

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

I - A CONSULTA

A Associação Brasileira de Bingos - ABRABIN, entidade privada congregadora de empreendedores do estabelecimento e da exploração de jogos de bingos convencionais e eletrônicos encaminha-nos consulta ao ensejo da qual relata:

- i) desde a promulgação da Lei "Zico", em idos de 1993, agentes privados vêm explorando o setor de forma empresarial;
- ii) após seguidas reformas do marco legal da atividade, pela última delas cabia à Caixa Econômica Federal - CEF - a expedição de autorizações para os agentes privados explorarem a atividade, exercendo a CEF os poderes de polícia administrativa dos aspectos especificamente concernentes ao setor;
- iii) dois anos após a edição da Lei "Pelé", promulgada em idos de 1998, que revogara a Lei "Zico" e alterara alguns aspectos da regência da exploração de jogos de bingo, veio à baila a Lei "Maguito", cujo art. 2º

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

determinou a revogação dos dispositivos da Lei "Pelé" que regiam a atividade em questão; referida revogação, segundo previsão explicitada da Lei "Maguito" valeria a partir de 31 de dezembro de 2001;

iv) meses após a publicação da Lei "Maguito", foi editada a Medida Provisória 2.049-24, que, por seu art. 25, alterou o texto do art. 59 da Lei "Pelé" (este, que estava abrangido no rol de dispositivos a serem revogados pela Lei "Maguito"), transmutando o regime jurídico da atividade de jogos de bingo para o de serviço público titularizado pela União Federal e exercitável pela CEF, que o poderia prestar direta ou indiretamente mediante agentes privados *autorizados*.

Desde 31 de dezembro de 2001, entretanto, a CEF tem entendido que a atividade de jogos de bingo encontra-se, por força da eficácia do art. 2º da Lei "Maguito", sem marcos legais legitimadores e que teria sido extinta - juntamente com a revogação do art. 59 da Lei "Pelé" - a competência daquela empresa pública para a expedição de autorizações para agentes privados do setor. Pelo entendimento da CEF, dada a

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

revogação dos arts. 59 a 81 da Lei "Pelé" pela Lei "Maguito", a atividade em pauta teria retornado à estágio de interdição penal pela Lei de Contravenções Penais - LCP -, art. 50. A propósito, é o texto de resposta dada pela CEF a requerimento de autorização lhe encaminhado:

"Com relação ao pedido para exploração de jogos de bingo protocolizados por essa entidade (...), informamos que a legislação expirou em 31/12/2001, fato este do conhecimento de todas as partes envolvidas no processo."

"Diante do exposto, o pedido para exploração de bingo formalizado por essa Entidade com todos os documentos (...) está à disposição para a retirada pelo representante legal da entidade dentro do prazo de 15 dias, findo o qual o processo será arquivado, uma vez que a atividade deixou de ser legítima para exploração econômica."

(Ofício n. 1-0060/2002 CAIXA)

Firmados em opinamentos jurídicos abalizados, bem como manifestações judiciais em favor da licitude da atividade (em suas modalidades convencional e eletrônico), os associados da Consulente têm mantido

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

seus estabelecimentos em operação. Por causa disso, têm sido alvo de repressão e constrangimentos advindos de autoridades públicas (policiais, membros do Ministério Público), que, entre outras, têm interditado estabelecimentos, ameaçado de prisão e prendido empreendedores, administradores e funcionários dos estabelecimentos, bem como constrangido clientes com sua só presença ostensiva.

Esses constrangimentos, ademais, podem e têm provocado prejuízos, seja afastando clientela, seja com a interdição arbitrária do funcionamento de algumas casas. A par dos danos morais presumíveis, ultimam-se danos materiais de elevada monta porquanto, em casas do ramo com grande porte, um dia de interdição significa prejuízo na ordem de milhares de reais.

Dante dessa conjuntura, a Consulente formula as seguintes questões:

- 1) Qual a atual situação jurídica da atividade de exploração de jogos de bingo? A atividade é lícita ou ilícita?
- 2) Se lícita a atividade, que normas fundamentalmente a submetem?
- 3) Se lícita a atividade, seus empreendedores dependem de autorizações estatais para

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

explorá-la? Esses empreendedores estão sujeitos a alguma polícia administrativa? Caso sim, qual? A CEF exerceria referida polícia administrativa?

- 4) Se lícita a atividade, as repressões e constrangimentos que autoridades têm cometido contra empreendedores do setor configuraria algum ilícito penal? Qual? Quais são as sanções penais atribuídas aos mesmos?
- 5) Qualificando-se essas aludidas repressões e constrangimentos policiais e de outras autoridades como *ilícito penal* (crime), os agentes públicos que as praticarem estarão sujeitos a alguma sanção de caráter administrativo?
- 6) Os empreendedores do setor em causa prejudicados pela interdição de seus estabelecimentos poderiam de alguma forma se ressarcir desses danos? De que forma e contra quem?

Sumariada a consulta e visto o tamanho das considerações necessárias as suas respostas, passamos a responder as indagações.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

II - O PARECER

II.1 - Esquadrinhando o campo de análise

01. A resposta idônea à consulta requererá, após um sintético histórico da normação do setor, a investigação em torno dos seguintes temas: i) relações entre normas sob o influxo do direito intertemporal; ii) regime das atividades econômicas decorrente do capítulo constitucional da ordem econômica; iii) tipificação penal de condutas de agentes públicos; iv) responsabilidade administrativa dos agentes públicos; v) responsabilidade civil do Estado e de seus agentes públicos por danos provocados a terceiros.

02. Desenhado o mapa do caminho, hora de trilhá-lo.

II.2 - Breve histórico da regência legal da exploração dos jogos de bingo

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

03. Anteriormente à edição da Lei "Zico" (Lei n. 8.672/93), o estabelecimento e a exploração de jogos de bingo encontravam-se vedados, eis que abrangidos pela interdição genérica ao estabelecimento e exploração de jogos de azar, prescrita no art. 50 do Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, mais conhecido como Lei das Contravenções Penais - LCP. É o texto do referido dispositivo repressor:

*"Art. 50. **Estabelecer ou explorar jogo de azar** em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:*

"Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

"§ 1º. A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo menor de 18 (dezoito) anos.

"§ 2º. Incorre na pena de multa quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

"§ 3º. Consideram-se jogos de azar:

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

"a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

"b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

"c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

"§ 4º. Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogos de azar;

c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino."

04. A situação de interdição da atividade perdurou até 06 de julho de 1993, quando

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

publicada a Lei n. 8.672, nominada de Lei "Zico", cujo art. 57 e ss. a institucionalizava como fonte alternativa de recursos para o esporte, permitindo que entidades esportivas promovessem jogos de bingo mediante autorização junto à autoridade fazendária estadual. Era o texto do referido dispositivo:

"Art. 57. As entidades de direção e de prática desportiva filiadas a entidades de administração em, no mínimo, três modalidades olímpicas, e que comprovem, na forma da regulamentação desta lei, atividade e a participação em competições oficiais organizadas pela mesma, credenciar-se-ão na Secretaria de Fazenda da respectiva Unidade da Federação para promover reuniões destinadas a angariar recursos para o fomento do desporto, mediante sorteios de modalidade denominada Bingo, ou similar."

"§ 1º. O órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal normatizará e fiscalizará a realização dos eventos de que trata este artigo."

05. Posteriormente, a Lei "Zico" veio a ser revogada pela Lei n. 9.615/98, de 25 de março de 1998, a Lei "Pelé". Esta, por seus arts. 59 a 81,

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

manteve a atividade no âmbito da licitude, alterando entretanto alguns aspectos do procedimento de sua autorização. A mesma passou a ser policiada pelo então recém-criado Instituto Nacional de Desenvolvimento do Esporte - INDESP. Merece relevo ainda o fato de que a atividade seguiu podendo ser explorada como atividade econômica por agentes privados - clubes e entidades desportivas - mediante inclusive contratação de empresas administradoras. A propósito, prescrevia a Lei n. 9.615/98, por seu art. 59:

"Art. 59. Os jogos de bingo são permitidos em todo o território nacional nos termos desta Lei."

"Art. 60. As entidades de administração e de prática desportiva poderão credenciar-se junto à União para explorar o jogo de bingo permanente ou eventual com a finalidade de angariar recursos para o fomento do desporto. (...)".

"Art. 61. Os bingos funcionarão sob responsabilidade exclusiva das entidades desportivas, mesmo que a administração da sala seja entregue a empresa comercial idônea."

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sublinhemos que a Lei "Pelé" positivou tipos penais especificamente correlacionados à exploração de jogos de bingo, revelando a preocupação de, a par de institucionalizar a atividade, reprimir seu exercício irregular (isto é, sem observância das exigências legais ali impostas). Eram as previsões dos arts. 75 a 81:

"Art. 75. Manter, facilitar ou realizar jogo de bingo sem a autorização prevista nesta Lei:

"Pena - prisão simples de seis meses a dois anos, e multa.

"Art. 76. (VETADO)

"Art. 77. Oferecer, em bingo permanente ou eventual, prêmio diverso do permitido nesta Lei:

"Pena - prisão simples de seis meses a um ano, e multa de até cem vezes o valor do prêmio oferecido.

"Art. 78. (VETADO)

"Art. 79. Fraudar, adulterar ou controlar de qualquer modo o resultado do jogo de bingo:

"Pena - reclusão de um a três anos, e multa.

"Art. 80. Permitir o ingresso de dezoito anos em sala de bingo:

"Pena - detenção de seis meses a dois anos e multa.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

"Art. 81. Manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas:

"Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa."

06. Passados dois anos, veio a baila a Lei n. 9.981, de 14 de julho de 2000, a Lei "Maguito", cujo art. 2º revogou os arts. 59 a 81 da Lei n. 9.615/98, entretanto, prevendo uma *vacatio legis* a se ultimar mais de ano após, precisamente em 31 de dezembro de 2001. Em termos mais singelos, o sentido da Lei "Maguito" foi a determinação do fim da normatividade dos arts. 59 a 81 da Lei "Pelé" em 31 de dezembro de 2001 (**logo, revogando os tipos penais da Lei "Pelé", arts. 75 a 81**). Era o texto do art. 2º da Lei n. 9.981/00:

"Art. 2º. Ficam revogadas, a partir de 31 de dezembro de 2001, os arts. 59 a 81 da Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998, respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração."

07. Posteriormente, a Medida Provisória n. 2.049, em sua 24ª edição, por seu art. 25,

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

extinguiu o INDESP, atribuindo à União seu patrimônio jurídico e suas competências (polícia administrativa da atividade) quanto aos jogos de bingo à Caixa Econômica Federal - doravante, CEF - e, por seu art. 26, alterou o regime jurídico da atividade para o de serviço público. É o texto explícito das referidas disposições normativas:

"Art. 25. Fica extinto o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto – INDESP.

"(...)

"§ 2º. As atribuições do órgão extinto ficam transferidas para o Ministério do Esporte e Turismo e as relativas aos jogos de bingo para a Caixa Econômica Federal."

"Art. 26. O art. 59 da Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento.' "

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

08. Seguidas edições dessa MP e consolidações em outros textos advieram até a promulgação da Medida Provisória n. 2.216-37, que, em seu art. 17¹, repete a literalidade do art. 26 da já caduca MP n. 2.049-24. Atualmente, por força do art. 2º² da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, a Medida Provisória n. 2.216-37 permanece vigente em nosso ordenamento jurídico.

09. Feito esse panorama histórico sobre a normação específica dos jogos de bingo, cumpre agora compreendê-lo sistematicamente a fim de elucidar a atual situação jurídica da atividade. Encontrar-se-ia a mesma agora proscrita, retornada à ilicitude? Ou conforma-se como serviço público e portanto submeter-se-ia ao regime jurídico concernente? Ou essa atividade é econômica privada, regendo-se pela pertinente principiologia de berço constitucional (no qual, como conteúdo, encontramos os princípios da livre iniciativa, da concorrência, da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade da intervenção estatal, entre outros)?

¹ “Art. 17. O art. 59 da Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:
‘Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento.’”

² “Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até a deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

II.3. A atual conformação jurídica do jogo de bingo

10. O panorama normativo acima exposto ultima-se com duas inovações no assunto em causa: (i) na Lei "Maguito", cujo art. 2º revoga os arts. 59 a 81 da Lei "Pelé" a partir de 31 de dezembro de 2002 e (ii) na MP n. 2.216-37, cujo art. 17 altera o regime jurídico da atividade para o de serviço público e atribui as competências gestoras do mesmo à CEF. Consoante acima visto, a segunda inovação normativa, implementada desde edição ancestral da Medida Provisória em referência, é posterior à edição da Lei Maguito, entretanto em sua literalidade cinge-se a modificar o texto do art. 59 da Lei n. 9.615/98 sem, vale a insistência, no plano literal nada dispor sobre a prescrição revogatória positivada no art. 2º da Lei "Maguito". É certo, todavia, que, já não fora pelo desfecho costumeiro com a prescrição "*revogam-se as disposições em contrário*", regra palmar em tema de conflito de normas do tempo (direito intertemporal) manda considerar que a norma posterior revoga as disposições anteriores de mesmo ou inferior *status hierárquico* que com aquela conflitem - explícita ou *implicitamente*.

11. Atentado isso, podemos conceber dois resultados para as interrelações performadas entre a Lei "Maguito", art. 2º e a MP n. 2.216-37, art. 17.

11.1. O primeiro resultado, mais circunscrito ao plano literal do texto das normas em referência, consideraria que a aludida MP limitou-se a alterar a textualidade do art. 59 da Lei n. 9.615/00, sem em nada tocar nem minimamente ressalvar ou restringir a prescrição revogatória contida no art. 2º da Lei "Maguito". Nesse diapasão, a atividade de jogos de bingo teria sido reinstitucionalizada, desta feita sob regime jurídico de serviço público, pela MP n. 2.216-37, art. 17, o qual apenas alterando o conteúdo do art. 59 da Lei n. 9.615/00, produziu uma situação jurídica - exploração dos jogos de bingo como (um inusitadíssimo) serviço público e paradoxalmente expedição de meras autorizações pela CEF a agentes privados -, que perdurou enquanto vigente este último, i.é., enquanto não operada a eficácia revogatória positivada na Lei "Maguito", art. 2º. Operada essa eficácia revogatória em 31 de dezembro de 2001, desde então dever-se-iam considerar os arts. 59 a 81 da Lei "Pelé" revogados com o texto então vigente (aquele inovado pela MP n. 2.216-37). Desde esse evento, a atividade não encontraria em nível federal nenhuma normação específica **nem muito menos sofreria incidência d'algum tipo penal, haja vista a revogação dos arts. 75 a 81 da Lei n. 9.615/98 (Lei "Pelé")**, os quais constituíam os tipos penais especialmente positivados para a exploração irregular do jogo de bingo.

11.2. Chegamos a um segundo e distinto resultado, entretanto, se, partindo do truísmo de que o plano da literalidade não exaure o sentido de uma disposição normativa, entendermos que existe um antagonismo axiológico inconciliável entre o art. 17 da MP n. 2.216-37 e o art. 2º da Lei "Maguito", a ponto de configurar entre os mesmos antinomia³, o que impede a observância concomitante de ambos, nada obstante seus pressupostos fáticos abarcarem a mesma atividade (jogo de bingo). Esse antagonismo axiológico inconciliável estampar-se-ia na oposição racional entre uma norma anterior que revoga disposições normativas à época com texto distinto daquele que veio a ser posteriormente positivado por norma que institui serviço público. Ora, a conformação de uma atividade econômica como serviço público pressupõe a consideração normativo-axiológica dessa atividade como atinente com superiores necessidade e interesse da coletividade nada efêmeros nem passageiros; portanto, entre outras coisas, interesse e necessidade demandantes do asseguramento de uma estrutura que proporcione a duradoura e contínua satisfação.

³ "Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular. (...) Só haverá antinomia real se e, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Para que haja antinomia será mister a existência de duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis." (Maria Helena Diniz, Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Saraiva, 3 ed., 1991, p. 430)

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Oportuno o seguinte excerto de **Marcelo Caetano**:

"O serviço público propõe-se satisfazer uma necessidade colectiva individualmente sentida. - Embora o seu objecto seja proporcionar prestações de coisas ou de serviços aos indivíduos, existe porque se tornou **indispensável assegurar no seio da colectividade a regularidade e a continuidade** dessas prestações, de maneira tal que cada um possa contar com elas na ocasião oportuna. Por essa razão as entidades públicas criam organizações **permanentes** que em primeiro lugar devem buscar o interesse geral."⁴ ⁵

⁴ Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, T. II, 1970, p. 985; negrito acrescido. **Manuel María Diez** (Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 3 ed., 1981, p. 21) é de mesma tônica: "El carácter esencial del servicio público es la continuidad., ya que hace a su propia existencia y ello quiere decir que la prestación no puede interrumpirse ni paralizarse, dado que se há establecido em beneficio de toda la colectividad."

⁵ É esse também o sentido extraível de passagem de **Duguit** sobre a noção de serviço público – "toute activité don't l'accomplissement doit être assuré, 'reglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendence social, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante." – consoante anotada por **Eros Roberto Grau** (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, Malheiros, 6 ed., 2001, p. 152; negrito acrescido). Este, por sua vez, pontifica pouco adiante (*Op. Cit.*, pp. 152-153; negrito acrescido): "Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social." Válido daí assacar que essa vinculação ao interesse social, é vinculação a uma determinada (histórica) concepção de interesse social, que, por ser histórica, varia de época à época, mas não de mês a mês, nem de um ano para o outro. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** (Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 11 ed., 1999, p. 323;

11.3. Por certo não se compadece com esse juízo normativo-axiológico a instituição de um tal regime (de serviço público) por período de pouco mais de um ano. O juízo axiológico fundante do sentido normativo do art. 17 da MP n. 2.216-37, pois, claramente se indispõe com a prescrição revogatória do art. 2º da Lei "Maguito", provocando uma antinomia. Não havendo entre os diplomas normativos em atenção diferença de *status hierárquico* como fonte jurídica formal no que atina com a matéria tratada por ambos, nem também presente uma distinção quanto ao grau de especialidade temática dos dispositivos⁶, a única regra hermenêutica restante para se tentar a solução do conflito normativo é aquela sintetizada no brocardo latino "*lex posterior derogat priori*", resultando na revogação do art. 2º da Lei "Maguito" pela norma conflitante que lhe é posterior: art. 17 da MP n. 2.216-37.⁷ E este permaneceria vigente, considerado o art. 2º da EC n. 32 e a ausência de

negrito acrescido), ao conceituar a noção de serviço público, chama a atenção para o aspecto conceitual ora enfocado: “(...) conceituamos os Serviços Públicos como uma atividade da Administração que tem por fim assegurar, **de modo permanente, contínuo** e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração.”

⁶ Logo impossível a aplicação das regras hermenêuticas positivas: “*lex superior derogat inferiori*” e “*lex specialis derogat generalis*”.

⁷ A antinomia, pois, se existente, por seu solucionável mediante emprego de regra hermenêutica positiva classificar-se-ia como uma *antinomia aparente*. Com o que fazemos aqui eco à distinção clássica, exposta em **Tércio Sampaio Ferraz Jr.**, segundo quem “*antinomias reais seriam aquelas para as quais não há, no ordenamento, regras normativas de solução, sendo aparentes aquelas para as quais existem critérios normativos.*” (Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Atlas, 1989, p. 190).

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

qualquer questionamento direto de sua constitucionalidade.⁸

12. Como narrado pela Consulente, o atual entendimento da CEF advoga a primeira solução exegética, com a peculiaridade que, não encontrando nenhuma normação federal específica após a revogação dos arts. 59 a 81 da Lei "Pelé" (revogação que entende operada pelo art. 2º da Lei "Maguito"), supõe que a atividade teria voltado ao âmbito da ilicitude devido à permanência da interdição penal genérica aos jogos de azar positivada pelo art. 50 do Decreto-lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Punitivas). Com fundamento nessa exegese, inclusive, a CEF tem se negado a expedir autorizações para agentes privados explorarem jogos de bingo.

13. A segunda exegese levaria a, em princípio, concluir que, tacitamente revogado o art. 2º da Lei "Maguito" pelo art. 17 da MP n. 2.216-37, segue que a atividade de jogos de bingo atualmente encontra-se institucionalizada sob o regime de serviço público da União Federal com gestão operacional da CEF.

14. Não é ainda o momento de indicarmos a leitura que perfilhamos, mas cabe já afastar alguns equívocos normativos e exegéticos.

⁸ Desde já fique claro que sabemos o quê de desarrazoado vai nessa valoração normativa, mas fato é que a

15. Primeiro deles diz com a suposição de que, se revogados os arts. 59 a 81 da Lei "Pelé", a atividade de jogos de bingo retornaria às sombras do ilícito. Esse tirocínio parte de premissa grosseiramente equivocada e chega a erro singularmente crasso. Aludida premissa reside em se supor que a revogação das disposições da Lei "Pelé", que secundavam a regência legal da atividade jogos de bingo, pela Lei "Maguito" teria produzido o retorno do quadrante normativo do setor à regência da Lei de Contravenções Penais, art. 50 (o qual certamente não teve o seu texto integralmente revogado). O tirocínio, entretanto e como dito, é equivocado, pois vedações ou permissões genéricas normativas, quando sucedidas por normas de mesmo ou superior *status* que prescrevem permissões ou vedações específicas quanto a dadas condutas conceitualmente inseridas no âmbito da vedação ou da permissão precedente, são nesse particular revogadas, i.e., revogadas na especificidade das condutas previstas na norma posterior.

15.1. Expliquemos melhor. Como facilmente percebido, a vedação (V) contida no art. 50 da Lei de Contravenções Penais (Norma 1) - LCP - tem seu âmbito de incidência (pressuposto fático ou antecedente normativo) desenhado mediante conceito consideravelmente amplo: estabelecer ou explorar

compreensão dos fundamentos do dispositivo em comento, sem ainda adentrar em uma crítica jurídica ao mesmo, leva a essa conclusão.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

jogos de azar (fato A). Ora, quando a Lei "Zico", Lei n. 8.672/93, por seu art. 57 (Norma 2), institucionaliza o estabelecimento e/ou a exploração de jogos de bingo (fato B), prescreve assim a permissão (P) de conduta que semanticamente encontrava-se abrangida na vedação prevista no art. 50 da LCP⁹ (Fato B ⊂ Fato A; entendendo-se "⊂" como "está contido em")¹⁰. Em termos semi-formalizados e empregando as notações antes indicadas, podemos esquematizar as seguintes asserções:

Norma 1 = V Fato A; notado que Fato B ⊂ Fato A, temos que Norma 1 = V fato B;

Norma 2 = P Fato B; notado que Fato B ⊂ Fato A e que Norma 2 é posterior a Norma 1; temos que **a Norma 2 revogou**

⁹ Consideramos, agora, a abrangência do conceito de jogos de bingos pelo conceito jogos de azar. Sem embargo, **Miguel Reale e Miguel Reale Júnior** já tiveram oportunidade de demonstrar que tal não se poria quanto aos jogos eletrônicos, símiles ao bingo virtual (por máquina), cf. "Jogos Eletrônicos Lícitos", in Questões Atuais de Direito, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pp. 200-202.

¹⁰ Lembremos aqui a definição positiva de "jogos de azar" prevista na LCP, art. 50, § 3º:

"Art. 50. *Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:*

"(...)"

"Pena – prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

"§ 3º. Consideram-se jogos de azar:

"a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

"b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

"c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva."

**parcialmente a Norma 1 no que atina com
a permissão do Fato B.¹¹**

15.2. Por conseguinte, em 6 de julho de 1993, data da publicação da Lei "Zico", devido à prescrição do art. 57 dessa Lei, a vedação do estabelecimento e/ou exploração de jogos de bingo foi revogada no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei "Zico" posteriormente foi revogada pela Lei "Pelé", entretanto mantendo-se a permissão da atividade de estabelecimento e/ou exploração de jogos de bingo. De seguida, a revogação dos arts. 59 a 81 da Lei n. 9.615/00 (Lei "Pelé") pelo art. 2º da Lei "Maguito" faria recobrar vigência a vedação do art. 50 da Lei de Contravenções Penais quanto à atividade em questão? Assim tem entendido a CEF e é de uma resposta afirmativa a essa questão que partem aquelas

¹¹ Compreendida a separação teórica entre texto e norma, na esteira de doutrina profícua e aclamada, podemos muito bem identificar no enunciado do art. 50 da LCP, uma constelação de normas – conceitualmente individualizáveis – cujos conseqüentes são modalizados pela *proibição da conduta de estabelecer ou explorar jogo de azar A* (uma norma); *jogo de azar B (outra norma)*; *jogo de azar C (uma terceira norma)* e assim por diante. No caso, dentre essas normas, vigora aquela cujo prescritor (conseqüente) era: *proibida a conduta de estabelecer e explorar jogo de bingo*. Esta foi a norma revogada pela Lei n. 8.672/93 (Lei "Zico"), art. 57. A respeito, **Lourival Vilanova** (Causalidade e Relação no Direito. São Paulo, RT, 4 ed., p. 180): "(...) Uma só norma não se projeta no fato abrindo um leque de relações jurídicas assim diversas. Aparentemente, quer dizer, em sua estrutura de linguagem, muitas vezes normas várias se conjugam formando gramaticalmente uma só textura de expressão. Porém, à análise não escapa a compostividade de tais normas aparentemente simples. São normas compostas...". **J. J. Gomes Canotilho** (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 5^a ed., p. 1188) também ensina que "Muitas disposições exprimem não apenas uma norma, mas várias normas conjuntamente.", e exemplifica em face da Constituição Portuguesa: "Tomemos o exemplo do art. 18º/I da CRP: 'Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.' Temos aqui, pelo menos, três normas: N1 – Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdade e garantias são directamente aplicáveis; N2 – Os preceitos constitucionais.... vincula entidades públicas; N3 – Os preceitos constitucionais... vinculam entidades privadas.".

autoridades e/ou agentes públicos que têm manifestado oficial ou "oficiosamente" o entendimento de que o estabelecimento e/ou exploração de jogos de bingo teria retornado à situação de ilegalidade positivada pela referida lei repressora.

15.3. Todavia, a única resposta válida para a questão é incontornavelmente negativa, porquanto, por regra comezinha, a norma revogada não recobra sua vigência com a revogação da norma revogadora. A chamada repristinação ou efeito repristinatório¹² seja por princípio geral de direito, seja por regra explícita positivada em nosso ordenamento jurídico (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º¹³) não se dá tácita nem automaticamente; ao contrário, depende de explícita prescrição nesse sentido por parte da norma que revoga a norma revogadora. *In casu*, a Lei "Pelé", revogadora da Lei "Zico" à evidência não trouxe nenhuma prescrição explícita determinando o efeito repristinatório para o art. 50 da LCP (mesmo porque é por óbvio a Lei "Pelé" tem conteúdo permissivo da atividade de jogos de bingo, o que por si só se antagoniza com qualquer eficácia

¹² "Necessidade de disposição repristinatória para readquirir autoridade a lei revogada. – Muitas vezes, uma lei, que abrogou a anterior, é, por sua vez, abrogada. Dessa abrogação, só por si, não resulta que a primeira lei, a que deixou de existir por abrogação expressa ou tácita da segunda, se restaure ou revigore, por haver desaparecido a que a abrogara. (...) Disposição repristinatória [é aquela] que, de modo expresso, revigora o preceito revogado, restaurando-lhe a autoridade." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Renovar, 3 ed., pp. 72-73; colchetes e negrito acrescidos).

¹³ "§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

repristinatória para dispositivo anterior com teor repressivo da atividade). De seu lado, a Lei "Maguito", ao revogar por seu art. 2º os arts. 59 a 81 da Lei "Pelé", também não traz em seu texto nenhuma determinação de efeito repristinatório quanto à vedação (revogada pela Lei "Zico") do estabelecimento e/ou exploração de jogos de bingo, outrora contida no art. 50 da LCP. **Aliás, em sentido contrário a qualquer repressão penal à atividade em causa, a Lei "Maguito", Lei n. 9.981/00, art. 2º explicitamente revogou os tipos penais vigentes ao ensejo da Lei Pelé - os arts. 75 a 81 desta última, deixando de prever qualquer outro tipo penal no lugar daqueles.**

15.4. Segue daí a conclusão segura de que o estabelecimento e/ou a exploração de jogos de bingo, sem embargo de revogados (assertiva que ainda pede uma melhor justificação) os arts. 59 a 81 da Lei "Pelé", não encontram nenhuma interdição penal. A interdição vigorante até o advento da Lei "Zico", consoante as razões acima expostas, desde então encontra-se revogada. Enquanto ausente qualquer norma de eficácia simile à legal ou superior que disponha em sentido contrário (que vede especificamente a atividade em atenção ou que prescreva a repristinação do art. 50 da LCP quanto à

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

mesma), revogada permanece a interdição da referida atividade.¹⁴

16. Perguntamo-nos agora: a ausência de norma penal repressiva da atividade em comento permite, por si só, concluir que tal atividade é lícita?

16.1. A resposta desde o ângulo dogmático-jurídico requer a operação de outras normas, especificamente aquelas concernentes ao regime jurídico da ordem econômica da Constituição Federal, dado que o estabelecimento e a exploração de jogos de bingo configura materialmente¹⁵ uma atividade econômica claramente explorada sob os moldes empresariais. É nesse subsistema jurídico – nuclearizado nos arts. 170 a 192 da Carta Magna – que encontramos a premissa normativa e hermenêutica para responder ao problema agora formulado. Especificamente a partir do art. 170, Parágrafo único: "É assegurado a todos o livre exercício de

¹⁴. Em sintético artigo, bem o notaram José Roberto Manesco e Fábio Barbalho Leite (*A Conformação Jurídica do Jogo de Bingo na Atualidade*, in ABRABIN, Informativo, Ano II, n. 5, p. 7): "(...) a qualificação legal da atividade de jogos de bingo como contravenção encontra-se revogada desde a edição da Lei Zico (que institucionalizou o setor). É dizer: o art. 50 da Lei de Contravenções Penais, desde a Lei Zico, encontra-se especificamente revogado quanto aos jogos de bingo. Ora, uma vez especificamente revogado o art. 50 da Lei de Contravenções Penais quanto aos jogos de bingo, não lhe recobra o vigor a revogação da Lei Zico pela Lei Pelé, nem a revogação das disposições desta concernentes ao tema pela Lei Maguito, porquanto segundo comezinho princípio de nosso ordenamento o chamado efeito repristinatório (revigoramento de uma norma anteriormente revogada) depende de explícita disposição legal que o determine (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º) e é certo que a Lei Maguito não explicitou qualquer prescrição no sentido de revigoramento da Lei de Contravenções Penais, art. 50 quanto aos jogos de bingo."

¹⁵. Partimos da consideração material, para, logo adiante, classificá-la juridicamente; com atenção a um regime jurídico, portanto.

*qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Em atenção ao dispositivo citado, cumpre procurar alguma norma jurídica de status ou eficácia legal que interdite a atividade. Sabemos já que **inexiste** em vigor qualquer norma penal que a atinja e, assim, é certo e incontendível a mesma não consubstanciar ilícito penal. Agora, o que dizer do resto do Ordenamento?*

16.2. Debalde seria o esforço da procura: não existe norma jurídica proibindo a atividade, ao menos no âmbito da legislação federal, de estabelecimento e/ou exploração de jogos de bingo. Diante do art. 170, Parágrafo único e mesmo por decorrência inexorável do art. 5º, II, ambos da Carta Magna, a ausência de interdição legal à livre iniciativa em tema de atividade materialmente econômica (considerando a expressão "atividade materialmente econômica" como toda aquela que enseja a exploração empresarial para obtenção de lucro) implica na **licitude** de seu exercício. Portanto, tranquila a configuração do estabelecimento e exploração de jogos de bingo como atividade lícita.¹⁶

¹⁶ Ao identificar conteúdos para o Princípio da Livre Iniciativa, **Eros Roberto Grau** (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, Malheiros, 6 ed., 2001, p. 240; negrito acrescido) arrola: “*a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.*”

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

17. Impõe-se agora desvelar que plexo de normas rege a atividade econômica em atenção.

18. Sendo atividade econômica em sentido amplo, cabe perquirir se alguma norma jurídica a conforma como serviço público, atribuindo-lhe o concernente regime jurídico. Caso não, dado que o conceito jurídico de atividade econômica se perfaz de modo *excludente*¹⁷, seguirá que a atividade econômica em atenção - a exploração de jogos de bingo - configurar-se-á como atividade econômica em sentido estrito, setor da economia próprio à atuação da livre iniciativa. Investigemos, pois, se a referida atividade pode ser qualificada como serviço público.¹⁸

19. Bem, sabemos que assim tentou prescrever a MP n. 2.216-37, art. 17, entretanto, referida prescrição é constitucionalmente insustentável. De fato, avisados por **Carlos Maximiliano**, segundo quem "Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma

¹⁷ Como argutamente o nota **Celso Antônio Bandeira de Mello** (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 13 ed., 2001, p. 609): "(...) o Texto Constitucional, comprehensivelmente, não define o que sejam 'atividades econômicas'. Em conseqüência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como 'serviços públicos', no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das 'atividades econômicas'."

¹⁸ O parágrafo bem denota seguirmos a exposição de **Eros Roberto Grau** (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, Malheiros, 6 ed., 2001, pp. 134 e ss.),

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida."¹⁹, haveremos de julgar o acerto da exegese também pelos resultados a que ela chegue. Assim, é de se desconsiderar a MP n. 2.216-37, art. 17:

- (a) seja pela ausência dos pressupostos constitucionais (CF, art. 62) para edição do referido dispositivo (inconfiguração da urgência 7e de relevante interesse coletivo nacional);
- (b) seja pelo vitando trespasso dos limites semânticos para instituição de um serviço público, subjacentes à noção material do mesmo segundo parâmetros de razoabilidade;
- (c) seja, enfim, pela grosseira, próxima à anedota, afronta que a razoabilidade jurídica - princípio de berço constitucional, consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - sofreria ao se aplicar aos jogos de

que sistematiza a atividade econômica em (i) atividade econômica em sentido amplo, abrangente (a) dos serviços públicos e (b) da atividade econômica em sentido estrito.

¹⁹ Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 18 ed., 1999, pp. 151-152.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

bingo os corolários jurídicos peculiarizadores do serviço público (contratos de concessão e permissão com respectivas garantias de equilíbrio econômico-financeiro, políticas de garantia da continuidade e da universalidade inclusive com eventuais subsídios, modicidade tarifária, responsabilidade civil objetiva na forma da CF, art. 37, § 6º etc.).

20. Ao ensejo, lebramos passagem vertida em parecer, de nossa lavra do primeiro dos signatários, voltado com especial ênfase à crítica jurídica do dispositivo provisório em referência. Naquela oportunidade, restou averbado:

"(...) tantos e tão vários e estapafúrdios vícios nos diplomas normativos referidos pela consulta, que, para melhor objetivar o caminho a ser seguido, oportuno antecipar os pontos a serem de seguida abordados, divisando as inconstitucionalidades e ilegalidades neles residentes e aproveitando para indicar as disposições de direito positivo sobre os quais se voltará a análise. São eles, em suma:

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

i) ausência de pressuposto constitucional para edição de medida provisória (CF, art. 62);

ii) trespasso dos limites semânticos à discrição, digamos com certa escusada liberdade conceitual, "legislativa" na positivação de novos serviços públicos diante da noção constitucional desse instituto (CF, arts. 170, 173 e 175);

iii) afronta ao regime constitucional da prestação dos serviços públicos (CF, art. 175);

iv) desrespeito aos cânones da isonomia no tratamento dos particulares pelo Estado (CF, art. 37, caput) e da livre concorrência (CF, art. 170, IV);

v) instituição indevida de monopólio estatal (CF, art. 177);

*vi) desbordamento da razoabilidade jurídica, uma vez atentado o disposto pela Lei 9.981, de 14 de julho de 2000, art. 2º, inclusive seu parágrafo único;*²⁰

²⁰ **Manuel María Diez** (Manual de Derecho Administrativo, ..., p. 18), ao encarecer o substrato material da vinculação a um interesse geral como caractere conceitual do serviço público, formula exemplo como que proposital: “*El servicio público debe satisfacer una necesidad de interés general. (...) Dijimos que el interés*

21. Sem embargo de nossa tranqüila convicção acerca dos fundamentos jurídicos que consubstanciam a constitucionalidade da MP n. 2.216-37, art. 17, observemos que não é só por isso que cabe a sua desconsideração como pauta normativa para resposta às indagações formuladas na consulta. É que, sem negar a racionalidade de reputar a revogação do art. 2º da Lei "Maguito" pelo dispositivo da referida Medida Provisória face à perceptível incompatibilidade axiológica entre ambos e a posterioridade da promulgação do segundo, outra ordem de fundamento jurídico aconselha, na ausência de uma solução positiva (por explicitação legal ou proferimento judicial definitivo) acerca da revogação ou não do citado dispositivo da Lei "Maguito", considerar esta vigente e assim operada em 31 de dezembro passado a revogação prevista em seu art. 2º.

22. Essa outra ordem de fundamento constrói-se como uma exegese lastreada sobre o Princípio da Segurança Jurídica combinado com o Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Estatal. Dito assim, soa mais complicado do que efetivamente é. Vejamos.

general no es el interés de la administración y por eso se há resuelto que el funcionamiento de um casino no constituye un servicio público. Tampoco lo es el funcionamiento de los hipódromos. Ello es así porque la explotación de los casinos, de los hipódromos y de la lotería redundan en beneficio de la administración y no del interés público."

22.1. Ao abraçar, entre outros princípios tão relevantes quanto, a propriedade privada dos bens de produção, a livre empresa e concorrência, o subsistema constitucional da ordem econômica encartado na Carta de 1988 inegavelmente positiva as bases capitalistas do regime econômico em operação. Nessa senda, desenha ao Estado os papéis precípuos (mas não únicos) de agente *planejador, fomentador e gestor macroscópico do mercado sobretudo para que nele se desenvolvam e preservem as estruturas que permitem o ótimo funcionamento da economia, incrementando-se a produção e circulação de riqueza e evitando-se sua concentração e outros resultados perniciosos do abuso de poder (e mesmo da inerência material do sistema econômico)* e, enfim, redistribuindo parcela da riqueza produzida. Ao agente privado fica, entretanto, o papel de principal agente econômico direto (prestador de serviços ou produtor de bens), articulador da interação produtiva e comercial com seus demais pares.²¹.

²¹ **Miguel Reale** (“A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, in Aplicações da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 16), enfático na lembrança dos lindes constitucionais para a intervenção estatal, certa vez listou as possibilidades para essa atuação estatal defronte do texto constitucional positivo: “*Devemos, pois concluir que, segundo a Carta de 1988, não o Estado que, mesmo por lei, determina o que os agentes econômicos privados devem normalmente fazer, por quanto somente lhe cabe, sempre mediante prévia autorização legislativa: a) explorar diretamente a atividade econômica, tão-somente. ‘quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei’ (art. 173, caput); b) reprimir ‘o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, § 4º); c) estabelecer a responsabilidade das empresas e de seus dirigentes nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º); d) atuar como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’, exercendo, ‘na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’ (art. 174); e) estabelecer ‘as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento (sic) equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento’ (art. 174, § 1º).*”

22.2. Nesse quadro, a intervenção direta do Estado na economia é positivada como exceção, como ressalva ao costumeiro do fenômeno econômico entre nós. A intervenção estatal direta na economia é, pois, *subsidiária*, justificando-se na medida em que insuficiente ou perniciosa a solitária atuação do agente privado. Essa subsidiariedade, notemos, encontra assento no próprio texto constitucional: CF, art. 173²². Essa excepcionalidade é tão mais acentuada quando notado que o regime de serviço público significa intervenção direta estatal de cunho mais *drástico* - e portanto constritor da livre iniciativa na atividade material então em pauta - que aquela prevista já como ressalva pelo art. 173 da Lei Maior. Portanto, consideremos que, se a intervenção direta do Estado na exploração de atividade econômica em concorrência com particulares já é algo de inegável excepcionalidade (relevante interesse nacional ou necessidade relativa à soberania nacional), deve ser ainda mais excepcional a assunção de um setor da economia pelo Estado sob o regime do serviço público, o qual corresponde a uma plêiade de poderes-deveres titulados pelo Estado, os quais, ainda que ausente a exclusividade da titularidade do serviço, certamente o colocam em situação privilegiada com relação a outros agentes particulares.

²² “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante

22.3. Observado isso, em atenção a secular regra de hermenêutica, não podemos dar interpretações abrangentes para o que a Constituição positiva como excepcional. Aliás, mesmo presente uma lei que explicitamente determine a incidência do regime jurídico do serviço público para uma determinada atividade, seria ainda aqui necessário, antes de se acatar um tal regime jurídico, fazer um crivo da lei diante dos condicionamentos semânticos da noção de serviço público assacáveis a partir do texto constitucional. Aplicando esse tirocínio ao caso concreto, segue **não** podermos concluir a vigência da positividade do regime jurídico de serviço público para o estabelecimento e exploração de jogos de bingo, **uma vez ausente texto normativo explícito que determine a revogação da Lei "Maguito" pela MP n. 2.049-24, art. 25 (atualmente MP n. 2.216-37, art. 17).**

22.4. No caso, é isso que efetivamente ocorre. Pois, se é racionalmente sustentável identificar-se oposição entre os juízos axiológicos operados pela Lei n. 9.981/00, art. 2º e pela MP n. 2.049-24, art. 25 e assim a revogação do primeiro dispositivo pelo segundo, **também é inegável que esse tirocínio constitui exegese ampliativa dos termos originais do segundo dispositivo e, portanto, conflita-se com a diretriz hermenêutica que desacata a conclusão pró-**

interesse coletivo, conforme definidos em lei." Negrito acrescido. O caráter excepcional e subsidiário da intervenção estatal direta sobressai cristalino dessa passagem constitucional.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

intervenção direta (em favor da exceção, pois) quando se está diante de um texto não explícito. No jogo de ponderações próprio do trabalho hermenêutico, **deve ser então abandonada essa exegese, o que tanto mais sustentável se atentarmos à razoável certeza com que podemos considerar a desnecessidade** - no atual estágio empresarial da atividade - **da intervenção direta do Estado (como empreendedor) no setor da exploração de jogos de bingo, dada a constatável suficiência do capital privado na exploração do setor** (que mais atina com a indústria de entretenimento, segundo o que facilmente vendo-se o público que acorre às casas de bingo).

22.5. Sublinhemos estarmos falando de desnecessidade do Estado como *agente econômico direto* no setor de bingos. Não estendemos, assim, a assertiva quanto ao papel regulatório desse setor econômico, o qual, ao contrário, pode bem ser bastante encarecido.

22.6. A isso, ajuntaríamos que o Princípio da Segurança Jurídica desautoriza uma **transformação radical** no regime jurídico de uma atividade econômica a partir de uma exegese que conclui a revogação de uma norma pela outra por decorrência de oposição encontrada no plano axiológico. Não é que menosprezemos a relevância desse plano normativo, apenas, também em prol da segurança jurídica e de seu correlato cânones da estabilidade das relações

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

jurídicas, entendemos – ponderando novamente a otimização do resultado do labor hermenêutico – dever ser desprestigiada exegese que leve a um resultado de completa transformação (forte quebra da continuidade dos caracteres básicos da regência da atividade econômica) do regime jurídico de uma dada atividade econômica com supedâneo em uma compreensão dos dispositivos dados à interpretação que, desconsiderando o laconismo de seu texto, acresçalhes conteúdo retirado de uma valoração axiológica **cuja assunção não se pode dar como certa pela autoridade que os editou.**

22.7. Seja avisado que não nos conduzimos aqui pela frágil pauta hermenêutica da *mens legislatoris*, mas, apropriadamente, preocupados em homenagear a segurança jurídica, a qual, ponderada pela medida da razoabilidade, certamente seria afetada se propendessemos por exegese favorável à vigência da MP n. 2.216-37, art. 17, eis que significaria **drástica e funda** alteração do regime jurídico dado à atividade em atenção **sem que para isso estejamos diante de decisão política claramente positivada** (e insistamos: nem isso, por si só, bastaria).

22.8. Considerados esses argumentos e o aviso lançado no parágrafo 22.5, **concluímos por afastar o regime jurídico de serviço público, entendendo que o mesmo, não bastasse sua vitanda inconstitucionalidade, foi de qualquer modo revogado**

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ao ensejo da revogação do art. 59 da Lei "Pelé" pela Lei "Maguito", art. 2º.

23. Enfim, a desconsideração do regime jurídico de serviço público previsto no art. 17 da MP n. 2.216-37 é corroborada pelas decisões judiciais que reconhecem a constitucionalidade do dispositivo provisório e, em face do art. 170, Parágrafo único, atribuem a agentes privados do setor de bingos ampla liberdade de iniciativa, jungida aos condicionamentos das usuais polícias administrativas. Assim, nos autos do Agravo Regimental no AGTR n. 36895 - CE (2001.05.00.029440-3), o **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, em voto de lavra do E. Desembargador Federal **Paulo Gadelha** assentou (negrito e colchetes acrescidos) :

"No tocante ao segundo ponto, pertinente à natureza jurídica da atividade de jogo de bingo, penso que esta atividade não tem natureza de serviço público ao contrário do estabelecido no art. 26 da Medida Provisória n. 123-28/2001, in verbis:

"(. . .).

"Penso que os pressupostos constitucionais exigidos para edição de medida provisória - relevância e

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

urgência - revelam-se ausentes no caso da atividade de jogo de bingo. Entendo que a exploração dos sorteios de bingo não se enquadra no conceito de serviço público.

"Ademais, se serviço público fosse, estaria sujeito ao procedimento licitatório, dependeria, portanto, de concessões ou permissões, a teor da regra gizada no art. 170 da Constituição da República. Ao invés de licitações, o que se constata é o monopólio da agravada [CEF] licenciando empresas privadas para exploração direta da multicitada atividade, o que somente ocorreria, acaso se tratasse realmente de serviço público, por intermédio de concessão ou permissão conforme preceituado na Carta Magna.

"Por estas razões, reconheço a inconstitucionalidade também do art. 59 da Lei n. 9.615/98, redação dada pelo art. 26 da Medida Provisória n. 2.123-28/2001."

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

24. Revogados os arts. 59 a 81 da Lei "Pelé" pela Lei "Maguito" e ao ensejo revogado o texto desse referido art. 59 renovado pela MP n. 2.049-24, reedições e sucessoras afins, chegamos a uma situação de ausência de específica regência legal da atividade de exploração de jogos de bingo. Disso, **cabe concluir que, em face da CF, art. 170, Parágrafo único, o estabelecimento e/ou exploração de jogos de bingo atualmente entre nós é matéria desregulamentada²³, de livre iniciativa regida direta e somente pela principiologia do sub-sistema constitucional da ordem econômica, sem embargo de, como toda e qualquer atividade econômica, submeter-se às constrições advindas das várias polícias administrativas (edificações, sanitarismo, ambiental, vizinhança etc.).**

25. Recebendo a incidência direta do regime jurídico da atividade econômica em sentido estrito, **o estabelecimento e a exploração de jogos de bingo tem sua regência jurídica informada por princípios como: propriedade privada, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, razoabilidade e proporcionalidade da intervenção estatal regulatória, repressão ao abuso de poder econômico, reserva de lei como instrumento regulatório inaugural para o estabelecimento de**

²³ Entendida a expressão como indicando o qualificativo da *ausência de regramento legal específico* (atinente em especial à exploração de jogos de bingo).

constricções e encargos ao exercício da atividade econômica, liberdade contratual, entre outros. A identificação das implicações da incidência desse regime jurídico dada sua riqueza e extensão obviamente ultrapassa os lindes deste parecer, entretanto, quadra destacar:

- i) **a necessidade de lei ou diploma normativo** com similar eficácia jurídica para que se imponham restrições, requisitos, condicionamentos específicos ao modo de operação dos estabelecimentos de jogos de bingo (como, por exemplo, a necessidade de autorização para início da atividade ou localização do maquinário, inclusive as máquinas para o bingo virtual ou eletrônico);
- ii) **a proporcionalidade e razoabilidade de requisitos e condicionamentos quaisquer** determinados por lei quanto ao exercício da atividade em atenção;
- iii) **a incidência do Código de Defesa do Consumidor e do sistema nacional de proteção ao consumidor** lá previsto quanto às relações de consumo operadas entre o empresário do setor - que pode muito bem ser qualificado como inserto

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

na indústria de entretenimento - e sua clientela, que, são, enfim, os consumidores de seus serviços;²⁴

iv) a possibilidade de repressão do abuso de poder econômico no setor e crivo dos atos de concentração relevante pelo aparato de defesa da concorrência, notadamente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - em aplicação da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

26. Sem embargo da ausência de legislação específica regulando a atividade econômica em pauta, podemos presumir a existência de fundamento legal genérico (i.é., voltado à generalidade das atividades econômicas) para o exercício de várias polícias administrativas²⁵ exemplarmente com relação

²⁴ No âmbito da defesa do consumidor, consideramos compreendido: “direito ao consumo, ou seja, a não sonegação de produtos necessários e preços não abusivos, que permitam uma compensação normal; garantia contra produtos ou serviços que possam ser nocivos à vida ou à saúde; opção entre vários produtos e serviços com qualidade satisfatória e preços competitivos; conhecimento dos dados sobre produtos ou serviços para uma decisão consciente; direito de ser ouvido, devendo ser levado em conta o interesse do consumidor no planejamento de política econômica; reparação pelos danos; educação para o consumo; defesa do equilíbrio ecológico.” (**Miguel Reale Júnior**, “Inconstitucionalidade do Controle de Preços”, in Casos de Direito Constitucional, São Paulo, RT, 1992, p. 17)

²⁵ Por exagerado amor a clareza, chamamos a atenção para um distinção palmar entre polícia judiciária e polícia administrativa, segundo o que ensina **Hely Lopes Meirelles** (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 23 ed., 1998, p. 115): “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. (...) Desde já, convém distinguir a polícia administrativa, que nos interessa neste estudo, da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública, estranhas às nossas cogitações. Advirta-se, porém, que a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

à: i) localização de estabelecimentos comerciais na cidade (municipalmente legislado mediante o Plano Diretor); ii) dimensionamento e especificações técnicas das instalações físicas do estabelecimento, concernentes tanto ao exercício do direito de construir (normado municipalmente por Planos Diretores e Códigos de Obras), quanto à segurança do público e ambiental (normado sobretudo por legislação municipal); iii) capacidade de recepção de público em conformidade com a dimensão das instalações do estabelecimento (objeto geralmente de legislação municipal) e quejandos. Nada, entremes, que diga respeito à repressão da atividade econômica em comento, mas apenas, consoante o ocorrido com a generalidade das atividades econômicas, com o condicionamento de seu exercício de molde a evitar resultados perniciosos para a comunidade.

27. Nesse diapasão, partindo da premissa incontendível de que o poder de polícia não é exercitável no vazio legal, chegamos à constatação de que o atual entendimento da CEF guarda parcela de razão. De fato, a mesma já não encontra nenhum

atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inherente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos (Polícias Civis) ou corporações (Polícias Militares)." Assim, quando falamos da possibilidade da polícia administrativa, estamos nos referindo a competências exercidas pelo aparato administrativo em geral, bem distintas daquelas exercidas pelas Polícias Federal, Militar e Civil (estas exclusivamente voltadas à prevenção e repressão dos delitos penais). Vale também um senão quanto ao texto do saudoso administrativa: nos dias hodiernos, não cabe mais ver a polícia administrativa como um *direito ou poder inherente* ao aparato administrativo, se com "inherente" se quiser indicar que seu exercício prescinde de previsão legal. Inerência somente pode significar aí a referência à *usualidade, ao que ocorre costumeiramente: a lei instituir tais competências de polícia para o aparato administrativo*. Sem lei, todavia, não há poder de polícia a ser exercitado.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

estofo legal para expedir autorizações para a exploração da atividade de jogos de bingo (convencional ou eletrônico), consoante a própria reconhece²⁶. Erra apenas ao supor que tal atividade seria agora ilícita. Ao contrário, como renitentemente demonstrado, é de incontrastável licitude enquanto ausente qualquer profunda (e problemática, adiantamos) reversão no quadrante legal.

28. **Lícita e desregulamentada a atividade em referência,** certamente é indevida a repressão estatal de seu exercício, uma vez cuidar-se de atividade econômica aberta à livre iniciativa. Adiante, analisa-se a eventual tipificação penal das condutas dos agentes públicos que tragam constrangimentos ao livre exercício da empresa no setor.

II.4 - A qualificação penal das condutas das autoridades públicos que reprimem o exercício de uma

²⁶ Relembremos o texto de resposta da CEF negando requerimento de autorização para exploração de jogos de bingo lhe encaminhado:

“Com relação ao pedido para exploração de jogos de bingo protocolizados por essa entidade (...), informamos que a legislação expirou em 31/12/2001, fato este do conhecimento de todas as partes envolvidas no processo.

“Diante do exposto, o pedido para exploração de bingo formalizado por essa Entidade com todos os documentos (...) está à disposição para a retirada pelo representante legal da entidade dentro do prazo de 15 dias, findo o qual o processo será arquivado, uma vez que a atividade deixou de ser legítima para exploração econômica.”

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

atividade econômica lícita, desregulamentada e aberta à livre iniciativa

29. Para a análise da natureza da eventual repressão imposta às Casas de Bingo, com determinação policial de seu fechamento, ou com a condução coercitiva de seus responsáveis à Delegacia de Polícia e lavratura de flagrante, deve-se partir obrigatoriamente das conclusões acima estabelecidas: a exploração do bingo constitui uma atividade econômica lícita, não regulamentada, apenas sujeita à disciplina administrativa municipal e às limitações da ordem econômica, dentre as quais a de proteção ao consumidor.

30. Sendo uma atividade econômica permitida, não mais enquadrável no art. 50 da Lei das Contravenções Punitivas nem no art. 75 da denominada Lei Pelé, qualquer ato de persecução penal constitui uma arbitrariedade, ao se impor o não exercício de um comércio legal por via da aplicação de lei penal inexistente, violando-se o princípio da legalidade, segundo o qual *não há crime ou contravenção penal sem lei anterior*.

31. Há um leque de possibilidades de enquadramento penal da conduta de policiais que

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

venham a agir arbitrariamente, determinando o fechamento forçoso do estabelecimento, a condução coercitiva de pessoas à Delegacia de Polícia.

32. A questão primeira diz respeito a saber se os policiais que arbitrariamente tomam atitudes repressivas ao exercício lícito de um comércio, sob a escusa de caracterização de contravenção penal atípica, estariam agindo com abuso ou excesso de poder. A resposta deve ser negativa, pois, só abusa ou excede o poder aquele que tem um fim lícito mas o realiza de forma abusiva ou excessiva.

33. No caso em exame, a fonte justificante da ação policial é ilegítima, porquanto não encontra a atitude repressiva substrato em norma penal autorizatória, razão por que não há falar em um atuar de modo abusivo. O abuso ou excesso de poder é sempre um vício do meio não do fim que deve ser lícito. Na ação policial de repressão a uma conduta não delituosa, lícita, o vício não está no uso indevido do meio para um fim lícito, mas no próprio fim almejado de reprimir ilícita e arbitrariamente uma conduta permitida legalmente.

34. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal entende que a lei de abuso de autoridade, Lei nº 4898/65, não revogou o artigo 322 do Código Penal,

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

relativo ao crime de violência arbitrária, pois, como ressalta REZENDE JUNQUEIRA:

"a atividade discricionária do funcionário público somente é lícita quando há uma norma ou ordem legal que tenha criado aquela possibilidade... e casos há em que o funcionário ao executá-la, excede-se no Poder, ou desvia ou foge de sua finalidade, ocorrendo aí uma lesão de direito que no campo penal toma forma de abuso de poder".

35. Dessa forma, só há abuso de poder quando se tenha como pressuposto a "existência de norma legal autorizatória do ato administrativo²⁷", porém efetuado com abuso ou excesso de poder.

36. A ação ilegal de repressão à atividade de exploração do bingo não nasce lícita e se torna ilícita pela forma abusiva como se efetua. A ação não está autorizada. Assim, eventual ação repressiva policial nasce ilícita e visa a fim ilícito, razão porque não se configura, a nosso ver, um abuso ou excesso de poder, mas uma ausência de poder para agir, que faz da ação constituir uma violência arbitrária, um constrangimento ao exigir

²⁷ Rezende Junqueira, (voto no Recurso 49.547 de 27 de setembro de 1973, reproduzido como manifestação lapidar por Rui Stoco em Leis Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, RT, 1995, p. 46)

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

que se deixe de fazer o que a lei permite que se faça.

37. Conforme ocorra violência à pessoa, ou seja, violência imediata, *vis corporalis*, ou violência sobre coisa, configura-se o crime de violência arbitrária, previsto no art. 322 do Código Penal, ou o crime de constrangimento ilegal, art 146 do Código Penal.

38. Destarte, o crime de violência arbitrária consiste no uso de violência física, que compreende, também, a via de fato²⁸, como na condução coercitiva de alguém para comparecimento cogente à uma Delegacia de Polícia, sem que se lastreie na verificação da prática de um delito ou de uma contravenção penal.

39. A figura típica da violência constitui crime com sujeito ativo próprio, o funcionário público, que pratica a *vis corporalis*, a violência contra a pessoa sem lastro legal, constituindo uma arbitrariedade realizada no exercício da função. Vale-se o funcionário da condição de agente público, em nome da qual arbitrariamente comete, mas sem embasamento em norma autorizatória, uma violência física contra alguém.

²⁸ Luis Regis Prado (Curso de Direito Penal, v.4, São Paulo, RT, 2001, p. 460); Magalhães Noronha, (Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1962, p. 369); Nelson Hungria, (Comentários ao Código Penal, v. IX, Rio, Forense, p. 384); Heleno Fragoso (Lições de Direito Penal, v.4, São Paulo, J.Bushatsky, 2^a.ed., 1965, p. 1121).

40. A violência, que pode se dar no crime de constrangimento ilegal contra coisa, impeditiva de se realizar o que é permitido, no crime de violência arbitrária cumpre que seja exclusivamente contra a pessoa, de forma imediata e direta²⁹.

41. Assim, se o agente policial praticar, na repressão arbitrária à exploração lícita do jogo de bingo, alguma violência à pessoa caracterizada estará a figura típica do art. 322 do Código Penal, cuja pena prevista é de detenção de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.

42. No entanto, se a violência for praticada contra coisa, ligada diretamente à pessoa, de modo a impedir de fazer o que a lei permite que se faça, pois, é permitido o que não é proibido, o crime será o de constrangimento ilegal. Dessa forma, a determinação imposta de fechamento do estabelecimento comercial, constrangendo a não prosseguir na exploração de um comércio lícito, constitui constrangimento ilegal, pois a violência recai sobre coisa a que a vítima está diretamente vinculada³⁰, de tal forma que fica tolhida na sua faculdade de agir.

²⁹ Magalhães Noronha,(op., cit., p. 369).

³⁰ Nelson Hungria, (Comentários ao Código Penal, v. VI, Rio, Forense, 1945, p. 142); Cesar Roberto Bitencourt,(Manual de Direito Penal, parte especial, v.2, São Paulo, Saraiva, p. 416); Magalhães Noronha, (Direito Penal, v. 2, São Paulo, Saraiva, 11ª.ed., p. 163).

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

43. A ação consiste em coagir a deixar de fazer o que pode fazer, a impedir que realize uma ação determinada de exercer o comércio de exploração de um jogo não mais objeto de tipificação penal, pois, conforme acima demonstrado, não sujeito à regulamentação, sendo ilegal pensar-se em reprimir norma penal revogada especificamente com referência a este tipo de jogo.

44. O constrangimento pode realizar-se pela violência à coisa, encerrando as portas do estabelecimento ou mediante a ameaça de procedimento criminal, sendo injusta a omissão imposta, bem como o mal que se ameaça, pois destituído de justa causa. A ameaça diminui a capacidade de resistência da vítima para exercer o que lhe é permitido, deixando-se pelo medo da repressão indevida de fazer o permitido.

45. A determinação de fechamento das atividades do estabelecimento comercial, sob promessa de que sua continuidade ensejaria a instauração de procedimento contravencional, constitui uma grave ameaça por constituir, em vista de ser efetuada por autoridade revestida de poder para tanto, uma ameaça que atemoriza, além de ser injusta, inviabilizando o desenvolvimento da liberdade de querer e de agir da vítima. De conseguinte, estão presentes os dados caracterizadores do crime de constrangimento ilegal³¹.

³¹ Magalhães Noronha, (op.ult. cit., p. 416).

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

46. A condição de funcionário público não impede a caracterização do constrangimento ilegal quando a violência for contra coisa ou quando o constrangimento se der por via de ameaça, pois apenas a violência física está prevista na figura penal do art. 322 do Código Penal, restando estas outras formas de constrangimento agasalhadas pela figura penal do art. 146 do Código Penal.

47. Doutra parte, como já analisamos, não se tipificam as figuras do crime de abuso de autoridade, que pressupõem uma autorização prévia de atuar, mas que ao se realizar ocorre de modo abusivo. No caso em análise, repita-se, a ação é no seu nascedouro ilícita e não apenas ilícita em sua maneira de ser executada. A fonte e o fim da ação são ilícitos.

48. Destarte, cometerá o agente policial, em vista do exposto, claramente demonstrativo da absoluta licitude da exploração do jogo de bingo, os crimes de violência arbitrária, art. 322 do Código Penal, ou de constrangimento ilegal, art. 146 do Código Penal, caso venha, respectivamente, no exercício da função, a praticar violência física, vias de fato, ao conduzir qualquer pessoa coercitivamente à delegacia de polícia, ou realizar violência contra coisa com o fechamento do estabelecimento, o que pode exigir, também, por meio

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

da ameaça grave de instauração de procedimento criminal.

II.5. O sancionamento administrativo e judicial (improbidade administrativa) dos agentes públicos que constrangerem os empreendedores do setor de bingo com exigências ou ameaças sem fundamento legal

49. Sabemos já que a atividade de exploração de jogos de bingo constitui atividade econômica em sentido estrito, lícita, atualmente pouco regulamentada ou mesmo desregulamentada (assim, entendida a situação de ausência de regência legal específica sobre o setor), aberta ao legítimo exercício da livre iniciativa. Nesse prumo, sabemos também que o constrangimento por autoridades de seu exercício qualifica-se penalmente como violência arbitrária ou constrangimento ilegal, sujeitando o agente público às sanções penais concernentes.

50. Mas não só. O cometimento do abuso de autoridade constitui fato jurídico apto a ensejar o sancionamento em outro âmbito de relação jurídica, a saber: na relação jurídica funcional mantida entre o agente público e a pessoa política cujo quadro de pessoal integra.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

51. Aqui, a sanção administrativa dependerá do enquadramento da conduta e correlata sanção a cargo de cada estatuto de agentes do plano federativo concernente (se polícia federal, na lei federal correspectiva; se polícia civil, no correlato Estatuto; se membro do Ministério Público, no concernente estatuto). Como ilustração serve o exemplo da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo, Lei Complementar Estadual n. 207, de 05 de janeiro de 1979. Entre as sanções administrativas lá previstas para manutenção da disciplina do quadro de pessoal do Estado, encontram-se as de "demissão" (LC n. 207/79, arts. 67, V c/c 74) e, mais gravosa, a de "demissão a bem do serviço público" (LC n. 207/79, arts. 67, VI c/c 75). A de demissão do serviço público é, consoante o inciso II do art. 74, aplicável ao funcionário que cometa "*procedimento irregular, de natureza grave*", descrição fática que certamente abrange a promoção por partes de agentes policiais de constrangimentos indevidos ao legítimo exercício de liberdade empresarial.

52. Entretanto, por descrever fato mais específico e mais próximo da caracterização da conduta das autoridades policiais referidas pela consulta, entendemos ser mais apropriada à hipótese a sanção administrativa de demissão a *bem do serviço público*, eis que provavelmente configuráveis os fatos descritos nos incisos II, IV e VI do art. 75:

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

"Artigo 75 - Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que:

"(. . .);

"II - praticar crime contra o boa ordem da administração pública, a fé pública e a Fazenda Estadual, (. . .);

"(. . .);

"IV - praticar ofensas físicas contra funcionários, servidores ou particulares, salvo se em legítima defesa;

"(. . .);

"VI - exigir, receber ou solicitar vantagem indevida, diretamente ou por intermédio de outrem, ainda que fora de suas funções, mas em razão destas;"

53. Além do sancionamento administrativo (operável no seio da relação jurídica mantida entre a pessoa política e seu servidor) do agente público que constranja indevidamente (porquanto ausente lastro legal) o exercício da atividade de exploração de jogos de bingo, sobre tal conduta pode ainda incidir o qualificativo do **ato de improbidade** consoante previsão da Lei **Federal Nacional** (logo, incidente sobre as condutas de qualquer servidor público de qualquer âmbito federativo) de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, art. 11, *caput* e inciso I:

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

"I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;"

54. Certamente é contrário à legalidade e destoa do fim legalmente alvitrado para a atuação dos agentes públicos, o constrangimento ao exercício legítimo de atividades econômicas lícitas. O agente que assim se conduzir, a par de mui provavelmente estar cometendo falta administrativa sujeita à pena de demissão (v.g., no Estado de São Paulo, para o servidor policial, demissão a bem do serviço público, consoante disposições supra transcritas), estará também sujeito às cominações sancionatórias do art. 12, III da referida Lei n. 8.429/92:

"Art. 12. **Independentemente das sanções penais, civis e administrativas,** previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

"(. . .);
"III - na hipótese do art. 11, resarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibições de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos."

55. Calhou, ademais, o negrito acima para evidenciar o comezinho: os distintos modos de sancionamento dos ilícitos (sancionamento penal, administrativo e civil) não se excluem quando ocorrente fato (conduta ilícita) que concomitantemente enseja a incidência dos três âmbitos de sanção³². Ao contrário, as sanções são somadas, sendo aplicadas com relativa independência em cada âmbito próprio (o que, entre outras coisas,

³² "É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da responsabilidade

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

significa que a absolvição quanto à sanção penal ou administrativa não afasta por si só o sancionamento civil mediante a via indenizatória; consoante, aliás, também indica o Código de Processo Penal (CPP), arts. 66³³ e 67³⁴. E, explícita e exemplarmente, assim prescreve o art. 65 da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo, LC n. 207/79, art. 65:

*"Art. 65 -. O policial responde **civil, penal e administrativamente** pelo exercício irregular de suas atribuições, ficando sujeito, **cumulativamente**, às respectivas cominações."*

56. Essas malsinadas condutas das autoridades, para que sejam devidamente reprimidas pelo sancionamento cabível, devem ser noticiadas pelos particulares atingidos mediante representação encaminhada quer ao hierarca do agente público envolvido - autoridade administrativa competente para instaurar Sindicância Administrativo ou mesmo diretamente o Processo Administrativo Disciplinar -, quer ao Ministério Público, autoridade competente tanto para deflagrar eventual Ação Penal, quanto para propor Ação Civil Pública por Ato de Improbidade (Lei

administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza adversas. O mesmo se aplica na ocorrência de duas." (**Odeté Medauar**, Direito Administrativo Moderno, 3 ed., 1999, p. 329)

³³ "Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato."

³⁴ "Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime."

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

n. 8.429/92, art. 17); e, no caso de membros do Ministério Público, à cúpula da organização corresp ectiva.

57. Isso, entretanto, não é tudo. Os agentes públicos flagrados no cometimento de abusos ainda se vulneram ao sancionamento civil comum consistente no dever resarcitório. Vejamos adiante.

II.6 - A responsabilidade civil pelos prejuízos causados aos empreendedores do setor em tela por constrangimento de agentes públicos ao exercício da livre empresa

58. A consulta relata estarem os constrangimentos que alguns agentes públicos vêm cometendo em face de empreendedores do setor ocasionando, além dos danos morais evidentes (os achaques morais implicados pela súbita entrada de agentes armados e com ares intimidantes em estabelecimentos comerciais diante da clientela presente; a condução forçada de dirigentes dos estabelecimentos comerciais a delegacias, entre outros), **danos materiais em monta de milhares de reais** - lesão a que se chega apenas com um dia de interdição (e, portanto, de ausência de operação e

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

geração de divisas) de um estabelecimento de grande porte no setor.

59. Como podem os empreendedores do setor se ressarcir por tais danos?

60. Do que antes já dito, não resta dúvida quanto ao fato de constituir um **ilícito** o constrangimento por parte do Estado (mediante, por óbvio, seus agentes públicos) de atividades econômicas lícitas. Temos, então, presentes pressupostos da configuração da responsabilidade civil em favor do sujeito lesionado, pois, configurados (a) um fato *ilícito* lesivo, (b) um dano e (c) um sujeito lesionado, cumpre identificar a personalidade jurídica responsável pelo fato ilícito lesivo. Calham para tanto algumas breves considerações sobre o regime jurídico de configuração da responsabilidade jurídica estatal e dos agentes públicos.

61. O modo genérico de sancionamento de condutas ilícitas que causam danos a terceiros constitui a condenação do responsável pela conduta lesiva em encargos indenizatórios. Tal é o que deflui do Código Civil, art. 159³⁵, o qual prevê a chamada responsabilidade civil subjetiva (cuja configuração requer o delineamento de caracteres

³⁵ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

reprováveis na conduta subjetiva do praticante do ato lesivo: a intenção de realizar o ilícito ou a culpa por imprudência, negligência ou imperícia).

62. A responsabilidade civil subjetiva é o modo de responsabilização jurídica característico das pessoas físicas, aqui incluídos os agentes públicos individualmente considerados, ainda quando cometam danos no ensejo do exercício de seus cargos ou empregos públicos. E certamente não afasta a responsabilização civil *subjetiva* dos agentes públicos, a previsão constitucional da responsabilidade civil *objetiva* (CF, art. 37, § 6º³⁶) em face do Estado pelos danos que seus agentes - diretos ou indiretos (funcionários de interpostas pessoas jurídicas tituladas para o implemento de encargos públicos) - venham a provocar aos administrados. Como se falasse para o caso que nos convoca a atenção, **Odele Medauar** averbou:

"A vítima ou seu cônjuge, companheiro, herdeiros ingressam com ação para obter reparação de dano, interposta, de regra, contra pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Já se disse que, nos casos de abuso de autoridade, a Lei n. 4.898/65 permite

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

que a vítima aione diretamente o agente, sem prejuízo da ação contra a Administração. A jurisprudência vem admitindo, ainda, que o autor proponha a ação contra a Fazenda Pública e contra o agente, cumulativamente, num litisconsórcio facultativo (...)."³⁷

63. Notemos que a positivação constitucional da responsabilidade civil objetiva para o Estado significa a instituição de **vantagem ao administrado** que venha a ser lesado pela atuação estatal concretizada em condutas de agentes públicos identificáveis ou não. A vantagem está em que, pela responsabilidade civil objetiva estatal, o administrado, para se ressarcir dos danos provocados por atuações dos agentes públicos, não necessita ir a Juízo apresentar demanda indenizatória moldada pela responsabilidade subjetiva em face desses agentes, podendo formular sua pretensão resarcitória diretamente em face do Estado, pleiteando a responsabilização objetiva (independente de configuração de caracteres subjetivos da conduta estatal) deste.

³⁶ “§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

³⁷ Direito Administrativo Moderno, ..., p. 408.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

64. Instituída como uma vantagem em favor do administrado lesionado em sua esfera jurídica por atuação estatal corporificada em condutas de seus agentes, a responsabilidade civil objetiva do Estado longe está de restringir o espectro de possibilidades processuais (acesso ao Judiciário) para o administrado prejudicado formular seu pleito resarcitório. Ao contrário, ela, responsabilidade civil objetiva, vem alargar o horizonte da proteção jurídica do administrado perante o Estado, **somando ao modelo de responsabilidade civil comum (responsabilidade civil subjetiva)**, único exercitável perante as pessoas físicas dos agentes públicos, **um novo e distinto regime de responsabilidade civil, este concernente e exclusivo à pessoa do Estado.** Assim, a previsão da responsabilidade civil objetiva para o Estado, segundo o Texto Magno, art. 37, § 6º, enseja ao administrado lesionado por uma atuação estatal um rol de **opções** (de livre escolha) no encaminhamento de sua pretensão resarcitória ao Judiciário:

- i) o administrado pode formular um pleito **unicamente em face dos agentes públicos** sobre o fundamento da responsabilidade civil *subjetiva* (demonstrando que os mesmos cometeram um *ilícito*, ao constrangerem uma atividade *lícita* sem fundamento legal nenhum para as restrições ou interdições que

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

procuraram impor) com fundamento no Código Civil, art. 159 e na própria Constituição Federal, art. 37, § 6º (o qual, como dito, positiva um modelo específico de responsabilidade civil para o Estado, *sem retirar a responsabilidade civil subjetiva para seus agentes individualmente considerados*); ou

ii) o administrado pode formular um pleito resarcitório em face **unicamente do Estado** consoante o modelo da responsabilidade jurídica objetiva e tranquilamente supedaneado na CF, art. 37, § 6º; ou

iii) o administrado pode apresentar **um pleito resarcitório contra o Estado e os agentes públicos envolvidos no cometimento do fato lesivo**, hipótese em serão operadas duas ordens de configuração da responsabilidade civil: uma, objetiva, perante o Estado; outra, subjetiva, perante seus agentes públicos. Se comprovadas ambas, ter-se-á a responsabilidade solidária do Estado e de seus agentes pelo dano ocasionado.

65. Insistamos que essas três possibilidades de formulação do pleito resarcitório encontram-se sob livre e inteira escolha do administrado lesionado. E isso em nenhum momento briga com o escólio doutrinário e jurisprudencial segundo o qual o administrado tem direito ao afastamento da denunciação da lide (CPC, art. 70, III) por parte do Estado quanto aos seus agentes envolvidos nos fatos que supedaneam o pleito resarcitório interposto contra aquele, porque isso serviria ao propósito de tornar mais complexa e demorada a ação indenizatória em detrimento da garantia a um rápido e objetivo processo ensejado pela responsabilidade civil objetiva³⁸. A oposição não se dá pela simples e óbvia razão que tal se constitui em um direito, uma posição jurídica mais vantajosa posta ao administrado e **em seu exclusivo favor**, por isso mesmo disponível segundo sua **livre** ponderação.

III - RESPOSTAS

³⁸ Conforme **Lúcia Valle Figueiredo**, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 177.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

66. Lançadas as reflexões acima, podemos agora com sobejo estofo responder às questões formuladas pela Consulente. Nos termos seguintes.

1) Qual a atual situação jurídica da atividade de exploração de jogos de bingo? A atividade é lícita ou ilícita?

A antiga interdição ao estabelecimento e exploração de jogos de bingo, defluída da vedação genérica do art. 50 da LCP, encontra-se **revogada** desde a edição da Lei n. 8.672/93, Lei "Zico", que, por seu art. 57, institucionalizou a atividade, dando-lhe os contornos de atividade econômica privada. Assim manteve-se com a Lei n. 9.615/98, Lei "Pelé", e assim permanece com a revogação dos arts. 59 a 81 (aí inclusos os tipos penais dos arts. 75 a 81) daquela Lei pela posterior Lei n. 9.981/00, a Lei "Maguito", a qual, de roldão, revogou o texto do art. 59 tal como alterado pela MP n. 2.049-24, art. 25 (que novidadeira e inconstitucionalmente transformara o regime jurídico da atividade em serviço público). Donde, **desde 31 de dezembro de 2001, quando operada a eficácia revogadora do art. 2º da Lei "Maguito", a exploração de jogos de bingo conforma-se como atividade econômica em sentido estrito, lícita, sem regulamentação legal específica e submetida ao regime constitucional da ordem econômica (CF, arts. 170 e ss.)**.

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

2) Se lícita a atividade, que normas fundamentalmente a submetem?

Lícita é a atividade, uma vez inexistente interdição penal. Porém, desregulamentada, porquanto ausente qualquer regulação legal específica. Desse modo, a regência jurídica da exploração de jogos de bingo se dá por incidência direta do regime constitucional da ordem econômica, do qual despontam com especial relevo princípios constitucionais como: *propriedade privada, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, livre iniciativa, razoabilidade e proporcionalidade da intervenção estatal regulatória, repressão ao abuso de poder econômico, reserva de lei como instrumento regulatório inaugural para o estabelecimento de restrições e encargos ao exercício da atividade econômica, liberdade contratual*, entre outros.

3) Se lícita a atividade, seus empreendedores dependem de autorizações estatais para explorá-la? Esses empreendedores estão sujeitos a alguma polícia administrativa? Caso sim, a qual? A CEF exerceia referida polícia administrativa?

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Inexistente regulação **legal** específica sobre a atividade em causa, sua empreendedoria não está condicionada à prévia obtenção de autorizações estatais específicas. Ausente lei, **ausente também qualquer competência da CEF para exigir ou expedir autorizações e, de resto, para exercer qualquer polícia administrativa no setor.** Sem embargo, **como toda e qualquer atividade econômica,** seu exercício pode sofrer condicionamentos e polícias administrativas genéricos - sempre a depender de supedâneo legal - atinentes à **proteção do consumidor** e polícias administrativas de várias ordens como: sanitária, de construção, de segurança pública etc., usualmente objeto de legislação municipal.

4) Se licita a atividade, as repressões e constrangimentos que autoridades policiais têm cometido contra empreendedores do setor configuraria algum ilícito penal? Qual? Quais são as sanções penais atribuídas ao mesmo?

As eventuais ações repressivas configuram o crime de violência arbitrária, previsto no art. 322 do Código Penal, se praticadas com violência contra a pessoa, compreendendo a condução coercitiva à Delegacia de Polícia. Se a ação repressiva ilegal ocorrer mediante

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

violência a coisa, por exemplo, fechamento do estabelecimento, configura-se o crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do Código Penal. Crime de constrangimento ilegal tipifica-se, também, se o impedimento do exercício legal do comércio suceda por via de ameaça de injusta instauração de procedimento criminal.

5) Qualificando-se essas aludidas repressões e constrangimentos policiais e de outras autoridades como *ilícito penal* (crime), os agentes públicos que as pratiquem estarão sujeitos a alguma sanção de caráter administrativo?

Sim e de grave ordem: usualmente, a **demissão**. Ademais, a hipótese sugere a qualificação como **ato de improbidade administrativa** nos termos da Lei n. 8.429/92, art. 11, III e concernente sancionamento prescrito no art. 12, III da mesma Lei, entre cujas cominações encontra-se também a perda do cargo.

6) Os empreendedores do setor em causa prejudicados pela interdição de seus estabelecimentos poderiam de alguma forma se

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ressarcir desses danos? De que forma e contra quem?

Independente da responsabilização penal e administrativa (os distintos âmbitos de responsabilização e sancionamento do ilícito não se excluem, mas, sim, se somam com relativa independência), operável também a responsabilização civil mediante condenação judicial em encargo indenizatório. Para tanto, a CF, art. 37, § 6º c/c o Código Civil, art. 159 enseja à **livre** escolha do administrado lesionado a formulação de pleito resarcitório em uma dessas três modalidades:

- i) **unicamente em face dos agentes públicos** sobre o fundamento da responsabilidade civil *subjetiva* (demonstrando que os mesmos cometeram um *ilícito*, ao constrangerem uma atividade *lícita* sem fundamento legal nenhum para as restrições ou interdições que procuraram impor); **ou**
- ii) **unicamente em face do Estado** consoante o modelo da responsabilidade jurídica objetiva e tranquilamente supedaneado na CF, art. 37, § 6º; **ou**
- iii) **um pleito resarcitório contra o Estado e os agentes públicos envolvidos no**

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FÁBIO BARBALHO LEITE
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

cometimento do fato lesivo, hipótese em que serão operadas duas ordens de configuração da responsabilidade civil: uma, objetiva, perante o Estado; outra, subjetiva, perante seus agentes públicos. Se comprovadas ambas, ter-se-á a responsabilidade solidária do Estado e de seus agentes pelo dano ocasionado.

É o que nos parece, smj.

São Paulo, 17 de setembro de 2002.

MIGUEL REALE JÚNIOR

FÁBIO BARBALHO LEITE