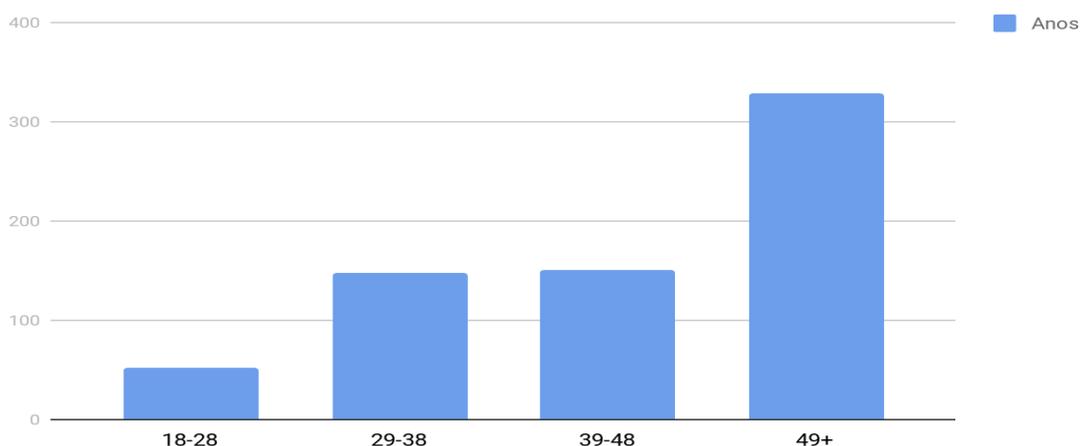
<sup>45</sup> JUNIOR, Wilmo Ernesto Francisco; YAMASHITA, Miyuki; DE MORAES MARTINES, Elizabeth A. Leonel. Saberes populares amazônicos: garimpo de ouro no Rio Madeira/RO e possibilidades de interrelação com aulas de química/ciências. **XVI ENEQ/X EDUQUI-ISSN: 2179-5355**, 2013.

do Lar do Idoso Leal, Hospital do Câncer, Associação Beneficente Corrente do Bem e Associação Beneficente Educacional Nova Aliança - ABENA.

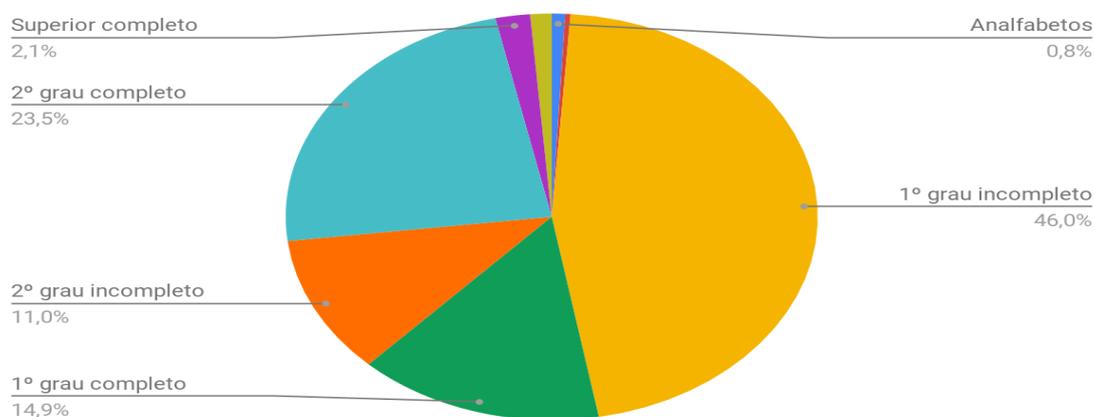
Já a respeito do desenvolvimento econômico, outro aspecto do princípio do desenvolvimento sustentável, este é notório, tendo em vista a renda que a extração mineral gera para aqueles que exercem a atividade.

Conforme dados fornecidos pela COOGARIMA e também coletados em campo, os cooperados somam um total de 678 pessoas trabalhando em diversas dragas. Os cooperados mais antigos exercem esta atividade há mais de 30, desde antes mesmo da fundação da COOGARIMA em 2004, tendo, desde sempre, como sua principal fonte de renda aquela que deriva da extração do ouro, permanecendo nessa atividade, o que justifica a grande quantidade de pessoas acima de 49 anos trabalhando para esta cooperativa, de acordo com o gráfico a seguir:

Idade dos Cooperados



Já no gráfico a seguir, verifica-se a baixa escolaridade de mais da metade dos cooperados da COOGARIMA:



Estes trabalhadores cooperados lucram, no total, cerca de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) mensalmente, a depender da produção das dragas, sendo uma gestão participativa da cooperativa. Todos os envolvidos na produção da cooperativa recebem uma porcentagem dos lucros, o que faz com que a renda seja justa. Porcentagem esta que é paga mensalmente.

É sabido que o salário mínimo para o ano de 2019 é de R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais) mensais, valor este que, claramente, é inferior ao que os garimpeiros auferem, uma vez que a comissão que estes recebem é equivalente a uma média de R\$7.000,00 (sete mil reais) mensais, conforme relatou o vice presidente da cooperativa. Com o nível de escolaridade que estes possuem, com atividade laboral alguma alcançariam uma renda mensal com valores próximos ao que o garimpo lhes proporciona.

### **Considerações Finais**

Diante da abordagem do tema, verifica-se que o princípio do Desenvolvimento Sustentável se tornou um valor de extrema importância ao ponto de adquirir status Constitucional, sendo considerado pela nossa Carta Magna como um direito fundamental do homem.

Partindo dessa premissa, tem-se, portanto, o desenvolvimento sustentável como uma garantia da existência de um meio ambiente equilibrado e saudável para as gerações posteriores, devendo haver mútua proteção à esse bem entre os indivíduos e suas gerações.

Fundado na junção dos aspectos social, econômico e ambiental do desenvolvimento, o referido princípio só é atendido quando há a preocupação e preservação destes conjuntamente, não havendo que se falar em sustentabilidade no caso de descumprimento deste requisito.

O desenvolvimento econômico também é um direito fundamental do homem, possuindo o mesmo valor e status Constitucional da sustentabilidade, além de ser inquestionável que o desenvolvimento humano é necessário e inevitável. Contribuindo para a satisfação dessa necessidade tem-se a atividade da garimpagem, que explora a matéria-prima do ouro trazendo riquezas para aqueles que a exploram e para o país, uma vez que contribui para PIB nacional, gerando também empregos para a sociedade e fomentando a indústria tecnológica brasileira.

Um dos objetivos do presente estudo era examinar se a legislação competente é suficiente no que diz respeito à regulamentação e fiscalização da atividade de garimpo. E é o que se identifica no estudo. É direito Constitucional do cidadão que assim requerer o exercício da atividade garimpeira, desde que autorizado pela União. Essa mesma Carta Magna estabelece que o desenvolvimento deve ocorrer de forma sustentável, a fim de garantir o meio ambiente saudável e equilibrado para as gerações seguintes.

Além da Constituição garantir tais direitos, ainda prevê competência legislativa e fiscalizatória da atividade, sendo a competência legislativa da União e a de fazer registros, acompanhar e fiscalizar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não apenas a Constituição regula a atividade do garimpo, havendo o Decreto-Lei nº 227/67 e sua alteração por meio da Lei 7.805/89 para controlar como deve existir a atividade, bem como o Decreto 97.507/89 para dispor acerca do licenciamento para a atividade e como o uso do mercúrio deve ser realizado, verificando-se competente a legislação para seus devidos fins.

No tocante à exploração ser de um recurso mineral não renovável, esta atividade ainda assim é perfeitamente possível de ser sustentável e até precisa ser, a fim de se evitar o esgotamento do mineral futuramente. Neste sentido, a atividade garimpeira, além de visar meramente o desenvolvimento econômico, deve adotar técnicas para o seu exercício sem prejuízos maiores para o meio ambiente, ou seja, minimizar os impactos que a garimpagem gera, comprovando a hipótese de pesquisa deste estudo.

Dessa forma, o uso dos bens minerais, vez que provenientes da natureza, devem ser racionalizados a fim de evitar seu esgotamento futuro e a degradação desenfreada do meio ambiente. Assim, o princípio do desenvolvimento sustentável assegura a utilização desses recursos de forma que sejam atendidas as necessidades da sociedade, sejam essas sociais, econômicas ou ambientais.

O poder público, por meio de seus órgãos fiscalizadores da atividade garimpeira (ANM e SEDAM), tem propagado informações e incentivos para o exercício do garimpo de forma legal e sustentável, assim como reprime veementemente as atividades clandestinas ou que não atendam ao aspecto ambiental do desenvolvimento. Isso sendo fruto da política mineral brasileira, que cada vez mais tem incentivado a mineração (ou a garimpagem) em um contexto de sustentabilidade.

Muito embora seja marginalizada a atividade do garimpo como atividade meramente predatória e que não se preocupe com o meio ambiente ou qualquer normativa de proteção ambiental, não é essa a situação encontrada no local objeto de estudo deste trabalho. Desde que seja realizado um planejamento estratégico para o exercício da atividade, assim como sejam previstos os possíveis riscos e impactos ambientais, estes podem ser trabalhados para sua minimização, monitorando e, em últimos casos, que não fora possível evitar o dano, que este seja reparado e o meio ambiente devidamente recuperado. A exemplo, tem-se a técnica adotada pelos garimpeiros locais de incineração da amálgama em um instrumento de retorta, que

diminui significativamente a poluição dos ares, dos recursos hídricos e a contaminação daqueles que a manejam.

### Referências das Fontes Citadas

ANM. **Agência Nacional de Mineração** Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso às 20:59 de 20.04.2018.

BRASIL. Alteração do Código de Minas/Lei 7.805/1989. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7805.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7805.htm)> acesso às 21:09 de 18.01.2019.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> acesso às 22:37 de 18.01.2019.

BRASIL. Decreto nº 97.507, de 13 de fevereiro de 1989. **Dispõe sobre licenciamento de atividade mineral, o uso do mercúrio metálico e do cianeto em áreas de extração de ouro, e dá outras providências**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D97507.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97507.htm)> acesso às 03:42 de 18.12.2018.

BRASIL. Lei nº6.938, de 31 de Agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)> acesso às 23:25 de 20.04.2018.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986**. Disponível em <[http://www2.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA\\_RES\\_CONS\\_1986\\_001.pdf](http://www2.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf)> acesso às 19:53 de 07.01.2019.

BARRETO, Maria Laura et al. **Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2001.

BOSELMAN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. Ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

CANDEIRA, Alejandro Lago, "**Principios Generales de Derecho Ambiental**", Diccionario de Derecho Ambiental, Madri, Iustel, Portal Derecho, 2006, pp. 985-1.000. Tradução de José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

CANOTILHO, J.J.G.. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**, 2010, Vol VIII, nº 13, p. 007-018.

Corte Permanente de Arbitragem, no caso "Ferrovia Reno de Ferro" (Iron Rhine Railway - Ijzeren Rijn), 2005, § (tradução de Paulo Afonso Leme Machado)

DA SILVA LINHARES, Joiada Moreira; RODRIGUES, Wanderley Bastos; MARTA, José Manoel Carvalho. Exploração aurífera artesanal e a migração de garimpeiros para o território rondoniense. **Fronteiras**, v. 19, n. 33, p. 43-69, 2017.

DICIONÁRIO AURÉLIO. **Dicionário eletrônico**. Versão 7.0. 5 ed. Editora: Positivo - Livros. 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção ao Meio Ambiente: A Dimensão Ecológica da Dignidade Humana no Marco Jurídico-Constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 3, n. 3, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA**. Disponível em <<http://www.ibama.gov.br/mercurio-metalico/sobre-o-mercurio-metalico>>. acesso às 01:54 de 07.01.2019.

LINS, Fernando Antonio Freitas. **Aspectos diversos da garimpagem de ouro**. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1991.

MILARÉ. Edis. **Direito do ambiente**. 5ª ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT 2007.

MOREIRA, Helion França. **O desenvolvimento sustentável no contexto do setor mineral brasileiro**. 2003.

Notícia - **Garimpeiros buscam ouro em minas ilegais na Amazônia**, 15/09/2017.

Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/garimpeiros-buscam-ouro-em-minas-ilegais-na-amazonia/>> Acesso às 19:52 de 21.04.2018.

Notícia G1 Rondônia, **cerca de 150 quilos de ouro são extraídos por mês em Porto Velho**, 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2012/09/cerca-de-150-quilos-de-ouro-sao-extraidos-por-mes-em-porto-velho.html>>. Acesso às 19:06 de 20.04.2018.

OLIVEIRA, José Carlos de. Garimpo no Brasil – impactos sociais e ambientais - Bloco 2. **RÁDIO CÂMARA**. Brasília/DF, 21/12/2012. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/433266-GARIMPO-NO-BRASIL-%E2%80%93-IMPACTOS-SOCIAIS-E-AMBIENTAIS-BLOCO-2.html>> acesso às 22:23 de 14.01.2019

SANTANA, Naja Brandão. **Crescimento Econômico, Desenvolvimento Sustentável e Inovação Tecnológica: Uma análise de eficiência por envoltória de dados para os países do BRICS**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 23.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

VEIGA, 2007 apud SANTOS, Murilo Giordan et al. **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VEIGA, Marcello Mariz da et al. **Poconé**: um campo de estudos do impacto ambiental do garimpo. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1991.

WINTER, Gerd. "**Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Europeia**", in Paulo Afonso Leme Machado e Sandra Akemi Shimada Kishi (Orgs.), Campinas, Millennium, 2009.

# **A REDUÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL**

Marta Luiza Leszczynski Salib<sup>1</sup>  
Tamiris Paula Antunes Ramos<sup>2</sup>

## **Introdução**

A proteção constitucional ambiental, antes da Constituição Federal de 1988, não era prevista nas outras cartas constituintes ou em outros Estados como algo fundamental a ser protegido constitucionalmente. Porém, em 1972, foi realizada através da Organização das Nações Unidas<sup>3</sup> a Conferência de Estocolmo<sup>4</sup>, sediada na capital da Suécia, Estocolmo, evento que foi a primeira tentativa de reunir vários países para que houvesse uma conscientização global, que o meio ambiente sendo explorado de forma irresponsável e desenfreada, não iria existir um planeta habitável para a futuras gerações. Ou seja, a Conferência de Estocolmo foi pioneira ao se falar em preservação ambiental.

Sob influência desta Conferência, o Brasil em 1981 criou a Lei nº 6.938 que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e em 1985 criou a Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública que objetiva responsabilizar aquele que causa danos ao meio ambiente. O país se preocupou em aplicar em suas normas infraconstitucionais a proteção ao meio ambiente.

Então 1988, o Brasil revolucionou o que até então vinha sendo feito nos seus textos constitucionais ao apresentar uma consciência ecológica, classificando o meio ambiente como direito fundamental a todos. Previu, então, em sua Carta Magna erigir o direito ao meio

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Professora de Direito Ambiental da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). E-mail: marta.salib@fcr.edu.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). E-mail: t.paula95@hotmail.com.

<sup>3</sup> A Organização das Nações Unidas, também conhecida pela sigla ONU, é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais.

<sup>4</sup> A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano,

ambiente ecologicamente equilibrado a um direito fundamental, a ser tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em busca de mais proteção e eficácia sobre as normas de questões ambientais, a legislação brasileira entendeu que o meio ambiente é de valor imensurável, de caráter político, por isso, entende-se que o direito ambiental segue o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Ou seja, tem o objetivo de sempre buscar um meio ambiente equilibrado não somente ao ser humano, mas também aos animais e essa busca não deve retroceder ou desequilibrar o meio ambiente, ferindo assim um direito fundamental constitucional previsto no art. 225 da Constituição Federal. Assim, todos devem sempre buscar um ambiente equilibrado onde os seres vivos possam viver de forma saudável e sustentável, onde o homem é o principal destruidor, mas também o defensor de um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Contudo, existe uma grande problemática, quando se analisa que o próprio direito ambiental deixa brechas para um retrocesso ao não verificar que o próprio Novo Código Florestal<sup>5</sup> traz uma flexibilidade que se chocar com o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. A exemplo disso é a diminuição das áreas de preservação permanente (APP'S) de 30 para 15 metros ao longo dos cursos d'água com menos de 5 metros de largura. Essa situação demonstra claramente que há uma fragilidade entre o princípio da vedação do retrocesso ambiental e o novo código florestal, pois, as novas normas se chocam diretamente com o princípio ambiental.

Sob esta ótica, o presente artigo analisará como a redução das Áreas de Preservação Permanente pelo Novo Código Florestal Brasileiro fere o Princípio da vedação ao retrocesso ambiental, utilizando o método dedutivo pautado na investigação a respeito do tema proposto. Tomaremos por base pesquisas e artigos científicos contendo dados que demonstrem o presente conflito existente entre o Novo Código Florestal Brasileiro e o Princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

## **1. O Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Como Um Direito Humano Fundamental**

A legislação brasileira entende como meio ambiente tudo aquilo que compõe o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 12.651/12. **Novo Código Florestal brasileiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)>. Acesso em 17/01/2019 às 09:00 hs.

permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", conforme a Lei nº 6.938/81, art. 3º, I<sup>6</sup> e Ana Marina Martins *apud* Teresa Emídio<sup>7</sup> também descreve o conceito de meio ambiente:

O meio ambiente concebido, inicialmente, como as condições físicas e químicas, juntamente com os ecossistemas do mundo natural, e que constitui o habitat do homem, também é, por outro lado, uma realidade com dimensão do tempo e espaço. Essa realidade pode ser tanto histórica (do ponto de vista do processo de transformação dos aspectos estruturais e naturais desse meio pelo próprio homem, por causa de suas atividades) como social (na medida em que o homem vive e se organiza em sociedade, produzindo bens e serviços destinados a atender “as necessidades e sobrevivência de sua espécie.

Deve-se entender que o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, transpassa o direito individual, alcançando a esfera do direito coletivo. Torna-se um direito difuso, onde objetiva preservar o meio ambiente e que o desenvolvimento seja sustentável, para que as futuras gerações e os outros seres vivos possam viver em um planeta com qualidade de vida, por isso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, garantiu que o direito ambiental é um dos direitos fundamentais, a exemplos disso juntamente com o direito à vida, dignidade da pessoa humana, igualdade, e entre outros.

A atual Constituição Federal proporcionou ao mesmo tempo a inclusão do direito e dever de preservar o meio ambiente de maneira coletiva, ou seja, é de responsabilidade tanto do Estado quanto da sociedade ações que evitem a degradação do meio ambiente. Ela trouxe novos valores ao se preocupar em integrar em sua carta magna o Direito Ambiental, por isso, deve-se entendê-la como principal fonte formal do direito ambiental.

Como Paulo Affonso Leme Machado<sup>8</sup> explica o princípio do direito ao meio ambiente equilibrado consiste em preservar os recursos naturais, para que os seres vivos possam evoluir e se desenvolver de forma natural. E como direito fundamental o meio ambiente não pode ser significativamente desequilibrado, onde então, o estado de equilíbrio deve acompanhar as mudanças e inovações sem que afete as condições naturais de diversas espécies de animais e vegetais. Ou seja, o direito constitucional ambiental é responsável em observar que toda inovação política, econômica ou social trará consequências positivas ou negativas ao equilíbrio ecológico brasileiro e internacional.

O meio ambiente é tão fundamental na vida do ser humano e de outros seres vivos, que

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº. 6.938/81. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em 17/02/2019 às 11:00 hs.

<sup>7</sup> LIMA, A. M. M. et. al. Proposição de implementação de um Sistema de Gestão ambiental no Adolfo Luiz, São Paulo, 2007. p 127. *apud* EMÍDIO, T. Meio Ambiente & Paisagem. SENAC, São Paulo, 2006

<sup>8</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 65-69

um mundo explorado de forma irresponsável visando somente o aspecto econômico sem se preocupar com o futuro, seria um mundo ecologicamente desequilibrado. Onde todos viveriam de forma precária, sem que houvesse qualidade de vida e que a natureza não seria capaz de se recuperar devida a exploração desenfreado do homem. Por isso, um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental ao ser humano, como Botelho<sup>9</sup> explica:

Tenha-se presente que a Constituição Federal, no artigo 225, eleva o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de direito fundamental. Trata-se de um reflexo do princípio primeiro da Convenção de Estocolmo, uma vez que ambos os documentos citam a sadia qualidade de vida, o bem-estar, a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente equilibrado, a responsabilidade conjunta, a proteção, a melhoria e o respeito para com as presentes e futuras gerações.

O dever de preservar o meio ambiente, vai além do conceito legal, pois, o direito ambiental não protege somente o ambiente que um indivíduo se encontra, independentemente se é um ambiente urbano, rural, entre outros, mas, também protege o habitat de outros seres vivos, compreendendo-se assim que a proteção ambiental alcança obrigações internacionais, de cunho coletivo, onde Hugo Nigro Mazzilli<sup>10</sup> destaca que o conceito de meio ambiente tem uma interpretação tão ampla que existe uma possibilidade ilimitada de proteção não somente a flora e fauna, mas o dever de proteger os recursos hídricos, ao solo, subsolo, ar, e toda forma de vida, conforme determina o art.225 da Constituição Federal que é dever e direitos de todos a proteção da biodiversidade brasileira.

A não preservação do meio ambiente não fere somente o direito constitucional de viver em harmonia com a natureza, mas acarreta consequências graves às futuras gerações. Pois se analisarmos, futuramente a geração que nascerá não terá seus direitos resguardados, ao ter que viver em um mundo poluído, onde o ar não será saudável a saúde, a água e comida serão escassos.

Ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado faz parte da existência humana e por isso está ligado aos direitos fundamentais ao ser humano, que merecem garantias que toda atividade política ou econômica não afetem ao meio ambiente de forma à degradar a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações e assim não violando as normas obrigatórias estabelecidas na Constituição Federal, que a preservação do meio ambiente é essencial à vida da população brasileira e dos outros seres vivos.

---

<sup>9</sup> BOTELHO, Tiago Resende. **O reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e fundamental.** Publica Direito. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab73f542b6d60c4d>> p.22

<sup>10</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142-143

Isto posto, o meio ambiente é pertinente a manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana, pois, uma vez que em nosso meio global existem localidades visivelmente desamparadas e em situações precárias, sem saneamento básico. Como por exemplo comunidades isoladas ou países subdesenvolvidos, que vivem atualmente em situação de exploração econômica sob influência de outros países que unicamente se preocupam em retirar riquezas naturais, causando impactos no ecossistema que implicam no cotidiano dessa região degradada.

Diante desse cenário um fator deve ser analisado. A água potável é um grande expoente da problemática levantada anteriormente. Ora, Leitos de rios, vertentes, lençóis freáticos, vegetações ciliares, a fauna e flora de forma em geral são afetados pela intervenção humana causando desordem ao equilíbrio natural dessas regiões, que como resultantes geram efeitos maléficos a saúde da população e animais pela má qualidade da água e sua manipulação.

O conceito de meio ambiente vai além do jurídico e biológico como citado nesse trabalho, ele representa a vida em tudo que se pode visualizar, sentir, beber ou comer. Por isso, o homem tem a obrigação de ajudar a sua “casa” a permanecer saudável e funcional de maneira sustentável para que no futuro não seja tarde demais para a humanidade e as demais espécies de seres vivos.

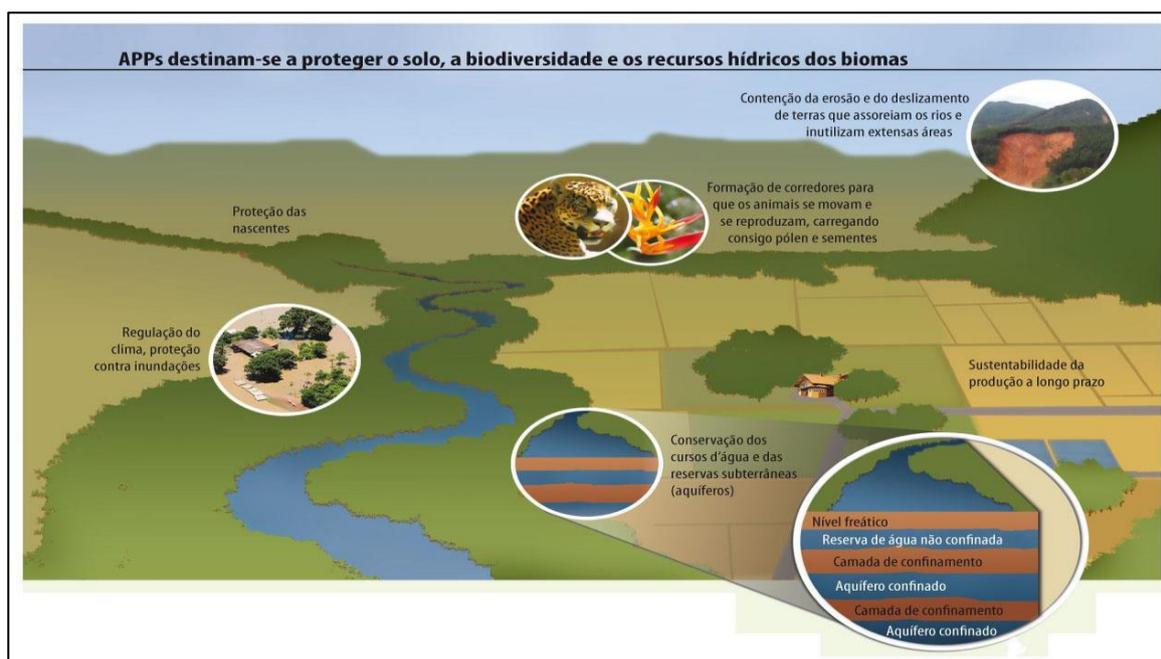
E uma vez que o meio ambiente é degradado, aumenta o risco de o planeta não se recuperar de maneira suficientemente rápida, como por exemplo, ocorre com os lixos jogados nos mares onde animais marinhos se alimentam de conteúdos tóxicos para sua saúde, levando a sua morte ou até mesmo a extinção de várias espécies, que atuam no sistema ecológico de forma a manter o curso natural do meio ambiente.

Ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental deve ser garantido normativamente, bem como através de políticas públicas ambientais para essencialidade humana, onde todos são obrigados a tratar a natureza como um bem público de valor inigualável.

## **2. Áreas De Preservação Permanente E O Novo Código Florestal**

As áreas de preservação permanente (apps) têm sua criação prevista no inciso III, § 1º, do art. 225 da Constituição Federal, onde estabelece áreas que devem ser especialmente protegidas em todo o território nacional. Elas têm como objetivo preservar e proteger a biodiversidade característica de cada parte do país, como a fauna, flora aquática e terrestre e os animais que vivem em um habitat do Brasil que possui peculiaridades que merecem ser conservadas.

Figura 1- Áreas de preservação permanente



Fonte: Jornal Em Discussão.

O detalhamento de quais áreas devem ser preservadas de forma permanente para que não venha afetar o equilíbrio ecológico do meio ambiente, está previsto no novo código florestal, em seus artigos 2º e 3º, II<sup>11</sup>:

Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Foi de excepcional importância a criação das áreas de preservação permanente, devido o alto índice de exploração que vem acontecendo desde o Brasil colônia das regiões em que tem recursos naturais. Impedindo então, que a busca do lucro seja mais importante do que a proteção das espécies de animais e vegetais de certa localidade do país, onde sua principal função é manter o bioma daquele lugar intacto, desta forma protegendo o patrimônio nacional.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei 12.651/12. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)>. Acesso em 24 /01/19 às 11:20 hs.

Segundo o direito ambiental, as apps são de extrema importância ao meio ambiente, não somente por proteger as riquezas naturais, mas por assegurar o direito constitucional de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Possibilitando que partes do território brasileiro continue com sua mata nativa e que nenhum tipo de atividade humana possa poluir as nascentes, a vegetação e nem provocar a extinção de animais que vivem naquele habitat. Pois, com a degradação dessas áreas os efeitos negativos seriam de proporção catastróficas. Thomas M. Lewinsohn<sup>12</sup> explica que com a redução das áreas florestais traz consequentemente a invasões de animais silvestres; a extinção de espécies de muitos grupos de plantas; animais; o aumento de emissão de CO<sub>2</sub>; a redução de o controle de pragas, a polinização de plantas cultivadas ou selvagens, a proteção de recursos hídricos; a propagação de doenças, como hantavírus e outras doenças transmitidas por animais silvestres; intensificação de incêndios, caça, extrativismo exploratório, impacto de cães e gatos domésticos e feras, efeitos de agroquímicos; e o assoreamento de rios, reservatórios e portos, com clara implicação no abastecimento de água, energia e escoamento de produção em todo o país.

Para o desenvolvimento sustentável as áreas de preservação permanente atuam como parceira, ao conservar elementos naturais de determinada área, principalmente as rurais, sem que as atividades agrícolas prejudiquem o ecossistema local. Buscando ter sempre um cuidado a mais às áreas com margem de rios, nascentes, reservatórios e encostas acentuadas.

Para os recursos hídricos, essas áreas de preservação são fundamentais, pois, se ocorresse o desmatamento nos biomas próximos as bacias hidrográficas, não seria possível o sistema natural de produção de recursos hídricos, o que provoca no local uma situação de seca, colocando então a população, a fauna, a flora e os animais em risco.

Um grande exemplo disso é a atual situação da seca na região nordeste, onde infelizmente a escassez de um bioma ecologicamente equilibrado não é capaz de produzir a chuva, que é fundamental para enriquecer o solo e a produção de uma vegetação que traga o bem-estar a população e aos animais.

O que não ocorre na presente situação, devido ao solo ser infértil, existindo assim a falta de produtividade agrícola e em consequência traz a fome e a pobreza na região.

---

<sup>12</sup> LEWINSOHN, Thomas M.; et. al. **Impactos potenciais das alterações propostas para o Código Florestal Brasileiro na biodiversidade e nos serviços ecossistêmicos**. Documento-síntese produzido por Pesquisadores do PROGRAMA BIOTA/FAPESP e pela ABECO (Associação Brasileira de Ciência Ecológica e Conservação), 2010, pp. 1-12.

Figura 2 – Seca no Nordeste



Fonte/Autor: Leo Nunes/Wikipedia, 2008

Figura 3 – Animal morto pela seca



Foto: Beto Macário/UOL, 2017

A situação que a população do nordeste enfrenta hoje, é consequência da exploração imprudente e desenfreada do homem, que acabou agravando mais ainda o sistema ecológico da região. Visto que a vegetação local faz parte da caatinga<sup>13</sup> brasileira, ela já sofre naturalmente um desequilíbrio ecológico, e após o desmatamento da pouca vegetação que existia, para que houvesse a produção agrícola ou pecuária, a região no decorrer do tempo perdeu sua vitalidade. Pois, a falta de uma consciência ecológica na época de primeiro preservar e equilibrar a região, para que depois pudesse ter a exploração econômica local, demonstra a omissão do Estado ao não conscientizar a população dos possíveis problemas para as futuras gerações e nem ao não determinar que locais perto de rios e afluentes passariam a ser áreas de preservação permanentes e impedindo assim que ocorresse a seca, a pobreza, desnutrição e mortes de animais na região.

Estas informações provam, inquestionavelmente, que os recursos hídricos são fundamentais aos seres vivos e ao meio ambiente e, portanto, devem ser protegidos desde sua nascente até seus afluentes. Assim, as áreas de preservação permanentes em propriedades rurais que se encontra perto de recursos hídricos devem ter seu percentual de mata a ser conservada cada vez mais, para que não ocorra o problema que o nordeste enfrenta em escala nacional.

As apps também tem um papel essencial para o solo, principalmente de áreas perto de colinas, topo de morro ou serra, visto que, a proteção dessas áreas evita possíveis desastres naturais como por exemplo, desabamento de encostas. Sobretudo, por já existir o fator natural da erosão do solo, que pode ocorrer tanto pela chuva, pelo ar, pela água dos rios ou pelo desgaste de rochas ou solo do litoral pelo mar.

---

<sup>13</sup> **Caatinga** é um bioma brasileiro que apresenta clima semiárido, vegetação com poucas folhas e adaptadas para os períodos de secas, além de grande biodiversidade.> [www.todamateria.com.br/caatinga/](http://www.todamateria.com.br/caatinga/). Acesso em 25/01/ 19 às 15:00 hs.

Figura 4- Erosão



Fonte: Divulgação/ IPT

Figura 5- Erosão do solo pela água



Portanto, as faixas de proteção dessas áreas devem permanecer intactas, pois, a atividade agrícola impróprias, afetam diretamente com o solo ao ocorrer o processo de desmatar e plantar, provocando a movimentação do solo. O que acarreta o desprendimento e desgaste do solo, onde a pecuária que geralmente tem sua atividade mais concentrada em topo de morro, também contribui para esse fator ocorrer. Colocando assim, em risco a população local ao reduzir as faixas de terras que servem como um alicerce natural que evitam as inundações, a perda de solo férteis e o deslizamento que ocorre devido o desprendimento de partículas de terra, ocasionando uma erosão acelerada fruto das ações humanas que destrói e degrada o solo rapidamente.

Figura 6- Inundações



Fonte: [viajeaqui.abril.com.br](http://viajeaqui.abril.com.br)

Figura 7- Deslizamento



Fonte: [www.ultimosegundo.ig](http://www.ultimosegundo.ig).

É preciso ter em mente que as áreas protegidas são como pequenos planetas, que possuem um ecossistema característico do local e se de alguma forma esse sistema se degrada não afetará somente o meio ambiente local, mas desestruturará todo o meio ambiente nacional e internacional.

Por isso, a alteração feita no novo Código Florestal brasileiro não condiz com o objetivo

principal do direito ambiental que é sempre buscar em conjunto com o desenvolvimento político, econômico e social a preservação do meio ambiente. E ao diminuírem as áreas de preservação permanente, a Lei nº. 12.651 foi de encontro com o princípio da vedação ao retrocesso ambiental brasileiro. Ao flexibilizar que áreas de relevância ambiental deixem de ser consideradas áreas de preservação permanente, como Luís Roberto Barroso<sup>14</sup> explica que a vedação do retrocesso ambiental é um direito que faz parte do sistema jurídico constitucional e uma vez incorporada ao patrimônio jurídico da cidadania, não pode ser suprimida por uma nova lei que prevê a extinção de direitos e garantias estabelecidas pela Constituição Federal.

O Código Florestal foi criado em 1934, através do decreto lei 23.793, com objetivo de melhorar a qualidade de vida de todos os seres vivos e por isso em seu art.23 determinou que nenhum proprietário poderia desmatar mais de  $\frac{3}{4}$  da vegetação de seu imóvel. Então em 1965, o presidente Castelo Branco sancionou a lei federal 4.771, criando um novo código florestal na época, que determinava e em seu art.16, 50% de reserva legal na Amazônia e 20% no restante do país e determinou que os proprietários seriam obrigados a recompor a área desmatada extrapolada por lei.

Contudo, a nova determinação legal gerou conflitos entre os agricultores e proprietários de imóveis rurais, onde alegaram que as exigências não poderiam ser aplicadas em situações diversas espalhadas pelo país. E que o Código Florestal não permitia o progresso econômico nacional no setor agrícola.

Desse modo, como resultado da grande pressão política e econômica, em 25 de maio de 2012 foi promulgada a Lei nº 12.651, o Novo Código Florestal Brasileiro, com inúmeras alterações contrárias a proteção do direito ambiental internacional. Uma das principais divergências ocorrida na reforma do código floresta é a diminuição das áreas de preservação permanentes, que possibilita a exploração de áreas que deveriam ser intocadas e preservadas, existindo aqui um retrocesso da proteção legal do meio ambiente.

A proposta da reforma do código florestal é de flexibilizar e deixar as normas menos obscuras, porém, essa flexibilização abre precedentes para desmantar e ocupar áreas que devem ser tuteladas pelo direito ambiental brasileiro. A Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência<sup>15</sup>, também se manifestou a respeito do novo código florestal brasileiro e dos aspectos retrógrados que a norma traz ao direito ambiental:

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira – 9. Ed – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p,152

<sup>15</sup> SBPC. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. **O Código Florestal e a Ciência: Contribuições para o Diálogo**. 2011. Disponível em <www.sbpnet.org.br/>. Acesso Jan 2019

(...) A reforma do Código Florestal Brasileiro, tal como vem sendo processada no Congresso, sob a influência de grupos de pressão setoriais, representa a desregulação do setor do agronegócio com sérios riscos para o meio ambiente e para a própria produção agrícola. A proteção de áreas naturais está sendo consideravelmente diminuída e perde-se assim a oportunidade de produzir alimentos com mais eficiência e com sustentabilidade ambiental, o que deveria ser o grande diferencial da agricultura brasileira.

Existe um desacordo entre os especialistas de direito ambiental e ruralistas, sendo que uma das correntes que defende a reforma realizado no código florestal é defendida pelos ruralistas e fazendeiros que justificam que foi preciso uma modernização nas normas previstas para que o setor econômico do Brasil se desenvolva mais ainda e para isso é preciso que libere mais áreas para atividades agrícolas. Já a outra corrente é defendida pelos ambientalistas e engenheiros ambientais que são contra a reforma feita no código florestal brasileiro, pois, entendem que uma flexibilização na norma não condiz com a realidade do território brasileiro. Devido, as amplas reservas naturais e a diversidade encontrada em todo país.

Isto posto, a reforma feita no código florestal sob o pretexto da econômica brasileira, deixa claro que apesar de se tratar da legislação ambiental há um retrocesso dos princípios basilares na norma ambiental brasileira.

### **3. Princípio Da Vedação Ao Retrocesso Ambiental E A Previsão Do Novo Código Florestal Brasileiro**

O Princípio da vedação ao retrocesso ambiental nasce na legislação brasileira através da lei da Política Nacional do Meio Ambiente que tem como objetivo preservar, melhorar e recuperar o equilíbrio ecológico. Esse princípio estabelece que todo progresso político e econômico do país deve ser desenvolvido de forma sustentável e que não venha a degradar a proteção ambiental, nem contra o direito fundamental de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O entendimento por um desenvolvimento sustentável e não degradante começou a ser construído na Declaração do Rio de Janeiro, na ECO-92, em seus princípios 1 e 4 que estabelece<sup>16</sup>:

Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável, tendo direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a Natureza. A fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá considerar-se de forma isolada.

---

<sup>16</sup> **Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento em 1992** Disponível em <<http://www.ecolnews.com.br/agenda21/agenda21-anexo.htm>> Acesso em 17 /01/ 19 às 11:00 hs.

São princípios basilares onde a sociedade internacional atribuiu ao direito ambiental, por isso, é vedado toda forma de atividades que traga como consequência danos ambientais, devolvendo infelizmente, o status de que o meio ambiente não é um direito fundamental ao bem-estar dos seres vivos. Lembrando sempre, que os danos ambientais quando ocorrem não atingem somente o lugar afetado, mas tem proporção mundial, ou seja, seu impacto não tem fronteira. Desse modo, é preciso que o Poder Público atue na fiscalização de atividades políticas, empresariais e industriais que possam prejudicar o meio ambiente, devendo aplicar o princípio da proibição ao retrocesso ambiental em conjunto ao princípio da ubiquidade para desencorajar qualquer atividade nociva ao meio ambiente e que possa provocar o retrocesso ambiental. Pois, ocorrendo futuramente danos ambientais é de obrigação internacional de um Estado comunicar aos outros o desastre ambiental e os possíveis efeitos colaterais, devendo também proporcionar auxílio para minimizar as consequências. Conforme explica Maria Alexandre Aragão<sup>17</sup>:

(...) independentemente de saber qual a intervenção mais expedita ou mais eficaz, há uma preferência, que se pode explicar por razões de equidade, por fazer o poluidor suportar directamente as medidas preventivas ou reparatórias. É a filosofia típica do PPP, uma filosofia de internalização de custos que acaba por corresponder ao regime mais justo e também, a maior parte das vezes, ao regime mais eficaz do ponto de vista ambiental.

Na Declaração de Estocolmo de 1972<sup>18</sup> e na Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>19</sup> reafirmam a responsabilidade global de que os Estados devem explorar seus recursos naturais de forma não degradante nem retroativa. Que o objetivo econômico nunca deve violar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental e uma vez violado esse princípio é de responsabilidade internacional.

As políticas ambientais devem ser sempre voltadas ao crescimento e na qualidade de vida da sociedade, das futuras gerações e que os recursos tenham o objetivo de preservar as medidas ambientais, nos planos nacional e internacional; e aprimorar a cooperação entre os países no crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável.

Entretanto, na legislação brasileira há uma grande lacuna, possibilitando que haja um retrocesso ambiental. Isso ocorre, devido a legislação do novo código florestal, que não

---

<sup>17</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra. **O Princípio do Poluidor Pagador como Princípio nuclear da Responsabilidade Ambiental no Direito Europeu**. In: Actas do Colóquio: A responsabilidade civil por dano ambiental. Lisboa. 2009. p. 91-120.

<sup>18</sup> <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>> Acesso JAN 2019

<sup>19</sup>[http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambiente\\_Developmen to.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developmen to.pdf)>Acesso JAN 2019

observou nem previu situações que chocam com o princípio da proibição ao retrocesso ambiental. Há exemplo disso, a permissão de proprietários de imóveis com até 4 módulos fiscais que não precisam recuperar sua reserva legal, o legislador aqui não deixou claro que essa flexibilidade seria somente a pequenos agricultores familiares, para estes pudessem plantar nessas áreas. Abrindo então uma brecha de (90%) para uma flexibilização generalizada, para aqueles que não possuem renda agrícola ou que tenham vários imóveis menores de 4 módulos fiscais a possibilidade de se isentarem de recuperar as reservas legais.

Outra brecha existente é a desconsideração de Manguezais e Veredas, como área de proteção ambiental, para que possam ser utilizados de maneira irresponsável por atividade política e econômica, como deixa claro o código florestal: análise dos principais problemas do novo relatório de Aldo Rebelo<sup>20</sup>:

Manguezais e Veredas, áreas de extrema importância ambiental, deixam de ser consideradas áreas protegidas, abrindo espaço para que sejam drenadas e ocupadas, sem qualquer controle, por atividades agropecuárias, de criação de camarões ou loteamentos urbanos. Além de simplesmente “sumir” com essas áreas do artigo que define as APPs (art.4o), deixa expresso que os salgados e apicuns, que são partes do ecossistema manguezal, não são protegidos.

A norma ambiental brasileira deve sempre respeitar os princípios estabelecidos e buscar estreitar cada vez mais lacunas que possam facilitar o retrocesso do direito ambiental. Portanto, é extremamente importante analisar o conflito existente, como os exemplos citados acima, entre o princípio basilar do não retrocesso com o novo código florestal. Pois, mesmo que uma lei sofra uma reforma ou que seja revogada por outra, esta nunca deve deixar de trazer consigo os princípios já estabelecidos na lei anterior.

O que não aconteceu no novo código florestal, ao não observar que a diminuição das áreas de preservação ambiental e a autorização de desmatar cada vez mais as áreas de conservação fere o princípio da vedação do retrocesso ambiental como ressalta Sarlet<sup>21</sup>, que as alterações legislativas estabelecidas anteriormente, além de violarem à garantia constitucional de proibição de retrocesso socioambiental, estão em desarmonia com os princípios que orientam a proteção jurídica do ambiente, quais sejam: os princípios da prevenção, da precaução, do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade para com as futuras gerações.

---

<sup>20</sup> Nota elaborada em 16 de maio por Tasso Azevedo, engenheiro florestal pela USP; Carlos Alberto de Mattos Scaramuzza, biólogo e Doutor em Ecologia pela USP; Raul Silva Telles do Valle, advogado e Mestre em Direito Econômico pela USP; André Lima, advogado e Mestre em Política e Gestão Ambiental pela UnB. Todos são analistas das organizações integrantes da Campanha SOS Florestas – Disponível em <[http://www.sosflorestas.com.br/codigo\\_em\\_perigo.php](http://www.sosflorestas.com.br/codigo_em_perigo.php)>. Acesso em Janeiro de 2019.

<sup>21</sup> SARLET, I. W.; FENTERSEIFER, T. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 121-206.

A previsão de redução e descaracterização das apps de 30 metros para 15 metros sobre as faixas marginais e das matas ciliares que tem leito de rio, podem trazer como consequência o aumento de inundações e desabamentos, colocando em risco a vida e segurança da população e dos animais que vivem naquele habitat, demonstrando mais uma vez que as novas previsões do código florestal vão de encontro com a vedação do retrocesso ambiental por desequilibrar aquele ecossistema por tirar à força a proteção que a própria natureza produz no local.

Outra previsão do código florestal diz respeito ao art.58, que estabelece que poderá ocorrer o embargo da área ilegalmente desmatada, onde no antigo código determinava que as áreas ilegalmente desmatada seriam embargadas, impossibilitando assim que o agricultor infrator pudesse produzir na área e obtivesse lucros com a plantação. Já o atual código estabelece que “poderá” haver um embargo, ou seja, aquele que cometeu a infração continuará recebendo o benefícios e lucros da área ilegalmente desmatada. Assim como o relatório código florestal<sup>22</sup> explica que:

Ao desobrigar o órgão ambiental de embargar o uso da área desmatada a lei abre possibilidade do infrator poder utiliza-la economicamente e auferir lucros com a infração ambiental. O embargo é determinante para a limitação de acesso a crédito rural, espinha dorsal da política de controle aos desmatamentos ilegais. Além disso, não estabelece nenhum tipo de punição ou restrição adicional para novos desmatamentos (...)

O código florestal brasileiro também prevê que as faixas de matas ciliares próximas a lagoas naturais com superfície inferior a um hectare serão dispensadas dando a entender que lagoas e rios que não são represados precisam de proteção das faixas de matas ciliares, enquanto que os rios que são represados não precisam da proteção, pois, o órgão competente autoriza a dispensa da reserva de proteção, a favor da atividade econômica. Assim, possibilita-se uma outra brecha na norma ambiental.

O relatório SOS florestas<sup>23</sup> explica que a elaboração do novo código florestal não

---

<sup>22</sup> Nota elaborada em 16 de maio por Tasso Azevedo, engenheiro florestal pela USP; Carlos Alberto de Mattos Scaramuzza, biólogo e Doutor em Ecologia pela USP; Raul Silva Telles do Valle, advogado e Mestre em Direito Econômico pela USP; André Lima, advogado e Mestre em Política e Gestão Ambiental pela UnB. Todos são analistas das organizações integrantes da Campanha SOS Florestas. Disponível em <[http://www.sosflorestas.com.br/codigo\\_em\\_perigo.php](http://www.sosflorestas.com.br/codigo_em_perigo.php)>. Acesso em Janeiro de 2019.

<sup>23</sup> Nota elaborada em 16 de maio por Tasso Azevedo, engenheiro florestal pela USP; Carlos Alberto de Mattos Scaramuzza, biólogo e Doutor em Ecologia pela USP; Raul Silva Telles do Valle, advogado e Mestre em Direito Econômico pela USP; André Lima, advogado e Mestre em Política e Gestão Ambiental pela UnB. Todos são analistas das organizações integrantes da Campanha SOS Florestas- Disponível em <[http://www.sosflorestas.com.br/codigo\\_em\\_perigo.php](http://www.sosflorestas.com.br/codigo_em_perigo.php)> Acesso em Janeiro de 2019.

observou que as novas previsões com flexibilização e anistia traria uma complexidade ao ir de encontro com o princípio da vedação ao retrocesso. Que a nova norma ambiental deve tentar proteger o meio ambiente nacional cada vez mais e não dar permissão de desmatar mais ainda as áreas de preservação permanente, pois, serão criadas duas categorias de proprietários: os que cumpriram a lei e serão obrigados a continuar cumprindo, e os que não a cumpriram e serão beneficiados com a diminuição nos padrões de proteção.

O princípio da vedação ao retrocesso ambiental, está interligado com a segurança jurídica pelo direito já adquirido de à sociedade viver em um meio ambiente saudável e que seu desenvolvimento seja sustentável. Assim sendo, as previsões do código florestal não condizem com a proteção ecológica e nem com a proteção da sociedade brasileira. Há exemplo disso, é a previsão de regulamentação de áreas consolidadas de apps que foram exploradas ilegalmente, o oposto, da antiga legislação ambiental que previa multas aos infratores que degradava áreas de preservação permanentes.

Outro retrocesso ambiental é a previsão de anistia aos infratores que exploraram e desenvolverem atividade agrícolas ilegalmente ocorridos até 2008:

Ao contrário do argumento utilizado pelos defensores do projeto - a necessidade de legalizar situações históricas que, em sua origem, eram legais mas depois passaram para ilegalidade em virtude de alterações sucessivas na lei a norma proposta passaria a borracha em todas as ilegalidades, mesmo aquelas que não decorrem de qualquer mudança sucessiva na lei. Note-se que a última mudança restritiva no código aconteceu em 1996, e apenas em relação à reserva legal na floresta amazônica. Em outras regiões do país eventuais mudanças restritivas ocorreram nos anos 80. Já esta norma criaria uma anistia para desmatamentos ilegais feitos até três anos atrás.. Isso significa, por exemplo, somente nos biomas Amazônia e Cerrado, a legalização de mais de 40 milhões de hectares desmatados após 1998.<sup>24</sup>

Constata-se, então, que a elaboração do Novo Código Florestal ao invés de solidificar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, com o objetivo de proteger o direito fundamental do ser humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservar o ecossistema brasileiro, trouxe novas previsões que enfraquece o direito ambiental. E consequentemente resultando em incentivos a novos desmatamentos em áreas de preservação permanentes, provocando assim, a perda da conservação de habitats característicos dessas áreas, como a flora e fauna.

---

<sup>24</sup> Nota elaborada em 16 de maio por Tasso Azevedo, engenheiro florestal pela USP; Carlos Alberto de Mattos Scaramuzza, biólogo e Doutor em Ecologia pela USP; Raul Silva Telles do Valle, advogado e Mestre em Direito Econômico pela USP; André Lima, advogado e Mestre em Política e Gestão Ambiental pela UnB. Todos são analistas das organizações integrantes da Campanha SOS Florestas- Disponível em <[http://www.sosflorestas.com.br/codigo\\_em\\_perigo.php](http://www.sosflorestas.com.br/codigo_em_perigo.php)> Acesso em Janeiro de 2019

## **Considerações Finais**

Há um histórico brasileiro sobre a proteção do meio ambiente muito recente, pois, tomou destaque com a promulgação da carta magna de 1988. A partir da sistematização dos dispositivos que consagram o meio ambiente ecológico e cultural como garantia fundamental, atingimos a tutela de dimensão constitucional que nos garante a segurança de um bem jurídico inerente a qualidade de vida.

Ainda com o texto constitucional em voga, a preservação do meio ambiente abrange tanto direito individual quanto coletivo, expressando a importância da afirmação desses direitos na vida de todos os indivíduos. Sendo assim, uma ferramenta para dignificar a existência de todos seres vivos inserida no meio ambiente, impedindo a degradação ambiental para as presentes e futuras gerações.

Desse modo a presente pesquisa se debruçou sobre a complexidade da proteção do meio ambiente no ordenamento brasileiro, quando se analisa que o próprio direito ambiental determina que nenhum desenvolvimento econômico, político ou social pode ultrapassar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, e, ao mesmo tempo elaboram um código florestal brasileiro que permite a redução de áreas de preservação permanentes.

Apesar da Constituição Federal de 1988 e os princípios basilares impostos nos tratados internacionais incluïrem o direito ambiental como um direito fundamental e essencial ao ser humano, não é visto com o mesmo zelo pelo novo código florestal. Como demonstrado, a lei vigente retroage em diversas conquistas alcançadas pelas políticas de proteção ambiental, como por exemplo a redução de 30m para 15m de áreas próximas de matas ciliares, bem como, a previsão de suspensão de embargo aos agricultores descumpridores das diretrizes de desmatamentos.

Evidencia-se, portanto, um grave recuo a proteção ambiental ao permitir que áreas de conservação possam ser desmatadas em favor do desenvolvimento agrícola e pecuária, ocorrendo então uma fragilização do direito ambiental brasileiro ao não observar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

As consequências negativas desse descuidado podem nos levar a um cenário entristecedor. As constantes ameaças a nossa biodiversidade podem ir de ruínas a críticas se nossa legislação, ambientalistas, movimentos sociais, parlamentares e cientistas não unirem conhecimentos e atuação para frearem o descompasso entre a lei e o desenvolvimento ecologicamente equilibrado. Exemplo disso, é a omissão presente no novo código florestal ao não prever circunstâncias alternativas para a exploração de atividade econômica no campo de

forma sustentável, que culminou em tolher das áreas de preservação permanente a proteção anteriormente imposta.

Assim sendo, podemos considerar que a legislação brasileira se preocupa primeiramente com o desenvolvimento econômico, colocando em segundo plano a segurança e o valor social do ecossistema, violando o direito garantido constitucionalmente de uma vida sadia em um ambiente livre de sequelas da intervenção humana ou a certeza que as riquezas naturais e recursos hídricos serão exploradas de forma responsável, sem que haja radicação do direito fundamental a uma vida digna e saudável a gerações futuras.

### **Referências Das Fontes Citadas**

ARAGÃO, Maria Alexandra. **O Princípio do Poluidor Pagador como Princípio nuclear da Responsabilidade Ambiental no Direito Europeu**. In: Actas do Colóquio: A responsabilidade civil por dano ambiental. Lisboa. 2009. p. 91-120

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira** – 9. Ed – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.152

BOTELHO, Tiago Resende. **O reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e fundamental**. Publica Direito. p.22 Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab73f542b6d60c4d> > acesso em JAN 2019

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/LEIS/L6938](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/LEIS/L6938)>. Acesso em JAN 2019

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília: Senado federal, 1981.

CARTILHA - **Código - Floresta** em <<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/camaras-setoriais/documentos/camaras-setoriais/hortalias/anos-antiores/cartilha-codigo-florestal-26.pdf>> Acesso em JAN 2019

INFOESCOLA. **Conferência de Estocolmo**. Disponível em <<https://www.infoescola.com/meio-ambiente/conferencia-de-estocolmo/> > Acesso em JAN 2019

LEWINSOHN, Thomas M.; et. al. **Impactos potenciais das alterações propostas para o Código Florestal Brasileiro na biodiversidade e nos serviços ecossistêmicos**. Documento-síntese produzido por Pesquisadores do PROGRAMA BIOTA/FAPESP e pela ABECO (Associação Brasileira de Ciência Ecológica e Conservação), 2010, pp. 1-12.

LIMA, A. M. M. et. al. **Proposição de implementação de um Sistema de Gestão ambiental no Adolfo Luiz**, São Paulo, 2007. p 127. *apud* EMÍDIO, T. **Meio Ambiente & Paisagem**. SENAC, São Paulo,

Referência de Artigo de Revista: LOPES, Ana Maria D'Ávila; ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; ARAÚJO, Rogério César Pereira de. **O licenciamento ambiental em áreas de**

**assentamento de reforma agrária no Estado do Ceará. Revista de Direito Ambiental**, v. 13. no 50, p. 9-27, abr/jul 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 65-69

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/>> Acesso em JAN 2019.

SARLET, I. W.; FENTERSEIFER, T. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 121-206.

SBPC. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. **O Código Florestal e a Ciência: Contribuições para o Diálogo**. 2011. Disponível em <[www.sbpcnet.org.br/](http://www.sbpcnet.org.br/)>. Acesso em JAN 2019.

SOS FLORESTAS. **O Código Florestal em perigo**. Código Florestal: Entenda o que está em jogo com a reforma da nossa legislação florestal. 2011. Disponível em <[http://www.sosflorestas.com.br/codigo\\_em\\_perigo.php](http://www.sosflorestas.com.br/codigo_em_perigo.php)> Acesso em Janeiro de 2019

# **DO VOTO DISTRITAL MISTO COMO INSTRUMENTO DE REFORMA POLÍTICA E SUA APLICABILIDADE FACE AO PRINCÍPIO DO PLURALISMO POLÍTICO E AO DEVER DE AMPLA REPRESENTATIVIDADE**

Pedro Abib Heckteuer<sup>1</sup>  
Victor Leonardo Ribeiro Rodrigues<sup>2</sup>

## **Introdução**

A noção de representatividade bem como de pluralismo político exsurge como corolário de uma democracia indireta aliada a um estado garantidor de todas as convicções políticas e manifestações ideológicas e sociais, a exemplo do que ocorre com a República Federativa do Brasil que eleva em sua Constituição Federal o Pluralismo Político ao Patamar de Princípio Fundante do Estado Brasileiro (Art. 1º, inciso V da CRFB).

Todavia conciliar multiplicidade de vertentes ideológicas, somadas ao dever do estado de conferir à todas igual protagonismo nas diferentes esferas de governo é missão que comporta grande complexidade.

Tal missão é atribuída aos sistemas eleitorais, que ao absorverem os votos do eleitorado, os converte em mandato político. Entretanto, independentemente do tratamento que cada sistema eleitoral dá ao voto, é inquestionável que todos têm uma missão afim, qual seja, garantir que o representante espelhe o mais fiel quanto possível a vontade do eleitorado (representatividade) ao passo que assegurem que todas as vozes tenham igual relevância.

Chega-se então ao objeto impulsionador desta pesquisa, que tenciona apresentar as nuances dos sistemas eleitorais, tanto aquele que atualmente vigora no Brasil (proporcional)

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Coordenador do Curso de Direito e Professor de Direito Constitucional da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Líder dos grupos de pesquisa “Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia” e “Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”. Pesquisador pela FAPERÓ/CAPES. Advogado. Porto Velho (RO), BRASIL. E-mail: pedro@fcr.edu.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Advogado. Porto Velho (RO), BRASIL. E-mail: victor.rodrigues@sou.fcr.edu.br

bem como o pretenso, fruto de propostas legislativas de alteração da legislação eleitoral (Sistema Distrital Misto). Busca-se analisar, portanto, como cada um destes sistemas se comporta face a árdua missão de compatibilizar o dever de representatividade, somado ao colorido cenário ideológico partidário, fruto do pluralismo político.

Na gênese deste trabalho, apresenta-se algumas ponderações acerca do conceito moderno do termo representatividade. Frisa-se, tal construção é de fundamental importância para vislumbrar como o sistema proporcional brasileiro entende a representatividade

Em sequência, explana-se a lógica de funcionamento do sistema proporcional em seus principais aspectos, bem como as incoerências que decorrem deste sistema e as alterações legislativas, constitucionais e infraconstitucionais promovidas com o fito de sanar tais impropriedades neste sistema.

Passa-se próximo ao final a análise do sistema eleitoral distrital puro, que em sua lógica de funcionamento é bastante simplista, vez que é regido pelo princípio majoritário. Tal exposição é bastante relevante, pois muito embora não seja o sistema objeto das propostas legislativas mencionadas alhures, a sua compreensão é fundamental para o entendimento do Sistema Distrital Misto.

Em última análise apresenta-se o sistema distrital misto que reúne as virtudes do sistema majoritário e do sistema proporcional. A ótica de funcionamento deste sistema em um primeiro momento não aparenta grandes complexidades, entretanto, ao considerar as peculiaridades populacionais e regionais abundantes no estado brasileiro, constata-se que a implementação de tal sistema no cenário político brasileiro ostentaria certa complexidade.

Em síntese, ao discorrer sobre os traços marcantes dos sistemas eleitorais em debate nesta pesquisa, sem perder de vista o objetivo final deste trabalho, buscou-se vislumbrar um cenário de eventual implementação do sistema distrital misto e se este gozaria de sucesso ao garantir a desejada representatividade junto ao respeito ao pluralismo político.

## **1. A Concepção Moderna De Representatividade E Sua Relação Com Os Sistemas Eleitorais**

Tendo como instrumento em comum o direito de sufrágio, as diferentes manifestações de democracia se distinguem pela forma como a participação popular é exercida.

A democracia semidireta, adotada pelo Brasil, pressupõe a coexistência de instrumentos de participação direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular)<sup>3</sup> e mecanismos de participação

---

<sup>3</sup> Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art.14 incisos I, II, III.

indireta, esta última marcada pela representatividade que modernamente consiste na eleição de pessoa ou grupo determinado, que terá total autonomia na implementação de ações e programas de governo, conforme preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>4</sup>.

Ao enumerar os aspectos da relação entre representante, eleitorado e povo, assevera o autor, que a democracia representativa assume as seguintes características<sup>5</sup>: a) A representação é geral, isto é, o governante representa toda a comunidade política e não apenas os que o escolheram ou nele votaram; b) O representante tem liberdade de consciência, praticando atos de governo conforme o que designar mais adequado; c) Não se subordina a instruções nem se vincula à pauta partidária; d) não é destituído pela ação dos eleitores; e) não é remunerado pelos representados e sim pelo Estado.

Os traços marcantes da representatividade política moderna estão encartados em nossa legislação constitucional e infraconstitucional, seja por meio das prerrogativas concedidas (imunidades formais e materiais),<sup>6</sup> ou dos poderes atribuídos aos integrantes do Poder Legislativo e Executivo (Iniciativa legislativa, poder de auto deliberação e auto convocação, poder de controle dos atos do Executivo ou Legislativo, dentre outros).

Destaque-se, não se está a criticar tais mecanismos, mormente porque sua razão histórica permitiu ao Estado Brasileiro vivenciar uma experiência democrática hígida após longo período de ditadura militar.

É indubitável, entretanto, que o cenário de crise de representação política atual<sup>7</sup> evidenciou a existência de impropriedades diretamente associadas ao Sistema Eleitoral Proporcional adotado em nossa realidade político-jurídica.

Na esteira do que explana Fernando Henrique Eduardo Guarnieri,<sup>8</sup> ao citar Scott Mainwaring em artigo de 1993 intitulado: "*Presidencialism, Multipartyism and Democracy, The Difficult Combination*" a reunião de sistemas multipartidários e presidencialismo são combinações hostis a uma democracia, mormente porque um presidencialismo multipartidário produz impasses entre o poder legislativo e executivo, além do que as múltiplas ideologias

---

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2015.p. 75.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_ Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2015.p.76.

<sup>6</sup> Brasil, Constituição da República Federativa.

<sup>7</sup> Azevedo Braga, Diógenes e Pires Júnior, João Barroso. Reforma Política: Uma Reparação no Sistema Eleitoral Brasileiro. Publicado em: 08/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59674/reforma-politica-uma-reparacao-no-sistema-eleitoral-brasileiro>.

<sup>8</sup> EDUARDO GUARNIERI, Fernando Henrique. A força dos "partidos fracos" – um estudo sobre a organização dos partidos brasileiros e seu impacto na coordenação eleitoral. Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Universidade de São Paulo. 2009.p.14.

fragmentam as bases parlamentares e impedem a construção de coalizões partidárias sólidas, elementares à governabilidade em um Sistema Presidencialista de Governo.

Sem descurar do objeto principal deste trabalho, consistente em analisar a representatividade política e o pluralismo político frente aos sistemas eleitorais, é importante a ressalva de que o multipartidarismo existente hoje em nosso Sistema Presidencialista se deve muito em conta dos Sistemas Eleitorais empregados que a depender do tratamento dado ao voto estimulam a formação de agremiações fracionárias.

## **2. O Sistema Proporcional Como Obstáculo A Representatividade:**

Preludialmente, antes de apontar as nuances do sistema eleitoral proporcional, é necessário conceituar o termo sistema eleitoral, como sendo “o complexo de técnicas e procedimentos empregados na realização das eleições, ensejando a conversão de votos em mandato, e, conseqüentemente a legítima representação do povo no poder estatal<sup>9</sup>”.

É oportuno trazer à baila, também a definição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.081/DF, para quem o sistema eleitoral “identifica as diferentes técnicas e procedimentos pelos quais se exercem os direitos políticos de votar e ser votado<sup>10</sup>”.

Assim, sistema eleitoral é o instrumento hábil a identificar a vontade dos cidadãos, manifestada no processo eleitoral de modo a assegurar a representação popular no governo.

Segundo José Jairo Gomes<sup>11</sup> os sistemas eleitorais têm por escopo organizar as eleições, convertendo votos em mandatos políticos. Ao proporcionarem o registro seguro e imparcial da vontade democrática do eleitorado, os sistemas eleitorais garantem que os mandatos sejam exercidos com legitimidade.

Outrossim, ao absorverem a vontade popular, convertendo-as em mandatos políticos os sistemas eleitorais devem assegurar que os diversos grupos sociais sejam representados, bem como a aproximação entre representantes e representados. É especialmente nesta última finalidade que o Sistema Eleitoral Proporcional passa a ser merecedor de uma série de ressalvas.

O sistema proporcional de lista aberta é empregado no Brasil nas eleições para Câmara dos Deputados (art. 45 da CRFB/88 e art. 84 da Lei 4737/65 – Código Eleitoral) Assembleias Legislativas dos Estados (art. 27, §1º da CFRB/88) e Câmaras Municipais (art. 84 do Código

---

<sup>9</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.p. 141.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.081/DF – Pleno – Trecho do voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso – j. 27/5/2015.

<sup>11</sup>JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas 2015.p. 141.

Eleitoral). Consoante preleciona Raquel Cavalcanti Ramos Machado,<sup>12</sup> o Sistema Proporcional institui as legendas partidárias, sendo o voto do eleitor convertido em favor dessas legendas. É nestes termos o art. 5º da Lei Eleitoral<sup>13</sup>.

Ao instituir as legendas partidárias, o legislador pretendeu estabelecer uma proporção entre o número de vagas disponíveis no Poder Legislativo e os votos angariados pelas legendas partidárias.

Assim, em síntese, tal sistema permitiria a maior participação das minorias no Poder Legislativo, haja vista permitir a participação de correntes ideológicas diversas<sup>14</sup>, refletindo as diferentes concepções políticas e ideologias que permeiam as relações sociais, sendo inclusive apelidado por Bonavides, de sistema de representação de opiniões<sup>15</sup>. Obtempera José Jairo Gomes,<sup>16</sup> que o sistema proporcional, “objetiva fazer do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido cenário partidário nacional”.

Nesse sistema, o voto passa a ostentar caráter dúplice ou binário, assim o voto em um candidato representa igualmente o voto no partido ou agremiação, sendo também possível o voto somente na agremiação, o chamado voto de legenda.

Quanto à dupla função do voto, Silva<sup>17</sup> assevera que, no sistema proporcional se atribui tratamento diferenciado ao voto, havendo um maior aproveitamento da manifestação do eleitor, posto que este não se preocupa em votar no candidato mais bem colocado, uma vez que seu voto igualmente será contabilizado para o partido que defende a ideologia apoiada.

Quanto ao aspecto apontado acima, é importante destacar o sucesso do sistema proporcional em afastar a figura do “voto útil”, retirando do eleitor a sensação do desperdício do voto, haja vista que independentemente do candidato, a sua opção nas urnas ainda que não possibilite a eleição do candidato votado, propicia a promoção da ideologia partidária defendida.

Em contrapartida aponta José Jairo Gomes<sup>18</sup> ser este o principal motivo pelo qual o sistema proporcional tende a ensejar a pulverização de partidos, a fragmentação partidária. E o

---

<sup>12</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 44

<sup>13</sup> Art. 5º Nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias (BRASIL. Lei 9.504 de 1997).

<sup>14</sup> NICOLAU, Jairo. Sistemas eleitorais 5.ed. Rio de Janeiro : FGV, 2004.p. 46.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 1995.p.250.

<sup>16</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas 2015.p. 143.

<sup>17</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico- políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.p.138.

<sup>18</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas 2015.p. 143

número exacerbado de partidos constitui um entrave à ação governamental, sendo este um dos grandes problemas apontados no sistema proporcional.

Então o sistema proporcional provoca um cenário de instabilidade no poder, posto que ao fragmentar forças políticas, impede a formação de bases parlamentares consistentes. Logo, a governabilidade passa a depender de inúmeros acordos tornando o parlamento um nefasto “balcão de negócios”.

A isto se soma a complexidade desse sistema, que requer a realização de até 4 (quatro cálculos) sucessivos<sup>19</sup> para a identificação do destinatário do voto, retirando do eleitor menos esclarecido a noção do direcionamento de seu voto.

Tais cálculos levam em conta as seguintes variáveis, nesta ordem: 1) Quociente eleitoral (art. 106 do Código Eleitoral); 2) Quociente partidário (art. 107 do Código Eleitoral); 3) Votação Nominal mínima (art. 108 do Código Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 13.165/2015); e, em último caso, 4) o Sistema de médias (art. 109 do Código Eleitoral).

Assim, o voto proporcional acaba por diminuir drasticamente a sensação de representatividade no eleitorado, muito em razão da possibilidade de realização de coligações neste sistema e ao tratamento diferenciado que se dá ao voto, que distorce a sua finalidade, qual seja, a promoção de diversas vertentes sociais e políticas, deixando em segundo plano a plataforma ideológica e estimulando a multiplicidade de partidos e agremiações.

### **2.1. O Choque Entre O Pluralismo Político E A Representatividade Eleitoral No Sistema Proporcional.**

Dentre às variáveis empregadas para a identificação do candidato eleito no sistema proporcional, temos o quociente eleitoral que nos termos do art. 106 do Código Eleitoral, corresponde à divisão do “número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior à meio, equivalente a um, se superior”.

Conforme se abstrai do excerto do art. 106, a distribuição de cadeiras (vagas) entre as agremiações é feita em função do resultado da votação que obtiverem. Assim esse sistema estabelece um número mínimo de votos que cada partido ou legenda deve conter para que possa usufruir de uma cadeira no parlamento.

---

<sup>19</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 42.

Desta forma, em princípio gozariam de privilégio às coligações partidárias face à partidos unitários ou agremiações menos expressivas, uma vez que no cômputo dos votos as coligações independentemente do número de partidos são compreendidas como partido único.

Exemplifica José Jairo Gomes<sup>20</sup> que se em dada circunscrição eleitoral, com nove vagas a serem ocupadas na Câmara de Vereadores – tenham sido constatados 50.000 votos válidos - o quociente eleitoral será o produto de 50.000 dividido por 9 ou seja, 5.556. Este número representa o quociente eleitoral.

Acaso não atingisse o quociente eleitoral, o partido ou coligação não poderia usufruir de representante na Casa Legislativa, nos termos do que dispunha o §2º do art. 109 do Código Eleitoral, revogado pela Lei 13.488/2017, que prevê que “somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral<sup>21</sup>”.

Assim, até 2015, as eleições regidas pelo sistema proporcional adotavam como critério de distribuição de vagas o número de votos angariados pelo partido ou legenda, sem considerar o total de votos que, individualmente, cada um dos candidatos obtinha. Tal aspecto dava azo à notórias distorções, que colocavam em xeque o poder de representatividade que ora se pretendia com o sistema proporcional.

Em relação aos partidos que alcançassem o quociente eleitoral, nos termos da antiga redação do art. 108 do Código Eleitoral, estariam eleitos tantos candidatos registrados por um partido ou coligação quanto o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

Logo, conforme elucida Raquel Cavalcanti Ramos Machado<sup>22</sup> era possível que candidato sem voto algum fosse eleito de forma imediata, caso a agremiação (partido ou coligação) tivesse atingido o quociente eleitoral, citando ilustrativa decisão do Tribunal Superior Eleitoral<sup>23</sup>, cujo trecho demonstra a lógica do sistema proporcional à época:

1. Na hipótese de uma coligação ou partido obter votos suficientes para assegurar pelo menos uma vaga e o seu único candidato (que possua ou não votos) não puder receber essa vaga em decorrência de morte ou renúncia, a vaga em questão deverá ser redistribuída a outros partidos ou coligações que tenham atingido quociente eleitoral. 2. No caso de uma coligação ou partido obter uma quantidade de vagas maior que a quantidade de candidatos votados, as vagas em questão deverão ser atribuídas a candidatos sem votação do partido ou coligação.

---

<sup>20</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.p. 145.

<sup>21</sup> Art. 109, §2º Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral (BRASIL. Lei 4.737 de 1965 com redação alterada pela Lei 13.488 de 2017).

<sup>22</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 46.

<sup>23</sup> Processo Administrativo nº 18721, Resolução nº 20945, de 4-12-2001, rel. Min. Fernando Neves da Silva, DJ, v. 1, 15-3-2002, p. 182, RJTSE, v. 13, tomo 2, p. 368.

Conforme aponta José Jairo Gomes<sup>24</sup> ao criticar o sistema de representação proporcional, a transferência de votos ao partido pelos candidatos que ostentavam maior popularidade e visibilidade, os alcunhados “puxadores de votos”, beneficiava os interesses dos demais candidatos da mesma agremiação ou partido, uma vez que, a depender da expressividade da votação de um candidato, o partido ou agremiação poderia alcançar por mais vezes o quociente eleitoral e o quociente partidário, elevando assim a quantidade de cadeiras no poder.

Desta forma, outros candidatos com votação inexpressiva eram contemplados muito em razão da força de outro candidato mais famoso e popular na mídia. A tal efeito vulgarmente se atribuiu a designação de “efeito tiririca<sup>25</sup>”.

Na realidade política recente, recorrentes foram os exemplos dessas incoerências, conforme apontam Raquel Cavalcanti Ramos Machado<sup>26</sup> e José Jairo Gomes<sup>27</sup>.

O mesmo problema ocorria em sentido inverso, porquanto, ao condicionar a eleição de cada candidato ao atingimento do quociente eleitoral, o sistema impedia que candidatos com expressiva votação se elessem em partidos ou agremiações menos votadas.

Como exemplo<sup>28</sup> cita-se o caso de Luciana Genro nas eleições de 2010, que apesar de ter sido à época a candidata a deputada federal com mais votos no Rio Grande do Sul e no Brasil, com cerca de 129.501 votos, não foi eleita, pois o partido ao qual estava vinculada (PSOL) não alcançou o quociente eleitoral de 193.126 votos.

A fim de eliminar tais distorções e em prestígio do princípio proporcional a Lei 13.165/2015 que deu nova redação ao art. 108 do Código Eleitoral, exigiu que dentre os

---

<sup>24</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.p. 177.

<sup>25</sup> PERON, Isadora e DECAT, Erich. Senado aprova PEC que acaba com “Efeito Tiririca” O Estado de São Paulo. Publicado em: 24 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-pec-que-acaba-com-efeito-tiririca,1657125> Acesso em 12 dez. 2018 às 22:15h.

<sup>26</sup> “Nas eleições de 2002, o candidato a Deputado Federal do Estado de São Paulo, pelo PRONA, Enéas Carneiro, foi eleito com a expressiva votação de 1.537.642 de votos. Como levou para o partido tal votação, conseguiu eleger mais seis deputados, dentre eles o candidato a Deputado Federal Vanderlei Assis, que obteve apenas 275 votos”. MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 43.

<sup>27</sup> “Esse é um fenômeno frequente no sistema proporcional brasileiro. Apenas para exemplificar, ocorreu nas eleições do Estado de São Paulo para a Câmara de Deputados com os candidatos Enéas Carneiro (PRONA) em 2002, Clodovil Hernandez (PTC) em 2006 e Tiririca (PR) em 2010 e 2014”. JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.p. 178.

<sup>28</sup> LIMA, Verônica. Votação de Luciana Genro e Jean Wyllys reabre debate sobre quociente eleitoral. Câmara Notícias. Política. Publicado em: 05 de out. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/150690-VOTACAO-DE-LUCIANA-GENRO-E-JEAN-WYLLYS-REABRE-DEBA-TE-SOBRE-QUOCIENTE-ELEITORAL.html> Acesso em: 20 dez. 2018 às 20:40h.

candidatos registrados por um partido ou coligação estariam eleitos aqueles que obtivessem votos em número igual ou superior a 10% do quociente eleitoral<sup>29</sup>.

O escopo da modificação legislativa consistiu em assegurar que o candidato a ser eleito ostentasse o mínimo de representatividade perante o eleitorado, assim em princípio, em que pese não exaurir a figura dos “puxadores de voto” evitava a promoção de candidatos minimamente votados e o impedimento de candidatos com ampla representatividade.

Todavia o percentual se assemelha em muito à uma cláusula de barreira uma vez que, a depender da circunscrição eleitoral o percentual de 10% do quociente eleitoral seria um número um tanto expressivo a ser alcançado por um único candidato.

Observa-se que o segundo critério, utilizado na definição dos candidatos eleitos pelo sistema proporcional é o quociente partidário, que nos termos do art. 107 do Código Eleitoral é o produto da divisão do quociente eleitoral pelo número de votos válidos obtidos sob a mesma legenda ou coligação<sup>30</sup>.

Outrossim, nos termos do §2º do art. 109 do Código Eleitoral com nova redação dada pela Lei 13.488/2017 poderão concorrer a distribuição de lugares todos os partidos ou coligações que participaram do pleito. Destarte, independentemente do número de votos angariados pelos partidos ou coligações, todos eles poderão ter acesso às vagas disponíveis. Exemplo disto, ocorre acaso nenhum dos partidos ou agremiações tenha alcançado o quociente eleitoral, pois, segundo o art. 111 do Código Eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares os candidatos mais votados, ou seja, adota-se o princípio majoritário.

Impende apontar que o sistema de representação proporcional, vem sofrendo drásticas alterações, sobretudo em razão da pulverização partidária e a fragmentação de poder estimulada por este sistema. A emenda constitucional 97/2017 acrescentou ao art. 17 da constituição federal de 1988 o §1º que instituiu a vedação às coligações para as eleições proporcionais a partir de 2020 (art. 2º da EC. 97/2017).

---

<sup>29</sup> Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem de votação nominal que cada um tenha recebido. (BRASIL. Lei 4737 de 1965 com redação alterada pela Lei 13.165/2015).

<sup>30</sup> Art. 107. Determina-se para cada partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração. (BRASIL. Lei 4737 de 1965).

Na exposição de motivos da EC. 97/2017 o Deputado Federal Duarte Nogueira<sup>31</sup> expôs que a alteração ao texto constitucional se dá em razão da experiência eleitoral vivenciada em nosso Estado, que evidenciou que as coligações nas eleições proporcionais não satisfazem o interesse da sociedade, em termos de representação, uma vez que ao término das eleições vê-se que os partidos coligados não defendem um projeto ou plano de governo em comum na legislatura.

Ademais, aponta o Deputado Federal que tal sistema acaba induzindo o eleitor a depositar o voto em um partido ou agremiação cujo plano de governo defendido não se materializa o que gera um descrédito aos partidos e ideologias políticas, cuja credibilidade precisa ser resgatada. Encerra destacando que “essa realidade se agrava quando verificamos que o voto em determinado candidato, de um partido, acaba auxiliando a eleição de candidato de outra agremiação que, após eleito, passa a defender políticas públicas extremamente diversas daquelas defendidas pelo partido”

Importante destacar também que a emenda constitucional nº 97/2017 no intento de dificultar a difusão de agremiações clientelistas, instituiu para as eleições proporcionais a partir de 2030 requisitos para que possam usufruir de recursos advindos do fundo partidário, bem como acesso à rádio e televisão. Assim estatui o §3º, incisos I e II e o §5º do art. 17 da Constituição Federal de 1988:

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação (...) § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

Em comentário à recente alteração legislativa Márcio André Lopes Cavalcante,<sup>32</sup> destaca que a intenção do legislador foi fortalecer a atuação dos grandes partidos e ao vedar a

---

<sup>31</sup> NOGUEIRA, Duarte. Exposição de Motivos de Proposta de Emenda Constitucional. Gabinete do Deputado Federal. Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=96D8674B9885435603B98B3BB65D26B8.proposicoesWebExterno2?codteor=922394&filename=Tramitacao-PEC+282/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=96D8674B9885435603B98B3BB65D26B8.proposicoesWebExterno2?codteor=922394&filename=Tramitacao-PEC+282/2016) Acesso em: 10 jan. 2019 as 09:30h.

<sup>32</sup> LOPES CAVALCANTE, Marcio André. Breves Comentários à EC 97/2017: fim das coligações nas eleições proporcionais e cláusula de barreira. Dizer o Direito. Publicado em: 9 out.2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/breves-comentarios-ec-972017-fim-das.html> Acesso em 12 jan. 2019 as 11:45.

coligação nas eleições proporcionais, partidos de menor envergadura política, local, regional e nacional não irão individualmente obter um quociente eleitoral que irá ultrapassar o quociente partidário.

Perfilham da mesma opinião Humberto Dantas e Ana Marina de Castro<sup>33</sup> ao destacarem que o fim das coligações poderá colaborar para atenuar as distorções presentes no modelo proporcional, entretanto levará consigo a parte do campo de sobrevivência de partidos menores.

Ademais, no que tange à restrição de acesso aos fundos partidários e tempo de rádio e televisão o professor e Juiz Federal citado acima assevera que o rigor do novo regramento praticamente “asfixiam partidos menores”. Exemplifica aludindo ao II do §3º do art. 17, que a grande maioria dos partidos atualmente não possui 15 Deputados Federais<sup>34</sup>. Logo, em tese, para ter acesso aos recursos do fundo de partido e ao direito de “antena” deverão atingir os valores mínimos estabelecidos pelo inciso I do §3º do art. 17.

É evidente aqui, que as alterações legislativas ao sufocarem a atuação representativa de pequenas agremiações, restringem a amplitude de um dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o Pluralismo Político (Art. 1º, inciso V da CRFB) sob o fundamento de um Sistema Eleitoral em que a representatividade bem como a governabilidade goze de maior estabilidade.

## **2.2. O Problema Da Lista Aberta No Sistema Proporcional.**

É importante destacar que o sistema eleitoral proporcional no Brasil adota a Lista Aberta. Ao elucidar acerca das listas abertas Raquel Cavalcanti Ramos Machado<sup>35</sup> pontua que se diz lista aberta porque as candidaturas por partido são abertas à votação do eleitorado e os próprios eleitores definem a ordem dos eleitos, isto é, os candidatos filiados ao partido ou coligação lançam a sua candidatura e assumem as vagas aqueles que obtiverem as maiores votações. Ao contrário do que ocorre com a lista fechada em que, conforme lembra a professora, a ordem de candidatos é ofertada pela própria coligação ou partido, sendo que a votação do eleitorado não muda a ordem dos eleitos.

---

<sup>27</sup> DANTAS, Humberto e DE CASTRO, Ana Marina. A alternativa pode ser o voto distrital misto. Qual é a melhor forma de aproximarmos os cidadãos dos partidos e legisladores? Publicado em 14 mai. 2018. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alternativa-voto-distrital-misto-14052018/amp> Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>34</sup> Exemplo disto é o Solidariedade, o PC do B, o PSC, o PPS, o PHS, PV, PSOL, REDE e PEN.

<sup>35</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. – 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.p. 49.

Em mais uma crítica, José Jairo Gomes<sup>36</sup> destaca que o sistema proporcional sofre apontamentos em razão da lista aberta, uma vez que tal sistema estimula a competição entre os candidatos de um mesmo partido ou legenda desvirtuando o viés ideológico do partido, além de tornar as campanhas mais caras haja vista que como não há limitação territorial do âmbito de elegibilidade do candidato, este precisa percorrer todo o Estado-federado (nos casos de deputados Federal, Estadual e Vereadores nos municípios) além de apoio político de diversas origens, estimulando retribuições e compensações entre apoiadores específicos e apoiados.

Entretanto, pondera que o sistema de listas fechadas, impede que o eleitor vote em candidatos, mas tão somente em partidos haja vista que, nas listas fechadas os partidos definem antes do pleito os candidatos e suas respectivas ordens. Assim os partidos interfeririam decisivamente nas representações do eleitorado.

É salutar ressaltar outra grande controvérsia que pode decorrer da implementação das listas fechadas, qual seja a necessidade de gestão democrática dos partidos. Conforme adverte José Jairo Gomes<sup>37</sup> a lista fechada é associada ao fortalecimento das elites partidárias e dos dirigentes, bem como a redução de custos de campanha. A ausência de gestão democrática influenciada ainda que indiretamente pela lista fechada, permite que os “caciques eleitorais” exerçam direta influência na escolha dos candidatos que venham a ser eleitos pelo partido, podendo manejar a sua atuação partidária em prol de interesses próprios, como, por exemplo desfavorecer desafetos ou candidatos pouco influentes.

Outrossim, ao estreitar laços com o partido, o eleito distancia-se daqueles que nele votaram, ou seja, os eleitores, vez que este estará vinculado ao programa do partido. Assim a continuidade de sua atuação política depende da manutenção de “boas relações”, para que possa angariar boas posições dentro da lista fechada. Em síntese, uma troca de favores.

É importante destacar ainda que no sistema proporcional muito se discute acerca da legitimidade do mandato face à infidelidade partidária.

### **3. Os Impactos Da Adoção Do Sistema Distrital No Processo Eleitoral Brasileiro:**

Regido pelo princípio majoritário, o sistema distrital organiza-se sob a premissa de que o candidato que obtiver o maior número de votos é eleito e alcança o posto de representatividade.

---

<sup>36</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.p. 180.

<sup>37</sup> JAIRO GOMES, José. Direito Eleitoral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.p. 181.

É importante, entretanto, reconhecer que entre voto distrital e sistema majoritário há distinções, haja vista que aquele é na prática instrumento empregado em pleitos desenvolvidos sob a égide do sistema majoritário. Neste sentido, assevera Evandro Herrera Bertone Gussi<sup>38</sup> que em países grandes e com densa população que adotam o princípio majoritário, o território é dividido em circunscrições eleitorais, chamados de distritos eleitorais, decorrendo daí a confusão conceitual entre o sistema majoritário e o voto distrital.

Conforme preleciona de Roberto Moreira Almeida,<sup>39</sup> no Brasil o sistema majoritário foi adotado para a eleição dos chefes do Executivo (Prefeitos, Governadores, Presidente da República e respectivos vices), assim como Senador da República.

Inicialmente, antes da análise dos possíveis impactos da aplicação do sistema distrital no processo eleitoral brasileiro, deve-se destacar que existe proposição legislativa no Congresso Nacional, PLS nº 86/2017 de autoria do Senador José Serra, o qual pretende alterar a legislação eleitoral a fim de instituir o voto distrital misto nas eleições proporcionais. Neste mesmo diapasão é o projeto de lei 345/2017, de autoria do Senador Eunício de Oliveira.

Tal sistema “misto” consiste na conciliação entre o sistema proporcional em que vigoram as votações em legendas partidárias e o sistema majoritário que seguindo a sistemática distrital, pretende dividir cada circunscrição eleitoral em distritos também ditos colégios eleitorais. Cada partido só poderia apresentar um candidato por distrito, e o eleitor só poderia votar nos candidatos apresentados dentro de seu distrito, considerando-se eleitos aqueles com o maior número de votos no distrito, podendo a maioria ser simples ou absoluta.

Assim, parte dos candidatos seria eleito sob a sistemática distrital, enquanto que a outra fração eleger-se-ia segundo as regras do sistema proporcional.

No que concerne aos efeitos do sistema distrital, Evandro Herrera Bertone Gussi<sup>40</sup> destaca que o mais marcante é a polarização do eleitorado, ou seja, uma propensão ao bipartidarismo na medida em que o eleitorado dividir-se-ia em duas grandes vertentes. Não obstante a polarização, o autor destaca que o voto majoritário não impede a existência de outros partidos com representação política no parlamento.

---

<sup>38</sup> BERTONE GUSSI, Evandro Herrera. A Representação Política. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.p.163 e 164.

<sup>39</sup> DE ALMEIDA, Roberto Moreira. Curso de Direito Eleitoral. 11 ed, rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodvm. p. 426.

<sup>40</sup> BERTONE GUSSI, Evandro Herrera. A Representação Política. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.p.163 e 164.

Eis aí o ponto que compatibiliza o sistema majoritário distrital e o pluralismo político uma vez que embora seja naturalmente propenso à bipartidarização, não impede a atuação política de agremiações menores.

Destaca, entretanto que o sistema gera a preponderância de duas agremiações que, destacando-se em relação às demais e alternam-se na situação ou oposição.

Quanto aos pontos positivos, o supramencionado autor pontua que o sistema majoritário assegura maior possibilidade de formação de opiniões e diálogos com o eleitorado tendo em vista que estes apresentam duas linhas de orientação política bem definidas. Observa-se que esse primeiro ponto decorre justamente do estreitamento ideológico que na prática o sistema majoritário proporciona.

Ademais, quanto às circunscrições eleitorais é importante destacar que o voto em distritos proporciona maior proximidade dos representantes com o eleitorado, além de diminuir o gasto com campanhas porquanto cada partido só poderia lançar uma candidatura dentro de um distrito ou circunscrição eleitoral. É neste sentido a exposição de motivos do PLS 86/2017 ao esclarecer que “Esse é um aspecto que deve ser ressaltado: os novos distritos eleitorais, ao reduzirem a área de abrangência da disputa, reduzem o custo da campanha não só pela menor área de abrangência mas pela redução do número de candidatos”.

Conforme apontado pela aludida exposição de motivos, quando o número de candidatos é elevado, os gastos são maiores para torná-lo conhecido bem como distingui-lo dos demais candidatos. Exemplifica-se, trazendo o caso do estado de São Paulo, que tem 33 milhões de eleitores, posto que, caso um candidato gastasse um R\$ 1 para alcançar cada eleitor, teria uma despesa de campanha de exorbitantes R\$ 33 milhões.

Em igual sentido Evandro Herrera Bertone Gussi<sup>41</sup> destaca que “Os candidatos passariam a concentrar as suas campanhas em distritos menores, com maior possibilidade de comunicação entre os eleitores, o que também tende a reduzir os custos de campanha, principalmente em um país de dimensões continentais”.

Segue o autor, apontado outro importante efeito do sistema majoritário, a saber, o fortalecimento ideológico do partido como elemento de propaganda política. Este efeito decorre precisamente da limitação de candidaturas por distrito. Ao comparar com o sistema proporcional o autor assevera que neste todos os candidatos disputam, em tese, os mesmos votos, e por vezes sob a mesma legenda ou filiação partidária. Assim, a plataforma ideológica

---

<sup>41</sup> BERTONE GUSSI, Evandro Herrera. A Representação Política. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.p.165.

perde o valor, pois não mais pode ser considerada um diferencial em relação aos demais candidatos, mormente porque não raras vezes estes partilham da mesma ideologia, projeto de governo ou até mesmo concorrem filiados à mesma legenda ou partido. Assim, arremata Evandro Herrera Bertone Gussi<sup>42</sup> que “no sistema majoritário, portanto, os partidos tendem a recuperar o caráter pedagógico de indicação da tendência ideológica, no sentido de orientar o eleitor diante de duas propostas bem definidas”.

Em elogio ao sistema distrital, Leonardo Freire Pereira<sup>43</sup> destaca a harmonia deste sistema com a democracia representativa na medida em que o voto por distritos privilegia candidatos com bases eleitorais consistentes, fruto de uma contínua atuação política dentro de uma comunidade ou região, aproximando, até mesmo, os eleitores dos partidos políticos.

Quanto aos aspectos negativos do sistema distrital pontua Evandro Herrera Bertone Gussi<sup>44</sup> ao mencionar Karl Loewenstein, que a maior ressalva aos sistemas regidos pelo princípio majoritário, a exemplo do sistema distrital, é que eles são fatalmente injustos, pois “o ganhador recebe tudo, e o perdedor nada”.

Na mesma linha de raciocínio pondera Leonardo Freire Pereira<sup>45</sup> que ao contrário do sistema proporcional, o voto distrital não assegura que as minorias serão representadas, o que poderá desembocar em resultados completamente distorcidos. Neste sentido exemplifica o autor que “Se pegarmos um estado em que um partido ganhou por 51 votos em todos os distritos e outro partido 49 votos em todos os distritos, o primeiro partido tem todas as cadeiras e o segundo não tem nenhuma, exemplo dramático demais e muito matemático para impressionar”.

Todavia, é importante ressaltar que os projetos de lei supracitados pretendem implementar um sistema distrital misto, que compatibiliza as virtudes do sistema proporcional e do sistema majoritário. Assegurando então a um só tempo a aproximação necessária entre candidatos e eleitorado e ao mesmo tempo garantindo-se com a amplitude do sistema proporcional a representação das minorias.

---

<sup>42</sup> BERTONE GUSSI, Evandro Herrera. A Representação Política. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.p.165.

<sup>43</sup> FREIRE PEREIRA, Leonardo. Fidelidade Partidária no Desenvolvimento do Modelo de Democracia Pelos Partidos. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo. 2009.p.37.

<sup>44</sup> BERTONE GUSSI, Evandro Herrera. A Representação Política. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.p.165.

<sup>45</sup> FREIRE PEREIRA, Leonardo. Fidelidade Partidária no Desenvolvimento do Modelo de Democracia Pelos Partidos. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo. 2009.p.37.

Adverte, entretanto Fernando Sabóia Vieira<sup>46</sup> que da implantação de sistemas mistos pode decorrer certos efeitos a depender da fórmula adotada. O autor cita o caso da Alemanha que adota um sistema similar ao distrital misto caracterizado por uma elevada representatividade, o que é um efeito positivo e a formação de governos de coalizão como efeito negativo.

Ademais, na realidade brasileira outro problema prático exsurge: a divisão em distritos e modo como se dará a gestão de votos dentro desse sistema. Conforme apontam Humberto Dantas e Ana Marina de Castro na adoção do voto distrital misto seria interessante deixar metade das vagas definidas hoje por lista aberta (proporcional) e as demais vagas por lista fechada a cargo de distritos uninominais (onde o representante é eleito de forma majoritária) a exemplo do que ocorre com a Alemanha.

Aduzem os autores supracitados que as realidades heterogêneas de cada regionalidade também devem ser levadas em consideração, tendo em vista que a grande dificuldade na implantação do sistema distrital misto será manter o mesmo número de representantes por estado, e dividir as zonas territoriais em distritos menores. Exemplificam aludindo ao Estado do Amazonas, que em suas dimensões continentais seria dividido em quatro grandes circunscrições, haja vista que dos oito Deputados Federais que essa unidade Federativa tem direito 4 (quatro) seriam eleitos pelos distritos e os demais pelo regras do sistema proporcional.

No tocante ao estado de São Paulo a distribuição seria feita em 35 distritos, sendo os outros 35 eleitos sob o critério proporcional. Entretanto em eleições em que ao mesmo tempo se escolhem representações nacionais e estaduais, não será tão simples dividir o estado em números diferentes de distritos. São Paulo, por exemplo, possui 70 deputados federais e 94 deputados estaduais. Divididos a totalidade de candidatos pela metade distrital seria necessária a instituição de 35 circunscrições federais e 47 estaduais? Seria o caso de criação de circunscrições binominais? Muitas são as dúvidas.

### **Considerações Finais**

Diante de todo o estudo desenvolvido é imperiosa a constatação de que o sistema eleitoral distrital é compatível com o princípio do pluralismo político e o dever de representatividade. Pois concilia a um só tempo as características típicas do sistema majoritário e do sistema proporcional.

---

<sup>46</sup> SABÓIA VIEIRA, Fernando. Sistemas Eleitorais: Representatividade versus Governabilidade. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/camara-noticias/camara-destaca/historico/a-camara-eleicoes/arquivos/sistemas-eleitorais>. Acesso em: 18 jan. 2018.

É dizer, em um sistema misto, com acerto se impede reducionismos exacerbados, que desprestigiam as ideologias minoritárias, efeito típico do sistema majoritário, ao passo que impede ampliações indevidas que culminam na promoção de candidatos com pouca ou nenhuma representatividade, efeito típico do sistema proporcional. É um sistema em que os defeitos de ambos os sistemas supracitados são compensados entre si haja vista que é notório que quanto mais próximo são os candidatos do eleitorado maior é a sensação de representatividade política.

Entretanto, a fim de se evitar que em toda unidade federativa duas ou três agremiações se alternem nos cargos como ocorre num sistema majoritário puro, o sistema distrital misto, também lança mão das virtudes do sistema proporcional de lista aberta que privilegia as minorias na medida em que fomenta especialmente a ideologia de um partido ou coligação, haja vista o caráter binário que o voto ostenta nesse sistema. Assim, como já explanado acima é dado ao eleitor o direito de com o voto promover a ideologia à qual se perfilha mesmo que seu candidato não goze de favoritismo nas urnas.

Outrossim, no que toca ao sistema proporcional atual, antes das alterações legislativas fica evidente a presença de um sistema que é nobre por ampliar a possibilidade de participação das minorias, mas que ao mesmo tempo peca por sacrificar a segurança passada ao eleitorado de que o eleito reflete precisamente a vontade manifestada nas urnas.

Pós-alterações legislativas, o sistema proporcional brasileiro é merecedor de alguns apontamentos.

Com o advento das Leis 13.165/2015 e 13.488/2017 o legislador acertadamente trouxe maior representatividade ao Sistema Proporcional vigente no Brasil. Mormente porque não mais possibilitam que candidatos sem votos ou com votação inexpressiva sejam contemplados com as vagas no legislativo, em decorrência da quantidade de votos de outros candidatos. Exige-se conforme a nova redação do art. 108 do Código Eleitoral que os candidatos a serem eleitos pela lista aberta de um partido ou coligação ostentem pelo menos 10% do quociente eleitoral.

Ademais assegura também que candidatos com ampla representatividade possam concorrer às vagas no parlamento, ainda que filiados a partidos ou agremiações de menor influência, vez que não mais se exige o atingimento do quociente eleitoral para que um candidato goze da possibilidade de alcançar um cargo eletivo. Um claro privilégio ao pluralismo político, porquanto dá voz e atuação a ideologias veiculadas por partidos menores.

Entretanto, o erro a nosso ver, reside justamente na reforma constitucional 97/2017 que acerta ao vedar as coligações para eleições proporcionais, mas falha ao instituir limites de

acesso aos fundos partidários e ao acesso gratuito à rádio e televisão, com base no número de votos obtidos pelos partidos políticos.

A restrição às coligações por si só impediria a formação das chamadas legendas de aluguel, na medida em que os partidos ver-se-ão compelidos disputar os pleitos individualmente. Assim, não haveria como os partidos menores utilizarem do tempo de rádio e televisão como moeda de troca na constituição das chamadas legendas de aluguel, haja vista que com a EC 97/2017 obsta-se plenamente a formação de coligações.

Se a intenção do legislador constituinte foi evitar com essas medidas a fragmentação partidária e as confusas legendas ou coligações, é importante que se diga que a EC 97/2017 ao restringir o limite de acesso ao fundo partidário e o “direito de antena” fortalece os partidos já hegemônicos e enfraquece ainda mais as agremiações minoritárias que agora disporão de ainda menos recursos para propaganda política.

Em síntese, a EC 97/2017 conseguiu de um lado trazer à tona a relevância da plataforma ideológica de um partido, e de outro lado aproximar o sistema proporcional de um dos defeitos subsistentes no sistema majoritário, qual seja, a preponderância de hegemonias partidárias.

### **Referências Das Fontes Citadas**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.081/DF** – Pleno – Trecho do voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso – j. 27/5/2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo nº 18721, Resolução nº 20945, de 4-12-2001, rel. Min. Fernando Neves da Silva, DJ, v. 1, 15-3-2002, p. 182, RJTSE, v. 13, tomo 2, p. 368.

BERTONE GUSSI, Evandro Herrera. **A Representação Política**. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.p.163 e 164.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

DANTAS, Humberto e DE CASTRO, Ana Marina. **A alternativa pode ser o voto distrital misto. Qual é a melhor forma de aproximarmos os cidadãos dos partidos e legisladores?** Publicado em 14 mai. 2018. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alternativa-voto-distrital-misto-14052018/amp> Acesso em: 13 jan. 2019.

DE ALMEIDA, Roberto Moreira. **Curso de Direito Eleitoral**. 11 ed, rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodvm.

EDUARDO GUARNIERI, Fernando Henrique. **A força dos “partidos fracos” – um estudo sobre a organização dos partidos brasileiros e seu impacto na coordenação eleitoral.** Tese de Doutorado em Ciências Políticas. Universidade de São Paulo. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva 2015.

FREIRE PEREIRA, Leonardo. **Fidelidade Partidária no Desenvolvimento do Modelo de Democracia Pelos Partidos.** Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo. 2009.p.37.

JAIRO GOMES, José. **Direito Eleitoral.** 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

JAIRO GOMES, José. **Direito Eleitoral.** 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Verônica. Votação de Luciana Genro e Jean Wyllys reabre debate sobre quociente eleitoral. Câmara Notícias. **Política.** Publicado em: 05 de out. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/150690-VOTACAO-DE-LUCIANA-GENRO-E-JEAN-WYLLYS-REABRE-DEBA-TE-SOBRE-QUOCIENTE-ELEITORAL.html> Acesso em: 20 dez. 2018 às 20:40h

LOPES CAVALCANTE, Marcio André. **Breves Comentários à EC 97/2017: fim das coligações nas eleições proporcionais e cláusula de barreira.** Dizer o Direito. Publicado em: 9 out.2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/breves-comentarios-ec-972017-fim-das.html> Acesso em 12 jan. 2019 as 11:45.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito Eleitoral.** 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas eleitorais** 5.ed. Rio de Janeiro : FGV, 2004.

NOGUEIRA, Duarte. **Exposição de Motivos de Proposta de Emenda Constitucional.** Gabinete do Deputado Federal. Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=96D8674B9885435603B98B3BB65D26B8.proposicoesWebExterno2?codteor=922394&filename=Tramitacao-PEC+282/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=96D8674B9885435603B98B3BB65D26B8.proposicoesWebExterno2?codteor=922394&filename=Tramitacao-PEC+282/2016) Acesso em: 10 jan. 2019 as 09:30h.

PERON, Isadora e DECAT, Erich .Senado aprova PEC que acaba com “Efeito Tirirca”. **O Estado de São Paulo.** Publicado em: 24 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-pec-que-acaba-com-efeito-tirirca,1657125> Acesso em 12 dez. 2018 às 22:15h.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico- políticos e aplicação ao caso brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1999.

SABÓIA VIEIRA, Fernando. **Sistemas Eleitorais: Representatividade versus Governabilidade.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/camara-noticias/camara-destaca/historico/a-camara-eleicoes/arquivos/sistemas-eleitorais> Acesso em: 18 jan. 2018.

**COLABORAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA SEGURANÇA PÚBLICA:  
IMPLANTAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL CONFORME CONSTA NO  
ARTIGO 144 §8 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Alisson Barboza Da Silva<sup>1</sup>  
Cláudio Rubens N. Ramos<sup>2</sup>

**Introdução**

As consequências da ineficiência do Estado brasileiro em promover segurança pública, que é um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal 1988, é sentida pela população e torna-se manchete de jornais todos os dias no país. Por isso, se faz necessário a busca por políticas públicas para que Estado possam diminuir os índices de criminalidade e proporcionar ao cidadão a sensação de segurança. Dito isto, este artigo discutira questões sobre guarda municipal e sua colaboração na segurança pública municipal e assuntos intrinsecamente relacionados, tais como a segurança pública, o poder de polícia, as polícias civil e militar, financiamento e implantação entre outros.

No primeiro capítulo inicia levantamento das questões que integram o assunto posto em discussão, desde o conceito de crime, passando pelo ente Estado, e falando da fundamentação legal dada pela constituição para constituição da guarda municipal. No segundo capítulo será tratado sobre Segurança Pública que é um direito assegurado pela constituição, e das dificuldades do estado em sua prestação para com os cidadãos.

Será falado do Poder de Polícia, e nos sub tópicos subsequentes, da sua efetivação através das policias: federal, rodoviária federal, militar, civil e guarda municipal. Inseridos nesses tópicos, também estão os discursões a atuação e colaboração da guarda municipal e as dificuldades orçamentárias para implantação.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). E-mail: Allison-edu@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Docente da disciplina de Direito do Tributário do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). E-mail: Claudiormais@gmail.com.

O presente trabalho se dará através da revisão bibliográfica, exploratório, o método utilizado será o indutivo, cuja as fontes serão livros, artigos científicos, jurisprudência, entre outros, para promoção da discursão aqui proposta através da questão problema.

## 1. Estado Policialesco

Com o crescimento populacional e a formação da sociedade, regras, que possibilitassem o convívio destes grandes números de pessoas, foram editadas. O que posteriormente tornaram-se leis, códigos, etc. Essa convivência em sociedade levou a uma consequência, que infelizmente é comum na atualidade, que é o cometimento de crimes. Crime é fato típico, antijurídico e culpável<sup>3</sup>.

Diante disso, a presença do Estado, como forma de reprimir e punir tais condutas lesivas, se fez necessária; e a forma de sua atuação foi com a instituição das polícias, federal, civil e militar, etc. Com o crescimento estrondoso do Estado brasileiro, o número de policiais e sua atuação em âmbito Federal e estadual, têm se tornado insuficiente para o combate e punição dos diversos crimes ocorridos diariamente. Fazendo-se necessária uma atuação local no quesito de Segurança Pública. Para Souza e Morais<sup>4</sup>:

As inovações constitucionais, na seara da Segurança Pública, foram significativas, há uma tentativa legal de mudança do paradigma reativo para uma ação policial pró-ativa (preventiva), bem como ocorreu a inserção **do princípio da gestão participativa na resolução dos problemas da violência e da criminalidade**, conforme se pode vislumbrar pela redação do Artigo 144 da Constituição Federal [...]. (Grifo nosso).

Dessa necessidade de mais participação do Estado, principalmente em âmbito local, o art. 144, § 8º da CF/88<sup>5</sup>, parece ser a melhor solução para auxiliar na intensa demanda que recai sobre a polícia militar e civil estadual. Nas palavras de Guimarães<sup>6</sup>, “A polícia é base do controle formal do crime e deve buscar entender os problemas sociais na sua área de atuação ou

---

<sup>3</sup> SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Considerações acerca do conceito material de delito**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22002/consideracoes-a-cerca-do-conceito-material-de-delito>>. Acesso em 05/06/2018 às 5h: 07min.

<sup>4</sup> SOUSA, Reginaldo Canuto de; MORAIS, Maria do Socorro Almeida de. Polícia e Sociedade: uma análise da história da segurança pública brasileira. **V Jornada Internacional de Políticas Públicas**: Maranhão, 2011.

<sup>1</sup>Art.144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]. §8º Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

<sup>2</sup>Rafaelle Jhonathas Guimarães de Souza. A criminologia e sua importância na atividade policial. jun 2017. Disponível em: <[https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigo\\_leitura&artigo\\_id=1901&revista\\_caderno=3](https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=1901&revista_caderno=3)>. Acesso em 05/06/2018 às 5h: 44min. p.08. Acesso virtual.

circunscrição [...], aproximando o poder estatal ao cidadão [...]”. E ainda Muniz apud Guimarães<sup>7</sup>:

Os problemas de segurança são mais amplos do que as questões de competência propriamente policial. Ou seja, nem todos os problemas que afetam a Segurança Pública estão contidos no espaço legal e legítimo de ação das polícias. Daí a pertinência de incorporar outros atores no processo de produção democrática da Segurança Pública.

Diante do cenário nacional caótico em que a segurança se encontra, é imperioso destacar os mecanismos utilizados os meios de combate à criminalidade e demonstrar que as competências atribuídas aos mesmos, atribuem um excesso de funções que, muitas vezes, auxiliam para que o êxito quanto ao quesito segurança pareça estar cada vez mais distante.

## 2. A Segurança Pública

A paz na sociedade sempre foi um dos objetivos a serem alcançados, como forma de expressar essa ânsia a segurança pública, direito assegurado nacionalmente pela Carta Magna de 88, consiste no conjunto de regras, órgãos e agentes que visam garantir a proteção dos mais diversos bens jurídicos atribuídos aos cidadãos, evitando que criminosos venham a lhes oferecer ameaça. Mas nos últimos anos, a situação da segurança nacional, que sempre passou por dificuldades, alarmou-se levando a uma verdadeira crise quando a segurança da população.

A cada dia são noticiadas cada vez mais informações sobre o crescimento do número de crimes, aumento da população carcerária, e a insuficiência de medidas, legais, efetivo de agentes, sociais, que consigam controlar o atual quadro da segurança. Vale destacar que não existem diversos órgãos que, mesmo sem ampla divulgação, auxiliam na tentativa de solução deste problema, para Madeira e Rodrigues<sup>8</sup>:

[...] apesar da constituição de um modelo híbrido, o Estado ainda se mostra frágil na condução das políticas para além das necessidades imediatistas de se apresentarem resultados às demandas da população, fazendo com que as políticas públicas não se consolidem como alternativas democráticas para a transformação das condições de vida da população brasileira. (grifo nosso).

Ainda, segundo Freire apud Madeira e Rodrigues<sup>9</sup>:

No final da década de 1990, foi criada a Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública, transformada em seguida em Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). No decreto de sua criação, foi estabelecido que cabe à SENASP assessorar o ministro de Estado da Justiça na definição e implementação da

---

<sup>3</sup> Rafaelle Jhonathas Guimarães de Souza. Jun 2017.

<sup>4</sup> Lígia Mori Madeira. Alexandre Ben Rodrigues. 2015.

<sup>9</sup> Moema D. Freire, 2009, apud Lígia Mori Madeira. Alexandre Ben Rodrigues. 2015

política nacional de segurança pública, e, em todo o território nacional, acompanhar as atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública. A SENASP passou então a atuar buscando a articulação entre as unidades federativas, visando à estruturação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). [...], o SUSP visava à articulação das ações federais, estaduais e municipais na área de segurança pública, buscando aperfeiçoar o planejamento e a troca de informações para uma atuação qualificada dos entes federados na área. O SUSP não busca a unificação — pois reconhece a autonomia das instituições que compõem o sistema —, mas sim a integração, otimizando resultados. (grifo nosso)

Mesmo diante de tantas dificuldades na segurança, os órgãos que ainda representam de forma mais significativa e representativa do Estado são as polícias, em todos os seus âmbitos. Sendo importante uma breve explanação sobre as mesmas.

### **3. O Poder De Polícia e o Poder Da Polícia**

Apesar de as duas expressões parecerem sinônimos, ambas possuem conceitos distintos. O poder de polícia é expressão corriqueiramente utilizada no direito, principalmente no ramo administrativo, que, segundo MARINELA<sup>10</sup>, significa:

O Poder de Polícia é um instrumento conferido ao administrador que lhe permite condicionar, restringir, frenar o exercício de atividade, o uso e gozo de bens e direitos pelos particulares, em nome do interesse da coletividade. [...] expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral, e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo.

Percebe-se que o poder de polícia tem caráter fiscalizador/administrativo, através dele o Estado exerce sua função de fiscalizar as atividades particulares para que essas se adequem aos ditames legais. Dividindo-se ainda em poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito, sendo uma correspondente a todos os atos que a administração possa realizar no sentido de regular certas atividades e a outra a atuação fiscalizadora e intervencionista em si, respectivamente.

Já a expressão poder da polícia representa a competência atribuída aos agentes que fazem parte das polícias instituídas pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 144, que tem como função principal exercer atividades que garantam a ordem pública, como forma de garantir o dever do Estado de assegurar segurança pública aos seus cidadãos. Nos cinco incisos do caput do supramencionado artigo são mencionados alguns órgãos incumbidos de tal função, porém, os órgãos mais conhecidos são: polícia federal; polícia rodoviária federal; polícias civis e polícias militares;

---

<sup>10</sup> Fernanda Marinela. Direito Administrativo, 2015.

#### **4. As Polícias Federal e Rodoviária Federal**

As polícias federal e rodoviária federal possuem suas funções definidas nos parágrafos 1º ao 3º do art. 144/CF; à polícia federal são atribuídas as funções de apurar crimes contra a União, autarquia e empresas públicas, que ultrapassem as fronteiras dos estados, ou seja, sejam crimes interestadual ou internacional, tráfico, contrabando e descaminho em sua área de competência, exercer a fiscalização marítima, aérea e de fronteira, além de ser a polícia judiciária da União.

Já a polícia rodoviária federal, conforme § 2º, tem como função o patrulhamento das rodovias federais. Como é perceptível, esses dois órgãos possuem atuação em caráter que abrangem a União, por este motivo tais policias não tem um envolvimento com fatos acontecidos em determinado município ou estado, a mesmo que tal ocorrência tenha caráter interestadual ou internacional. Logo a incidência da atuação dessas polícias em casos cotidianos, como roubos, furtos e homicídios, dificilmente acontecem.

Diante de tal entendimento, podemos afirmar que as duas polícias, acabam atuando distantes da realidade da população local, no sentido de atuação sobre os crimes mais comumente praticados, diante da própria atribuição conferida pela CF, sendo inclusive, por sua atuação em nível nacional, a entidade de segurança que recebe os maiores repasses orçamentários, segundo descreve COSTA<sup>11</sup>.

De modo complementar, a Polícia Federal e a Polícia Rodoviária Federal foram sendo fortalecidas e ganharam prioridade no orçamento do Ministério da Justiça. É inegável o fundamental papel que ambas as forças desempenham no Brasil hoje, mas sua manutenção não deveria ocorrer em detrimento das iniciativas de cooperação intergovernamental com Estados e municípios.

Assim, mesmo que ambas representem a força do Estado brasileiro contra a criminalidade, sua atuação não repercute de maneira significativa na esfera municipal de segurança.

#### **5. As polícias civis e militar**

As polícias mais comumente percebidas pela população são a civil e a militar; essas polícias são as primeiras a serem percebidas como forças atuantes do Estado, como forma de defesa dos cidadãos contra os criminosos. Diante de situações de alvoroço e alteração de ânimos, a figura do policial, militar e civil, representa a ordem que o Estado espera estabelecer

---

<sup>11</sup> COSTA, Arthur Trindade M. e outros. Atlas da Violência, Política Nacional de Segurança Pública Orientada para a Efetividade e o Papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública. 2017.

na sociedade. Segundo Ribeiro<sup>12</sup>, a história da polícia militar na sociedade brasileira tem seu início com a abdicação de Dom Pedro I e o fim da guarda real, e a formação de uma cooperação entre os cidadãos que posteriormente levou a criação da Guarda Nacional, em 1831.

Devido à adoção de algumas práticas organizacionais do Exército Militar e sua proximidade, decorrente a Guerra do Paraguai, passou a receber a nomenclatura de policiais militares. Que passaram a ter maior aproximação com a população dos estados onde atuavam, fato que, com a CF de 1891, passou a se consolidar e a tomar força, culminando na polícia militar da atualidade. Nos ditames de Souza apud Ribeiro<sup>13</sup>:

[...] a partir desse momento a polícia brasileira passa a ser uma polícia hierarquizada, disciplinada, com remuneração vinda dos cofres públicos bem como a dedicação exclusiva e permanente dos que pertenciam a esta força. Nesse momento é definida com maior clareza a função da polícia de “manter a tranquilidade pública e auxiliar a justiça”.

Segundo Francelin<sup>14</sup>, a polícia civil, ou polícia judiciária como era corriqueiramente denominada, por volta do ano de 1808, era responsável por promover investigações e realizar diligências diretamente ligadas às questões Estatais. Após passar por diversas modificações e pela necessidade de se separar judiciário da força policial, a polícia judiciária passou a se organizar hierarquicamente, utilizar uniforme característico, possuir pessoal para defender as comunidades, etc., modificações que fizeram com que a polícia civil fosse a grande instituição que é nos dias atuais.

No que tange suas competências, a CF 1988 expressa no artigo 144, §§ 4º e 5º<sup>15</sup> que a polícia civil é a responsável pela função de polícia judiciária e investigações penais que não sejam de competência da polícia militar, é essa a polícia responsável por realizar investigações de crimes, através de inquéritos policiais, que podem dar origem a ações judiciais penais; já a polícia militar é responsável pela proteção da ordem pública de forma ostensiva e preventiva, ou seja, atua tanto nas operações que visam reprimir os crimes que já aconteceram, quanto nas questões organizacionais e de inteligência que visam evitar o acontecimento de delitos. Segundo Bulos<sup>16</sup>:

---

<sup>12</sup> Ribeiro, Lucas Cabral. História das polícias militares no Brasil e da Brigada Militar no Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1313022007\\_ARQUIVO\\_textoANPUH.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1313022007_ARQUIVO_textoANPUH.pdf)>

<sup>13</sup> SOUZA, Benedito Celso de. 1986, apud Ribeiro, Lucas Cabral. 2011.

<sup>14</sup> Francelin, Antônio Edison. Agosto de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-ago-09/duzentos-anos-historia-policia-civil-foi-policia-judiciaria>. Acesso em outubro de 2018.

<sup>15</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>16</sup> Uadi Lammêgo Bulos, Curso de direito constitucional. 2014.

Polícias militares - realizam o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. A Resolução n. 4, de 20 de fevereiro de 2002, do Conselho Nacional de Segurança Pública estatui os procedimentos a serem adotados pela Polícia Militar em relação às suas atribuições legais, e dá outras providências.

Com os relatos históricos apresentados em momento supramencionado, é perceptível que a preocupação com a população sempre foi um tema de grande importância, por esse motivo uma polícia que exercesse sua atividade próxima à população era imprescindível fato que se realiza através das polícias civil e militar. Esses organismos possuem legislações específicas de âmbito estadual, situação justificável, pois com o atendimento das necessidades locais é necessário que a organização ocorra conforme demanda de determinada região, devendo a legislação de cada Estado prever a melhor forma de organização, com base em seu orçamento, servidores, demandas e outros critérios.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, a segurança pública está contrariamente como todo o modelo e estruturas voltadas a essa questão; os fatos que podem ser os responsáveis pelo agravamento da situação podem ser diversos, desigualdade social, falta de emprego, evasão escolar, baixa escolaridade, incitação da violência, vício em entorpecentes, entre tantos outros. Não sendo o foco do presente trabalho a descoberta da motivação que impulsionou o caos da segurança, mas sim as formas de impedir seu avanço, a solução que pode auxiliar na busca pela redução e maior efetividade contra a criminalidade será tratada a seguir.

## **6. Da guarda municipal**

Ainda no artigo 144 da Constituição Federal, em seu parágrafo 8º, dispõem da seguinte redação: “§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”; essa é claramente mais uma oportunidade que o constituinte abriu para que não só União e estados possam atuar para a defesa da segurança, mas também os municípios possam prestar auxílio.

Mesmo com a previsão constitucional da instituição de guardas municipais, a adoção de tal medida ainda não possui grande incidência nos municípios do Brasil, seja pela cultura nacional de dar credibilidade as policias federal, civil e estadual, e esquecer que se houvessem guardas municipais, o número de demandas das policias de âmbito estadual poderia diminuir drasticamente, propiciando a melhor investigação, solução mais célere e satisfatória para a sociedade e até mesmo abrindo a possibilidade de uma atuação preventiva mais eficiente e eficaz, pois os guardas municipais poderiam estar mais presentes em locais públicos, fato que já inibiria as ações criminosas.

A definição de uma guarda municipal, por ser ainda mais específica de cada localidade, pode ser descrita com a polícia que atua em no âmbito dos municípios e que possui competência para realizar certas diligências que resultariam em maior proteção à população, pois a guarda municipal estaria ainda mais presente no cotidiano local; neste sentido, como ensinam Oliveira, Tonelli e Pereira<sup>17</sup>:

Essa nova visão corrobora com a tendência brasileira de fortalecer o desenvolvimento municipal em relação à segurança pública. Para que isso seja possível deverá haver um esforço de todos os níveis de governo. Juntamente com a preocupação com políticas públicas de segurança deve caminhar a preocupação com outras áreas sociais, como educação, saúde, transporte, lazer entre outras. Não há como pensar em uma ou outra isoladamente, pois a base de formação do cidadão com dignidade engloba todos esses aspectos.

Existe uma demanda demasiadamente grande sobre as polícias estaduais, e muitas vezes a concentração desses servidores em determinados locais da cidade acaba deixando pontos vulneráveis e suscetíveis de se tornarem as principais áreas onde criminosos atuam.

Demonstra-se que a ineficiência do modelo atual de segurança é ineficiente, o que permitiria que a criação da guarda municipal fosse criada nos municípios, amparada pela CF, mas tal oportunidade não está sendo aproveitada pela maioria dos municípios que continuam sobrecarregando as polícias estaduais com os mais diversos casos, segundo o mapa dos estados que possuem guarda municipal, percebe-se que, a maioria do Estado brasileiro não conta com tal mecanismo de segurança.

Segundo a leitura do parágrafo 8º do art.144/CF, os municípios “poderão” constituir a guarda; hermeneuticamente, a palavra poderão, apresenta a não obrigatoriedade da criação da guarda municipal; o que justifica um dos motivos de as guardas existentes estejam em pouquíssimos municípios, mas apresenta resultados animadores nos municípios que optaram por instituir a guarda. Para Ferreira, Mattos e Terra<sup>18</sup>:

[...] os 188 municípios paulistas que possuíam guarda municipal no ano de 2009. Nota-se que, comparativamente à amostra completa dos municípios paulistas, a taxa média de homicídios desses municípios era cerca de 50% maior, em 2004 e 2006, e, por volta de 23% maior, em 2009. A taxa de roubos e furtos apresentou leve queda no período, nos municípios com guardas municipais, de 1809 para 1646 roubos e furtos por 100 mil habitantes (uma queda de 9%). [...]. Entre os municípios com guarda municipal, em 2009, a idade média da guarda era de 18,9 anos, com uma taxa de 116,7 policiais por 100 mil habitantes. Os gastos com segurança eram quase o

---

<sup>17</sup> Vânia Aparecida Rezende de Oliveira. Dany Flávio Tonelli. José Roberto Pereira. Disponível em: <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/Artigo46.pdf>>.

<sup>18</sup> Luís Ferreira. Enlison Mattos. Rafael Terra. Disponível em: 2016<[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7276/1/PPE\\_v46\\_n02.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7276/1/PPE_v46_n02.pdf)>

dobro [...], entre o conjunto total de municípios, e o PIB per capita era cerca de 25% maior.

Por óbvio, toda medida que busca garantir a segurança da população e diminuir o número de crimes, de forma eficiente e eficaz, são bem vistos pela sociedade. A criação de guardas municipais demonstra-se promissora no combate a violência, mas, por ser uma liberalidade do município a sua instituição ou não, a grande parte desses entes ainda não apresentam grande interesse na possível implantação de tal órgão; fato que contribui para que não se alcance a paz almejada. Mesmo que a segurança pública seja dever do Estado como um todo.

Outros fatores podem favorecer o desinteresse das autoridades municipais em implantar a guarda em seus respectivos entes, como, por exemplo, o financiamento de tal órgão e sua competência.

## **7. Financiamento da implantação da guarda municipal.**

A falta de recursos econômicos tornou-se a desculpa genérica para a não implementação de diversos recursos e nas mais diversas áreas; não leva-se em consideração a lógica de custo benefício que haveriam com a implementação da guarda municipal, certamente o investimento seria alto, porém o retorno em forma de segurança sobre o discutido tema seria o equilíbrio entre o investimento e o aumento da segurança, como argumento favorável podemos utilizar o fato de que alguns países apresentam alto custo de vida e impostos, mas são compensados pelos serviços públicos alta qualidade ofertados em retorno. Questão a ser discutida é a estruturação para a melhor distribuição de recursos entre as polícias, pois segundo Bueno<sup>19</sup>:

Considerando o último ano disponível, verifica-se que, do total de recursos implementados pelo Ministério, 50% foram destinados à Polícia Federal, 31% à Polícia Rodoviária Federal e 6% foram utilizados para gestão da máquina. As principais fontes de recursos relacionadas ao apoio a implementação de ações nos Estados e municípios – o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) – representam, respectivamente, 2% e 3% do volume de recursos gastos pelo órgão. (grifo nosso).

Mesmo sendo possuindo atuação nacional é desproporcional que polícias federal e rodoviária federal, juntas, recebam mais de 80% (oitenta por cento) dos recursos destinados a segurança pública. Sua atuação deve prever formas de atuação mais eficiente e com aproveitamento de dispêndio público, ou os demais órgãos acabarão sendo cobrados por

---

<sup>19</sup> Samira Bueno e outros. 2017, p. 83. BUENO, Samira. Atlas da Violência, Política Nacional de Segurança Pública Orientada para a Efetividade e o Papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública. 2017. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/images/20170712\\_atlas-violencia2.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/20170712_atlas-violencia2.pdf)>. Acesso em 12.10.2018 às 23h:37min

resolver os problemas locais, mesmo sem recursos para tal; o que se agravaria na questão da guarda municipal, que seria um órgão em início de estruturação e necessidades orçamentárias.

## **8. Da competência da guarda municipal**

As atribuições destinadas aos guardas de atuação municipal, em leitura do art. 144, § 8º, resumem-se à proteção de bens, serviços e instalações públicas.

Situações onde não haveria a utilização do potencial da guarda municipal de reprimir ou evitar delitos. Diante da redação genérica e superficial apresentada pela CF/88, a Lei nº 13.022 de 2014, que regulamenta a guarda municipal, traz um rol de funções que fazem com que a atuação do órgão ganhe um pouco mais de visualização:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais: III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais; IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social; VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal; IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades; X - estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas;<sup>20</sup>

Mas a questão é que ainda existe dúvida se tal atuação representa ou não uma interferência ao poder dos demais órgãos policiais:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO. RESISTÊNCIA. ART. 329, CP. Não se configura o crime de resistência se a ordem supostamente descumprida carece de legalidade ou é emanada de autoridade materialmente incompetente. A Guarda Municipal tem limite de atribuição restrita à proteção de bens, serviços e instalações municipais e de fiscalização de trânsito (art. 144, § 8º, CF), dentre os quais não se inclui a execução de ato de polícia ostensiva. RECURSO PROVIDO. Recurso Crime Nº 71005550587, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 09/11/2015).<sup>21</sup>

E:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - GUARDA MUNICIPAL - INCOMPETENTE PARA LAVRAR AUTO - AUSÊNCIA DE PROVA DE CONVÊNIO FIRMADO PELO ESTADO DANDO PODERES PARA FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO - ÔNUS

<sup>20</sup> BRASIL. Lei 13.022 de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm)>.

<sup>21</sup> JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255316055/recurso-crime-rc-71005550587-rs?ref=serp>>.

QUE INCUMBE AO MUNICÍPIO - RECURSO PROVIDO. (TJ-MS - AC: 15639 MS 2005.015639-5, Relator: Des. Rêmolio Letteriello, Data de Julgamento: 08/08/2006, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/09/2006)22

Tais decisões encontram divergências com outros posicionamentos, que decidem de forma a promover a justiça e o alcance ao objetivo de proteção do Estado, como:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas e desacato. Nulidade do flagrante pela ilegitimidade de seu executor. Inocorrência. Guarda municipal. Competência para atuar em situações emergenciais, desenvolver ações de prevenção primária à violência e atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens. Inteligência do Estatuto Geral das Guardas Municipais. Pedido de relaxamento da prisão ilegal e trancamento da ação penal não acolhido. Liberdade provisória. Cabimento. Réu primário, de bons antecedentes, preso em poder de 11,5 gramas de maconha. Prognóstico de pena, em caso de eventual condenação, favorável ao paciente. Desproporcionalidade da prisão cautelar. Ordem parcialmente concedida para deferir a liberdade provisória mediante a imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, I e IV do CPP, convalidando-se a liminar anteriormente deferida. (TJ-SP 21908378520178260000 SP 2190837-85.2017.8.26.0000, Relator: Otávio de Almeida Toledo, Data de Julgamento: 24/10/2017, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/10/2017).23

Notadamente, a tendência é a ampliação da atuação da guarda municipal, mesmo diante das limitações legalmente impostas, até mesmo no que se refere ao seu município, que é limitado pela Lei nº 10.826/2003<sup>24</sup>. Esse novo modo de aplicação da legislação, baseado na realidade fática da sociedade, pode incentivar gradativamente os municípios duvidosos quanto a instituição de suas guardas municipais, observando-se os benefícios em relação à segurança frente a dificuldades dispendiosa.

## 9. Guarda Municipal de Fato e de Direito

Apesar de a Constituição Federal colocar apenas o governo estadual como executor das estratégias de segurança pública, os municípios devem fazer uso do que disponha no artigo 144, §8ª da CF, e trazer para si a responsabilidade que lhes cabe quanto a segurança de seus munícipes, proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais entre outras que foram adicionadas com a lei 13.002 de 2014 que deu as atribuições da guarda municipal um aparo legal e assim corroborando para o sistema como um todo, de

<sup>22</sup> JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4024589/apelacao-civel-ac-15639?ref=juris-tabs>>.

<sup>23</sup> JURISPRUDÊNCIA. Disponível em:< <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517123016/21908378520178260000-sp-2190837-8520178260000?ref=serp>>.

<sup>24</sup> Q BRASIL. Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

forma a fazer com que o estado provedor da segurança de seus cidadãos esteja presente de forma capilarizada, o mais próximo possível.

Os municípios brasileiros, podem atuar na prevenção e repressão a criminalidade dentro de suas competências constitucionais atribuídas e que foram regulamentadas pela Lei nº 13.022 de 2014. Diante do exponencial crescimento das guardas municipais e a constatação de sua efetividade, mostra que esta instituição já vem exercendo o poder de polícia, e por isso foi proposta a PEC 416/2018 que acresce inciso ao artigo 144, da Constituição Federal e revoga o §8º do mesmo artigo e busca inserir as guardas municipais no Rol dos órgãos de segurança pública.

São muitos os projetos de lei que buscam amparar legalmente as atividades da guarda municipal, entre eles podemos citar o 5488/16 que altera o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei 13.002/14), se aprovado, a alteração permitirá que as guardas possa usar a nomenclatura de polícia municipal:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º- O Parágrafo único do art. 22 da Lei nº 13.022 de 08 de agosto de 2014 passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 22 Parágrafo único. É assegurada a utilização de outras denominações consagradas pelo uso, como guarda civil, guarda civil municipal, guarda metropolitana, guarda civil metropolitana e polícia municipal.

O argumento utilizado na defesa da aprovação do projeto é de que as competências, hoje exercidas pelas guardas municipais são típicas de polícia, e que em nada afetara o estatuto jurídico. O deputado Delegado Waldir do PR de Goiânia expõe entre seus argumentos que em outros países tais como Portugal, México, Argentina, Itália e Estados Unidos da América a denominação Policia Municipal e utilizada com sucesso. Com a aprovação da PEC 416/2018 e dos referidos projetos de lei se encerrariam as discursões sobre competência das ações da guarda municipal.

### **Considerações Finais**

O papel da guarda municipal disposto na Constituição em seu artigo 144, §8º sofreu uma ampliação do seu rol de funções e atuação com a Lei nº 13.022 de 2014 que regulamenta e específicas as suas competências. A exemplo do artigo 5º, IV, que diz que a guarda municipal deve contribuir para a paz social trabalhando em ações conjuntas com os demais órgãos de segurança pública.

Os desafios de implementação passam primeiramente pelo próprio texto constitucional em seu artigo 144, §8º, em que não torna obrigatória a constituição das guardas municipais

pelos municípios pois diz que “poderão instituir...”. Outra grande dificuldade são a falta de recursos econômicos dos municípios, pois como já exposto neste artigo, os recursos destinados a segurança pública em sua maior parte é destinada para as polícias federal, rodoviária federal. Diante desses argumentos torna-se mais forte a resistência dos municípios que podem até ter condições para implementação da guarda municipal, mas não o faz.

O amparo legal e viabilidade se dão pela própria constituição, se por um lado a leitura do texto constitucional que diz que os municípios “poderão” instituir a guarda municipal, e a sua não obrigatoriedade serve como desculpa política para não implantação, por outro lado os municípios através dos seus gestores preocupados com o bem estar de seus munícipes, tem amparo constitucional no artigo 144, §8º, e na lei 13.022 de 2014 para implantação de suas guardas. Além do próprio SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública) que é responsável pelas implementação de políticas nacional de segurança pública pelo país.

Não há presunção de se fazer entender que a implantação da guarda municipal conforme consta na Constituição resolverá os problemas existentes no âmbito municipal relacionado a segurança dos cidadãos, mas um apontamento, para o que inclusive já existe em diversos municípios pelo território brasileiro, de que, a sua implantação tem obtido resultados positivos na diminuição dos índices de criminalidade conforme expomos no item 3.3 - sobre os municípios paulistas, em que houve uma diminuição no crescimento dos índices de homicídio de 50% para 23%, e uma queda no número de roubo e furtos de 9%.

Podemos concluir a partir do que foi exposto neste trabalho, que há viabilidade, respeitando a realidade econômica de cada município, destes colaborarem para a segurança pública no âmbito municipal. Proporcionando através da implantação da guarda municipal, uma maior segurança aos seus munícipes, e a diminuição dos índices de criminalidade.

## **Referências**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva – 20. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Sistema Nacional de Armas. **Lei nº 10.826 de 2003**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2003/L10.826.htm)>. Acesso em 25.10.2018 às 21h: 34min.

BRASIL. Estatuto Geral das Guardas Municipais. 2014. **Lei nº 13.022**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L13022.htm)>. Acesso em 25.10.2018 às 21h: 08min.

BUENO, Samira. **Atlas da Violência, Política Nacional de Segurança Pública Orientada para a Efetividade e o Papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública**. 2017. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/images/20170712\\_atlas-violencia2.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/20170712_atlas-violencia2.pdf)>. Acesso em 12.10.2018 às 23h:37min.

BULOS, Uadi Lammêgo. págs. 1454 e 1456. **Curso de direito constitucional. 8ª ed.** rev. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014. Acesso em 18/06/2018.

COSTA, Arthur Trindade M. e outros. **Atlas da Violência, Política Nacional de Segurança Pública Orientada para a Efetividade e o Papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública.** 2017. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/images/20170712\\_atlas-violencia2.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/20170712_atlas-violencia2.pdf)>. Acesso em 12.10.2018 às 23h:37min.

FRANCELIN, Antônio Edison. **Transformações profundas com duzentos anos, Polícia Civil já foi judiciária.** 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-ago-09/duzentos-anos-historia-policia-civil-foi-policia-judiciaria>>. 22.10.2018 às 21h:27min.

GUIMARÃES, Rafaelle Jhonathas de Souza. **A criminologia e sua importância na atividade policial.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grante, XX, n.161, jun 2017. Disponível em: <[https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigo\\_leitura&artigo\\_id=1901&revista\\_cadern\\_o=3](https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=1901&revista_cadern_o=3)>. Acesso em 05/06/2018 às 5h: 44min.

IBGE. **Perfil dos estados e dos municípios brasileiros.** 2014, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro. Disponível em: < [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjiw5C09\\_fAhWTJrkGHRdYDxIQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fbiblioteca.ibge.gov.br%2Fvisualizacao%2Flivros%2Fliv95013.pdf&usg=AOvVaw2jZd\\_UOxMQa6rN72Bc6edf](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjiw5C09_fAhWTJrkGHRdYDxIQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fbiblioteca.ibge.gov.br%2Fvisualizacao%2Flivros%2Fliv95013.pdf&usg=AOvVaw2jZd_UOxMQa6rN72Bc6edf)>. Acesso em 20/01/2019, às 18h:00min.

JURISPRUDÊNCIA. 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255316055/recurso-crime-rc-71005550587-rs?ref=serp>>. Acesso em 25.10.2018 às 2h: 18min.

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4024589/apelacao-civel-ac-15639?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25.10.2018 às 21h: 47min.

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em:< <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517123016/21908378520178260000-sp-2190837-8520178260000?ref=serp>>. Acesso em 25.10.2018 às 21h: 33min.

MADEIRA, Lígia Mori. RODRIGUES, Alexandre Ben. **Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011.** Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 49(1):3-21, jan./fev. 2015. Disponível em :<<http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121702>>. Acesso em 13.10.2018 às 20h: 29min.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo / Fernanda Marinela.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Concursos – Brasil.

OLIVEIRA, Vânia Aparecida Rezende de. TONELLI, Dany Flávio Tonelli. PEREIRA, José Roberto. **O Problema da (In)Segurança Pública: Refletindo Acerca do Papel do Estado e de Possibilidades de Soluções Localizadas e Participativas.** Disponível em: <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/Artigo46.pdf>>. Acesso em 13/10/2018 às 05h:20min.

RIBEIRO, Lucas Cabral. **História das polícias militares no Brasil e da Brigada Militar no Rio Grande do Sul. nais do XXVI Simpósio Nacional de História** – ANPUH. São Paulo. 2011. Disponível em: <[http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1313022007\\_ARQUIVO\\_textoANPUH.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1313022007_ARQUIVO_textoANPUH.pdf)>. Acesso em 10/10/2018 às 02h: 54min.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Considerações acerca do conceito material de delito**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22002/consideracoes-a-cerca-do-conceito-material-de-delito>>. Acesso em 05/06/2018 às 5h: 07min.

SOUSA, Reginaldo Canuto de; MORAIS, Maria do Socorro Almeida de. **Polícia e Sociedade: uma análise da história da segurança pública brasileira. V Jornada Internacional de Políticas Públicas**: Maranhão, 2011.

# **CRIMINOSOS PSICOPATAS: A INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA IDENTIFICAÇÃO E TRATAMENTO DOS CRIMINOSOS PSICOPATAS NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Ana Paula da Silva<sup>1</sup>  
Stênio Castiel Gualberto<sup>2</sup>

## **Introdução**

Para a presente pesquisa estabeleceu-se como problema a ser estudado a ineficiência do Estado em diagnosticar os criminosos portadores da psicopatia, tendo em vista que, não há um instrumento obrigatório e específico que possa identificá-los, acarretando como consequência um tratamento ineficaz a esses infratores, elevando a taxa de reincidência do sistema prisional brasileiro.

Ante a ausência de tratamento legislativo específico aos criminosos psicopatas no ordenamento jurídico brasileiro, é inevitável o reconhecimento de uma lacuna existente. A partir do momento no qual, é atribuído a responsabilidade criminal para o infrator psicopata, nasce para o Estado à obrigação de tentar ressocializar esse indivíduo, com o objetivo de após o tratamento, inseri-lo novamente no convívio social.

A justiça brasileira, no presente momento, enfrenta grandes dificuldades em julgar criminalmente os criminosos psicopatas, principalmente, em relação a imputabilidade criminal, não havendo entendimento pacífico sobre o tema.

No que diz respeito ao diagnóstico da psicopatia, o Estado Brasileiro não possui um mecanismo próprio, e obrigatório. Apesar da Lei de Execução Penal apresentar dois instrumentos capazes de identificar a psicopatia - exame criminológico e exame de

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: ana.silva@sou.fcr.edu.br.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor de Direito Penal e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia Professor (FCR). Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: stenio.castiel@fcr.edu.br

personalidade-, eles não possuem o objetivo de somente identificar a psicopatia e podem, não raras vezes, serem ineficazes.

Vale mencionar que, esse trabalho foi desenvolvido com base em várias áreas de estudos, como por exemplo, a psicologia, a psiquiatria, e o direito, contudo, nenhuma discussão será completa nessas áreas. Assim como delimitado no tema, o artigo será específico para se discutir a falta de instrumentos apropriado do Estado Brasileiro para identificar o criminoso psicopata, e a ausência de um procedimento para o tratamento destes.

Pode-se antecipar que este artigo visa abordar o conceito da psicopatia, o atual tratamento jurídico que o ordenamento pátrio atribui aos psicopatas que praticam ilícitos penais, e as sanções que poderão ser cominadas a eles. Apresentando ainda a falta de legislação pertinente para a identificação do criminoso psicopata no sistema carcerário, assim como a ineficiência do tratamento que é oferecido pelo Estado.

Apesar de ser um tema controverso a sua discussão é essencial, tendo em vista que, o objetivo do presente artigo, é propor uma nova perspectiva sobre o tema, e principalmente, discutir sobre uma melhor qualidade de vida para esses indivíduos reeducandos, assim como, proporcionar um debate sobre a eficiência que um tratamento adequado poderá proporcionar ao sistema carcerário e a sociedade.

## **1. Conceito de psicopatia**

O conceito de psicopatia para a medicina, especificamente para o ramo da psiquiatria, ainda é muito debatido nos dias atuais, não tendo sido apontado nenhuma concepção definitiva do que seria a psicopatia. Basicamente, podemos mencionar três correntes que tratam sobre esse tema. A primeira corrente defende que a psicopatia e a sociopatia são termos sinônimos.

Portanto, alguns médicos e pesquisadores, como a maioria dos sociólogos e criminologistas que acreditam que a síndrome é forjada inteiramente por forças sociais e experiências do início da vida, preferem o termo sociopatia.<sup>3</sup>

A segunda corrente sustenta que fatores biológicos, genéticos e psicológicos estejam envolvidos no desenvolvimento da psicopatia. Já a terceira e última corrente, acreditam que a psicopatia é um Transtorno de Personalidade.<sup>4</sup>

Devido à falta de um consenso definitivo, a denominação dessa disfunção comportamental tem despertado acalorados debates entre muitos autores, clínicos e

---

<sup>3</sup> HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 39

<sup>4</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.p. 36.

pesquisadores ao longo do tempo. Alguns utilizam a palavra *sociopatia* por pensarem que fatores sociais desfavoráveis sejam capazes de causar o problema. Outras correntes que acreditam que os fatores genéticos, biológicos e psicológicos estejam envolvidos na origem do transtorno adotam o termo *psicopata*. Por outro lado, também não encontramos consenso entre instituições como a Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV-TR) e a Organização Mundial de Saúde (CID-10). A primeira utiliza o Transtorno de Personalidade Anti-social, já a segunda prefere Transtorno de Personalidade Dissocial.<sup>5</sup>

A grande confusão gerada pela terceira, e última corrente, é o fato de que os critérios de diagnósticos do transtorno da personalidade antissocial consistem principalmente em uma longa lista de comportamentos antissociais e criminosos<sup>6</sup>, o que faz com que grande parte dos criminosos se encaixe como psicopata.

Cabe ressaltar que o termo psicopatia é frequentemente utilizado em pareceres jurídicos e documentos legais, especialmente em perícias que interessam à área do direito penal, e em alguns casos, de matéria civil<sup>7</sup>.

Apesar de várias definições, todos esses conceitos e critérios diagnosticados levam a um indivíduo, que segundo Robert Hare possui uma racionalidade fria e calculista, combinada com uma deprimente incapacidade de tratar os outros como seres humanos, de considerá-los capazes de pensar e sentir<sup>8</sup>.

Vale mencionar ainda que, alguns indivíduos considerados psicopatas poderão apresentar características psicopatas desde a infância. Assim como expõe a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa:

Os psicopatas apresentam em sua história de vida alterações comportamentais sérias, desde a mais tenra infância até os últimos dias, revelando que antes de tudo a psicopatia se traduz numa maneira de ser, existir e perceber o mundo.<sup>9</sup>

Nota-se então, que há várias divergências no que tange ao conceito de psicopatia, dessa forma, como um meio de facilitar a compreensão do tema, e por não ser o tema central deste trabalho, apenas utilizaremos o termo *psicopata*.

## 2. A Psicopatia e o direito penal

---

<sup>5</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 36.

<sup>6</sup> HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 40.

<sup>7</sup> TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 16.

<sup>8</sup> HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 23.

<sup>9</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 89.

O indivíduo psicopata nem sempre será aquela pessoa que comete crimes bárbaros, com tamanha violência que deixa todos da sociedade chocados, e estampam a manchete do jornal local/nacional.

A psiquiatra Ana Beatriz, assim os define<sup>10</sup>:

Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. Eles são incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. [...]. Os psicopatas são indivíduos que podem ser encontrados em qualquer raça, cultura, sociedade, credo, sexualidade, ou nível financeiro. Estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem-sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, "pais e mães de família", políticos, etc.

Sendo assim, não é somente dentro do sistema prisional que os psicopatas poderão ser encontrados, o seu vizinho, seu amigo, seu pai e/ou sua mãe, namorado, irmã, parentes, pastores, padres, médiuns, todos esses podem ser considerados psicopatas, e os que o diferenciam daqueles que cometem crimes brutais é o nível da psicopatia.

É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e severo. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não "sujarão as mãos de sangue" ou matarão suas vítimas. Já os últimos, botam verdadeiramente a "mão na massa", com métodos sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais. Mas não se iluda! Qualquer que seja o grau de gravidade, todos, invariavelmente, deixam marcas de destruição por onde passam, sem piedade<sup>11</sup>.

Como podemos observar, os psicopatas nem sempre serão aqueles que se encontram ou que possuem passagem pelo sistema prisional. Entretanto, quando o nível de psicopatia do indivíduo o leva a cometer crimes meticulosamente pensados e bárbaros, nas quais eles verdadeiramente "sujam as mãos de sangue", quando detidos, é indiscutível sua passagem pelo sistema prisional. E é nesse ponto que o problema começa.

## **2.1. Imputabilidade do psicopata.**

O nosso atual Código Penal não traz em seu corpo de artigos um conceito definido de crime. Todos os conceitos conhecidos até então, foram definidos doutrinariamente.

Rogério Greco assim define crime<sup>12</sup>:

---

<sup>10</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 37.

<sup>11</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 17.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. Ed. 19ª. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 225/226.

Sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado. Considerando-se o seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes. Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude ou dirimente de culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes.

Além do conceito sobre o aspecto formal e material, temos também o conceito de crime sobre o aspecto analítico. Esse aspecto estuda o crime com base nas suas características.

A partir desse aspecto analítico é que surge então a chamada Teoria do Crime. O crime então será estudado, a partir de três elementos: a ilicitude, a culpabilidade e a fato típico.

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que se queira fragmentá-lo. O crime é certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí a sua importância.<sup>13</sup>

Dos três elementos que são analisados pela égide da Teoria do Crime, analisaremos a culpabilidade, nos firmando primordialmente no estudo do elemento integrante **imputabilidade**. Segundo Cezar Bitencourt<sup>14</sup> “a imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável”.

A inimputabilidade é reconhecida no artigo 26 do Código Penal. Contudo, não há uma definição de imputável. Sendo assim, seguindo a regra de exclusão, todo aquele que não for considerado inimputável, será reconhecido como imputável.<sup>15</sup>

Vale mencionar ainda que, o parágrafo único do dispositivo supramencionado ainda reconheceu a semi-imputabilidade, que é quando o agente possui sua capacidade diminuída, podendo assim, a pena aplicada ser reduzida de um a dois terços.

A inimputabilidade penal ou culpabilidade diminuída pode ser definida mediante três critérios: o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

---

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. Ed. 19ª. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 227.

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. Ed. 23ª. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 466.

<sup>15</sup> Inimputáveis: Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena: Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940. Disponível <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm)>. Acesso em: 17.02.2019, às 21h).

O Direito Penal Brasileiro adotou, como regra, o *critério biopsicológico* para se atribuir ao agente a inimputabilidade. Ou seja, não basta apenas que ele sofra de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é também necessário que se comprove que no tempo da ação ou omissão, o agente não tinha capacidade para entender o caráter ilícito do fato.

PENAL. HABEAS CORPUS. ART.26, CP. INIMPUTABILIDADE. CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO NORMATIVO. I – Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa. II – A constatação da inimputabilidade do ora paciente, no momento da prática do delito, escapa aos limites da estreita via do habeas corpus, visto que exige prova pericial específica. Writ denegado. (STJ – HC: 33401 RJ 2004/0011560-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/09/2004, T5- QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.11.2004 p. 2012 RSTJ vol. 191 p. 453). (Grifo meu)<sup>16</sup>

Assim como todas as pessoas que cometem um ilícito penal, o criminoso psicopata também passa pelo juízo de reprovação pessoal, no qual, se analisará se o indivíduo no tempo do ato ilícito era inimputável, semi-imputável ou imputável.

No Brasil, atualmente, não há um consenso estabelecendo a imputabilidade do criminoso psicopata. Sendo a imputabilidade reconhecida conforme verificado caso a caso.

A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, seguindo a mesma linha de raciocínio do renomado psicólogo Robert D. Hare, defendem que psicopatia não é, e não deve ser tratada como uma doença mental, devendo, nesse caso, o psicopata responder pelos seus atos, e ser julgado como imputável.

É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopatia literalmente significa doença da mente (do grego, *psyche* = mente; e *pathos* = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma

---

<sup>16</sup> STJ – HC: 33401 RJ 2004/0011560-7, Relator: Ministro Felix Fisher, Data de Julgamento: 28/09/2004, T5- Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 03.11.2004. p.2012 RSTJ, vol. 191, p. 453. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152898/habeas-corpus-hc-33401-rj-2004-0011560-7/inteiro-teor-100150108>> Acesso às 21h45min, de 14.10.2018.

total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos.<sup>17</sup>

Em contrapartida, o eminente jurista Zaffaroni<sup>18</sup> entende que por não existir uma conceituação do psicopata pela psiquiatria, e se consideramos que, os psicopatas possuem uma atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, ou seja, um indivíduo incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então será um inimputável.

Quem possui uma incapacidade total para entender valores, embora os conheça, não pode entender a ilicitude.<sup>19</sup>

Por não existir uma unanimidade sobre a imputabilidade do criminoso psicopata, esse poderá cumprir tanto a pena restritiva de liberdade, medida de segurança, ou caso seja considerado semi-imputável, uma ou outra. Cabendo a cada caso concreto a análise dos elementos do crime.

## 2.2. Das penas aplicadas aos psicopatas

A Escola Clássica baseia-se na ideia de que pessoas cometem certos atos ou crime utilizando-se de seu livre-arbítrio, ou seja, tomando uma decisão consciente com base de uma análise de custo-benefício.<sup>20</sup>

A Escola Positivista acredita que indivíduos não têm controle sobre suas ações; elas são determinadas por fatores além de seu controle, como fatores genéticos, classe social, meio ambiente e influência de semelhantes.<sup>21</sup>

Se julgado como consciente de seus atos, o psicopata será imputável ou semi-imputável e cumprirá pena privativa de liberdade.

As penas privativas de liberdade, conforme a própria nomenclatura já aduz, é quando a liberdade do agente infrator é cerceada, ou seja, sua liberdade de locomoção é limitada/privada.

As penas restritivas de liberdade poderão ser aplicadas mediante duas espécies: reclusão ou detenção.

---

<sup>17</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 37.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. JOSÉ, Henrique Pierangeli. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 565

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. JOSÉ, Henrique Pierangeli. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 565

<sup>20</sup> CASOY, Ilana. **Serial killer. Louco ou cruel?**. 2ª Ed. São Paulo: Madras. 2002. p. 15.

<sup>21</sup> CASOY, Ilana. **Serial killer. Louco ou cruel?**. 2ª Ed. São Paulo: Madras. 2002. p. 15.

E, caso julgado como uma pessoa que não tem controle de suas ações, ou seja, inimputável, o infrator será condenado ao cumprimento de medida de segurança. Excepcionalmente, também poderá ser aplicada medida de segurança aos semi-imputáveis. Vale lembrar que, em razão do sistema unitário, não poderá ocorrer a cumulatividade da medida de segurança com a pena privativa de liberdade, devendo ser aplicada a que desempenhar melhor função ao caso concreto.

Com relação à finalidade da pena, o artigo 59, caput, do Código Penal Brasileiro expressamente a determinou como retributiva e preventiva. Vejamos:

Art. 59 - O juiz atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. [...] (Grifo nosso).<sup>22</sup>

No que se refere ao limite máximo de aplicabilidade das penas e das medidas de segurança, cumpre ressaltar que, as penas privativas de liberdade possuam o termo inicial e o final, ou seja o *quantum*, em sentença transitada e julgado. E, as medidas de segurança, diferentemente das penas privativas de liberdade, somente possuem o termo inicial para o seu cumprimento, findando a sua aplicação, assim que a periculosidade do agente tiver sido cessada.

O artigo 75 do diploma jurídico penal brasileiro<sup>23</sup>, estabelece que as penas privativas de liberdade, não podem ultrapassar o limite máximo de 30 (trinta) anos.

Apesar da legislação penal brasileira ser omissa, no que tange ao limite máximo de cumprimento das medidas de segurança, o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de salvaguardar as garantias e os princípios constitucionais, em especial, a vedação às penas de caráter perpétuo, no julgamento do Habeas Corpus nº 84219, do Estado de São Paulo<sup>24</sup>, estabeleceu que a aplicação máxima da medida de segurança não poderia ultrapassar, também, os 30 (trinta) anos, que é o prazo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Em contrapartida, Rogério Greco afirma que<sup>25</sup>:

---

<sup>22</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940. Disponível <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm)>. Acesso em: 17.02.2019, às 21h.

<sup>23</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940. Disponível <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm)>. Acesso em: 17.02.2019, às 21h.

<sup>24</sup> STF - HC: 84219, SP, Relator: Marco Aurélio. Data do Julgamento: 16/08/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-09-2005 PP - 00016 EMENT VOL - 02206-02 PP - 00285. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/733647/habeas-corpus-hc-84219-sp>> Acesso às 17h45min, de 22.04.2018.

<sup>25</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. Ed. 19ª. Niterói/RJ: Impetus, 2017.p.842.

Apesar da deficiência do nosso sistema, devemos tratar a medida de segurança como remédio, e não como pena. Se a internação não está resolvendo o problema mental do paciente ali internado sobre o regime de medida de segurança, a solução será a desinternação, passando-se para o tratamento ambulatorial, como veremos a seguir. Mas não podemos liberar completamente o paciente se este ainda demonstra que, se não for corretamente submetido a um tratamento médico, voltará a trazer perigo para si próprio, bem como para aqueles que com ele convivem. (Grifo nosso).

Sendo assim, percebe-se que, se após 30 (trinta) anos de cumprimento da medida de segurança, o criminoso psicopata não for posto em liberdade, o tratamento compulsório será considerado de caráter perpétuo, confrontando diretamente uma vedação expressa contida na Lei Maior Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”.<sup>26</sup>

É importante evidenciar que, cada vez mais os psicopatas são julgados e considerados como imputáveis. O psicólogo canadense Robert Hare<sup>27</sup> argumenta que, os psicopatas compreendem as regras intelectuais do jogo, mas as regras emocionais não estão ao seu alcance.

O magistrado, portanto, ao verificar estar diante de um criminoso suspeito de ser portador de psicopatia, deve se valer de laudos psiquiátricos (não apenas os tradicionais), determinando a realização de um teste de verificação de psicopatia no referido réu, no intuito de se definir o diagnóstico do infrator, inclusive o grau da possível psicopatia, sendo que o exame mais completo nesse sentido é denominado PCL, psychopathy checklist, ainda muito pouco difundido no meio jurídico<sup>28</sup>.

Os psicopatas não apenas transgridem as normas sociais como também as ignoram e as consideram meros obstáculos, que devem ser superados na conquista de suas ambições e seus prazeres.<sup>29</sup>

### 3. Identificação e Tratamento do Criminoso Psicopata pelo Sistema Jurídico Brasileiro

Segundo a corrente majoritária, apesar das divergências existentes, a psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial. “Psicopatia” ou “Sociopatia” é *transtorno de personalidade antissocial*, descritos na terceira edição do *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, da American Psychiatric Association (DSM -III, 1980) e em sua revisão (DSM-III-R, 1987), amplamente usada como a “bíblia do diagnóstico” da doença mental.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17.02.2019, às 21h

<sup>27</sup> HARE, Robert D. Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 151.

<sup>28</sup> PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O psicopata e o direito penal brasileiro. Qual a sanção penal mais adequada?**. p. 10. Disponível em <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/view/255/214>> Acesso às 2h33min, de 22/12/2018.

<sup>29</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 90.

<sup>30</sup> HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 40. apud, American Psychiatric Association (1987). *Diagnostic and Statistical Manual:*

No Brasil, não há um mecanismo específico para identificar criminosos psicopatas, seja na fase processual ou na fase do cumprimento de pena.

Entretanto, apesar de não existir um procedimento próprio, durante a fase da execução da pena, o Estado pode, mediante 2 (dois) instrumentos previstos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984), quais sejam, o exame criminológico e o exame de personalidade, identificar o psicopata.

Entretanto, vale ressaltar que, por não serem instrumentos próprios para identificar a psicopatia, muitas vezes, o diagnóstico é ineficaz.

Tal como expresso no item 34 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: “A Lei distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. A primeira parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam as pioneiras da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológicos, funcional e psíquico.”<sup>31</sup>

Mas, é importante salientar que, dos instrumentos citados acima, somente o exame criminológico é obrigatório. Porém, a sua obrigatoriedade só se aplica aos reeducandos que começam o cumprimento da pena, no regime prisional fechado.

Revela-se obrigatório o exame criminológico de entrada apenas aos condenados ao cumprimento de pena no regime fechado.

Estando no regime semiaberto, não é obrigatório, mas facultativo o exame, cumprindo ao juiz da execução penal determiná-lo, se entender necessário. Embora não obrigatório, na prática a prudência recomenda que se avalie detidamente, caso a caso, a pertinência ou não da realização do exame, com vistas à imprescindível individualização executacional da pena, cuja imperiosidade - que tem matriz constitucional - independe do regime prisional a que se encontra submetido o executado.<sup>32</sup> (Grifo nosso)

O psiquiatra Robert Hare, conforme já mencionado, reunindo características comuns de pessoas com esse tipo de perfil, montou um sofisticado questionário chamado de *psychopathy checklist*, ou PLC. Esse é o método mais confiante na identificação do psicopata.<sup>33</sup>

---

*Mental Disorders*. (rev. 3d. ed.). Washington, D.C.: Author. A quarta edição (DSM -IV) foi publicada nos Estados Unidos em 1994.

<sup>31</sup> Marcão. Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 13.105/2015, 13.163/2015 e 13.190/2015 e Súmula Vinculante 56. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 49/50.

<sup>32</sup> Marcão. Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 13.105/2015, 13.163/2015 e 13.190/2015 e Súmula Vinculante 56. São Paulo: Saraiva. 2016. p.49.

<sup>33</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 129.

A *Psychopathy Checklist* (Avaliação de Psicopatia) permite a discussão das características dos psicopatas sem o menor risco de descrever simples desvios sociais ou criminalidade ou de rotular pessoas que não têm nada em comum, a não ser o fato de terem violado a lei.<sup>34</sup>

Antes, eram aplicados aos criminosos psicopatas testes psicológicos padronizados, contudo, a maioria desses testes depende de autorrelatos. (...) muitos criminosos são capazes de simular resultados em testes psicológicos sem grande dificuldade.<sup>35</sup>

Quanto à confiabilidade do teste do PLC para a identificação do psicopata, aduz Jorge Trindade:

“No momento, parece haver consenso de que o PLC-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de recidivismo, violência e intervenção terapêutica.”<sup>36</sup>(Grifo nosso).

Dessa forma, a utilização do *psychopathy checklist*, ou PLC, no sistema jurídico brasileiro, em especial, no sistema carcerário ajudaria na identificação do criminoso psicopata.

Nos países onde a escala Hare (PLC) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos.<sup>37</sup>

No Brasil, ainda não se adota o PLC, conforme já dito, contudo, já houve uma tentativa de implementação, entretanto, resultou infrutífera.

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para ele. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado.<sup>38</sup>

A distinção entre os criminosos psicopatas daqueles que não são, podem beneficiar a todos, tanto a sociedade como o sistema prisional.

---

<sup>34</sup> HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 48.

<sup>35</sup> HARE, Robert D. *Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 45/46.

<sup>36</sup> TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 174.

<sup>37</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 134.

<sup>38</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 134.

Estudos revelam que a taxa de reincidência criminal (capacidade de cometer novos crimes) dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais.<sup>39</sup>

As taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado. Os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno de 30%)<sup>40</sup>.

Além disso, a “boa conduta carcerária” significa apenas que o preso está obedecendo formalmente às regras da “casa”<sup>41</sup>. Não podemos avaliar somente sobre esse aspecto a ressocialização, o tratamento do infrator vai muito além disso. É necessário, conforme a Teoria da Pena adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, no artigo 59 do Código Penal, “entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.”<sup>42</sup>

Considerado a facilidade com a qual os criminosos psicopatas conseguem manipular, mentir e são desprovidos de culpa ou remorso, podem facilmente tentar conseguir benefícios, como redução da pena por “bom comportamento” e, conseqüentemente, a progressão da pena, para que consigam voltar ao convívio social, e cometer novamente ilícitos.

Os psicopatas presos com frequência aprendem a usar as instituições correcionais em proveito próprio e para forjar uma imagem positiva de si mesmos diante dos que irão decidir sobre a condicional. Eles assistem aulas, fazem cursos, participam de programas para abuso de álcool e drogas e aderem a todo tipo de moda útil a seus objetivos - não para de “reabilitar”, mas para parecer que estão dispostos a se reabilitar.<sup>43</sup>

Sabe-se que a prisão não é útil aos psicopatas, não os trata, muito menos os recupera, visto que sua cura, quase sempre, não existe. Há necessidade de dar-lhes um tratamento diferenciado em relação aos demais com acompanhamentos de médicos psiquiatras.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 133.

<sup>40</sup> Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório de Pesquisa. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25590](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590)> Acessado em: 04.01.2019, às 22h.

<sup>41</sup> PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O psicopata e o direito penal brasileiro. Qual a sanção penal mais adequada?**. p. 15. Disponível em <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/view/255/214>> Acesso às 20h50min, de 04/11/2019. apud. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>42</sup> GREGO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. Ed. 11<sup>a</sup>. Niterói/RJ: Impetrus, 2017. p. 197.

<sup>43</sup> HARE, Robert D. Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.p.65.

<sup>44</sup> STEFFENS, Alessandra Patrícia; WERLE, Ildo Miguel. **Ineficácia do tratamento dado ao psicopata no atual sistema brasileiro segundo a psicologia jurídica**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de

Os psicopatas não apenas transgridem as normas sociais como também as ignoram e as consideram meros obstáculos, que devem ser superados na conquista de suas ambições e seus afazeres. Essas leis e regras sociais não despertam nos psicopatas a mesma inibição que produzem na maioria das pessoas. Por isso, observamos que, na trajetória de vida desses indivíduos, o comportamento transgressor e anti-social é uma constante.<sup>45</sup>

É importante evidenciar, novamente, que a psicopatia, atualmente, não tem cura. Contudo, existem algumas exceções com relação ao tratamento com terapias e medicamentos.

Com raras exceções, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral se mostram, até o presente momento, ineficaz para a psicopatia. (...). É lamentável dizer que, por enquanto, tratar um deles costuma ser uma luta inglória. (...). Temos que ter em mente que as psicoterapias são direcionadas às pessoas que estejam em intenso desconforto emocional, o que as impede de manter uma boa qualidade de vida. Por mais bizarro que possa parecer, os psicopatas parecem estar inteiramente satisfeitos consigo mesmos e não apresentam constrangimentos morais ou sofrimentos emocionais como depressão, ansiedade, culpas, baixa auto-estima etc.<sup>46</sup> (Grifo nosso)

O psicólogo Robert Hare ainda faz um alerta sobre o perigo da utilização de terapias no tratamento do psicopata. “Infelizmente, programas desse tipo sugerem ao psicopata melhores forma para manipular, enganar e usar as pessoas.”<sup>47</sup>

Acompanhando a linha de raciocínio, a psiquiatra Ana Beatriz assim declara:

Estudos demonstram que, em alguns casos, a psicoterapias pode até agravar o problema. Para as pessoas “de bem”, as técnicas psicoterápicas sem dúvida alguma são fundamentais para a superação das suas angústias ou dos seus desconfortos. No entanto, para os psicopatas as sessões terapêuticas podem muni-los de recursos preciosos que os aperfeiçoam na arte de manipular e trapacear os outros. Embora eles continuem incapazes de sentir boas emoções, nas terapias os psicopatas aprendem “racionalmente” o que isso pode significar e não poupam esse conhecimento para usá-lo na primeira oportunidade.<sup>48</sup>

Importante destacar que, ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem e permanecem assim durante toda a existência.<sup>49</sup>

Além da aplicação do *psychopathy checklist*, ou PLC, que como já evidenciado, é a ferramenta mais confiável para identificar o psicopata, o sistema carcerário precisa também

---

Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 36-49, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso às 21h31min, do dia 12/01/2018.

<sup>45</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 90.

<sup>46</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 169.

<sup>47</sup> HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013. p.204.

<sup>48</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p.170.

<sup>49</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 89.

dispor de uma equipe especializada, voltada para o criminoso portador da psicopatia e as suas peculiaridades, evitando assim, que o psicopata manipule o resultado do seu tratamento, evidenciado assim, o princípio da individualização da pena.

É no mínimo curioso, embora dramático, pensar que os psicopatas são portadores de um grave problema, mas quem de fato sofre é a sociedade como um todo.<sup>50</sup>

### **Considerações finais**

Dada à importância do tema, principalmente do desafio que é para a justiça criminal brasileira de identificar o criminoso psicopata, e aplica-lhe a sanção penal adequada, a objeção desse artigo foi o de demonstrar a falta de uma legislação específica para esses infratores, que contemple desde um instrumento adequado para o diagnóstico até o cumprimento da sanção, e consequentemente a sua reinserção na sociedade.

Esse tema causa uma grande inquietude mental, tendo em vista que, os psicopatas não externam as características da psicopatia, e podem conviver diariamente ao nosso redor, sem que possamos reconhecê-los. A única arma de defesa que a sociedade possui, é a de observar a intensidade com a qual as características da psicopatia se manifestam naqueles que estão ao nosso redor.

De acordo com as apreciações das obras utilizadas no desenvolvimento do presente artigo, os psicopatas vivem entre nós há muitos anos, podendo muitas vezes, somente o grau de psicopatia variar de um indivíduo para outro. E, no momento em que o psicopata comete um crime, brutal ou não, infringindo a lei, é criado para o Estado a obrigação de lhes atribuir a responsabilização criminal pelos atos cometidos.

Contudo, em contrapartida, depreende-se também desse trabalho, que o Estado Brasileiro não possui mecanismos eficientes e obrigatórios que sejam capazes de identificar a psicopatia naqueles que adentram o sistema prisional brasileiro ou aqueles que estão cumprindo a sanção penal.

Como resultado, esses infratores não recebem um tratamento adequado, violando, claramente, a individualização da pena, e contribuindo drasticamente para a elevação da taxa de reincidência brasileira.

Portanto, em razão da individualização da pena, o mais correto seria que o Estado Brasileiro se adota um mecanismo específico e eficiente na identificação da psicopatia, que

---

<sup>50</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 169.

conforme demonstrado, na atualidade, seria o *PLC- psychopathy checklist*, que, inclusive, é o mais adotado pelos países desenvolvidos. Contudo, vale ressaltar que, não se pode ignorar o fato de que, antes de qualquer implementação do teste, estudos devem ser realizados, assim como a edição de lei exclusiva.

A criação de medidas específicas para o tratamento desses criminosos, como por exemplo, a adoção de acompanhamento psicológico e psiquiátrico, com avaliação técnica interdisciplinar antes do deferimento de qualquer benefício, ou inserção desse indivíduo no meio social novamente, faria com que a sanção realmente cumprisse o seu objetivo de reprovar a conduta do agente, assim como prevenir infrações penais futuras.

Por isso, se faz essencial evitar que criminosos psicopatas sejam diagnosticados tardiamente ou de maneira ineficaz, evitando pânico na população em virtude dos crimes bárbaros cometidos por eles, resguardando a população de futuros ataques, e, claro, tentando oferecer, nem que seja um pouco, de dignidade a mais para esses infratores, antes de voltarem ao convívio social, que conforme demonstrado, por não existir um tratamento específico de cura, pode demorar anos para acontecer.

### **Referências das fontes citadas**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. Ed. 23<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17.02.2019, às 21h.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940**. Disponível <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 17.02.2019, às 21h.

CASOY, Ilana. **Serial killer. Louco ou cruel?**. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Madras. 2002.

GREGO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. Ed. 11<sup>a</sup>. Niterói/RJ: Impetrus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. Ed. 19<sup>a</sup>. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 40. apud, American Psychiatric Association (1987). *Dianostic and Statistical Manual: Mental Disorders*. (rev. 3d. ed.). Washington, D.C.: Author. A quarta edição (DSM -IV) foi publicada nos Estados Unidos em 1994.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório de Pesquisa. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25590](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590)> Acessado em: 04.01.2019, às 22h.

Marcão, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 13.105/2015, 13.163/2015 e 13.190/2015 e Súmula Vinculante 56. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 49/50.

PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O psicopata e o direito penal brasileiro. Qual a sanção penal mais adequada?**. p. 10. Disponível em <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/view/255/214>> Acesso às 2h33min, de 22/12/2018.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

STF - HC: 84219, SP, Relator: Marco Aurélio. Data do Julgamento: 16/08/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-09-2005 PP - 00016 EMENT VOL - 02206-02 PP - 00285. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/733647/habeas-corpus-hc-84219-sp>> Acesso às 17h45min, de 22.04.2018.

STJ – HC: 33401 RJ 2004/0011560-7, Relator: Ministro Felix Fisher, Data de Julgamento: 28/09/2004, T5- Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 03.11.2004. p.2012 RSTJ, vol. 191, p. 453. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152898/habeas-corpus-hc-33401-rj-2004-0011560-7/inteiro-teor-100150108>> Acesso às 21h45min, de 14.10.2018.

STEFFENS, Alessandra Patrícia; WERLE, Ildo Miguel. **Ineficácia do tratamento dado ao psicopata no atual sistema brasileiro segundo a psicologia jurídica**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 36-49, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso às 21h31min, do dia 12/01/2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. JOSÉ, Henrique Pierangeli. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

# **AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE NA CONCESSÃO DA LICENÇA AMBIENTAL DA USINA HIDRELÉTRICA DE SANTO ANTÔNIO NO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO/RO**

Anderson Charles França Scorgie<sup>1</sup>

## **Introdução**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) garante a todos, no seu art. 225, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, a preocupação com a degradação ao meio ambiente transcende à vista do Estado, passando a ser uma preocupação mundial. As crescentes explorações econômicas dos recursos naturais sejam minerais ou vegetais têm se tornado um dos maiores problemas a ser enfrentado pela Comunidade Internacional, seja na criação de normas, seja nas políticas de educação da população, tudo em benefício dos cidadãos e por ser um meio ambiente comum de todos.

A Licença Ambiental tem como finalidade precípua prevenir danos e regulares determinadas atividades e empreendimentos potencialmente poluidores e degradadores do meio ambiente e, ao mesmo tempo, conciliar os interesses de vários grupos interessados, seja na área econômica ou social, além do impacto ambiental gerado, causando efeitos positivos ou negativos à população local, regional ou nacional. Neste sentido, este ato administrativo visa garantir o desenvolvimento econômico e a proteção e preservação do meio ambiente, bem como o direito social de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, além da distribuição, de forma igual, dos riscos e benefícios causados às várias populações.

No processo de licenciamento ambiental, existe a necessidade de participação de todos os interessados na formação da decisão deliberativa para que possam influenciar na tomada de decisão que afetará toda uma sociedade, direta ou indiretamente. Dessa forma, justifica-se a

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho (RO), Brasil. E-mail: anderson.scorgie@sou.fcr.edu.br.

análise e compreensão dos instrumentos participativos assegurando, de forma democrática, aos participantes interessados na formação da legitimidade da decisão, a audiência pública.

A aprovação pelo órgão competente na estrutura do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, competente para emissão da licença ambiental, está prevista na Lei nº. 6.938/81, regulamentado pelo Decreto nº 99.274/90, estabelecendo a necessidade de estudos prévios dos impactos ambientais. No mesmo sentido, a Resolução nº. 237/97, que tem por fim de revisar os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, que impõe ao interessado o requerimento acompanhado dos estudos de impactos ambientais necessários a atividade e empreendimento efetivo e potencialmente poluidores e causadores de degradação ambiental: o EIA/RIMA – Estudo de Impactos Ambientais/Relatório de Impactos Ambientais.

Diante disso, fica clara a importância da audiência pública como instrumento democrático, assegurando a participação de todos (tanto maioria como a minoria) na formação de tal decisão administrativa que, por meio da licença ambiental, autorizará ou não a construção do empreendimento de grande potencial de degradação e risco ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em decorrência disso, a CRFB, no seu Art. 225, § 1, inciso IV, prevê, além da necessidade de prévios estudos ambientais sobre o impacto da atividade potencialmente causadora da degradação ambiental, estabelece a necessidade da participação, de forma ativa, da população interessada, nas discussões a respeito da viabilidade ambiental do empreendimento a ser licenciado. A Carta Magna estipula que deve ser garantida ampla publicidade e divulgação por meio de instrumento de comunicação para que todos os interessados participem das reuniões marcadas especificamente, com hora e data previamente fixada, a debater sobre o processo de licenciamento em questão.

Desse modo, como forma de dar efetividade ao preceito estabelecido na CRFB, o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), por meio de ato administrativo, expediu a Resolução nº 09/97, deixando claro nos seus artigos seguintes a importância da audiência pública como instrumento necessário a legitimar a decisão administrativa tomada por um corpo técnico, podendo, caso não ocorra tal audiência, de ser tornar inválida tal decisão, gerando efeito *ex tunc*, anulando todos os atos praticados anteriormente.

Assim, para entender de que maneira o Poder Público tem dado cumprimento às exigências legais de garantia da participação da sociedade nos processos de licenciamentos ambientais por meio das audiências públicas, esse trabalho se propõe a verificar se esta exigência foi cumprida e respeitada pelo Poder Público no processo de licenciamento da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio, que foi instalada no Município de Porto Velho, no Estado de

Rondônia, empreendimento de grande potencial e degradação ao meio ambiente, de relevância social, pois seus impactos gerados pela alagação de várias áreas povoadas, desapropriando propriedades, terras habitadas por populações tradicionais, além de perder parte da história, cultura de populações antigas. Envolvendo interesse, não só das pessoas afetadas pela atividade, mas também de toda a população do Estado.

## 1. Da licença ambiental e sua essencialidade

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 dedica um capítulo específico ao meio ambiente, demonstrando a sua importância como meio de continuar a sociedade e conseqüentemente a vida humana. Essa garantia desdobra da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecida no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88. Nessa toada, o artigo 225 e os incisos seguintes da mesma Carta Magna garantem o meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Estado e à sociedade o dever de mantê-lo, preservando-se, como bem comum de todos, um meio ambiente ecologicamente equilibrado necessário às presente e futuras gerações. Dessa forma, § 1º, inciso IV, do citado dispositivo da CRFB/88, determina a realização de estudos prévios de impacto ambiental decorrente de empreendimento causador de significativa degradação do meio ambiente.

Desse modo, o meio ambiente é um bem necessário a qualidade de vida, individual e coletivamente. Sendo de importância global o seu equilíbrio, no mesmo pensamento de Édis Milaré<sup>2</sup>:

Segundo a lei brasileira, o meio ambiente é qualificado como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido para o uso da coletividade ou, na linguagem do constituinte, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Por ser de todos em geral e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização, que, à evidência, só pode legitimar-se mediante ato próprio de seu direito guardião – o Poder Público.

Nesse diapasão, a constituição estabelece como competência do Estado para a expedição da licença ambiental, determinando o seu dever-poder de, além da exigência da realização dos estudos prévios sobre o impacto ambiental causado pelo empreendimento, a necessária e importante realização da(s) audiência(s) pública(s), como forma de garantir a participação de todos na tomada da decisão que concederá ou não a licença ambiental. Sendo observado o princípio democrático que rege o nosso ordenamento jurídico, previsto na CRFB/88.

---

2 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário, 6ª.ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 418.

Essa preocupação com o meio ambiente não parte somente da constituição, transpassando do dever do Estado, ganha importância no cenário internacional. Isso é visto, na realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente Humano, em 1972, na cidade de Estocolmo, Suécia, onde vários representantes dos seus países viram a necessidade de se estabelecer um interesse global quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pois, o meio ambiente harmônico garante a sobrevivência do homem no planeta chamado Terra.

Assim, no Brasil, a obrigação da realização do Estudo Prévio de Impacto ambiental para a instalação de obra ou atividades potencialmente causadoras de significativas degradações ao meio ambiente. Mas, ao realizar tal estudo, com intuito de obter a licença ambiental a determinado empreendimento, deverá ser integral, não em forma parcelada, ou seja, o licenciamento de uma obra deve abrangê-la como um todo, no mesmo pensamento do Paulo Affonso Leme Machado<sup>3</sup>:

A interpretação de que o licenciamento ambiental deve abranger a obra como um todo, não devendo ser fragmentado, decorre da lógica do próprio licenciamento. O licenciamento só existe por que a atividade ou a obra podem oferecer potencial ou efetiva degradação ao meio ambiente.

Nesse processo de dividir a obra, licenciando-a por partes, pode acarretar, na análise do projeto separadamente, prejuízo à população afetada pelo empreendimento, pois dificulta, em termos do alcance do impacto ambiental causado pela obra, a dimensão efetiva das áreas afetadas, no mesmo pensamento Paulo Affonso Leme Machado<sup>4</sup>:

Licenciar por partes pode representar uma metodologia ineficiente, imprecisa, desfiguradora da realidade, e até imoral: analisando-se o projeto em fatias isoladas, e não sua totalidade ambiental, social e econômica, podendo ficar ocultas as falhas e danos potenciais, não se podendo saber se as soluções parciais propostas serão realmente aceitáveis.

Dessa maneira, qualquer alteração do projeto inicialmente concedido para aquela licença ambiental, caso venha a sofrer modificação, alterando o empreendimento naquilo que está autorizado, embora diga respeito a mesma licença ambiental e dentro do seu prazo de validade, pelo princípio da unicidade, necessitará de um novo estudo para aquela alteração, bem como uma nova licença ambiental.

## **1.1 Da necessidade do Estudo Prévio de Impacto ambiental**

---

3 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 17<sup>a</sup>. ed.Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2009. p. 288.

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 17<sup>a</sup>. ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2009. p. 288.

A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências –, estabelece uma Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 2º estabelece que é imperioso a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente necessário à vida, visando uma exploração sustentável do meio ambiente, garantindo a Dignidade da Pessoa Humana. Impondo a utilização do solo de forma racional com planejamento do uso dos recursos, observando as áreas de preservação ambiental, controlando e fiscalizando as atividades potenciais ou efetivamente poluidoras; fomentando a área de pesquisa ambiental como forma de explorar racionalmente o meio ambiente, garantindo sua proteção, bem como a recuperação de áreas degradadas pela exploração dos recursos naturais<sup>5</sup>.

Além disso, a citada lei prevê no texto normativo os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, os quais, no seu artigo 9º, especificamente nos incisos III e IV, a realização da avaliação dos impactos ambientais e o respectivo licenciamento ambiental, com a consequente revisão das atividades efetivas e potencialmente poluidoras.

Diante disso, como forma de dar cumprimento a Lei 6.938/81, o Executivo Federal edita o Decreto 99.274/90 especificando a forma de executar o citado diploma, mantendo a fiscalização constante das áreas de preservação ambiental, incentivar os estudos e pesquisa como forma de encontrar meio que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Bem como, organiza a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente, definindo as competências que cabem aos Órgãos que a compõem. Fixando a forma de constituição e Funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, sua composição e competência<sup>6</sup>.

Desse modo, como forma de dar cumprimento à citada lei e seu decreto, o CONAMA com a competência que lhe confere os mencionados diplomas, edita a Resolução 237/97 dispondo no seu artigo 1º a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental, assim conforme o diploma<sup>7</sup>:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:  
(...) III – Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco. IV – Impacto Ambiental

---

5 Brasil. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>.

6 BRASIL. **Decreto nº. 99.274 de 06 de Junho de 1990.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D99274.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm)>.

7 CONAMA. **Resolução nº. 237/97.** Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>

Regional: é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.

Diante do exposto, observa-se a necessidade do estudo prévio do impacto ambiental como forma de prevenir, fiscalizar e ter a dimensão do risco ambiental que o megaempreendimento causará a determinada área, dando informações aos interessados, diretamente e indiretamente, do impacto causado pela atividade. Neste sentido, o pensamento de Édis Milaré<sup>8</sup>:

Instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos, capaz de assegurar, desde o início do processo, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados de forma adequada ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados. Além disso, os procedimentos devem garantir a adoção das medidas de proteção do meio ambiente determinadas, no caso de decisão sobre a implantação do projeto.

Assim, o CONAMA, diante da necessidade de se estabelecer as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 1º, estabelece um conceito legal quanto a impacto ambiental, definindo como impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam às áreas da saúde, segurança e o bem-estar da população, atividades sociais e econômicas, biota, condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e da qualidade dos recursos ambientais.

Com a finalidade de cumprir o que estabelece o Artigo 225 da CRFB, bem como a Lei 6938/81, o CONAMA expede a Resolução 001/86 descrevendo a exigência do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o Relatório do Impacto Ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação dos órgãos estaduais competentes e do IBAMA, aquele trará todos os requisitos exigidos na resolução, causado pela atividade poluidora, e este transformará de forma detalhada e com linguagem objetiva e clara os estudos feitos pelo EIA, de maneira que qualquer cidadão possa compreender e obter as informações sobre o impacto ambiental que trará ao meio ambiente, de risco local, regional ou nacional.

## **1.2 - Das fases do Licenciamento Ambiental**

A licença ambiental é dividida em três fases: Licença Prévia, a Licença de Instalação e

---

<sup>8</sup> MILARÉ, Édis, **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 6ª.ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 429.

a Licença de Operação, cada uma com finalidades específicas, regulamentado pelo Decreto 99.274, no seu artigo 19, que regulamenta a Lei 6.938/81.

A Licença Prévia, na fase preliminar do Planejamento do empreendimento, tem a finalidade básica de definir a localização, instalação e operação da atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, observando as leis municipais, estaduais e federais. Logo após a expedição da Licença Prévia, o órgão competente da tal licença expedirá a Licença de Instalação, autorizando a execução do empreendimento, de que seja executado conforme o planejamento executivo aprovado pelo Poder Público e sua execução não pode ser diferente do planejamento aprovado. Caso venha a executar a obra de forma irregular, a licença será cassada, consequentemente gerando efeito de responsabilidade aos responsáveis.

Ao final, é expedida a Licença de Operação, autorizando o funcionamento da atividade, logo após a verificação, pelo órgão competente da expedição da Licença, da regularidade do empreendimento conforme fixado no início da atividade licenciada, bem com o funcionamento do seu equipamento de controle de poluição, observado os critérios previstos na Licença Prévia e na Licença de Instalação.

A competência para expedição da licença ambiental está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, no seu Art. 23, incisos VI e VII, sendo uma competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios na preservação do Meio Ambiente, proteção e o combate à poluição em qualquer de suas formas, no âmbito da floresta, fauna e flora, o que abrange a competência formal e material.

Dessa forma, para harmonizar as atuações dos poderes, a Carta Magna atribuiu à União o dever de editar norma de caráter complementar e geral, de observância obrigatória por todos os entes. Assim na mesma linha, Antônio F. G. Beltrão<sup>9</sup> afirma que “Para disciplinar a cooperação entre os três níveis da federação quanto ao licenciamento ambiental, no intuito de propiciar uma atuação harmônica, deverão ser editadas leis complementares, conforme o parágrafo único do art. 23”.

Diante disso, é criada e publicada a Lei complementar nº 140 de 11 de dezembro de 2011<sup>10</sup>, fixando normas de competência administrativa ambiental a cada ente federativo. Entretanto, antes da citada lei, gerava-se conflito na área de competência ambiental quanto ao Licenciamento Ambiental entres os entes federativos, pois todos os entes poderiam, a rigor,

---

9 BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de direito ambiental**, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 155.

10 BRASIL. **Lei Complementar nº. 140 de 8 de Dezembro de 2011**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm)>.

licenciar todos os empreendimentos, de forma cumulativa. Suscitando insegurança jurídica em relação aos empreendimentos na medida em que a União e o Estado exigiam o licenciamento ambiental para o mesmo empreendimento, conforme pensamento do Antônio F. G. Beltrão<sup>11</sup>:

Tal entendimento, contudo, não pode mais subsistir após a vigência da Lei Complementar 140/2011, uma vez que esta estabelece expressamente em seu art. 13 que o licenciamento ou a autorização ambiental ocorre apenas em um único grau de competência.<sup>61</sup> Por conseguinte, a discussão acerca da possibilidade de dúplice ou tríplice licenciamento ambiental encontra-se superada. O empreendimento será licenciado ou pela União ou pelo Estado ou pelo Município, conforme os critérios fixados pelos arts. 7.º, XIV, 8.º, XIV e XV, e 9.º, XIV, respectivamente, todos da Lei Complementar 140/2011.

Entretanto, não quer dizer que o outro ente federativo fica impedido de atuar na área não pertencente a sua competência. A Citada lei prevê, de forma supletiva e subsidiária, quanto à matéria ambiental, a substituição do ente originariamente competente. Conforme Antônio F. G. Beltrão<sup>12</sup>:

A Lei Complementar 140/2011 estabelece a atuação supletiva e a atuação subsidiária dos entes federativos quanto à matéria ambiental. A atuação supletiva consiste na “ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições” (art. 2.º, II). A atuação subsidiária, por sua vez, corresponde à “ação do ente da Federação que visa auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições” (art. 2.º, III). A atuação supletiva, portanto, designa substituição do ente federativo originariamente competente por um outro, enquanto a atuação subsidiária consiste em mero auxílio, não implicando na perda pelo ente competente de sua atribuição legal. Os critérios para a definição do ente federativo competente para a realização do licenciamento ambiental encontram-se nos arts. 7.º, XIV, 8.º, XIV e XV, e 9.º, XIV, correspondendo, respectivamente, à União, aos Estados e aos Municípios.

Ademais, a Lei Complementar 140/11, no seu artigo 7º<sup>13</sup>, esclarece o rol de competência que caberá à União exercer, impondo, entre elas, a sua atribuição de expedir licença ambiental que envolva atividade ou empreendimento que se localiza em mais de um Estado, gerando uma repercussão de interesse socioeconômico de âmbito nacional, pois o interesse de um Estado ultrapassará o seu limite territorial:

Art. 7º. São ações administrativas da União: XIV – promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

---

11 BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de direito ambiental**, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 155.

12 BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de direito ambiental**, 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 155.

13 BRASIL. **Lei Complementar nº. 140 de 8 de Dezembro de 2011**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm)>.

Esse diploma tem como finalidade estabelecer as atuações entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios de forma cooperativa, embora ele estabelece um rol de atribuições, em termos de expedição de licença ambiental, à União. Mas não quer dizer que Estados afetados pelo empreendimento, bem com os Municípios não possam expedir tal licença, de forma supletiva ou subsidiária, pois esta lei visa a criar uma participação cooperativa, criando um princípio cooperativo entre os entes, de observação obrigatória entre eles. Demonstrando a importância de manter, controlar e fiscalizar o meio ambiente.

### **Das audiências públicas**

A importância das audiências públicas se mostra por ser um meio de assegurar a participação de todos os cidadãos e entidades nos processos de licenciamento ambiental, abrindo espaço para o acesso à informação à sociedade sobre empreendimentos potencialmente poluidores. A realização da audiência pública, aliada ao processo de licenciamento ambiental e as sustentações orais a serem realizadas, abre oportunidade para que pessoas interessadas possam participar e, conseqüentemente, exporem demandas antes não documentadas pelos estudos de impactos ambientais.

É um instrumento louvável a dar participação à sociedade em assuntos que afetam seus interesses, garantindo legitimidade democrática a certas decisões, por ter sido levada ao debate em audiência pública. A resolução nº 009/87 do CONAMA, prevê a sua realização, como forma de dar amplitude no acesso às informações e aos interessados em participar de tal audiência. O prazo para abertura da audiência pública previsto na Resolução 009/87 é de 45 dias, com a publicação em imprensa local, após a aprovação pelo Órgão ambiental competente do EIA/RIMA. Entretanto, deve ter tempo suficiente para que os interessados possam organizar-se, tomarem conhecimento e, conseqüentemente, comparecerem em audiência pública<sup>14</sup>.

A legitimação se funda como a forma de informação entre o governo e a sociedade, pois como o direito não é baseado em convicções religiosas e puramente moral, e não é mantido por meio da força, portanto a única opção final é o consenso dos cidadãos, em uma sociedade democrática de massa, demonstrando importância com a observância de procedimentos<sup>15</sup>.

Mas, para se chegar a um consenso, há a necessidade de todos os indivíduos terem tratamentos iguais, como titulares de direitos irrenunciáveis, não existindo possibilidade de

---

14 CONAMA. **Resolução nº 009/87.** Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>

15 JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo/Marçal Justen Filho**. – 9. Ed.rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

tratamento desigual entre os cidadãos. Superando isso, torna-se eminente a igualdade de todos os cidadãos ao direito de participação nas decisões administrativas. Garantindo-se essa participação por meio de comunicação, ou seja, da ampla divulgação das informações aos interessados<sup>16</sup>.

A audiência pública legitima o processo decisório quando a decisão puder ser tomada de um resultado de discussão racional, em que as questões debatidas sejam potencialmente suficientes para convencer os interessados. Devem conter, para isso, um instrumento que assegure a participação de todos os interessados na formação das decisões estatais. Dando legitimidade aos atos estatais, fundado em razões e motivos realmente existentes, fruindo de um consenso satisfatório numa discussão entre cidadãos livres<sup>17</sup>.

## **2.1. Acesso à informação**

O acesso à informação é instrumento importante para assegurar o conhecimento e a deliberação de atos públicos que interessam a sociedade em geral, demonstrando ser uma relevante ferramenta para se analisar o déficit ou potencial democrático de um processo de deliberação.

O órgão incumbido da deliberação da licença ambiental é responsável por divulgar e disponibilizar as informações necessárias, especialmente em se tratando do processo de licenciamento ambiental. Dando amplitude nas divulgações das informações, principalmente no que diz respeito aos documentos, relatórios, estudos, às plantas e às peças gráficas, às transcrições de audiências, às atas, aos pareceres, com a finalidade de disponibilizar ao interessado todos os conteúdos necessários para seu conhecimento e participação, não se restringindo ao Estudo de Impacto Ambiental ou seu Relatório.

Nessa direção a Lei 10.650, de 16 de abril de 2003, impõe que todos os órgãos e as entidades da administração pública direta, indireta e fundacional integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA estão obrigados a disponibilizar o acesso ao público de documentos, processos administrativos e expedientes, aberto a qualquer cidadão que queira informação, independentemente de comprovação de interesse específico, não podendo os órgãos estatais deles se eximir da obrigação de prestarem tais informações aos interessados. Além disso, não poderão criar embaraços com exigência de preenchimento de documentos

---

16 JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo/Marçal Justen Filho**. – 9. Ed.rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

17 Justen Filho, Marçal, **Curso de Direito Administrativo/Marçal Justen Filho**. – 9. Ed.rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 100

impostos por meio de atos normativos desses órgãos com finalidades incompatíveis com que rege essa lei, sob pena de responder de forma criminal, civil e administrativamente.<sup>18</sup>

### **3. Audiência pública realizada no município de porto velho para liberação do funcionamento da usina hidrelétrica de santo antônio: entre o déficit e o potencial democrático**

A pesquisa foi realizada por meio de dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal – MPF, principal defensor da legalidade e legitimidade da realização da audiência pública como forma de participação de todos os interessados na formação da decisão que conceder –, ou não a licença ambiental à Usina Hidrelétrica de Santo Antônio em Porto Velho/RO, empreendimento de grande potencial de degradação ao meio ambiente.

Os dados foram obtidos na análise da Ação Civil Pública nº 1339-57.2014.4.01.4100 movida contra o IBAMA com sede em Porto Velho, por não respeitar preceitos legais ao realizar a audiência pública como uma das fases importantes para legitimar a decisão que concedeu a licença ambiental à Usina. Importante esclarecer que a pesquisa foi realizada tão somente na Licença de Operação, não abrangendo todo o início do requerimento para a instalação da tal usina até chegar à fase da Licença de Operação, no que diz respeito a elevação da cota do reservatório da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio de 70.5 metros para 71.3 metros. Vale ressaltar que, embora a pesquisa realizou-se em um campo específico, não deixa de ser base de informação quanto à importância da audiência pública no Estado Democrático de Direito, pois é necessária a inclusão de todos nas tomadas das decisões estatais, já que o titular do Poder Soberano é o povo, como previsto no art. 1º da CRFB/88.

A Licença de Operação nº 1044/2011 foi concedida pelo IBAMA de Porto Velho a Santo Antônio Energia - SAE em 14 de setembro de 2011, com validade de 4 anos, autorizada com o nível inicial da cota do reservatório de água, em 70,5 metros. Após seu funcionamento, a SAE requereu ao IBAMA por meio de requerimento a autorização para a elevação da cota do reservatório, previsto no Decreto 6.514/08, inciso II, o qual prevê que qualquer modificação das condições estabelecidas na licença inicial, alterando seu projeto inicial, com as condicionantes estabelecidas, caberá autorização desse Órgão competente<sup>19</sup>.

---

18 BRASIL. Lei 10.650 de 16 de Abril de 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm)> .

19 BRASIL. Decreto nº. 6.514 de 22 de Julho de 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm)>.

A SAE elaborou um Projeto Básico Complementar Alternativo – PBCA com vista de elevar a cota do reservatório, para isso realizou o Estudo de Impacto de Ambiental – EIA, bem como o Relatório de Estudo do Impacto Ambiental, encaminhando com o requerimento estes documentos. O IBAMA de posse de tais documentos, pública no Diário Oficial da União Nº 234 de 03 de dezembro de 2013 a previsão da realização da “Reunião Pública”, com data prevista a ser realizada em 18 de dezembro de 2013, às 17 horas, local Ello Eventos, Av. Guaporé, nº 2365, Bairro Lagoa, no Município de Porto Velho, embora houve a mudança da nomenclatura por esse Órgão, pois, na Resolução 009/87 do CONAMA, o termo disciplinado é “Audiência Pública” pela legislação ambiental. Assim, Entre a data da publicação e a data da realização, houve um prazo de 15 dias para os interessados do empreendimento tomasse o pleno conhecimento do teor do PBCA, contrariando o que dispõe a resolução supracitada, que determina o prazo de 45 dias.

Desse modo, a SAE divulga, por determinação do Órgão competente, às populações interessadas, o local, horário e data onde seria realizada tal “Reunião Pública”, mas suas divulgações são limitadas aos determinados locais, contemplando o centro do Distrito Jacy-Paraná, região que seria afetada pelo aumento no nível do reservatório, usando como instrumento para tal divulgação, 150 Cartazes, 31 faixas espalhadas (indicando no Distrito de Jacy-Paraná a disponibilização de transporte público), 3 mil cartilhas, Carro de som e além de jornais de grande circulação, bem como rádio e emissoras de televisão em alguns locais deste Distrito, e deixou de comunicar algumas regiões (outros distritos) do Município. Entretanto a sua divulgação utilizada por meio de carro de som, do horário a ser realizado a “Reunião Pública” era divergente quanto ao horário estabelecido pelo IBAMA, deixando a população daquele Distrito confundida em relação ao correto horário, ocasionando a ausência de vários moradores na “Reunião Pública”.

Nesse ato de divulgação, a Comunidade indígena deixou de ser comunicada sobre a realização da “Reunião Pública”, bem como as Comunidades Joana D, Arc I, II e III, Novo Engenho Velho, Riacho Azul, Santa Rita, São Domingos, Morrinhos Vila Nova de Teotônio, São Sebastião, além de outros distritos distantes do Município de Porto Velho.

No dia da Reunião Pública, conforme registro do IBAMA, estiveram presentes 512 pessoas, as quais assinaram a lista de presença, tendo relato dos organizadores que algumas pessoas não assinaram tal lista, já pelo registro da SAE nº 4651/14, estiveram presentes 800 pessoas. Foram lidos o regulamento da Reunião Pública, destacando os objetivos do evento, em seguida a SAE fez a apresentação do projeto de engenharia e os resultados dos estudos

realizados para a ampliação do reservatório, com inclusão de 6 turbinas, elevando a conta do reservatório em 0,80 metro.

Após a realização da apresentação, abriram-se os debates sobre os questionamentos levantados pela população, sendo apresentados tais questionamentos por escrito, distribuído papel para que os presentes se exponham duas dúvidas. A leitura dos questionamentos foi feita pelo presidente da mesa, os responsáveis pela resposta tanto o representante do IBAMA de Porto Velho, como do SAE.

Nessa audiência, houve protesto da Comunidade de Jacy-Paraná solicitando a realização da audiência nesse local, com utilização, de forma pacífica, de faixas com os dizeres “Queremos Audiência Pública em Jacy-Paraná – temos esse direito”. O Movimento dos atingidos por Barragem – MAB esteve presente, convocando as pessoas para protestarem, retirando-se boa parte delas da Reunião, embora o IBAMA não tem o registro exato de quantas pessoas deixaram local. Mesmo assim, com poucas pessoas na Audiência, o órgão dá continuidade, esclarecendo as questões somente aquelas pessoas que continuaram no local.

No registro feito pela IBAMA, tiveram 19 solicitações para apresentação oral e 102 fichas com questionamento por escrito. Alguns dos questionamentos expostos foram 1) alteamento do lençol freático no PA Joana D´arc; 2) alteamento do lençol freático em Jacy-Paraná; 3) aumento na incidência de vetores na região do PA Joana D´arc; 4) incidência de animais peçonhentos e grande felinos na região do PA Joana D, arc; 5) afetação em Jacy-Paraná; 6) questões relacionadas ao processo de indenização e remanejamento; 7) questionamento sobre audiência pública em Jacy-Paraná; 8) atividade de extração mineral e 9) pesca.

O IBAMA relata que as pessoas presentes não mostraram favoráveis ao projeto apresentado, indagando quanto ao local de realização da Reunião Pública, bem como a necessidade de realizar tal reunião no Distrito de Jacy-Paraná, comunidade diretamente afetada com os impactos do novo projeto.

O SAE relata que foram distribuídas no Distrito de Jacy-Paraná 3 mil (três mil) cartilhas, informando ao IBAMA que todas as famílias receberam o material, embora não demonstrasse de forma concreta se realmente houve essas distribuições. Apesar de que o IBAMA na resposta aos questionamentos das pessoas que tiveram presentes, de forma informal, conversando estes, constata-se que muitos não receberam as visitas porta a porta, com a apresentação das cartilhas, relatada pelo SAE, previsto no Plano de Comunicação encaminhado ao IBAMA.

Nas conclusões do IBAMA, descrito que a comunidade geral mostra-se contrária à concessão da autorização para o projeto de ampliação e registra que as informações apresentadas pela concessionária não foram suficientes para sanar as dúvidas da sociedade.

Observando que há a necessidade de realização de outra audiência pública para sanar essas dúvidas, de forma mais claras, pois foram usados termos mais técnicos, pois pessoas legais não compreenderam esses termos.

No ano seguinte, os Ministérios Públicos, Estadual e Federal, MPE e o MPF, registram, no Termo de Declarações, os relatos dos representantes do MAB que representam 7 reassentamentos localizados acima da barragem de Santo Antônio, bem como os moradores do Distrito de Jacy-Paraná, quantos a realização da audiência no dia 18 de dezembro de 2013, informando que participou da reunião, mas as divulgações feitas pela SAE foram limitadas, pois o carro de som utilizado para tal divulgação só circulava pela cidade por 1 hora, e que na audiência as pessoas se sentiram coagidas pois, haviam cerca de 42 policiais armados, revisitando alguns presentes no local. Sentiram-se constrangidos, mormente quando procuravam discutir sobre o assunto, os policiais se aproximavam, deixando intimidado e conseqüentemente não fazendo perguntas e questionando os assuntos quanto ao seu interesse.

Além disso, as pessoas relataram que o local para realizar a audiência ficava totalmente distante das pessoas que seriam diretamente afetadas pelo empreendimento, apesar de que houve disponibilização do transporte a cargo da SAE, no total de cinco ônibus, as pessoas que utilizaram esse tipo de transporte, chegaram ao local mais de 18 horas, sendo que a previsão da audiência seria às 17 horas, tendo um tempo de percurso entre Jacy-Paraná a Porto Velho mais de 1 hora, inclusive havia morador daquela região desembolsou dinheiro pagando transporte particular para não chegar a audiência fora do horário previsto. Além disso, marcou-se a Reunião Pública em dia normal de expediente, ou seja, dia de semana que boas partes das pessoas estão trabalhando.

Diante de tudo isso, os Ministérios Públicos, Estadual e Federal propõem conjuntamente uma Ação Civil Pública como forma de cancelar (com pedido liminar de suspensão da autorização do IBAMA para a alteração do nível da cota do reservatório) essa reunião pública realizada pelo IBAMA e propondo uma nova audiência de forma mais ampla na divulgação da sua realização e em local de Porto Velho e Jacy-Paraná. O MPF alega que o IBAMA mudou o termo dado pela legislação ambiental de Audiência para reunião pública, não respeitando o prazo de 45 dias para a abertura da Audiência Pública. Bem como, a dificuldade de acesso ao local das pessoas diretamente afetadas pelo aumento da cota de reservatório e de comunidades não terem recebidos a comunicação da realização da Reunião, como os povos indígenas (Karitiana, Karipuna e Cassupá) e as Comunidades Joana D´arc I, II e III, Novo Engenho Velho, Riacho, Azul, Santa Rita, São Domingos, Morrinhos Vila Nova de Teotônio, São Sebastião, dentre outros distritos diferentes da sede do município. Foram alegados que teve 15 minutos de

explicação do Projeto Básico Complementar Alternativo – PBCA na reunião, ademais o requerimento solicitado pela SAE ao IBAMA, para o MPF, tratava-se de novo pedido de licenciamento ambiental.

O IBAMA contesta por meio da Advocacia-Geral da União – AGU a Ação Civil Pública – ACP que, ao contrário do alegado na petição inicial, não se tratará de nova licença de operação (LO), mas, sim, de autorização para a elevação da cota do reservatório, já que a licença ambiental já havia sido expedida, mudando somente as suas condicionantes, porque é um processo que não finaliza com a expedição uma licença. Explicando que, com a expedição da primeira licença, não ocorre a finalização do processo, sendo que nos mesmos autos será emitida a licença de instalação e em seguida de operação, e após a expedição desta licença o processo continua. Outrossim, os termos da audiência pública mudada para reunião pública inibiu a participação dos interessados, havendo ampla divulgação, visto que o IBAMA determinou ao SAE para que executasse um Plano de Comunicação.

O MPF, impugnou, alegando que a licença é única, não sendo dividida em parte, pois assim, dificultaria a sua fiscalização, conseqüentemente infringido o princípio da publicidade e também, da mudança da nomenclatura e a insuficiência das informações e divulgação da reunião e a dificuldade de acesso ao local dos interessados no empreendimento.

A decisão final quanto a realização da reunião pública foi dada pelo TRF, o qual julgou improcedente a ACP, entendendo que houve a divulgação com ampla publicidade e que a audiência pública não realizada na sua plenitude devido desordem provocada por terceiros, deixando claro que a finalidade da audiência pública é a informação e debate do projeto a ser implantado, sendo que os interessados são as comunidades afetadas. Desse modo, reconhecendo a discricionariedade técnica do IBAMA, concluiu-se pela validade da audiência.

Portanto, embora o Poder Judiciário profira decisão final quanto a validade da audiência pública, não houve a participação de todos os interessados no empreendimento, deixando de incluir parcelas da população afetada. Assim, não há como entender que o princípio democrático tenha sido efetivamente atendido, pois a democracia realiza-se não só pela participação da maioria, mas também por se dar voz às minorias. Como consequência, percebe-se um déficit democrático na audiência realizada pelo IBAMA.

### **Considerações finais**

A audiência pública é um dos instrumentos importantes para a realização do princípio democrático. Um meio dado a população em geral a participar diretamente das decisões tomadas pelo Estado. Órgãos públicos não têm o poder discricionário de não observar esse tipo

de instrumento democrático, aliás, há o dever de sua observação. A audiência pública descentraliza a tomada de decisões de um grupo técnico e, às vezes, político, repassando à sociedade em geral, aos verdadeiros titulares do poder de decisões.

Além disso, ela é uma forma de fomentar a prática da cidadania, pois o Estado existe para satisfazer as necessidades dos cidadãos, e não ao contrário. Criar esse tipo de conscientização nos órgãos da administração em geral é tarefa que requer a intervenção de órgão, como o Ministério Público, impondo, por meio do Poder Judiciário, a sua obrigação.

Assim, com as informações obtidas dos autos processuais da Ação Civil Pública, constata a reduzida importância que o IBAMA deu à audiência pública, deixando de ser vista como um instrumento da democracia, uma forma de interessados afetados pelo empreendimento a participar de decisões que possam causar-lhe efeitos negativos. Isso é demonstrado desde da publicação da abertura da audiência pública até seu prazo para realização. Criando prazo não previsto na legislação infralegal, com tempo de duração da sua abertura menor da prevista legalmente.

Bem como, população das vilas localizadas acima da barragem da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio não foram informadas da audiência pública, tampouco as comunidades indígenas afetadas da região, sequer foi disponibilizado transportes aos interessados para comparecer a tal audiência, já que dentro do município de Porto Velho há lugares que distam mais de 100 km do perímetro urbano e de difícil acesso. Com isso, poucas pessoas estariam a par sobre a realização da audiência pública marcada para ser realizada em Porto Velho.

Além disso, moradores da região do Distrito de Jacy-Paraná relataram a falha na divulgação dos horários da realização do evento, visto que houve erro de divulgação do horário da realização da audiência pública divergente do anunciado por meio de cartazes espalhados pela região.

É necessário garantir não só a realização da audiência pública, mas que todos efetivamente participem. Percebe-se que na audiência pública não há inclusão de intérprete de LIBRAS. Além disso, não se garante a democracia somente com a participação da maioria, mas também da minoria. Bem como, a vinculação das decisões que são tomadas na audiência com a participação de todos os interessados.

Entretanto, para se chegar a uma verdadeira democracia, é necessária uma ampla divulgação, realizando várias audiências para o mesmo empreendimento, se baseando não só pelo estudo técnico realizado, e sim pelas opiniões debatidas naquele momento oportuno da audiência pública, ou seja, não adiante a realização da audiência porque está determinado como forma legal, mas também que as decisões tomadas pela maioria sejam vinculantes aos atos

administrativos emanados pela Administração Pública. O interesse público é definido pelos direitos fundamentais, não pela simples discricionariedade da Administração Pública, ou seja, as decisões da administração são limitadas pelos direitos fundamentais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, para assegurar o princípio democrático adotado na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, a Carta Magna garante instrumentos importantes para atender a participação de todos na formação das decisões tomadas pelo Estado, como referendo, plebiscito, ação popular. Mas não se exauem nesses instrumentos, a audiência pública também é meio de assegurar a democracia, desde que a maioria e a minoria dos interessados estejam presentes, como forma de garantir a participação de todos nas decisões estatais. Portanto, os Órgãos Públicos devem adotar e respeitar a audiência pública, instrumento necessário a cidadania.

### **Referências das fontes citadas**

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 19ª ed. rev. e atual – São Paulo, Editora: Atlas, 2017.

BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de direito ambiental**, 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

\_\_\_\_\_ **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Lei 10.650 de 16 de abril de 2003**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Decreto nº. 99.274 de 06 de Junho de 1990**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D99274.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Decreto nº. 6.514 de 22 de Julho de 2008**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm)>.

CONAMA. **Resolução nº. 237/97**. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>.

\_\_\_\_\_ **Resolução nº. 001/86**. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>.

\_\_\_\_\_ **Resolução nº. 009/87**. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito ambiental Brasileiro**, 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

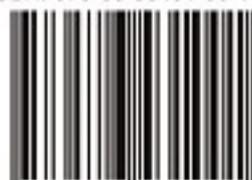
MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 17<sup>a</sup>. ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6<sup>a</sup>.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.



ISBN: 978-65-86431-00-1

CCL



9 786586 431001

