



**X CONGRESSO ESTADUAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DE MINAS GERAIS**

Reflexões
Contemporâneas
**sobre a
Identidade
Institucional**

**23 a 26
maio de 2012
Araxá • MG
Tauá Grande Hotel**

Anais



SUMÁRIO

1 - O que a sociedade espera do Ministério Público?

Amauri Artimos da Matta 4

2- A possibilidade de aplicação de medida socioeducativa não restritiva de liberdade na remissão pré-processual

André Tuma Delbim Ferreira 15

3 - Da eficácia *erga omnes* e imediata da decisão do STF proferida na ADI n.º4.424/2012, que declarou a natureza pública incondicionada da ação penal nas infrações penais e lesão corporal e vias de fato regidas pela Lei Maria da Penha

Antônio Sérgio Tonet 21

4 - Da ilegalidade da omissão na publicação de editais para o provimento de cargos vagos ocupados por Promotores de Justiça Substituto

Antônio Sérgio Tonet e Arnaldo Alves Soares 31

5 - Possibilidade e necessidade do Ministério Público atuar diretamente como agente transformador da realidade social

Bruno Cesar Medeiros Jardim 40

6 – A desnecessidade de vedação do afastamento voluntário temporário do membro do Ministério Público durante o processo eleitoral

Calixto Oliveira Souza 47

7 - A “busca e o acolhimento institucional” à luz do estatuto da criança e do adolescente

Epaminondas da Costa 53

8 - Destituição/perda do poder familiar frustrada: restabelecimento jurídico do vínculo da filiação biológica

Epaminondas da Costa 62

9 - Regime prisional fechado no delito de tráfico de entorpecentes

Fábio Soares Valera 67

10 - As ações civis públicas como mecanismo de freios e contrapesos: necessidade de aliança estratégica do Ministério Público e do Legislativo, no atual cenário de agigantamento do Executivo e de ativismo do Judiciário, para consolidação da democracia e preservação das atribuições do Parlamento

Felipe Gustavo Gonçalves Caires 74

11 - A identidade institucional resolutiva na atuação extrajudicial dos órgãos de execução de 2º grau

Gisela Potério Santos Saldanha 84

12 - Do privilégio constitucional da reparação do dono ao erário

Gisela Potério Santos Saldanha 89

13 - Reflexões sobre a missão constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

Júlio César Teixeira Crivellari 92

14 - A “aposentadoria especial” de agentes políticos e a violação aos princípios e regras constitucionais

Marcus Paulo Queiroz Macêdo 106

15 - As medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha: a busca por um devido processo legal célere

Mário Antônio Conceição 121

16 - O *parquet* e a saída temporária para visita à família do preso

Mário Antônio Conceição 130

17 - Rezando a missa de frente e em bom português (ou “democratização e humanização da atividade ministerial: além de ir aonde o povo está é precisar falar a sua língua!”)

Paulo Calmon Nogueira da Gama 139

18 - A ação do ressarcimento e o dano presumido

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos 148

19 – Ato de improbidade e a moralidade administrativa

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos 153

20 - O dano decorrente da perda de chance na improbidade administrativa

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos 157

21 - A inconstitucionalidade da apresentação de garantia antes da fase de habilitação nas licitações

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos 161

22 - O olhar coletivo sobre as áreas de reserva legal

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos 166

23 - Prazo para recuperação de vegetação nativa ilegalmente suprimida em área de reserva legal

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos 170

24 - A prescrição da ação por ato de improbidade e reeleição

Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos 174

25 - Aferição do merecimento - Uma crise desnecessária

Rodrigo Sousa de Albuquerque 177

APROVADA POR UNANIMIDADE

O que a sociedade espera do Ministério Público ?ⁱ

Amauri Artimos da Matta

Após conduzir um longo processo de discussão acerca do planejamento e gestão estratégicos do Ministério Público, a Procuradoria-Geral de Justiça instituiu o “Programa MP e Gestão com Resultados”.¹ Sua finalidade é “monitorar, avaliar e revisar o Planejamento Estratégico do MPMG 2010-2023, o Mapa Estratégico e os Resultados para a Sociedade”. O planejamento e gestão estratégicos da instituição, de longo prazo, é um produto adquirido pelo Ministério Público, da Price Waterhouse Coopers Brasil, escolhida e contratada por meio de licitação, nos termos do seu edital e projeto básico.² O prazo de execução do contrato foi de 01 ano e 05 meses, consideradas a data de sua assinatura (13/07/2010)³ e a entrega do produto (15/12/2011).⁴

ⁱ - Tese defendida no X Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, realizado em Araxá, nos dias 23 a 26 de maio de 2012, no Tauá Grande Hotel.

¹ - Lançamento ocorrido no Ouro Minas Palace Hotel, em Belo Horizonte, dia 9 de março, no período da tarde, que contou com a presença de membros e servidores do Ministério Público convocados para o ato.

² - “O presente projeto básico tem, como objeto, a contratação de serviços de consultoria de organização especializada, visando à elaboração de Plano Estratégico de Longo Prazo e construção de um Modelo de Gestão Estratégica com base na Metodologia *Balanced Scorecard* (BSC) ou metodologia equivalente, que ofereça sistemática de acompanhamento e gestão com uso de indicadores de desempenho e mapa estratégico, para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, alcançando um período mínimo de 13 (treze) anos” (Projeto Básico, Objeto - 08/fev/2010, pág. 01). O link do projeto básico da licitação pode ser encontrado no Portal do MPMG, abaixo do texto intitulado “Planejamento Estratégico”, contido no espaço destinado à Secretaria de Planejamento Estratégico. Para chegar ao local, basta clicar, a partir da página principal do Portal do MP, os seguintes ícones: “Institucional”, “Secretaria de Planejamento Estratégico” e “Planejamento Estratégico”.

³ - Conforme informação obtida no Portal do MPMG, no texto intitulado “Planejamento Estratégico”, contido no espaço destinado à Secretaria de Planejamento Estratégico. Para chegar ao local, basta clicar, a partir da página principal do Portal do MP, os seguintes ícones: “Institucional”, “Secretaria de Planejamento Estratégico” e “Planejamento Estratégico”.

⁴ - Conforme noticiado no Portal do MP, pela Coordenadoria de Planejamento Institucional (16/12/11).

A dinâmica do processo⁵ e o andamento dos trabalhos foram divulgados nas seguintes matérias:⁶

17Set10	1ª Fase	“Ministério Público apresenta diagnóstico preliminar sobre a visão interna da instituição” (Sala de imprensa) ⁷
Set/10	1ª Fase	“Planejamento estratégico: apresentação de diagnóstico preliminar reúne promotores de Justiça de todo o Estado” (MPMG Notícias) ⁸
Fev/11	4ª Fase	“Um Ministério Público pensado por todos” (Informativo da PGJMP) ⁹
Ago/11	4ª Fase	“Procuradoria-Geral de Justiça apresenta o Mapa Estratégico da Instituição: veja o resultado da quarta

⁵ - As fases percorridas foram as seguintes: 1) Elaboração de: 1.1. Diagnóstico Preliminar; 1.2. Pré-Projeto de Trabalho; 1.3. Plano de Comunicação; 2) Construção de Cenários Prospectivos para as áreas de resultado; 3) Elaboração do Plano Estratégico; 4) Construção do Mapa Estratégico para as áreas de resultado; 5) Elaboração dos Planos Operacionais; 6) Definição de um Modelo de Gestão Estratégica ideal e permanente para o MPMG. (Projeto Básico, 08/fev/2010, pág. 04).

⁶ - “3. SERVIÇOS A EXECUTAR – DIVISÃO EM FASES (...) 3.1 - Elaborar Diagnóstico Institucional Preliminar, Plano de Trabalho com cronograma detalhado e Plano de Comunicação para cada etapa (...) 3.1.5.2 – Elaborar Plano de Comunicação com cronograma detalhado das atividades/tarefas para divulgar cada fase do Planejamento Estratégico, com o fim de mobilizar o público (interno e externo), abrangendo as atividades de jornalismo, relações públicas e publicidade. O Plano deverá ser aprovado e executado pela Assessoria de Comunicação da Contratante. Produto Gerado: .” (Projeto Básico, págs. 04 e 05).

⁷ - Os membros do MP puderam participar desta etapa respondendo a um questionário elaborado pela empresa contratada.

⁸ - Desafios a enfrentar: considerar as diferenças regionais no Estado; promover integração e sinergia entre as áreas finalistas, meio e apoio; promover atuação convergente em prol da unicidade; adequar-se às limitações orçamentárias. (MAX CORREA, Gerente de Projetos e Consultoria).

⁹ - i) Realização de workshops, feitos com grupo de facilitadores e membros do Ministério Público, para construir o mapa estratégico; ii) Grupo de facilitadores: função de elaborar o mapa estratégico preliminar e consolidá-lo, após os workshops dos membros do MP; iii) Fase seguinte: realização de oficinas com os Centros de Apoio Operacional (CAOS) para desdobramento do mapa estratégico e detalhamento de indicadores e planos operacionais por área de atuação; iv) Resultado final esperado: modelo de gestão estratégica; um conjunto de diretrizes e mecanismos de monitoramento que, na prática, irão colaborar para que a Instituição atinja os seus objetivos; v) elaboração de mapa de objetivos e prioridades que vão compor planos a serem implementados a curto, médio e longo prazos; vi) Importância de que “cada promotor de Justiça, cada procurador, cada servidor da Instituição tenha noção e consciência do seu papel nesse projeto institucional. Daí a importância da participação, das críticas e das manifestações de cada colega”. (ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES, Procurador-Geral de Justiça); vii) “O envolvimento da classe e de servidores é o que vai trazer legitimação para o que será decidido”. (JARBAS SOARES JÚNIOR, Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, ex-coordenador da Secretaria de Planejamento/Sepe).

		fase dos trabalhos de elaboração do Planejamento Estratégico 2010/2023” (MPMG Notícias) ¹⁰
03Ago11	4ª Fase	“Planejamento Estratégico recebe propostas de ação de membros e servidores” (Sala de imprensa) ¹¹
18Ago11	5ª Fase	“PGJ realiza as primeiras oficinas de desdobramento do Mapa Estratégico do MPMG: membros e servidores estão participando de oficinas para o alinhamento intersetorial de propostas de ação” (Sala de imprensa) ¹²
16Dez11	6ª Fase	“Planejamento Estratégico: PWC conclui consultoria” (Coordenadoria de Planejamento Institucional) ¹³
Fev12		“MPMG inicia nova fase de reconhecimento e implantação de metas” (MPMG Notícias) ¹⁴

Feito esse retrospecto, indago: qual é a finalidade do planejamento estratégico ?

Para Mauro Calixta Tavares, ele **“procura estabelecer que tipos de necessidades**

¹⁰ - i) Importância dos planos operacionais, que, “alinhados à missão, à visão e à estratégia institucional, formarão a carteira de projetos do MPMG, e, para eles, serão canalizados os recursos necessários à sua execução, sendo todas as iniciativas traduzidas em metas e indicadores de seu alcance com o fim de avaliarmos o cumprimento dos grandes objetivos consolidados no mapa estratégico”. (JAIRO CRUZ MOREIRA, Coordenador da Secretaria de Planejamento/Sepe); ii) “O Coordenador da Sepe também apresentou a nova ferramenta: Proposta de Ação, que já está disponível no Portal do MPMG e que possibilitará, com a participação dos membros e servidores, extrair “iniciativas para a melhoria e inovação no âmbito institucional, enriquecendo ainda mais a carteira de projetos” (MPMG Notícias); iii) “O procurador-geral de Justiça, Alceu Torres, elogiou o andamento das etapas, destacando que foi um trabalho de extrema organização, que contou com a presença de 77% dos membros e de inúmeros servidores do Ministério Público Mineiro” (MPMG Notícias).

¹¹ - Basta acessar: “Proposta de ação, melhoria ou inovação para elaboração dos Planos Operacionais”.

¹² - Elaboração dos Planos Operacionais.

¹³ - i) “No gabinete do procurador-geral de Justiça, a equipe técnica PWC fez breve exposição sobre as fases do projeto e apresentou um resumo dos principais produtos e ferramentas desenvolvidas”; ii) “Foi apresentado o direcionamento a ser seguido pela Procuradoria-Geral de Justiça e Promotores de Justiça na execução do planejamento para os próximos anos, tratando sobre os seguintes tópicos: Mapa Estratégico e Matriz Estratégica; Modelo de Governança e Gestão da Matriz Estratégica; Alinhamento com o Plano Geral de Atuação; Macro-Objetivos Institucionais; Ferramentas, Formulários, Modelos e Sistemáticas; Recomendações para a Execução do Planejamento e Gestão Estratégica do MPMG”.

¹⁴ - i) “A instituição anuncia o final da elaboração do seu planejamento estratégico (2010/2023), que contou com a consultoria da PwC, e dá início a uma nova fase de reconhecimento e implantação das metas consolidadas no mapa estratégico por meio da elaboração e execução de projetos que irão nortear o desenvolvimento do MPMG nos próximos anos”; ii) “o procurador-geral de Justiça fez o lançamento do programa MP e gestão com resultados e apresentou o Escritório de Projetos do MPMG aos procuradores e promotores de Justiça e aos servidores do MPMG no dia 9 de março”; iii) “Essa máquina administrativa está funcionando, rodando a engrenagem, e já existem 252 iniciativas de projetos encaminhados nesse período à Procuradoria-Geral de Justiça pelos membros”. Ele ainda afirmou que esse modelo de gestão tem comprometimento com a governança e com resultados práticos” (ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES, Procurador-Geral de Justiça).

atender e como atender (grifei). Segundo o autor, em seu enfoque tradicional, o planejamento a longo prazo projeta, a partir de dados do passado e do presente, como será o futuro. “*O longo prazo na concepção da gestão estratégica significa tentar-se compreender como o setor evoluirá e como moldar a organização em face desse futuro*”. É necessário, portanto, que se crie um modelo de gestão estratégica perene, que possa funcionar frente à complexidade de funções, a incerteza do futuro, especialmente, ligada a escassez de recursos em contraposição ao aumento de demandas”.¹⁵

E o seu conceito? Segundo “Philip KOTLER (1975), um dos defensores da sua utilização”, “planejamento Estratégico é uma metodologia gerencial que permite estabelecer a **direção a ser seguida pela Organização** (grifei) visando maior grau de interação com o ambiente”. A direção engloba os seguintes itens: **âmbito de atuação** (grifei), macropolíticas, políticas funcionais, filosofia de atuação, macroestratégias, estratégias funcionais, macroobjetivos, **objetivos funcionais** (grifei)”.¹⁶

Saliente-se que, ao tratar da atividade-fim do Ministério Público, o planejamento estratégico não deve estabelecer “que tipos de necessidades a atender”, pois elas já estão previstas em lei e não podem deixar de ser perseguidas pelos órgãos de execução, nas suas diversas áreas.¹⁷ O entendimento utilizado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, será aquela que entenderem mais correto, mesmo que possa contrariar diretriz estabelecida pela instituição. Hugo Nigro Mazzilli, percebendo esse fato, não poupou críticas ao plano geral de atuação, por sua filosofia centralizadora.¹⁸ É relevante notar, a

¹⁵ - Projeto Básico, pág. 02.

¹⁶ - Projeto Básico, pág. 02.

¹⁷ - Lei Complementar nº 34/94: arts. 4º, III, 58, 59 e 60.

¹⁸ - Hugo Nigro Mazzilli, numa visão crítica do plano geral de atuação, assim escreveu: “A LOEMP escondeu a filosofia centralizadora sob roupagem de um Ministério Público moderno. Inovou ao instituir *planos de atuação* destinados a impor objetivos e diretrizes institucionais (arts. 97 e s.). Dispunha que, ouvidos alguns órgãos, o plano geral e os projetos especiais deveriam ser estabelecidos pelo PGJ (arts. 98 e 102), enquanto os programas das Promotorias seriam elaborados por estas (art. 100), mas os programas integrados deveriam conformar-se ao plano geral (art. 101). Se na Administração os planos de governo servem para controlar a discricionariedade e garantir continuidade ao serviço público, já, no Ministério Público, a regra é a obrigatoriedade; a exceção é a discricionariedade. Ora, o Promotor pode discordar das precedências estabelecidas pelo PGJ ou pelo seu antecessor de Promotoria, pois as primazias são só as da lei. Se esta diz que são prioridades as crianças, os idosos, os réus presos, ou que o interesse social sobrepuja o individual — inútil plano de atuação que o repetisse; irrita se o contrariasse. As prioridades do Ministério Público decorrem da vontade da lei, interpretada diretamente por seus órgãos de execução. Por força da

propósito, que os diversos tipos de interesses metaindividuais, defendidos nas promotorias especializadas, estão em permanente conflito, e a prevalência de um, em relação ao outro, não deveria ser defendida no plano geral de atuação.¹⁹ O planejamento estratégico de um órgão público, ao contrário do que ocorre na iniciativa privada, não é livre para escolher as necessidades a serem atendidas pelo Ministério Público. Um de seus papéis principais é realizar o diagnóstico da instituição, em todos os setores, apontar as falhas que estejam comprometendo os resultados e decidir os passos que a Chefia institucional deve dar para resolver os problemas.

O planejamento estratégico é um plano, contido em documento técnico e formal ? Sim. É o que diz Marcelo Santa Rosa, Coordenador da Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais (DPIN), da Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI), ao distinguir plano, objetivo, meta e estratégia: “Planejamento é a arte de construir planos. Pois bem, um plano (a palavra plano nos lembra uma superfície sem imperfeições, retidão, onde com um rápido olhar percebe-se sua totalidade, do início ao fim) é o instrumento de planejamento capaz de atingir metas. **É um documento técnico formal de declaração explícita de intenções** (grifei), em que são colocados os objetivos, as metas, as estratégias, o cronograma de execução e as responsabilidades setoriais e individuais dos envolvidos, ou seja, tem-se a clareza de “o que” será feito, “como” será feito, “quem” fará, “onde” será feito e “quando” fará. O objetivo é genérico, abrangente. Refere-se ao “o que” vai ser feito. O detalhamento do objetivo chama-se meta, que nada mais é do que o próprio objetivo colocado de maneira desafiante, estruturado com indicação do que deve ser feito acompanhado de um percentual (“quanto” vai ser feito) a

independência funcional, os órgãos do Ministério Público decidem livremente o que fazer, dentro dos limites da lei, sem se subordinarem a determinações de outros órgãos da instituição (v. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, 5ª ed., Saraiva). Quando integrávamos o CSMP, recusamo-nos a dar sugestões ao plano geral a ser estabelecido pelo PGJ, “por entender que as prioridades funcionais do Ministério Público já estão estabelecidas na lei e nas decisões individuais dos Promotores de Justiça, em decorrência da liberdade e da independência funcional ínsitas aos membros do Ministério Público, na qualidade de agentes políticos” (DOE, I, 10-12-94, p. 50) – Planos de atuação funcional, Revista MPD Dialógico. Busca feita via internet.

¹⁹ - Um exemplo ilustra a afirmação: entidades de classe dos supermercados e ambientalistas, no embalo das leis abolindo as sacolas feitas inteiramente de plástico, decidiram interessante estratégia para difundir a importância de uso das sacolas compostáveis e biodegradáveis: cobrar, dos consumidores, pelo preço de custo, o valor de R\$ 0,19, em vários municípios do país. Com essa idéia brilhante, formaram um cartel e continuam lesando a ordem econômica.

ser cumprido em um determinado tempo (“quando” vai ser feito)”. A estratégia representa a maneira de alcançarmos o objetivo. Definem as ações, o foco para aplicação dos processos (“como” deve ser feito) necessários”.²⁰

A Resolução PGJ nº 23, de 09/03/12, que aprovou o programa “MP e Gestão com Resultados”, fixou os seus objetivos ²¹ (art. 1º), abrangência ²² (art. 2º) e definiu sua direção e coordenação ²³ (art. 3º). Mencionou as áreas prioritárias de resultados para a sociedade, nos próximos 13 anos (2010-2023) – defesa da infância e da juventude e da educação, combate à criminalidade, combate à corrupção e a defesa do patrimônio Público, defesa da saúde e defesa do meio ambiente – com as quais os planos de atuação dos órgãos de execução, nas diversas áreas, deverão estar alinhados. Será essa a melhor

²⁰ - MPMG Jurídico, nº 10, jul a set/07, pág. 64.

²¹ - “Fica instituído, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), o Programa "MP e Gestão com Resultados", que tem por objetivos: I - viabilizar a ação coordenada institucional nas áreas de resultado para a sociedade, compreendendo a Defesa da Infância e Juventude e da Educação, o Combate à Criminalidade, o Combate à Corrupção e a Defesa do Patrimônio Público, a Defesa da Saúde e a Defesa do Meio Ambiente; II - alinhar as ações estratégicas institucionais, de forma a proporcionar a atuação articulada das unidades organizacionais encarregadas da gestão de projetos de eficácia para as Áreas de Resultado e projetos estruturantes administrativos; III - incentivar o alcance dos objetivos das áreas de resultado para a sociedade e dos projetos estratégicos institucionais; IV - acompanhar e avaliar os resultados dos planos, programas e projetos institucionais e V - desenvolver mecanismos que propiciem a divulgação das ações e dos resultados relacionados com a gestão estratégica do MPMG (RE PGJ nº 23/12, art. 1º).

²² - “O Programa "MP e Gestão com Resultados" abrange metodologias, estratégias, ações e meios voltados para a efetividade e a eficácia dos planos, programas e projetos institucionais, compreendendo: I - a estruturação do "Escritório de Projetos", bem como a instituição da Metodologia de Gerenciamento de Projetos; II - o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação das ações empreendidas no âmbito do Planejamento Estratégico do MPMG; III - o desenvolvimento de: a) Plano Geral de Atuação - Área Administrativa (PGA-Administrativo) para 2012; b) Plano Geral de Atuação - Área Fim (PGA-Finalístico) para o biênio 2012/2013; c) indicadores de desempenho institucional. IV - a fixação de: a) ciclos de revisão do Planejamento Estratégico MPMG, inclusive do Plano Geral de Atuação - Área Fim (PGA-Finalístico) e do Plano Geral de Atuação - Área Administrativa (PGA-Administrativo); b) relatórios gerenciais de Planejamento e de Gestão de Projetos Estratégicos” (RE PGJ nº 23/12, art. 2º).

²³ - “O Programa "MP e Gestão com Resultados" será dirigido pelo Procurador-Geral de Justiça, ou por quem ele expressamente determinar, e sua execução será compartilhada com os Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos, o Coordenador da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico, o Coordenador da Coordenadoria de Planejamento Institucional e os Coordenadores dos Centros de Apoio Operacional. § 1º A coordenação executiva do programa a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade do Coordenador da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico § 2º O Programa "MP e Gestão com Resultados" terá suporte da Coordenadoria de Planejamento Institucional (RE PGJ nº 23/12, art. 3º).

decisão ?²⁴ Alinhar os resultados a serem perseguidos pelo Ministério Público a partir de 5 objetivos, quando, se sabe, não são mais relevantes que os demais, também protegidos por lei ? Como adverte Hugo Nigro Mazzilli, “se esta diz que são prioridades as crianças, os idosos, os réus presos, ou que o interesse social sobrepuja o individual — inútil plano de atuação que o repetisse; irrita se o contrariasse”.²⁵ Não seria mais adequado, no plano estratégico, eleger, como resultado para a sociedade, valores que possam moldá-la, e ao brasileiro ? Ética nas relações humana, segurança, solidariedade e autonomia da pessoa são princípios que poderiam ser trabalhados por todos os órgãos de execução, judicial e extrajudicialmente, de forma transversal, na busca de um futuro melhor. Há, ainda, a possibilidade de elegermos um ou mais temas específicos, como o combate às drogas, a partir do qual teríamos uma maior convergência de ações. Ou até acrescentar outras estratégias, de forma harmônica.

A resolução disse, ainda, que a finalidade do Programa “MP e Gestão com Resultados” é “monitorar, avaliar e revisar o Planejamento Estratégico do MPMG 2010-2023, o Mapa Estratégico e os Resultados para a Sociedade”. Agora, outras indagações são cabíveis: onde está o Planejamento Estratégico do MPMG 2010-2023, entendido como um documento técnico, formal ? Qual é o diagnóstico da nossa instituição ? Quais foram os problemas detectados ? Quais serão os passos futuros a serem dados, na tentativa de solucioná-los, pela Chefia institucional, nos 17 macro-objetivos escolhidos ?²⁶ Quais foram os critérios utilizados para escolher as metas prioritárias, nas áreas de resultado ?

²⁴ - “Com efeito, para motivar se determinada decisão administrativa é ou não aquela considerada justa para a hipótese, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja retrospectiva, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também elementos justificativos voltados para o futuro, através de um exercício prospectivo, de modo a ser possível demonstrar que as soluções adotadas, uma vez aplicadas, não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais, que a própria ordem jurídica declara e preserva” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, pág. 101. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, 388 páginas).

²⁵ - Vide a nota de rodapé de nº 18.

²⁶ - Um deles é objeto da Resolução PGJ nº 18, de 14/02/12, que cria a Comissão Permanente de Divisão de Atribuições e dá outras providências. Tem o claro propósito de pensar o modelo atual de divisão de atribuições entre os órgãos de execução, para buscar uma maior “eficácia na atuação”, face à diversidade de critérios utilizados em cada comarca (processos internos). É uma resolução querendo dar um rumo à construção de um novo Ministério Público. O resultado da comissão, corporificado numa proposta de resolução, não pode deixar de ser submetida à consulta da classe. Aliás, todos os atos a serem editados, nesse sentido, integram o planejamento estratégico e devem ser precedidos de consulta aos membros do Ministério Público, como se verá adiante.

O que esperar dos membros e servidores da instituição ? Quais são os planos operacionais por área de atuação ? Qual é o modelo de gestão estratégica escolhido para o Ministério Público ? Como entendê-lo, para ser eficaz dentro da instituição ?

Todo este trabalho desenvolvido pela Procuradoria-Geral de Justiça – precioso e vital para a sobrevivência da instituição, por tudo que pretende alcançar – não pode se resumir à propaganda de suas etapas feita na mídia institucional (prevista no projeto básico), ou à uma apresentação no Portal do MP. É necessário que seja conhecido, pela classe, nos mínimos detalhes, e aprovado por resolução. É um ato administrativo que precisa ser publicado²⁷, para existir no mundo jurídico. Não se pode monitorar, avaliar ou revisar, ou, o que é mais importante, ser apropriado por todos, como construção coletiva, algo que não se conhece. Para esta e futuras administrações do MP. O seu prazo de validade é de 13 anos! Como diz Peter Druker, o idealizador da administração por objetivos,²⁸ “o planejamento estratégico não opera com decisões futuras. Ele opera com o que há de futuro nas decisões atuais. As decisões só existem no presente. A pergunta que o encarregado de tomar decisões estratégicas tem à frente não diz respeito àquilo que sua organização fará amanhã. É, sim: “Que é que temos de fazer hoje para estar preparados para a incerteza do amanhã ?”²⁹ Esse é o ponto. Talvez, neste momento – embora sem a mínima intenção – esteja sendo cometido um erro que acompanha a administração pública por décadas, que a reforma do Estado, conduzida no país desde 1995, condenou: priorizar as etapas do processo e não o seu resultado.³⁰

²⁷ - “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (CF, art. 37).

²⁸ - O livro publicado por Peter Druker, “Administração por Objetivos”, em 1954, lhe rendeu o título de criador da APO, como ensina Idalberto Chiavenato (Teoria Geral da Administração, Vol. I, pág. 348. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2001, 385 páginas).

²⁹ - Introdução à Administração, pág. 135. São Paulo: Cengage Learning, 1984, 714 páginas.

³⁰ - “A administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns de seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígido critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental” (Plano Diretor da Reforma do Estado, Presidência da República, pág. 16. Brasília, 1995, 68 páginas). Esse plano, editado no governo Fernando Henrique Cardoso, vem orientando todo o processo de reforma do Estado e da Administração Pública. Deveria ser lido por todos os brasileiros, e, especialmente, pelos agentes públicos. Fez um diagnóstico preciso dos problemas do país (fiscal, previdenciário e de gestão), indicou as soluções e apresentou uma

O planejamento estratégico dita o Plano Geral de Atuação de uma organização ? Sim. Quem responde é Russell ACKOFF, citado por Marcelo Santa Rosa: “Existem dúvidas também sobre as diferenças entre Planejamento Estratégico, Tático e Operacional. Russell ACKOFF (1966) esclarece que o Planejamento Estratégico é pertinente à organização como um todo, **elabora Planos Gerais de Atuação** (grifo meu) de suas áreas finalísticas, enquanto o Planejamento Tático elabora planos relacionados com as diversas áreas ou setores intermediários da organização. Por exemplo, um Plano Financeiro, um Plano Orçamentário, um Plano de Compras são planos táticos que podem fazer parte de um Planejamento Estratégico. Para operacionalizar os planejamentos táticos são preparados os Planos Operacionais (ou setoriais) que orientam como serão desenvolvidos (operacionalizados) os planos táticos. Temos aqui uma boa oportunidade de clarear a definição de estratégia e tática. Enquanto a primeira distingue-se pela abrangência, ou seja, o grau em que a organização será afetada por uma ação e abrange um período de tempo relativamente maior para esta ação ser implementada. Já a segunda refere-se a ações que afetaram parte ou partes da organização, como as áreas funcionais. Um conjunto de táticas pode formar uma estratégia. A palavra estratégia vem do grego “strategos”: a arte do general”.³¹

O plano geral de atuação, nesse caso, é o instrumento pelo qual o Ministério Público deve “viabilizar a consecução de metas prioritárias, nas diversas áreas de suas atribuições”. O seu caráter vinculante e obrigatório decorre dos seguintes aspectos: 1º)

série de medidas a serem adotadas, notadamente no plano legislativo, para transformar a administração pública. Discorreu sobre os três modelos de Administração Pública – patrimonialista, burocrática e gerencial – e justificou a sua opção pelo terceiro. Apresentou os quatro setores do Estado, incluindo o Ministério Público no núcleo estratégico (pág. 41). Nele, diz o plano diretor, “o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas (pág. 42). Descreveu quais devem ser os objetivos globais e de cada setor estatal, estabeleceu as estratégias de transição e os projetos a serem desenvolvidos, dividindo-os em projetos básicos (avaliação estrutural, agências autônomas e organizações sociais e publicização), e adicionais (projeto cidadão, indicadores de desempenho, qualidade e participação, nova política de recursos humanos, valorização do servidor para a cidadania, desenvolvimento de recursos humanos, revisão da legislação infra-constitucional, rede do governo e sistemas de gestão pública (controle e informações gerenciais). Disse, com todas as letras, que o interesse público não pode ser confundido com o do aparelho do Estado, como os dos agentes públicos. O seu objetivo é atender às necessidades do cidadão. E que o Estado, nos seus processos administrativos deve criar mecanismos de participação social, tanto na formulação das políticas públicas (audiências e consulta pública sobre a proposta do ato a ser editado), como no seu acompanhamento e avaliação.

³¹ - Revista citada, pág. 64.

dever da chefia institucional de apresentá-lo, a cada ano, em abril; 2º) legitimidade de sua elaboração, calcada na participação de todos os membros da instituição e aprovação de órgão colegiado;³² 3º) cumprimento de dever constitucional, quanto à obrigatoriedade das instituições públicas planejarem a sua atuação.³³ Em síntese, a observância do devido processo legal (participativo), na edição do plano geral de atuação, decorre da lei.

Como deve ocorrer essa participação, se nós não conhecemos o seu conteúdo? Deve ser feita por consulta dirigida à classe, pela Chefia do Ministério Público ou pela Câmara de Procuradores, permitindo, na fase de discussão e aprovação, a apresentação de sugestões. Esse é o espírito da lei: 1º) o plano geral de atuação deve ser elaborado “com a participação dos Centros de Apoio Operacional, das Procuradorias e das Promotorias de Justiça” (LCE nº 34/94, art. 19, Pu); 2º) os coordenadores de Promotorias e Procuradorias de Justiça têm o direito (dever) de enviar sugestões sobre o plano geral

³² - LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (LCE Nº 34, DE 12/09/94): “O Procurador-Geral de Justiça apresentará, no mês de abril de cada ano, o Plano Geral de Atuação do Ministério Público, destinado a viabilizar a consecução de metas prioritárias, nas diversas áreas de suas atribuições. Parágrafo único - O Plano Geral de Atuação será elaborado com a participação dos Centros de Apoio Operacional, das Procuradorias e das Promotorias de Justiça e aprovado pela Câmara de Procuradores de Justiça” (art. 19). “Nas Promotorias de Justiça com mais de 1 (um) cargo de Promotor de Justiça, haverá coordenadores e seus substitutos, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, competindo-lhes, sem prejuízo de suas atribuições normais: (...) XI - encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça sugestões para a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público (art. 63). “As Procuradorias de Justiça, nominadas de Procuradorias de Justiça Cível, Criminal, de Contas e Especializada, terão coordenadores e substitutos, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, competindo-lhes, sem prejuízo das normais atribuições: (...) V - encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça sugestões para a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público (art. 55); “Compete à Câmara de Procuradores de Justiça: (...) III - aprovar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público” (art. 24).

³³ - CONSTITUIÇÃO FEDERAL: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, 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). O Ministério Público, sendo fiscal da lei, e tendo atuação tipicamente administrativa, exerce parcela da regulação estatal ao “defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis”, por meio da expedição de recomendações, elaboração de termos de ajustamento de conduta e propositura de ações civis públicas. Mesmo quando propõe uma ação civil pública, a sua atividade é administrativa e não judicial, ao contrário do que se poderia imaginar (HUGO NIGRO MAZZILLI, *Introdução ao Ministério Público*, pág. 22. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, 223 páginas). Embora a norma constitucional tenha mencionado a “atividade econômica”, a regulação abrange as áreas econômica, social, ambiental, cultural e de serviços públicos e se manifesta, dentre outros modos, “pela mediação entre os interesses dos setores públicos e privados, através de instrumentos jurídicos transacionais de composição extrajudicial de conflitos” e “fomento, estímulo e promoção a determinadas atividades, a fim de se alcançar de se alcançar os objetivos políticos estabelecidos pelo Poder Público” (LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO, *Lições de Direito Econômico*, págs. 193 a 195. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, 384 páginas). Por último, a doutrina é unânime em reconhecer que a regulação estatal não é exercida apenas pelas denominadas “agências reguladoras”, mas também por diversos órgãos públicos, como os de defesa do consumidor, do meio ambiente e do patrimônio cultural.

de atuação, dentro do processo de sua elaboração e aprovação (LCE nº 34/94, arts. 55 e 63); 3º) o seu processo de elaboração inclui a fase de discussão e aprovação pela Câmara de Procuradores de Justiça” (LCE nº 34/94, art. 19, Pu).³⁴

Diante do exposto, concluo: 1º) o Planejamento Estratégico do MPMG (2010-2023) é um documento técnico e formal, e, como tal, exige aprovação por resolução; 2º) o Planejamento Estratégico do MPMG (2010-2023), como produto adquirido de consultoria especializada, deve abordar os problemas constatados na instituição, a partir do seu diagnóstico, e indicar os passos a serem seguidos pela Chefia institucional, para resolvê-los; 3º) o Programa “MP Gestão com Resultados”, instituído pela Resolução PGJ nº 23, de 09/03/12, não se confunde com o Planejamento Estratégico do MPMG (2010-2023); 4º) O Planejamento e Gestão Estratégicos do MPMG (2010-2023), por ser um ano geral de atuação, exige, na sua elaboração, a participação de todos os membros do Ministério Público e aprovação da Câmara de Procuradores; 5º) a Chefia do Ministério Público ou a Câmara de Procuradores, para garantir a legitimidade do processo de discussão e aprovação do Planejamento e Gestão Estratégicos do MPMG (2010-2023), deve realizar consulta à classe, contendo o texto da resolução, e prazo razoável para apresentação das sugestões; 6º) o Ministério Público, para garantir a sua construção democrática, rumo a um novo patamar, como desejam a reforma do Estado, o planejamento estratégico e a sua lei orgânica, deve realizar consulta à classe, contendo o texto dos atos que pretende editar, e prazo razoável para apresentação das sugestões.

³⁴ - “Em suma: o processo legal deve ser cumprido em sua inteireza; tanto produção como imposição de uma norma reguladora devem iniciar-se com a devida publicação da intenção da agência, manifestada com a divulgação da memória explicativa da oportunidade e da necessidade da norma com explicitação dos trâmites que seguirão; devem prosseguir com consultas aos interessados que manifestarem seu interesse na participação convocada, inclusive com a negociação do conteúdo das pretendidas medidas, e devem terminar com a explicitação da motivação, em que sejam considerados, positiva ou negativamente que seja, os aportes trazidos pelos interessados” (Alexandra da Silva Amaral, *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*, pág. 49. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, 134 páginas).

APROVADA POR UNANIMIDADE

**A possibilidade de aplicação de medida socioeducativa não restritiva
de liberdade na remissão pré-processual**

André Tuma Delbim Ferreira³⁵

A remissão, no contexto do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei Federal n.º 8069/90 – ECA), é instituto que possui aplicação difundida, notadamente por parte de Promotores de Justiça, vez que redundando na não instauração de procedimento apuratório de ato infracional, simplificando o rito procedimental, especialmente nas hipóteses da prática de atos infracionais menos graves, não possuindo o adolescente registros infracionais que lhe desabonem.

O instituto, apesar de relativamente já consolidado (vez que previsto há cerca de 22 anos), tendo inspirado, inclusive, o sistema análogo de transação penal do Juizado Especial Criminal (Lei n.º 9099/95), ainda desperta algumas controvérsias, especialmente no que toca à possibilidade de aplicação da remissão cumulada com medida socioeducativa (MSE).

A remissão, tal como regulada pelo ECA, pode ser dividida em duas espécies, conforme o momento em que venha a ser aplicada: a remissão pré-processual (ou extrajudicial) e a processual (ou judicial).

³⁵ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador Regional das Promotorias de Infância e Juventude do Triângulo Mineiro. Titular da Promotoria de Defesa da Infância e Juventude da Comarca de Uberaba/MG. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UnB). Ex-Professor Universitário na Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE). Ex-Professor de Direito Penal do Curso Técnico da 5ª Região da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Membro da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Adolescência – ABMP. E-mail: crijtriangulo@mp.mg.gov.br

O Estatuto é claro em afirmar que a atribuição exclusiva para o oferecimento da proposta de remissão pré-processual é do membro do Ministério Público, conforme os arts. 180, II, 201, I e, especialmente, o art. 126, que assim estabelece:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Em seguimento, a remissão processual deverá ocorrer em momento posterior ao oferecimento da representação ministerial, normalmente durante a audiência de apresentação, sendo uma faculdade que pode ser exercida tanto pelo Ministério Público quanto pelo Magistrado, até a prolação da sentença, com a obrigatoriedade da oitiva prévia do Ministério Público (arts. 186, §1º e 188, ambos do ECA).

É evidente que a remissão extrajudicial é uma alternativa ao prosseguimento do processo, com nítida inspiração na possibilidade do *dominus litis* realizar verdadeira “barganha” ao evitar a persecução socioeducativa.

Também não há qualquer dúvida de que a remissão, sem qualquer cumulação de medida socioeducativa, denominada “pura” ou “simples” é passível de aplicação pelo membro do Ministério Público.

Lado outro, o ECA é expresso em possibilitar a aplicação de medidas socioeducativas no bojo da remissão, excetuando as medidas de semiliberdade e internação, conforme o regramento do art. 127, *in verbis*:

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação. “

No bojo da remissão judicial (ou processual), é larga a aplicação de medidas socioeducativas. A aplicação de remissão cumulada com medidas socioeducativas é conhecida como remissão “qualificada”.

A dúvida que se levanta, no mais das vezes, é acerca da possibilidade de aplicação de MSE no bojo da remissão pré-processual, ou seja, antes de iniciado o procedimento apuratório de ato infracional propriamente dito, o que se dá com o recebimento da representação.

A experiência nos mostra que alguns julgados têm decidido, nestas hipóteses, pelo simples “decote” da MSE proposta, transformando a remissão qualificada em remissão pura, ao argumento da ausência de contraditório e ampla defesa. Assim, tomamos a liberdade de colacionar aresto exemplificativo:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ATO INFRACIONAL - REMISSÃO JUDICIAL CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - IMPOSSIBILIDADE. - Antes de oferecida a representação, a concessão de medida socioeducativa não pode ser cumulada com a remissão, pois ofende o princípio do devido processo legal. - Recurso parcialmente provido. TJMG - Número do processo: 1.0568.08.008387-2/001(1) - Numeração Única: 0083872-40.2008.8.13.0568 - Relator: Des.(a) EDIWAL JOSE DE MORAIS - Data do Julgamento: 28/08/2009 - Data da Publicação:29/09/2009”

Porém, tal exigência, em nosso modesto pensar, não se coaduna com a inspiração legislativa que ensejou a introdução do instituto no direito brasileiro, vez que reduz a sua aplicabilidade, restringindo as hipótese de aplicação da remissão pelo Ministério Público sem que a lei o tenha feito.

Isto porque a proposta da remissão qualificada, em que pese a desnecessidade do oferecimento de representação, deve conter com a anuncia do adolescente e seu responsável legal (e de seu Defensor, caso o tenha), bem como deve ser homologada judicialmente, não sendo possível a imposição de medidas socioeducativas *diretamente* pelo Promotor de Justiça.

Ora, não podemos perder de vista que a remissão, mesmo qualificada, se reveste de *benefício* para o adolescente. Tanto assim que demanda propositura e

aceitação, sendo facultado ao adolescente o início do processo, garantindo-se a possibilidade de ampla defesa.

Para a sua aplicação, reforça-se, não é sequer necessário que haja prova de autoria ou materialidade (art. 114 do ECA), bem como não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes

Não é por outro motivo que se permite, na transação penal (art.76 da Lei n.º 9099/95) a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas.

Desconsiderar tal hipótese, e restringi-la à necessidade prévia de oferecimento de representação, nos parece, viola frontalmente o art. 180, II do ECA (que fornece, como alternativa à propositura de representação, o oferecimento da remissão), bem como desvirtua a própria natureza ínsita do art. 126 do ECA (regrando que a remissão pode ser feita *antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional*).

E se a previsão de aplicação de remissão cumulada com medida socioeducativa vem inserta no artigo subsequente (art. 127), excetuada a hipótese de medidas de internação ou semiliberdade, inclusive topograficamente a questão se nos parece justificada.

Neste esteio, a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula assevera que:

"(...) a concessão de remissão com inclusão de medida não privativa de liberdade tem, notadamente naqueles atos infracionais que ordinariamente não autorizem a internação (ECA, art. 122), o mérito de antecipar a execução de medida sócio-educativa, sem necessidade de instauração de procedimento formal de apuração, sendo, portanto, de baixo curso e célere, desde que o adolescente e seu representante legal concordem com a decisão ministerial" (Estatuto da Criança e do Adolescente - Estudos Sócio-Jurídicos - Ed. Renovar, 1992, pág. 256/7).

E, aos poucos, vemos os Tribunais começarem a pacificarem tal entendimento, no sentido da possibilidade de aplicação de MSE em sede de remissão

extrajudicial (pré-processual), respeitada a necessidade da homologação judicial e a prévia aquiescência do adolescente e seu representante legal.

Por se tratar de acórdão que ilustra o acima narrado, tomamos a liberdade de citar recentíssimo julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. FURTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE.

1. A remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento menorista, uma vez que prescinde de comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional, nem implica em reconhecimento de antecedentes infracionais.

2. Não ocorre violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a proposta oferecida pelo Ministério Público é homologada antes da oitiva do adolescente, como é o caso dos autos.

3. Não há constrangimento ilegal quando a remissão é cumulada com medida de liberdade assistida e com prestação de serviços à comunidade, pois esse instituto pode ser aplicado juntamente com outras medidas que não impliquem restrição da liberdade do menor, nos exatos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. O art. 128 do ECA o qual prevê que a "medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal ou do Ministério Público". Desta forma, que não se trata de medida definitiva, estando sujeita a revisões, de acordo com o comportamento do menor.

5. Ordem denegada.

STJ - HC 220.901/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012.

Neste sentido, entendemos relevante que o Ministério Público Mineiro se posicione em relação à garantia da prerrogativa do Promotor de Justiça em conceder remissões pré-processuais qualificadas, reafirmando seu extremamente importante papel dentro do sistema de garantias e direitos de crianças e adolescentes, bem como realinhando-se ao papel de um dos vetores da segurança pública.

Conclusões:

- 1) **É possível a aplicação de remissão antes de iniciado o procedimento de apuração de ato infracional, por parte do membro do Ministério Público, inclusive com a cumulação de aplicação de medidas socioeducativas, à exceção das medidas de semiliberdade e internação (art. 127 do ECA)**

- 2) **A remissão pré-processual qualificada deve conter a anuência do adolescente e seu representante legal, bem como deve ser homologada judicialmente.**

Referências bibliográficas:

CURY, M; SILVA A.; MENDEZ E. (Org.) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais. 4ª Ed., revista e atualizada. São Paulo. Malheiros. 2002, p. 18.

MACIEL, K. (Coord). Curso de Direito da Criança e do Adolescente Comentado – Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.

PAULA, P. Estatuto da Criança e do Adolescente - Estudos Sócio-Jurídicos. Renovar, São Paulo, 1992.

TAVARES, J. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 7ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Da eficácia *erga omnes* e imediata da decisão do STF proferida na ADI n.º 4.424/2012, que declarou a natureza pública incondicionada da ação penal nas infrações penais e lesão corporal e vias de fato regidas pela Lei Maria da Penha

Antônio Sérgio Tonet
Procurador de Justiça

A efetiva intervenção do Ministério Público na implementação de leis e ações afirmativas deve ser objeto de permanente reflexão, não apenas para o fortalecimento da identidade da Instituição diante da sociedade, mas, sobretudo, para fazer valer o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Nesse contexto, a Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) tem inegável valor afirmativo. E, na busca da concretização dos fins propostos por ela deve prevalecer o interesse público, traduzido na coibição de violência doméstica, lastreado na garantia constitucional de ampla proteção à família e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por isso, a Lei Maria da Penha, entre outras importantes medidas, introduziu um novo regime jurídico para a ação penal do crime de lesão corporal leve e para a contravenção penal de vias de fato, e essa ação passou então, de pública condicionada à representação do ofendido, conforme diretrizes estabelecidas na Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), para pública incondicionada.

Porém, logo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, a doutrina e a jurisprudência divergiram muito quanto à interpretação dessa questão, ora pendendo para a natureza pública condicionada, ora para a incondicionada.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em boa hora, houve por bem declarar a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Maria da Penha asseguradores da ação penal pública incondicionada para aquelas infrações penais.

Assim, o Pretório Excelso decidiu em 9 de fevereiro de 2012 (extrato da ata publicado em 17.02.2012 no DJE), nos autos da ADI n.º 4.424, relatada pelo e. Ministro Marco Aurélio, que a ação penal nos crimes de lesão corporal simples (Código Penal, art. 129, § 9º) regidos pela Lei Maria da Penha é de natureza pública incondicionada.

A ata do julgamento tem a seguinte redação:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n.º 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dr^a Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADI 4424), o Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.(STF, Plenário, DJ e DOU, 17 de fevereiro de 2012)

Frisa-se que a eficácia normativa *erga omnes* imediata desse julgado decorre diretamente do § 2º do art. 102 da Constituição da República, assim redigido:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No entanto, alguns tribunais estão se recusando a cumprir essa decisão do STF. Exemplo disso ocorreu no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0313.11.002997-9/001 pela 2ª Câmara Criminal do TJMG,

oportunidade em que o ilustre Relator Nelson Missias fundamentou tal rebeldia com as seguintes considerações:

O centro da questão ora posta em debate é o julgamento da ADI 4.414/AL pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a natureza da ação penal nos delitos de lesões corporais leves regidos pela Lei Maria da Penha como sendo pública incondicionada à representação da vítima.

Contudo, de uma análise do andamento processual da referida ação, vê-se que não houve publicação desta, motivo pelo qual não há que se falar em efeito vinculante antes do trânsito em julgado e de sua publicação no Diário Oficial. Esta apenas poderá surtir efeito quando for dada ciência formal às autoridades e à sociedade.

Demais disso, à época da suposta prática delitiva o rito que se deveria observar era o da ação penal pública condicionada à representação da vítima. Ultrapassados os 06 (seis) meses da data da suposta ofensa e não tendo sido apresentada representação em desfavor do embargado, resta extinta a sua punibilidade.

Ainda que se cogitasse na possibilidade de aplicação dos efeitos da decisão proferida na ADI 4.414/AL, esta não poderia retroagir à época dos fatos, com base no art. 2º do CPP.³⁶

Com o devido respeito, esse entendimento não deve prevalecer, devendo o Ministério Público, por seus órgãos de execução de primeira e segunda instância, interpor os recursos e as medidas processuais cabíveis.

É que a eficácia normativa das decisões proferidas pelo Pretório Excelso em sede de ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade surte efeito *erga omnes* com a simples publicação do extrato da ata do respectivo julgamento, providência que se deu no dia 17 de fevereiro de 2012.

Assim, a partir dessa data todos os órgãos julgadores do Brasil já deveriam aplicar o entendimento segundo o qual a ação penal nos crimes de lesão

³⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0313.11.002997-9/001. Relator: Des. Nelson Missias. Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2012. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2 mar. 2012.

corporal leve e na contravenção penal de vias de fato regidos pela Lei Maria da Penha é de natureza pública incondicionada.

Nesse sentido, a jurisprudência desse STF é tranquila. Aliás, no agravo regimental interposto na Reclamação n.º 3.632, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, restou decidido que “a decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão”. Vale dizer, “a ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte” (Rcl 3632 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02.02.2006, DJ 18.08.2006, p. 00018. EMENT VOL-02243-01, p. 00116. RTJ Vol-00199-01, p. 00218. LEXSTF, v. 28, n. 333, 2006, p. 247-249).

Confira-se, ainda, o que restou decidido na Reclamação n.º 2.576:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO. 1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 2.335 - a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento. 2. A interposição de embargos de declaração, cuja conseqüência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide. 3. Reclamação procedente. (Rcl 2576, Relatora: Min.^a ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 23.06.2004, DJ 20-08-2004 PP-00038 EMENT VOL-02160-01 PP-00105 RTJ VOL-00193-01 PP-00103)

Frisa-se, por oportuno, que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade têm o mesmo caráter dúplice e ambivalente. Noutras palavras, o julgamento de uma ADI fixa os mesmos parâmetros de

validade para a ADC, não havendo razão de tratamento diferenciado pela similitude de sua natureza. Assim, se para uma ADI vale a publicação da ata de julgamento, o mesmo deverá ocorrer para uma ADC.

E, como não poderia deixar de ser, outros órgãos julgadores de todo o Brasil já estão cumprindo integralmente a decisão do Pretório Excelso, independentemente da publicação do inteiro teor dela no diário oficial. Aliás, é o que reza o parágrafo § 2º do art. 102 da Constituição da República, o qual também foi deveras violado pelo acórdão ora recorrido.

O e. Tribunal de Justiça do Paraná, na Apelação n.º 828.123-2, de 12 de abril de 2012, relatada pelo Des. Denílson Aparecido do Prado, deu eficácia imediata ao comando emergente da mais alta Corte Brasileira, fazendo-o com a seguinte fundamentação:

Cinge-se a questão à natureza da ação penal para apurar o delito de lesão corporal leve no ambiente doméstico e familiar.

A SUPREMA CORTE, no dia 09 de fevereiro p.p., julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade n.º 4424/DF (Relator: Min. MARCO AURÉLIO) "para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, da Lei n.º 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico".

Esta decisão, como se sabe, possui "eficácia contra todos e efeito vinculante" (art. 102, 2º, CF; art. 28, parágrafo único, Lei n.º 9.868/99), não se podendo mais exigir, na hipótese tratada, a representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal. Assim, nenhum efeito poderia produzir in casu a retratação da Ofendida constante das declarações de f. 48.

Em suma, não subsistindo o motivo ensejador da decretação da extinção da punibilidade do agente, está o recurso a merecer acolhida.

O próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por outras câmaras julgadoras, tem cumprido fielmente a decisão do STF, mesmo em casos em que o Relator e demais julgadores da Turma eram contrários à tese da natureza

pública incondicionada da ação penal nos crimes de lesão corporal previstos na Lei Maria da Penha.

Bom exemplo disso ocorreu no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0024.08.120023-0/001³⁷, relatado pelo e. Des. Duarte de Paula, o qual se reposicionou com a seguinte fundamentação:

Tal reposicionamento se deve ao julgamento da **ADI 4.424**, interposta pela Procuradoria-Geral da República, perante o excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quanto aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), julgamento este ocorrido no dia 09 de fevereiro de 2012, publicada a decisão de julgamento no DJ de 17/02/2012, tendo a corrente majoritária da Corte acompanhado o voto do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, no sentido da possibilidade de o Ministério Público dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima.

O artigo 16 da Lei 11.340/06 dispõe que as ações penais públicas "são condicionadas à representação da ofendida", mas, para a maioria dos ministros do excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, essa disposição tem o efeito inverso de esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres. Naquele julgamento também foi esclarecido que não compete aos Juizados Especiais julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Nesse contexto, mesmo não tendo sido publicado o acórdão, mas tão-somente a decisão do julgamento, em obediência ao art. 102, § 2º das Constituição Federal, de que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, devo me curvar ao entendimento do pretório excelso, posição que doravante passarei a adotar em homenagem a estabilidade que se procura para a segurança jurídica dos julgamentos colegiados, o que sempre faço, quando convencido, em prestígio da própria instituição e ao princípio da confiança que devem merecer nossos julgados.

No caso concreto, o recorrido se vê processado pela imputada prática da contravenção penal denominada vias de fato contra sua esposa, tendo a decisão agravada de f. 38/42 declarado extinta a punibilidade pela decadência do direito de representação,

³⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 7ª Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0024.08.120023-0/001. Relator: Des. Duarte de Paula. Belo Horizonte, 8 de março de 2012. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 16 mar. 2012.

deixando de receber a denúncia, pelo que se insurgiu o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, alegando em apertada síntese e com fins de prequestionamento, que a contravenção penal praticada pelo recorrido, é uma infração de ação penal pública incondicionada, devendo, por isso, ser a denúncia recebida e haver o prosseguimento regular do feito.

Com efeito, com a decisão proferida na **ADI** nº 4.424, a ação penal nos delitos no âmbito da Lei 11.340/06, passou a ser pública incondicionada, retornando para a iniciativa do Ministério Público, sem depender de representação, amparando mais a mulher, pois a libera de eventuais pressões quanto ao prosseguimento da ação penal. A instrução criminal servirá para evidenciar se houve ou não a restauração do vínculo familiar e afetivo entre as partes.

Ressalta-se que o próprio Pretório Excelso também tem aplicado o entendimento derivado da ADI n.º 4.424, sem nenhuma reserva quanto à publicação do acórdão nem quanto a possível quebra do princípio da irretroatividade a que se referiu o i. Relator do acórdão ora objeto de reclamação.

Assim, no ARE n.º 664.493/DF, julgado no dia 14 de março de 2012 – publicação: DJe-061 DIVULG 23.03.2012, PUBLIC 26.03.2012 – o digno Presidente do Pretório Excelso também houve por bem reposicionar-se no feito em razão do conteúdo normativo da decisão na ADI n.º 4.424, valendo a pena conferir suas ponderações, as quais deixam bem clara a eficácia imediata do mencionado julgado. Confira-se:

Tenho que a insurgência merece acolhida. Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI 4.424, da relatoria do ministro Marco Aurélio, declarou, por maioria, procedente ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, para atribuir interpretação conforme a Constituição Federal e o inciso I do art. 12 e os arts. 16 e 41 da Lei 11.340/2006 e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. 5. Leiam-se, a propósito, os seguintes trechos pinçados do Informativo 654/STF: "[...] Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada

a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher autora da representação decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão. [...] Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/95, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada.

É evidente que não se há de falar em proibição de retroatividade da decisão do Pretório Excelso que declarou a constitucionalidade da norma prevista na Lei Maria da Penha, a qual reafirmou a natureza pública incondicionada da ação penal no tocante ao crime de lesão corporal simples, na medida em que tal decisão, como o próprio nome está a dizer, é de natureza declaratória – vale dizer, não constitui, não modifica nem extingue direito algum, apenas declara o direito que a ela preexiste.

No caso, a decisão do STF na ADI n.º 4.424 apenas reafirma ou declara a legitimidade do Estado-Acusação para propor ação penal contra o agente independentemente de representação da ofendida, com efeitos *ex tunc*, evidentemente.

Ademais, ao contrário do que o i. Relator do acórdão da 2ª Câmara Criminal do TJMG induz a crer, antes daquela decisão do STF, não havia lei nem provimento judicial com eficácia normativa sobre suposta natureza pública condicionada da ação penal nos mencionados crimes.

Com efeito, a violação do § 2º do art. 102 da Constituição da República é patente, não havendo nenhum sentido aguardar a publicação ou o

trânsito em julgado do acórdão em se tratando de julgamento operado por Corte Constitucional.

Por outro lado, conforme se observa dos informativos do STF e da publicação do extrato da ata do mencionado julgado, não há nenhuma sinalização de modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI n.º 4.424.

Por fim, ressalta-se que o Ministério Público, consentâneo com a sua identidade institucional e empenhado em tornar efetivas as normas e os princípios constitucionais que nortearam a edição da Lei Maria da Penha, deve, respeitada a independência funcional, adotar as medidas processuais cabíveis contra julgados do Poder Judiciário que venham a negar a aplicação da decisão do STF proferida na ADI n.º 4.424 (interposição de recursos extraordinário e especial, da representação a que se refere o art. 102, I, *l*, da Constituição da República, e dos recursos ordinários da primeira instância).

Aliás, a jurista Maria Berenice Dias, já prevendo a possibilidade de os tribunais estaduais descumprirem a decisão exarada na ADI n.º 4.424, não teve dúvidas em indicar como correto o caminho da reclamação, para garantir supremacia à autoridade do pronunciamento do Pretório Excelso. A propósito, confirmam-se suas lições:

Como a decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade [ação direta de constitucionalidade n.º 4.424, no caso] tem caráter vinculante e eficácia contra todos – nem a Justiça e nem qualquer Órgão da administração pública federal, estadual ou municipal podem deixar de respeitá-la, sob pena de sujeitar-se a procedimento de reclamação perante o STF, que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial que afronte o decidido.

Mais uma vez, a Corte da Justiça deste país comprovou sua magnitude e enorme sensibilidade, ao impor verdadeira correção de rumos à Lei que logrou revelar uma realidade que todos insistiam em não ver, que a violência contra mulheres é o crime

mais recorrente e o Estado não pode ser cúmplice da impunidade.³⁸

Conclusões

1) A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI n.º 4.424 – decisão que declarou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha no que se refere à natureza pública incondicionada da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e na contravenção penal de vias de fato – tem eficácia *erga omnes* e imediata; portanto, deve ser respeitada e cumprida por todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, independentemente de sua publicação ou do respectivo trânsito em julgado, bastando a publicação da respectiva ata da mencionada decisão.

2) As decisões do Poder Judiciário negatórias de aplicação da mencionada decisão do STF (ADI n.º 4.424), seja com a premissa de que ainda não publicada seja porque haveria suposta violação ao art. 2º do Código Penal (princípio da irretroatividade), desafiam, por parte do Ministério Público (1º e 2º graus), os recursos e as medidas processuais pertinentes.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Maria da Penha: uma lei constitucional e inconstitucional. Porto Alegre: Magister. Publicado em 13 fev. 2012. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=1194. Acesso em: 14 fev. 2012.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Da ilegalidade da omissão na publicação de editais para o provimento de cargos vagos ocupados por Promotores de Justiça Substituto

Antônio Sérgio Tonet
Procurador de Justiça

Arnaldo Alves Soares
Procurador de Justiça

O debate em torno dos critérios que norteiam a movimentação na carreira no Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem se constituído em importante reflexão que sempre encontra lugar, considerando que o assunto diz respeito a um dos bens mais preciosos da vida funcional dos Promotores de Justiça, a própria carreira.

E a expectativa de uma evolução na carreira pautada por regras justas e objetivas certamente tem tudo a ver com o fortalecimento da nossa identidade institucional, principalmente porque, com tais critérios, afasta-se o subjetivismo e a possibilidade de desvios em prol de interesses não republicanos.

Ademais, a simples existência de aproximadamente 110 Promotores de Justiça Substitutos no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por si só, já demanda uma imediata reflexão sobre o assunto, por parte de todos, sempre com vistas à manutenção e o fortalecimento da identidade institucional do *Parquet*.

Quanto à movimentação na carreira dos Ministérios Públicos Estaduais, a Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) dispõe em seu art. 62 que, “verificada a vaga para remoção ou promoção, o Conselho Superior do Ministério Público expedirá, no prazo máximo de sessenta dias, edital para o preenchimento do cargo, salvo se ainda não instalado”.

A interpretação literal desse dispositivo não deixa nenhuma margem de dúvida. Trata-se de poder vinculado do Conselho Superior do Ministério Público. Assim,

havendo vaga, deve o órgão colegiado, no exercício da sua competência vinculada, expedir, no prazo máximo de sessenta dias, o edital para o respectivo provimento.

No entanto, esse comando normativo sempre foi interpretado e aplicado com reservas por todos os Ministérios Públicos Estaduais, inclusive o de Minas Gerais, na medida em que se vê que, uma vez abertos todos os editais para cargos vagos, e havendo um número de Promotores de Justiça titulares e substitutos bem inferior ao número de cargos instalados, as Promotorias de Justiça existentes em comarcas de difícil acesso ficariam praticamente desprovidas, como sói acontecer no Norte, Vales do Mucuri e Jequitinhonha, entre outras regiões – algo que, evidentemente, não estaria consentâneo com o interesse público.

Ao mesmo tempo, seriam providos cargos vagos em Promotorias de Justiça com um volume muito pequeno de trabalho.

Aqui, a ponderação de interesses e valores em conflito se fez necessária.

Quanto à abertura de editais para cargos vagos, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais delegou, evidentemente com reservas, a respectiva competência ao Senhor Procurador-Geral de Justiça, matéria que, ordinariamente, é processada pela Chefia de Gabinete.

No entanto, verificado algum desvio no exercício dessa delegação, deve esse órgão colegiado chamar a questão à ordem e exercer plenamente sua competência legal.

Com o devido respeito, acreditamos que a publicação de editais destinados ao provimento de cargos vagos na Instituição, principalmente na 1ª Entrância, não tem sido ditada por critérios e princípios consentâneos com o necessário interesse público que deve presidir essa importante atividade administrativa, que tem por objeto a carreira dos colegas, um dos bens mais preciosos na vida funcional de todos nós.

É certo que se deve priorizar a abertura de editais para cargos vagos em Promotorias de Justiça instaladas em comarcas de difícil provimento, tendo-se em vista o grande volume de trabalho nelas existente, a carência da população, a considerável distância de centros maiores, o que dificulta o aproveitamento de Promotores de Justiça da região que possam, sem prejuízos das suas atribuições normais e mediante pagamento de diárias, exercer funções durante a vacância.

Porém, normalmente não há, por parte de Promotores de Justiça Substitutos ou de titulares de outras regiões, interesse na titularização ou na remoção para aquelas comarcas. Por isso mesmo, tradicionalmente as Promotorias de Justiça localizadas em comarcas de difícil provimento continuam a ser ocupadas por Promotores de Justiça Substitutos ou, quando possível, por Promotores de Justiça titulares de comarcas maiores ou contíguas.

Os Promotores de Justiça Substitutos também têm prestado grandes serviços em outras situações.

Falamos, primeiro, do exercício de funções em cargos cujos titulares estejam afastados em razão de licenças em geral (maternidade, especial para realização de mestrado ou doutorado fora do Brasil, assessoria junto ao CNMP, cargo de relevância em outra instituição, etc.).

Depois, temos um considerável número de Promotores de Justiça Substitutos trabalhando em Promotorias cujos titulares estão afastados para o exercício, com exclusividade, de outras funções na própria Instituição, como, por exemplo, na Assessoria Especial da PGJ, na Corregedoria, nas Coordenadorias Regionais de Bacias (Bacia do Rio São Francisco, do Paranaíba e Baixo Rio Grande, do Paranaíba do Sul, do Rio Doce, Rios Verde-Grande-Pardo etc.), nas Coordenadorias Regionais da Infância e Juventude (Governador Valadares, Teófilo Otoni e Montes Claros), nas Coordenadorias Regionais de Promotorias de Crimes contra a Ordem Tributária, na Coordenadoria de Inclusão Social, na Promotoria Regional de Defesa do Patrimônio Público do Norte de Minas, no GEPP (Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público), na Procuradoria de Recursos Especiais e Extraordinários, na Direção de CAOs, etc.

Há, por fim, ainda, designação de Substitutos para o exercício de funções em Promotorias cujos titulares se encontram em disponibilidade cautelar.

Das dezenas de Promotorias de Justiça vagas em 1ª Entrância dotadas de Promotores de Justiça Substitutos, muitas delas estão sem titular há mais de oito anos. E, ao longo desses últimos anos, a maioria dessas Promotorias vem sendo sistematicamente ocupadas por Promotores de Justiça Substitutos, o que, com o devido respeito, representa grave distorção no regime jurídico de movimentação na Carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Assim, se ao longo dos anos esses cargos vem sendo ocupados por Substitutos é certo que a Instituição e, principalmente, a sociedade necessitam de um Promotor de Justiça de forma permanente no local.

E por que não o titular?

No entanto, conforme levantamento prévio apresentado aos ora requerentes pela Secretaria dos Órgãos Colegiados, vê-se que, de 19 de novembro de 2004 até o início de dezembro de 2011, do rol de Promotorias de Justiça vagas na 1ª Entrância, foram publicados editais apenas para as seguintes Comarcas: Águas Formosas (30.09.2008), Arinos (14.11.2007), Bonfinópolis de Minas (19.11.2004), Jacinto (19.11.2004), Jequitinhonha (15.09.2010), Malacacheta (17.03.2006), Medina (29.02.2008), Minas Novas (15.09.2010), Montalvânia (19.11.2004), Monte Azul (17.03.2006), Novo Cruzeiro (15.09.2010), Peçanha (24.05.2007), Pedra Azul (15.09.2010), Resplendor (29.02.2008), Rio Pardo de Minas (15.09.2010), Santa Maria do Suaçuí (15.09.2010) e Taiobeiras (15.09.2010). (documento anexo)

Nenhum Promotor de Justiça manteve a inscrição para a remoção para essas vagas. Aliás, diga-se de passagem, nenhum Promotor de Justiça Substituto tem o dever de se inscrever ou de se manter inscrito para remoção ou promoção para Promotoria de Justiça alguma. A Instituição, por sua vez, não tem por que e nem meios jurídicos para obrigá-lo a fazê-lo. Nesse contexto, o Promotor de Justiça Substituto é inamovível nessa condição. É o perfil ou a natureza jurídica do cargo.

Nenhuma censura, pois, aos Promotores de Justiça Substitutos que não fizeram a opção pelas aludidas remoções.

No entanto, os Promotores de Justiça Substitutos designados para essas comarcas mantêm a justa expectativa de, com o tempo, serem designados (como substitutos) ou obterem a remoção e, nesse último caso, a titularização em Promotorias de Justiça de 1ª Entrância instaladas em comarcas mais próximas de suas origens.

No entanto, isso lamentavelmente não tem sido possível.

A omissão da Instituição em não publicar editais de cargos vagos na 1ª Entrância, ainda que ocupados por Promotores de Justiça Substitutos, tem gerado, como já dito, grave distorção no regime jurídico pertinente à movimentação na carreira do nosso *Parquet*.

É que, não se publicando os referidos editais, ou publicando-os apenas para Promotorias de Justiça com índice de interesse muito baixo, os Promotores de Justiça Substitutos são forçados a permanecer nessa condição por um tempo muito maior do que seria natural e recomendável, caso a movimentação tivesse um fluxo com as intervenções devidas.

Assim, muitos deles permanecem anos a fio em Promotorias de Justiça bem localizadas, fazendo verdadeiramente sua carreira nelas. No entanto, tudo a título precário, como é da própria natureza jurídica do cargo. Com essa política, o Promotor de Justiça Substituto, cujo cargo já é vulnerável por definição, vale dizer, despido de inamovibilidade, torna-se objetivamente falando ainda mais vulnerável, sobretudo em momentos de disputas eleitorais internas.

Aliás, sabe-se que, diante dessa realidade, muitos Promotores de Justiça torcem para que os editais não sejam publicados, pois, na pior das hipóteses, continuarão exercendo funções onde estão, buscando, com o passar do tempo, uma situação de promoção para alguma Promotoria de Justiça de 2ª Entrância ou nova designação, na condição de Substituto, o que é possível principalmente com a posse de novos Promotores de Justiça Substitutos, para uma localidade que lhe seja ainda mais atrativa, seja no campo profissional ou pessoal.

Criou-se, com isso, um círculo vicioso, o qual, *data venia*, verdadeiramente não interessa a ninguém, visto que todos se prejudicam, principalmente a sociedade, que se vê privada de um Promotor de Justiça dotado de inamovibilidade.

A propósito, os Promotores de Justiça Substitutos que exercem funções ou aqueles que já são titulares em Promotorias de Justiça de 1ª Entrância de difícil provimento são os mais prejudicados, pois, interessados em uma remoção para uma Promotoria de Justiça dita melhor, vale dizer, mais bem localizada, ficam tolhidos de postular esse direito, pois, para muitas dessas Promotorias, a despeito de vagas e ocupadas por colegas Substitutos, alguns até mais novos na Instituição, não há, e por muitos anos, a publicação dos respectivos editais.

São as Promotorias de Justiça privativas de Promotores de Justiça Substitutos!

Essa situação tem gerado intensa revolta, principalmente entre os Promotores de Justiça Substitutos, e até entre aqueles que exercem função em cargos vagos mais cobiçados, já que eles as ocupam dada a ausência de oportunidade para nelas mesmo se titularizarem e as escolheram de forma objetiva em razão da melhor antiguidade. Aqui também nenhuma crítica a esses colegas, os quais, indubitavelmente, também são vítimas do perverso regime jurídico instituído pela Procuradoria-Geral de Justiça.

Caso a publicação de editais de cargos vagos volte a seguir a orientação aqui postulada, os Promotores de Justiça Substitutos que ocupam cargos vagos terão a opção da titularização. Aquele que não o fizer, principalmente o que responde por Promotoria de Justiça dotada de maior interesse, já saberá de antemão que perderá a cadeira em prol do titular e, com isso, na condição de Substituto, deverá escolher outra Promotoria de Justiça, no caso, uma das que sobram após a movimentação, normalmente a de difícil provimento.

Esse regime jurídico, de se movimentar a carreira com base preferencialmente nos cargos vagos ocupados por Promotores de Justiça Substitutos, é o que melhor atende os interesses dos colegas em geral, da Instituição e da comunidade, pois privilegia a titularização e o respeito aos princípios da independência funcional, inamovibilidade e do Promotor Natural.

Aliás, como dito pelo Conselheiro Antônio Joaquim Fernandes Neto durante o debate sobre o tema ocorrido em importante sessão realizada no exercício de 2011, a Instituição deve incentivar e priorizar a titularização do Promotor de Justiça Substituto como forma de fazer valer os magnos e caros princípios do Promotor Natural e da Independência Funcional.

Registra-se, por oportuno, que, durante os debates ocorridos naquela sessão, foi dito pela Administração que, em linhas gerais, a abertura desses editais seria prejudicial, pois a Instituição não poderia ficar sem um número considerável de Promotores de Justiça Substitutos, principalmente em razão da existência de cargos vagos em Promotorias de Justiça instaladas em comarcas de difícil provimento, realidade que teria justificado a abertura restrita de edital – apenas para os cargos vagos antes mencionados.

Também foi argumentado que a Administração não poderia publicar editais de forma indiscriminada, pois iria com isso prover cargos vagos nos quais, em razão do reduzido volume de trabalho, não se justificaria a presença de um titular, notadamente em razão da escassez de Promotores de Justiça, sem falar na questão orçamentária.

Concessa venia, esses argumentos não são nem um pouco confiáveis, na medida em que partem do pressuposto de uma abertura indiscriminada de editais, o que, evidentemente, não é o que estamos postulando. Falsa, portanto, a premissa.

Ora, se a Administração promover a publicação somente dos editais para os cargos vagos ocupados por Promotores de Justiça Substitutos, e se todos forem providos, haverá simplesmente a troca do Substituto pelo Titular, sem nenhum prejuízo para a Instituição e o interesse público, pois ainda haverá um quadro remanescente de Promotores de Justiça Substitutos para o atendimento das necessidades da Instituição. Isso tudo sem mencionar o fato de que já há outro concurso em célere andamento destinado à contratação de novos Promotores de Justiça substitutos que já vai entrar na fase oral.

Por outro lado, as comarcas de difícil provimento também não serão prejudicadas, pois, como já explicitado à exaustão, se porventura, em razão da movimentação, algum Substituto que estiver exercendo função em uma delas se titularizar, assim o será em Promotoria que estava vaga e ocupada por outro Substituto, que não se titularizou após a votação dos editais. Esse último estará habilitado a ocupar o cargo vago na Promotoria de Justiça de onde saiu aquele.

Repisa-se: diante da abertura dos mencionados editais, é bem provável que muitas Promotorias de Justiça localizadas em comarcas de difícil provimento permaneçam vagas, aliás, como tem ocorrido de forma quase que sistemática. Porém, nenhum prejuízo haverá, pois, das duas, uma: ou elas já contam com um Promotor de Justiça Substituto ou estão sendo ocupadas por Promotor de Justiça cooperador, originário de comarca maior ou contígua.

É possível, porém, que as comarcas de difícil provimento sejam finalmente providas, se os Substitutos estiverem cientes de que a Administração passará a privilegiar

a independência e o Promotor Natural, estabelecendo critérios objetivos para a abertura dos editais.

Aliás, esse inusitado e ilegal regime jurídico instituído pela Procuradoria-Geral de Justiça, consubstanciado no preenchimento rotativo de Promotorias de Justiça vagas, por meio de designações temporárias de Promotores Substitutos, fere de morte outro princípio muito caro e corretamente valorizado pelo Direito Administrativo. Falamos do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Essas designações temporárias de Promotores de Justiça Substitutos, com prazo de validade – semelhante ao cartão “Faixa Azul” de estacionamento em grandes cidades –, geram uma indesejável rotatividade em Promotorias que poderiam, desde logo, receber o Promotor de Justiça titular, algo indubitavelmente mais consentâneo com os princípios constitucionais da independência funcional, da inamovibilidade e do Promotor Natural, sem mencionar que a continuidade e a eficiência dos serviços públicos prestados pelo Ministério Público estariam assim mais bem resguardadas.

Ainda quanto aos argumentos utilizados pela Administração na mencionada reunião do CSMP/MG, a questão orçamentária, com o devido respeito, também é argumento falacioso. É que o subsídio do Promotor de Justiça Substituto é o mesmo do titular de 1ª Entrância. Se existe o Promotor de Justiça Substituto em Promotoria de Justiça vaga é porque ela já se encontra devidamente estruturada, não sendo, portanto, de se falar em novas despesas orçamentárias, sejam elas de que rubrica forem.

É muito comum ouvirmos o discurso de que a carreira está travada. Porém, isso é apenas uma meia verdade, já que, por meio da publicação de editais na forma aqui prescrita, pode-se manter a carreira em periódica movimentação até a aprovação e posse de novos Promotores de Justiça Substitutos, ocasião em que a abertura de editais pode ser mais ampla, atingindo inclusive cargos vagos não ocupados por Promotores de Justiça Substitutos, os quais devem ser identificados pela Administração, por delegação deste Conselho Superior.

No exato instante em que a Procuradoria-Geral de Justiça faz a opção pela designação de um Promotor de Justiça Substituto para exercer função em cargo vago, também identifica objetivamente um cargo que deve, incontinentemente, ser provido por um

titular. Se na primeira hipótese havia alguma dose de discricionariedade, o mesmo não se diga quanto à incontinentemente abertura do edital, pois aqui o poder é vinculado, sob pena de grave violação do art. 62 da Lei n.º 8.625/93 e do princípio do Promotor Natural.

Por fim, a omissão por parte da Administração no exercício dessa atividade – publicação de editais para o provimento de cargos vagos ocupados por Substitutos – devolve ao órgão colegiado a responsabilidade e o dever funcional de exercer suas funções em sua plenitude, corrigindo aquela omissão e determinando a abertura dos mencionados editais, atividade essa para a qual não há espaço para conveniência e oportunidade, pois isso já foi feito quando da opção pela lotação da Promotoria vaga com um Substituto.

Conclusões

1) A Instituição deve privilegiar a titularização de Promotores de Justiça Substitutos como forma de respeitar os princípios da inamovibilidade, do Promotor Natural, da continuidade dos serviços públicos e da razoabilidade, entre outros;

2) Essa política deve ser exercitada pela Procuradoria-Geral de Justiça por meio da abertura periódica e sistemática de editais, para provimento dos cargos vagos ocupados por Promotores de Justiça substitutos, sem prejuízo da publicação de outros editais que não digam respeito a cargo vago ocupado por Substituto, identificada a respectiva necessidade;

3) É ilegal a omissão prolongada no que diz respeito à abertura de editais para preenchimento de cargos vagos ocupados por Promotor de Justiça Substituto;

4) A omissão por parte da Administração no exercício dessa atividade – publicação de editais para o provimento de cargos vagos ocupados por Substitutos – devolve ao CSMP/MG a competência para corrigir o ato omissivo e determinar a abertura dos mencionados editais.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Possibilidade e necessidade do Ministério Público atuar diretamente como agente transformador da realidade social

Bruno Cesar Medeiros Jardimi
Promotor de Justiça Titular da 3ª Promotoria de Justiça de Almenara e Coordenador Regional da CIMOS do Jequitinhonha e Mucuri. Especialista em Direitos Administrativo pela Universidade Gama Filho

1. Síntese dogmática

Esta tese pretende colocar em debate no Ministério Público um novo paradigma no que diz respeito à sua forma de atuação: além de ser uma Instituição com atuação predominantemente repressiva e voltada a proteção de direitos coletivos a serem implementados por outros atores sociais, ser também uma Instituição que atue diretamente como transformador da realidade social.

A possibilidade e a necessidade de o Ministério Público participar como agente direto da transformação da realidade social surge da própria vocação dos Promotores e Procuradores integrantes da Instituição, sendo que esta vocação, como era de se esperar foi claramente demonstrada no Mapa Estratégico da Instituição 2010-2023, que em sua VISÃO trouxe a seguinte assertiva:

"Ser Instituição acessível à população, independente integrada, reconhecida por sua transparência e atuação eficaz na transformação da realidade social."
(destaquei)

A atuação direta do Ministério Público na transformação da realidade social, como consagrada em sua visão, decorre da própria Constituição Federal de 1988, conforme

melhor será demonstrado neste trabalho, notadamente por ser o defensor do regime democrático (art. 127, *caput*, da CF/88).

Assim, propõe-se que se inicie um movimento de mudança cultural no seio da Instituição e a criação de técnicas adequadas que possibilitem a implementação deste novo paradigma na atuação do Ministério Público, nos termos apresentados na fundamentação e na síntese conclusiva desta tese.

2. Aspectos da fundamentação da tese

A Constituição Federal em seu artigo 127 traz o Ministério Público como Instituição defensora do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 127 - O Ministério Público é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Já em seu artigo 3º, a Constituição Federal Brasileira apresenta o que se pretende com o regime democrático a ser defendido pelo Ministério Público, sendo que seus incisos guardam estreito relacionamento com a necessidade da transformação da realidade social, trazendo assertivas a serem um dia alcançadas:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

É certo que quando a Constituição Federal traz uma missão tão relevante e pretensiosa para a Democracia Brasileira, qualifica também o Ministério Público como Instituição garantidora destes objetivos, vez que defensor do regime democrático.

Como escreve Antônio Alberto Machado, a evolução histórica permite observar a *vocação democrática* do Ministério Público ³⁹, o qual hoje, com o papel que lhe é reservado pela Constituição, é Instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Hélio Bicudo, em recente artigo assevera que "... se ao Ministério Público incube a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, essas atribuições objetivam a concretude daquilo que é fundamental do estado, tendo em vista as metas assinaladas indispensáveis para a construção de uma sociedade democrática (para construção de uma sociedade justa e solidária, é necessário erradicar a pobreza e a marginalização promovendo o bem de todos sem preconceitos) (CF Art. 3º)" ⁴⁰.

O rol de atribuições e prerrogativas trazidas aos Membros do Ministério Público exige destes uma maior participação no cenário nacional, buscando acima de tudo a consecução dos objetivos da Democracia Brasileira.

O artigo 129 da Constituição Federal, dentre todas funções institucionais do Ministério Público traz:

I - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Quando se fala em "promovendo as medidas necessárias a sua garantia" não deve se limitar a agente fiscalizador destes serviços, mas também como agente fomentador destes.

O próprio inciso IX do mesmo artigo deixa espaço para tanto:

³⁹ Escreve ainda Antônio Alberto Machado: "[...] a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua *ratio*; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário". *Ministério público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140.

⁴⁰ *in*, *De Jure*, julho/dezembro de 2007

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)

Finalidade esta primeira de Defender o Regime Democrático Brasileiro.

Segundo Paulo Cesar Vicente de Lima:

"O Ministério Público Brasileiro, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, foi alçado à condição de defensor dos interesses mais relevantes da sociedade, o que se coaduna com a perspectiva deste novo paradigma denominado pós-positivismo que tem no neoconstitucionalismo sua concretização.

*Nesta linha de raciocínio cabe destacar a posição doutrinária que consagra o Ministério Público e seu caráter resolutivo como importante instrumento para o atingimento dos objetivos constitucionais, em especial a eficácia social do projeto de democracia consagrado na Carta de 1988."*⁴¹

Não é outra a percepção e vocação dos Membros integrantes do Ministério Público.

Sabe-se que o sentimento de indignação e descontentamento com as discrepâncias sociais pertencente aos integrantes da Instituição é uma de suas características fundamentais e reconhecida por toda a sociedade.

Salvo raríssimas exceções, são muitos os colegas Promotores e Procuradores os quais ingressaram na carreira buscando uma melhoria na qualidade de vida do povo brasileiro, buscando a ampla implementação dos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal, objetivos estes que, se alcançados, por si só tornariam o Brasil um país mais justo.

Estado justo num aspecto adotado por parte da Filosofia, que prevê que Estado Justo seria aquele que queríamos nascer sem poder escolher em qual classe social nasceríamos.

⁴¹ O Ministério Público como Instituição Potencializadora do Desenvolvimento Sustentável: reflexões a partir de experiências na Bacia do Rio São Francisco-MG. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Montes Claros. Ainda não publicada.

É lógico que esta missão relevante e até de certa forma utópica guarda estreita relação com os já apresentados objetivos da Democracia Brasileira, elencados no já mencionado artigo 3º da Constituição Federal.

Esta característica dos Promotores e Procuradores aclarou-se com o Planejamento Estratégico 2010-2023, ao ser posta uma VISÃO para todos da Instituição.

A VISÃO já antes apresentada inclusive decorre de alguns macro-objetivos apontados:

- a) fomentar e fiscalizar a adoção de políticas públicas para a melhoria dos indicadores e para a transformação da realidade social;
- b) aprimorar a interlocução com outros órgãos e instituições;
- c) aprimorar o acesso da sociedade ao Ministério Público”. (destaquei)

Este objetivo é claro ao apontar não só a necessidade do Ministério Público atuar como fiscal de políticas públicas, o que de qualquer forma também traz uma mudança da realidade social, ainda que pela via oblíqua, mas também como AGENTE DIRETO e FOMENTADOR de políticas públicas para a transformação da realidade social.

Assim, torna-se certo que os próprios Membros do Ministério Público são conhecedores da necessidade de atuarem como agentes diretos da transformação da realidade social, agindo como agentes POTENCIALIZADORES de um desenvolvimento sustentável.

Ressalte-se que este novo paradigma a ser agregado ao Ministério Público já é desenvolvido por muitos Promotores e Procuradores de Justiça, mas sem ganhar um destaque ou relevância institucional, sendo certo que este papel é um dos que mais traz legitimidade e reconhecimento por parte da sociedade.

Articular e trabalhar com a sociedade civil organizada tem trazido grande reconhecimento e presteza à Instituição, notadamente em Municípios de pequeno porte, onde este fomento e participação efetiva do Ministério Público de certa forma já age transformando a realidade social.

O Ministério Público brasileiro já passou por grandes momentos históricos, primeiro com o seu reconhecimento como Instituição, ainda na primeira República, após com o advento de sua primeira Lei Orgânica (Lei Complementar Federal nº 40/81), em

seguida com o advento da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e finalmente com a chegada da CF/88, que trouxe todos os princípios já elucidados.

Chegou talvez o momento de encarar o Ministério Público também como agente direto da transformação da realidade social, atuando não só como fiscal da execução das políticas públicas, mas como fomentador e articulador junto a toda sociedade civil organizada para implementação dos objetivos democráticos.

É certo que este novo paradigma deve se efetuar com uma mudança cultural no seio do Ministério Público e com uma melhor valoração e reconhecimento por parte da própria Instituição.

As fundamentais características que devem ser utilizadas para tanto são a confiança e a credibilidade alcançadas no seio social, sendo que recentes estudos são unívocos em apontar o Ministério Público como umas das Instituições mais confiáveis do país. Até mesmo como forma de garantir este prestígio e incrementá-lo faz-se necessário caminhar cada vez mais adiante, sem deixar espaços para outras Instituições que vem crescendo e buscando seu reconhecimento em muitas das nossas áreas de atuação em que o nosso trabalho já é consagrado pela sociedade, a título de exemplo a Defensoria Pública.

Para tanto o Ministério Público, além de gozar de seu prestígio perante a sociedade, possui as recomendações, as audiências públicas e também o termo de ajustamento de conduta, instrumentos suficientes, juntamente com a articulação e o diálogo direto com a sociedade organizada, para fomentar a transformação da realidade social.

Um bom planejamento e algumas reuniões junto a alguns órgãos governamentais e a sociedade organizada, são capazes de fomentar e até mesmo criar programas de políticas públicas capazes de atuar diretamente na transformação social.

Exemplos bem sucedidos de Promotores e Procuradores fomentadores de políticas públicas que refletiram diretamente na transformação da realidade social são encontradas em várias comarcas pelo Estado. A título de curiosidade, são casos bem sucedidos o fomento do desenvolvimento sustentável junto a comunidades do Rio São Francisco⁴², a

⁴² "O Projeto Vereda Viva tem por escopo principal "promover a revitalização da Bacia do Rio São Francisco através da proteção e recuperação das Veredas com recursos provenientes do resgate do passivo

articulação e organização das sociedades de bairros no triângulo mineiro, o desenvolvimento de projeto para capacitação e acolhimento de pessoas em situação de rua nas grandes cidades, a articulação com pequenos extratores artesanais de areia para regularização da atividade no Vale do Jequitinhonha.

3. Síntese conclusiva:

1. A possibilidade e a necessidade de o Ministério Público atuar diretamente como agente transformador da realidade social decorre da Constituição Federal de 1988;

2. Esta possibilidade foi reconhecida inclusive como necessidade (visão) pelo Mapa Estratégico da Instituição 2010-2023, elaborado com a participação de um número expressivo de Membros da Instituição;

3. Logo, deve-se adicionar um novo paradigma ao Ministério Público, a fim de que este atue diretamente como agente fomentador de programas e políticas públicas capazes de transformar a realidade social;

4. Para isso, necessita-se de uma maior aproximação entre Promotores e Procuradores de Justiça e os atores sociais, principalmente da sociedade civil organizada;

5. Há uma necessidade de maior reconhecimento institucional aos Membros que já atuam como agentes diretos transformadores da realidade social.

ambiental do Norte de Minas”. Para atingir esta finalidade formataram-se os seguintes objetivos específicos:

- a) Elaboração de relatórios técnicos e avaliação de impactos ambientais para subsidiar o Ministério Público no resgate do passivo ambiental do Norte de Minas por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC);
- b) Identificar veredas prioritárias para a aplicação dos recursos financeiros e medidas compensatórias provenientes de TAC firmado entre o Ministério Público e os infratores;
- c) Acompanhar os trabalhos de recuperação e proteção das veredas nos locais definidos como prioritários para a efetiva revitalização do Rio São Francisco e melhoria da qualidade de vida das pessoas e;
- d) Monitorar a efetividade das práticas de recuperação das veredas e proteção na revitalização do Rio São Francisco."

Paulo Cesar Vicente de Lima - O Ministério Público como Instituição Potencializadora do Desenvolvimento Sustentável: reflexões a partir de experiências na Bacia do Rio São Francisco-MG. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Montes Claros. Ainda não publicada.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A desnecessidade da vedação do afastamento voluntário temporário do membro do Ministério Público durante o processo eleitoral

Calixto Oliveira Souza
Promotor de Justiça Comarca de Divinópolis

SUMÁRIO: Introdução - 1 Sobre a redação das normas em comento - 1.2 A quem se dirige a vedação - 2 Uma breve análise dos dispositivos citados acima - 2.1 As consequências da vedação - 2.2 Sobre a frequência com que ocorrem as eleições - 3 O cotejo com outras atividades ministeriais – 4 A inexistência de vedação legal para o afastamento voluntário - 5 A solução apresentada – Conclusões.

Introdução

A vedação dos afastamentos dos membros do Ministério Público durante o processo eleitoral vem se tornando merecedora de estudo diante da rigidez e inflexibilidade do contido no artigo 5º, § 2º, da Resolução nº 30 do CNMP, de 19 de maio de 2008, que gerou a determinação estampada no art. 19 da Portaria TRE-MG nº 29, de 08 de fevereiro de 2010, que deverá ser aplicada às eleições seguintes. O trabalho está de acordo com o tema do X Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, “Reflexões Contemporâneas sobre a Identidade Institucional”, ao abordar essa importante questão institucional, que tem trazido inquietação aos Membros do Ministério Público, que respeitam, valorizam e se dedicam ao processo eleitoral, mas se veem diante de uma obrigação acessória, ao assumirem a função eleitoral, pois deverão assumir também o compromisso de não se ausentarem das funções por período que chega a seis meses.

Faz-se aqui uma comparação entre as funções do Promotor Eleitoral e as de outros Promotores de Justiça para demonstrar que havendo bom senso, respeito ao trabalho, responsabilidade e planejamento, a substituição temporária é viável e não traz prejuízo ao trabalho.

Chega-se, ao final, à conclusão de que a vedação ao afastamento voluntário dos Promotores Eleitorais durante o processo eleitoral é desnecessária e não tem base legal.

1 Sobre a redação das normas em comento

A resolução nº 30 do CNMP, de 19 de maio de 2008, determina em seu artigo 5º, § 2º, o seguinte:

“Fica vedada a fruição de férias ou licença voluntária do promotor eleitoral no período de noventa dias que antecedem o pleito até quinze dias após a diplomação dos eleitos”.

A Portaria TRE-MG nº 29, de 08 de fevereiro de 2010, assim dispõe:

Art. 19. Para efeito de rodízio entre os Membros do Ministério Público Eleitoral, considerar-se-á vencido por antecipação o biênio do Promotor Eleitoral que se afastar - sem justo motivo - do exercício das funções eleitorais no período aludido no artigo 2º (isto é, 05 de julho de 2010 até a proclamação dos eleitos em segundo turno, se houver).

§ 1º. Ainda que seja justo o motivo do afastamento, a designação do Promotor Eleitoral substituto do afastado poderá estender-se até o quinto dia útil após o segundo turno das eleições, se houver, de maneira a não se perturbar o andamento do processo eleitoral.

Nesse caso, o biênio em curso não se suspenderá nem se interromperá, sendo computado o tempo de afastamento do Promotor Eleitoral para efeitos de rodízio.

§ 2º. A alegada justiça do motivo será apreciada pelo Procurador Regional Eleitoral em procedimento próprio, observado o devido processo legal.

§ 3º. A regra deste artigo aplica-se inclusive aos casos de férias, licença ou outros afastamentos.

1.2 A quem se dirige a vedação

A Resolução do CNMP e a Portaria do TRE-MG se dirigem a Promotores de Justiça, profissionais selecionados entre bacharéis em direito de elevada qualificação moral e intelectual, que exercem, juntamente com a função eleitoral, as atribuições de Promotores de Justiça estaduais, que envolvem réus presos, adolescentes apreendidos, interesses de família, pacientes entre a vida e a morte, bens públicos e particulares de valor calculável e incalculável, além de outras funções da mesma importância e urgência das já mencionadas. Esses profissionais, em seus afastamentos, são substituídos por outros Promotores de Justiça, o que assegura a continuidade e a qualidade do trabalho prestado.

2 Uma breve análise dos dispositivos citados acima

A Resolução do CNMP é taxativa, eis que proíbe a fruição de férias ou licença voluntária do início de julho do ano eleitoral até quinze dias após a diplomação dos eleitos, que costuma ocorrer em meados de dezembro (art. 5º, § 2º), embora não disponha sobre a sanção cabível para o descumprimento.

A Portaria do TRE-MG repete a proibição, mas apenas “para efeito de rodízio entre os Membros do Ministério Público Eleitoral”, e traz uma flexibilidade, ao permitir o afastamento “por motivo justo” (art. 19, *caput*), a ser apreciado pelo Procurador Regional Eleitoral, em procedimento próprio, “observado o devido processo legal” (art. 19, § 2º). Não se trata, portanto, de mero requerimento, a ser deferido ou não, observados o interesse do membro do Ministério Público e o da sociedade, mas de um processo. Ademais, autorizado o afastamento, ainda que por motivo justo, o requerente pode não voltar mais ao processo eleitoral até que seja conhecido o resultado final das eleições, em primeiro ou em segundo turno (art. 19, § 1º).

2.1 As consequências da vedação

Diante das proibições acima citadas, o Membro do Ministério Público passou a não poder mais se afastar do trabalho em uma sexta-feira do mês de agosto, por exemplo, para comparecer ao velório de um parente querido, prestigiar o casamento de um amigo

ou proferir uma palestra, ainda que disponha de dias restantes de férias ou de compensação de plantões e possa se afastar legalmente. Os exemplos são inúmeros. Alguns casos poderiam até mesmo se encaixar nas hipóteses de “justo motivo”, mas ficariam dependentes de uma decisão a ser proferida após “o devido processo legal”. Ainda que deferido o pleito, o Promotor de Justiça, embora aliviado por não ter sido seu afastamento considerado “sem justo motivo”, o que o excluiria da atividade eleitoral (no caso de existência de rodízio), poderia se ver alijado do processo eleitoral, nos casos em que somente poderia retomar suas funções eleitorais cinco dias úteis após o turno definitivo das eleições.

2.2 Sobre a frequência com que ocorrem as eleições

As eleições no Brasil ocorrem de dois em dois anos. Afirma-se aqui o que é por todos conhecido, mas para realçar que desde o retorno da democracia as eleições não são uma exceção, como um plebiscito, por exemplo, mas passaram a ocorrer regularmente a cada dois anos. O Promotor Eleitoral, a ser mantida a rigorosíssima vedação de afastamento, estará fadado a jamais poder assumir compromissos em dias úteis fora de sua Comarca durante o segundo semestre de todos os anos pares, ainda que tenha direito a se afastar legalmente.

3 O cotejo com outras atividades ministeriais

Segundo o artigo 365 do Código Eleitoral “o serviço eleitoral prefere a qualquer outro”, mas ninguém em sã consciência acredita que um Promotor de Justiça, que não se dedica com exclusividade ao processo eleitoral, deixará de preservar o direito de alguém à vida ou à liberdade por estar atuando simultaneamente no processo eleitoral.

O Promotor Eleitoral, portanto, a par de suas elevadas funções em defesa da lisura do pleito eleitoral, com o cumprimento da legislação eleitoral e de seus rigorosos prazos, mantém sua dedicação aos interesses públicos já mencionados, que também não podem aguardar, o que justifica, inclusive, a manutenção de plantões de final de semana, os quais, registre-se, são aceitos também para fins eleitorais (art. 2º, § 2º, da Portaria TRE-MG nº 29).

Assim, o Promotor de Justiça pode se ausentar da Comarca nos finais de semana e nos feriados, mas não poderá se ausentar em dias úteis se exercer funções eleitorais.

Seu colega, na mesma Comarca, que exerce a defesa da saúde e dos idosos pode solicitar ao Procurador-Geral de Justiça autorização para se afastar em razão da compensação de plantões, assim como poderá se afastar o Promotor criminal, embora haja réus presos, ou o responsável pela infância e a juventude (considerada prioridade absoluta pela Constituição Federal). Tais afastamentos, é bom lembrar, são feitos com autorização superior e dependem da aceitação e da nomeação de Promotor para exercer as funções do que irá se afastar. Os afastamentos, obviamente, não são requeridos para datas em que haja audiências complexas, júris ou reuniões com autoridades que demandem um conhecimento específico do caso ou, no mínimo, maior preparação. O próprio substituto, nesses casos, funciona como inibidor, caso ocorra um improvável abuso por parte do interessado.

Ademais, assim como nos finais de semana e feriados ocorrem fatos importantes, repentinos e que necessitam de respostas imediatas nas várias áreas de atuação ministerial, surgem também nos plantões eleitorais demandas urgentes e que são atendidas pelos Promotores Eleitorais plantonistas. Não há diferença para o processo eleitoral, portanto, entre o afastamento do Promotor Eleitoral em um feriado prolongado, por exemplo, ou a seu pedido, pelo mesmo número de dias.

4 A inexistência de vedação legal para o afastamento voluntário

Não há previsão legal que ampare tamanho rigor com a atividade eleitoral. Não há também tal disposição na Constituição Federal, no Código Eleitoral, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público ou na Lei Orgânica Estadual.

A vedação do afastamento, feita através de resolução e de portaria, provavelmente teve sua gênese após a ocorrência de algum caso isolado em que o Promotor Eleitoral decidiu se afastar de suas funções em período crítico das eleições, o que pode e deve ser evitado de forma específica, sem a necessidade de medida radical. A iniciativa do CNMP, acatada pelo TRE, é merecedora de compreensão e de reconhecimento, por ter chamado a atenção para a celeridade, seriedade e importância do processo eleitoral, mas certamente já atingiu seu objetivo, podendo agora sofrer uma flexibilização.

5 A solução apresentada

Como mencionado acima, é possível que o Promotor de Justiça, descuidando-se da gravidade de seu mister na esfera eleitoral, pretenda se afastar das funções em período inadequado, ou por longo período, com risco de prejuízo à qualidade do trabalho prestado, o que, registre-se, constituiria uma exceção, tendo em vista que a regra no Ministério Público é o comprometimento com o trabalho, frequentemente em prejuízo até mesmo da vida pessoal.

Com a finalidade de evitar tais hipotéticas distorções, basta conceder o poder de avaliar cada caso concreto ao Procurador Regional Eleitoral, que verificará a conveniência de autorizar o afastamento.

O pedido poderá ser apresentado formalmente pelo Promotor Eleitoral, dirigido diretamente ao Procurador Regional Eleitoral, com antecedência razoável, à exceção de requerimentos para casos não previstos, como os de doença ou morte, que poderão ser apresentados tão logo o Promotor Eleitoral verifique a necessidade de se afastar do serviço, desde que, repita-se, sem prejuízo ao pleito e com a anuência do substituto.

Conclusões

- 1) A vedação ao afastamento voluntário dos Promotores Eleitorais durante o processo eleitoral é desnecessária, não encontra paralelo em outras atividades ministeriais de importância, complexidade e urgência análogas e não tem base legal, devendo ser conferido ao Procurador Regional Eleitoral o poder de avaliar cada caso concreto e decidir sobre a conveniência do afastamento, após a formalização do pedido pelo Promotor Eleitoral interessado, com a expressa anuência do Promotor Eleitoral substituto.
- 2) Deverá ser enviada moção ao Conselho Nacional do Ministério Público para que este, diante dos argumentos apresentados e aprovados no X Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, estude a possibilidade de rever a proibição, dando ao Procurador Regional Eleitoral o poder de decidir sobre a viabilidade do afastamento.

APROVADA POR UNANIMIDADE

**A “busca e acolhimento institucional”⁴³ à luz do
Estatuto da criança e do adolescente⁴⁴**

Epaminondas da Costa

**Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança
e do Adolescente no Estado de Minas Gerais**

Síntese dogmática

O princípio constitucional da *prioridade absoluta* ou do “melhor interesse da criança”⁴⁵ (art. 227 da CF⁴⁶) exige que as medidas de proteção no âmbito da infância e da juventude sejam encaradas como *medidas de urgência*, as quais, por força de disposição legal, não demandam o estabelecimento de procedimento contraditório, assim como ocorre com a prisão cautelar e as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha (contraditório diferido).

Introdução

Trata-se aqui da reformulação de tese anterior do mesmo autor, sob o título “A Busca e Abrigamento no Âmbito da Infância e da Juventude”, tendo sido aquela apresentada e

⁴³ A expressão “a busca e acolhimento institucional” foi assim formulada com o objetivo de indicar que esta medida não se confunde com a medida cautelar prevista nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 11/01/1973, denominada “Busca e Apreensão”.

⁴⁴ A presente tese, sob a denominação original de “A Busca e Abrigamento no âmbito da Infância e da Juventude”, foi aprovada nos Congressos Estadual e Nacional do Ministério Público, no ano de 2007 (Tiradentes-MG e Salvador-BA). No congresso de Salvador, houve a modificação da expressão “busca e apreensão” para “busca e abrigamento”, conforme sugestão de congressistas, de forma a manter-se maior coerência com o espírito da tese. A versão atual deste trabalho doutrinário está atualizada de acordo com a Lei nº 12.010 de 2009.

⁴⁵ A expressão “melhor interesse da criança” provém da legislação internacional, estando associada, ademais, à doutrina da proteção integral.

⁴⁶ CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

aprovada nos Congressos Estadual e Nacional do Ministério Público, no ano de 2007 (Tiradentes-MG e Salvador-BA),

Essa reformulação foi necessária, sobretudo em razão das alterações ocorridas posteriormente no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990, por força da Lei n. 12.010 de 03/08/2009.

A presente tese justifica-se, ainda, pelo fato de que, não raro, a Justiça da Infância e da Juventude recebe denúncias graves sobre a prática de maus-tratos contra crianças e adolescentes por parte de membros da família, ressaltando-se espancamentos, abusos sexuais ou a privação dos cuidados necessários.

Assim, a dúvida que tem sido levantada frequentemente é se a medida de urgência pode ser adotada, ou não, nos próprios autos do processo denominado “Medida de Proteção/ECA⁴⁷”, instaurado de ofício pelo juiz visando ao levantamento preliminar dos fatos denunciados e à aplicação das medidas de proteção pertinentes.

A resposta apresentada nesta tese é a de que pode a autoridade judiciária, nos próprios autos da “Medida de Proteção/ECA”, determinar a busca e o acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima da omissão ou do abuso dos pais ou responsável, contanto que haja a oitiva prévia do Ministério Público (art. 153 do ECA).

Da questão de fundo/fundamentação

Nos municípios onde haja Conselho Tutelar em funcionamento, geralmente o referido órgão é instado a agir, quer por populares, quer por familiares da vítima, de sorte que, conforme a situação concreta, o referido órgão costuma determinar, diretamente, o acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima da omissão ou do abuso dos pais ou responsável. Se bem que após o advento da Lei n. 12.010 de 2009, a adoção do acolhimento institucional pelo Conselho Tutelar deverá limitar-se a situações emergenciais, em que a autoridade judiciária não puder ser acionada de pronto.

De fato, o art. 101, § 2º do ECA, embora estabeleça que o afastamento da criança ou do adolescentes do convívio familiar seja de competência exclusiva da autoridade judiciária, em procedimento contraditório, determina que isso ocorrerá “*sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130*” do ECA. Noutras palavras, no caso das medidas emergenciais e do afastamento do agressor do lar, não se exige o estabelecimento de procedimento contraditório, nem tampouco que algumas das medidas emergenciais, dentre elas, o acolhimento institucional, seja adotado somente pela autoridade judiciária.

Daí que, aliás, o art. 93 do ECA autoriza expressamente que, cm caráter excepcional e de urgência, as entidades que mantenham programa de acolhimento institucional acolham crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade

⁴⁷ ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.

competente, entendida esta como sendo o juiz que possua atribuição legal para o caso. Reforçando esta ideia, o 3º do art. 101 do Estatuto determina que o acolhimento institucional seja precedido, de regra, de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária.

Vê-se, assim, que a determinação do acolhimento institucional ou a retirada de criança ou de adolescente do convívio com os pais ou responsável é de competência exclusiva da autoridade judiciária, tendo o legislador permitido, porém, a atuação excepcional do Conselho Tutelar na institucionalização de criança ou de adolescente, desde que isto ocorra em situações emergenciais e sempre que a autoridade judiciária não puder ser acionada de pronto.

Com efeito, a orientação legal é a de que o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar deverá estar consubstanciado em decisão judicial, prolatada em procedimento contraditório, mais precisamente nas situações de *colocação em família substituta* (art. 101, IX do ECA). As outras medidas de proteção, previstas no referido art. 101 do Estatuto⁴⁸, não exigem o estabelecimento de procedimento contraditório, tanto que o legislador não estabeleceu fórmulas sacramentais ou o rito a ser seguido pelo Conselho Tutelar, na aplicação das medidas elencadas nos incisos I a VI do art. 101 do ECA (cf. art. 136, *idem*).

Por igual razão, a *guarda*, enquanto medida de proteção excepcional e transitória (art. 33, § 2º do ECA), poderá ser deferida pela autoridade judiciária nos próprios autos do processo denominado “Medida de Proteção/ECA”, especialmente quando se tratar da entrega de criança ou de adolescente a pessoa da família e desde que não haja oposição pelos pais ou responsável. Isto porque, primeiro, o parágrafo único do art. 25 define como

⁴⁸ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

§§ (...)

família extensa ou ampliada “*aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*”; segundo, o art. 35 do Estatuto prescreve expressamente que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público⁴⁹.

Por conseguinte, não será criada uma situação imutável para os pais ou responsável, o que fez com que o legislador tenha dispensado tacitamente o procedimento contraditório na espécie, exigindo-o apenas e de forma expressa em relação à ação de destituição de tutela ou de suspensão ou de perda do poder familiar, bem como de perda de guarda (arts. 24 e 169 da Lei n. 8.069), e, ainda, quando se tratar de apuração de irregularidades em entidades de atendimento (arts. 191 a 193, *idem*) ou apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 197, *idem*).

Volvendo ao tema central da tese, ou seja, a *Busca e Acolhimento Institucional à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente*, sustenta-se que, instaurado o processo denominado “Medida de Proteção/ECA” e sendo constatado que a criança ou o adolescente se encontra na situação de vítima do abuso ou da omissão dos pais ou responsável, mais precisamente na situação de vítima do crime de maus-tratos ou de qualquer outra infração penal, em tese, poderá o juiz da infância e da juventude, ouvido o Ministério Público, determinar a busca e o acolhimento institucional, porquanto se trate aqui de paciente de crime. Neste caso, aplica-se o disposto nos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei nº 8.069 de 1990.

Não bastasse isso, o art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, que o juiz poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, o que, presentemente, se concretizaria por via inversa, ou seja, por meio da busca e do acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima.

Curiosamente, aliás, a proteção acima mencionada possui correlação ontológica com as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 07/08/2006, sobretudo quando as vítimas, além de sua condição feminina, forem crianças e, portanto, duplamente vulneráveis, historicamente, à ação covarde de agentes adultos, notadamente do sexo masculino. O art. 13 da referida Lei faz menção expressa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

A rigor, as *medidas protetivas de urgência*, por expressa disposição legal, não reclamam o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, até porque, do contrário, seria desnaturada a sua natureza de urgência.

⁴⁹ A referida exigência legal se justifica pelo fato de que a modificação da medida deverá levar em conta o interesse superior da criança ou do adolescente, jamais o interesse do guardião ou dos pais.

Para tanto, não se pode perder de vista que a inauguração do procedimento contraditório deverá ocorrer nos autos da ação principal, penal ou cível (contraditório diferido).

Nesse diapasão, basta ser lembrado, ilustrativamente, que a decretação da prisão preventiva de alguém não exige o estabelecimento de procedimento contraditório, sendo certo, portanto, que será assegurada, obrigatoriamente, a oportunidade de ampla defesa ao acusado, assim que houver a instauração da competente ação penal, no prazo de lei.

Por derradeiro – e o que é mais importante -, como foi muito bem destacado na respeitável decisão constante do anexo II, o art. 101 do Estatuto, de forma expressa e direta, “(...) é cogente ao impor que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade judiciária poderá determinar, dentre outras, o acolhimento da criança ou adolescente em entidade de proteção”. Tal medida será determinada em “caráter provisório, em em caso de extrema necessidade. Não é interesse da Justiça que uma criança seja afastada do convívio familiar, mas ao contrário, devem ser esgotadas todas as possibilidades de se realizar a promoção social da família e evitar a aplicação da medida tão grave...”.

Conclusão

Na seara da infância e da juventude, a *busca e acolhimento institucional* de criança e de adolescentes cujos direitos legalmente reconhecidos estejam sendo ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, poderá ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, nos autos do “Procedimento Verificatório”, nos autos da “Medida de Proteção/ECA” ou nos autos da “Sindicância Judicial”, conforme a nomenclatura empregada na classe da distribuição judicial.

Uberlândia, 11 de janeiro de 2011.

Anexo I

Comarca de Uberlândia – MG

Medida de Proteção/ECA

Autos nº 702.10.076930-7

Requerente: Conselho Tutelar

Vítimas: G. F. F. e G. V. F.

P A R E C E R

MM^a Juíza:

O Conselho Tutelar encaminhou a essa egrégia Vara a notícia de que as crianças G. F. F. e G. V. F., respectivamente, com 05 anos e 02 anos de idade, estão em situação de abandono psicológico e moral, e bem assim na posição de vítimas de maus-tratos perpetrados pelos pais; estes, segundo consta, são usuários de substâncias entorpecentes e se recusam a se submeter a tratamento.

Diante disso, houve o levantamento preliminar dos fatos pelo ilustrado Serviço de Apoio do Juízo, inclusive com a juntada da cópia das certidões de nascimento de tais crianças.

É importante destacar que esse levantamento contém a informação de que apenas uma das crianças se encontra na companhia da mãe, tendo sido encontrada muito suja e, pior ainda, numa situação em que ela pode vir a ser vítima de abuso sexual, já que a mãe está vivendo com um suposto amigo.

A bem da verdade, as crianças em causa estão, em tese, na condição de pacientes dos crimes tipificados nos arts. 136 e 247, I, segunda parte do Código Penal, dentre outros.

Por conseguinte, a hipótese desafia a determinação judicial da busca domiciliar e a apreensão das pacientes dos crimes suprarreferidos, nos termos dos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei nº 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não bastasse isso, o art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, que o juiz poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, o que, presentemente, se concretizaria por via inversa, ou seja, por meio da busca e apreensão das crianças, seguindo-se o seu acolhimento institucional.

Curiosamente, aliás, a proteção acima mencionada possui correlação ontológica com as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 2006, uma vez que as vítimas, além de sua condição feminina, são crianças e, portanto, duplamente vulneráveis, historicamente, à ação covarde de agentes adultos, notadamente do sexo masculino. O art. 13 da referida Lei faz menção expressa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

A rigor, as *medidas protetivas de urgência*, por expressa disposição legal, não exigem o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, até porque, do contrário, seria desnaturada a sua natureza de urgência.

Para tanto, não se pode perder de vista que a inauguração do procedimento contraditório ocorrerá nos autos da ação principal, penal ou cível (contraditório diferido).

Nesse diapasão, basta ser lembrado, ilustrativamente, que a decretação da prisão preventiva de alguém não exige o estabelecimento de procedimento contraditório, sendo certo, portanto, que será assegurada, obrigatoriamente, a

oportunidade de ampla defesa ao acusado, assim que houver a instauração da competente ação penal, no prazo de lei.

Enfim, propugno pela busca e apreensão das vítimas alhures nomeadas, seguindo-se o encaminhamento de cópia das principais peças destes autos à competente Delegacia de Polícia, para as providências de sua alçada.

Outrossim, peço a Vossa Excelência a realização do Estudo Psicossocial do caso, para fins de possível e imediato ajuizamento da competente ação de destituição do poder familiar na espécie (art. 1.638, II e III, do Cód. Civil).

Uberlândia, 16 de dezembro de 2010.

EPAMINONDAS DA COSTA

20º Promotor de Justiça

Anexo II

Autos nº: 0702.10.076930-7

Espécie: Medida de proteção ECA

Vistos

O 2º Conselho Tutelar sugeriu o acolhimento das crianças G. F. F. e G. V. F., ao fundamento de que elas estariam em situação de risco.

Decido.

Compulsando os autos, sobretudo o relatório de F. 02/04 e documentos acostados, verifico presentes os requisitos autorizadores da busca e apreensão das crianças *G. F. F. e G. V. F.*

No tocante ao *fumus boni iuris*, o art. 101, VII, do ECA, é cogente ao impor que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, o acolhimento da criança ou adolescente em entidade de proteção.

Por sua vez, o art. 98, II, também do ECA, prescreve que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos

reconhecidos no próprio Estatuto forem ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis.

Assim restou concluído pelo Conselho Tutelar:

“(...)Em discussão no colegiado, entendemos que as crianças deveriam ser acolhidas em uma instituição até que seus genitores possam estar em condições de se responsabilizar por elas, submetendo-se ao programa de tratamento para dependente químico – CAPSAD, considerando que não há nenhum familiar que poderia dispensar-lhe cuidados. F. 02.

(...)As crianças não foram levadas para o abrigo no momento da abordagem, porque Júnia estava muito nervosa e a ação poderia trazer mais danos psicológicos às crianças. (...) F. 04.”

Lado outro, vejamos o que relatou o Serviço de Apoio deste Juízo:

(...)A genitora foi procurada no endereço supra, nos relatou que sem lugar para onde ir, está residindo com sua filha G., na companhia de um rapaz chamado Flávio que segundo ela é seu amigo, a criança estava muito suja, porém não apresentava sintomas febris, a genitora ficou muito desequilibrada(...)

(...)conforme foi relatado Gabriela é carente de cuidados básicos necessitando de ajuda, sendo este comissariado favorável ao abrigamento da criança. F. 09.

Por sua vez o presentante do Ministério Público pugnou pela busca e apreensão das crianças em tela, como medida necessária à sua proteção.

Portanto, a situação retratada nestes autos é grave e exige pronta ação da Justiça para a devida proteção das crianças.

Como se sabe, a apreensão de uma criança e/ou adolescente somente se faz em caráter provisório, e em caso de extrema necessidade. Não é interesse da Justiça que uma criança seja afastada do convívio familiar, mas ao contrário, devem ser esgotadas todas as possibilidades de se realizar a promoção social da família e evitar a aplicação de medida tão grave. Somente em casos extremos é que se promove a apreensão, comprovada a situação de risco da criança.

No caso em questão, a negligência dos genitores quanto aos cuidados relativos à saúde, alimentação, higiene, educação e segurança dos das crianças, a prática de atos contrários à moral e à lei (uso de drogas), são fatores preponderantes a determinar o abrigamento das crianças, posto que se encontram em situação de risco (art. 98, II, do ECA).

Por fim, os documentos acostados são suficientes para comprovar a situação de risco e a necessidade urgente de acolhimento.

Posto isso, determino a expedição de mandado de busca e apreensão das crianças *G. F. F. e G. V. F.*

O mandado será cumprido por Oficial de Justiça, que será acompanhado por dois Comissários da Infância e da Juventude, devendo apresentar relatório circunstanciado sobre a diligência, informando aos genitores que o acolhimento poderá ser provisório, podendo os mesmos obterem informações a respeito, diretamente junto a este Juízo.

O Oficial de Justiça deverá requisitar escolta policial para cumprimento dos mandados, prevenindo eventual resistência dos responsáveis pelas crianças.

Os Comissários encarregados deverão encaminhar as crianças para a instituição Missão Criança.

Oficie-se à Instituição, autorizando o acolhimento das infantas.

Remetam-se cópia dos autos à DEPOL para apuração de eventual crime contra a dignidade sexual.

Após, remetam-se os autos à Assessoria Psicossocial, para realização de estudo do caso, devendo o relatório ser apresentado em até 60 (sessenta) dias.

Intime-se.

Uberlândia, 13 de janeiro de 2011.

Édila Moreira Manosso

Juíza de Direito

APROVADA POR UNANIMIDADE

Destituição/perda do poder familiar frustrada: restabelecimento jurídico do vínculo da filiação biológica

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

Sumário

- I- Introdução
- II- Fundamentação da tese
- III- Conclusão

Introdução

A ação de perda ou destituição do poder familiar visa, principalmente, a propiciar às crianças e aos adolescentes, em situação de abandono ou de desproteção total pelos pais, a possibilidade de colocação em família substituta. Esta medida somente pode ocorrer em situações deveras excepcionais, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É necessário, ainda, que sejam esgotados os meios de promoção social, de orientação, de acompanhamento ou de tratamento dos pais, sob pena de a colocação em família substituta vir a implicar em violação ao direito fundamental de ser a criança ou adolescente criado e educado no seio da sua família, natural ou extensa (arts. 19 e 25 c/c arts. 101, § 9º e 129 do ECA).

Cumpridas as exigências legais para a que a decisão judicial declare a perda do poder familiar, casos há de inviabilidade quanto à colocação em família substituta das vítimas de abandono ou de maus-tratos graves e permanentes, quer em razão de sua idade ou de características pessoais, quer em razão de recusa categórica da própria criança ou adolescente, concernente ao seu encaminhamento para outro lar, sobretudo a título de adoção. Consequentemente, eles costumam fugir frequentemente da instituição de acolhimento, a fim de se encontrarem com os pais, sendo muitas vezes recebidos de forma afetuosa, apesar das dificuldades materiais e emocionais destes.

Portanto, pode-se admitir como razoável ou racionalmente compreensível que, em face de tal quadro, não se avalie a conveniência e a oportunidade do retorno à família natural, inclusive com o restabelecimento do vínculo jurídico da filiação biológica, extinto mediante a ação de perda do poder familiar? Eis, pois, o tema do presente trabalho.

Fundamentação da tese

O art. 1.638 da Lei n. 10.406 de 10/01/2002 – Código Civil – trata das situações que poderão acarretar a perda do poder familiar; emprega-se ali o verbo “perder”, a fim de indicar a ação humana ou a conduta dos pais que seja capaz de autorizar o Poder Judiciário, no campo do direito, a destituí-los da *função materno/paterno-filial*.

Portanto, enquanto a expressão “perda do poder familiar” aponta para a conduta dos pais em relação aos *filhos menores*, apta a produzir determinados efeitos jurídicos, a locução “destituição do poder familiar” encerra a ideia de ação em sentido processual, abrangendo assim a obrigatoriedade do estabelecimento de procedimento contraditório, sem o qual se mostrará inviável a extinção jurídica do *vínculo paterno/materno-filial*.

São causas legais para a destituição do poder familiar, nos termos do art. 1.638 do Código Civil: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho em abandono; c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (consumo de substâncias entorpecentes, alcoolismo, “vadiagem”, cometimento de crimes em geral); e d) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (abusar da autoridade de pai ou de mãe).

Afirma-se na introdução que nem sempre crianças e adolescentes, destituídos do poder familiar, são integrados numa família substituta, fato que normalmente ocorre por meio da adoção. A expressão “família substituta” se opõe à locução “família natural”, definida esta, legalmente, como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e os seus descendentes (art. 25 do ECA).

Registre-se que, a partir da idade de 12 (doze), o adolescente tem o direito legal de aceitar ou recusar o seu encaminhamento a lar substituto, sobretudo sob a forma de adoção (cf. arts. 28, § 2º e 46, § 2º do ECA).

Com efeito, se a criança ou adolescente recusa-se a ser adotado por alguém e, além disso, foge frequentemente da instituição de acolhimento, a fim de se encontrar com os seus pais – sendo certo, ainda, que a permanência no “abrigo” é temporária, frequentemente com o *desligamento* compulsório após a idade de 18 (dezoito) anos –

afigura-se irracional que seja feito vista grossa ao malogro na promessa de propiciar nova família a essa criança ou adolescente.

É bem verdade que diversos operadores do direito, presos à ortodoxia processual da coisa julgada, argumentarão com a impossibilidade da resolução jurídica do problema apresentado, ou seja, que se restabeleça no registro civil a filiação extinta mediante a ação de perda do poder familiar, sobretudo quando se apresenta incabível o ajuizamento de ação rescisória.

Entretanto, algumas questões relevantes se apresentam aqui.

Primeiro, em face da crise do positivismo jurídico na contemporaneidade, em que, no direito de família, por exemplo, houve a relativização da coisa julgada material, exige-se postura profissional mais consentânea com a efetividade ou com maior racionalidade da justiça.

Segundo, na ação de destituição ou perda do poder familiar, a relação processual se estabelece geralmente entre o Ministério Público – como parte pública autônoma *presentando* a sociedade – e os pais da criança ou do adolescente em situação de abandono ou de maus-tratos graves e permanentes. Quer dizer, o Ministério Público não atua como substituto processual dessa criança ou adolescente, até porque o art. 81 da Lei n. 5.869 de 11/01/1973 – Código de Processo Civil (CPC) – prescreve que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei. O art. 201, III do ECA, de forma expressa, atribui ao Ministério Público a legitimidade para a propositura da referida ação, de forma autônoma e não como substituto processual. A mesma pode ser ajuizada, também, pelos adotantes, cumulativamente com o pedido de adoção.

Terceiro, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil⁵⁰, a criança ou adolescente, deixando de figurar na ação de perda do poder familiar como parte, não pode ser prejudicado, mas apenas beneficiado pela coisa julgada material, por força do disposto nos arts. 19, 43 e 45, § 1º, parte final, do ECA. Noutros termos, o ajuizamento da ação em causa é indispensável para que, excepcionalmente, haja a integração familiar

⁵⁰ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

substituta, quando os pais forem vivos e não aderirem expressamente a esta medida (integração familiar substituta).

Consequentemente, mostra-se até despicienda a discussão sobre a teoria da relativização da coisa julgada, haja vista que os seus efeitos, por disposição expressa de lei, estão impedidos de prejudicar a quem não foi parte na ação de destituição ou perda do poder familiar.

Lado outro, o art. 47, § 2º do ECA estabelece que, quando houver a sentença de adoção, expedir-se-á o mandado judicial, que será arquivado no registro civil, dele resultando o cancelamento do registro original do adotando. Inexistindo a adoção, constará apenas do registro civil a averbação da perda do poder familiar, conforme dispõe o art. 102, item “6”, da Lei n. 6.015 de 31/12/1973 – Lei dos Registros Públicos (LRP).

Enfim, constatada a impossibilidade do encaminhamento a lar substituto após a destituição do poder familiar, bem como verificada que a família biológica, com o passar do tempo, consegue acolher os filhos, sobretudo afetivamente, ainda que sem oferecer condições plenas de proteção, deve-se assim promover a reintegração familiar imediata. Em relação ao registro civil, bastará o requerimento de “suprimento”⁵¹ do registro (art. 109 da LRP), analogicamente, a ser feito por curador especial nomeado pelo juiz da infância e da juventude, nos termos do art. 141, § 1º do ECA. O Ministério Público atuará no processo como fiscal da lei, tendo em vista ser contraditória a sua posição de parte autora no processo de destituição do poder familiar e, em seguida, figurar como autor do requerimento em favor da criança ou do adolescente não beneficiado pelos resultados daquela ação (*destituição do poder familiar frustrada*).

Anote-se, por fim, que a hipótese em estudo é incompatível com a propositura de nova ação – suponha-se ação declaratória de maternidade e/ou de paternidade –, por inexistir pretensão resistida, ou seja, pais e filhos querem a manutenção do vínculo biológico. Afora isto, averba-se no registro público apenas a destituição ou a suspensão do poder familiar, sem o cancelamento do registro. Noutros termos, cuida-se de uma simples anotação (averbação), podendo ser cancelada posteriormente, contanto que sejam cumpridas as formalidades legais próprias, assim como ocorre com as anotações no

⁵¹ CAMPOS, Antônio Macedo de. *Comentários à lei de registros públicos. 1º VOLUME (arts. 1 a 113 da Lei nº 6.015)*. 2ª ed. rev. E atual. Bauru-SP, Ed. Jalovi Ltda., 1981, p. 407: “(...) c) O suprimento. É a prática de um ato no lugar de outro, que deveria ter existido, mas que nunca chegou a existir....”.

registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento (cf. art. 250 da Lei n. 6.015 de 1973).

Outrossim, é inconcebível que a presente situação seja resolvida por meio do instituto da adoção, o qual se destina a estabelecer a relação de parentesco entre pessoas desvinculadas biologicamente. Portanto, a adoção como filho, de alguém que a natureza atribuiu tal condição, geraria o estado de perplexidade.

Conclusão

Quando se mostrar totalmente inviável a colocação em família substituta, da criança ou adolescente disponível para a adoção, contanto que os estudos psicossociais não contraindiquem o retorno à família natural, é possível a determinação judicial do cancelamento da averbação da destituição do poder familiar no registro civil, em sede de pedido fundado no art. 109 da Lei n. 6.015 de 1973, objetivando o restabelecimento jurídico do vínculo da filiação biológica.

Uberlândia-MG, em 17 de abril de 2012.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Regime prisional fechado no delito de tráfico de entorpecentes.

Fábio Soares Valera.

Promotor de Justiça. Comarca de Araxá.

Em sede do julgamento do habeas corpus n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seis votos contra quatro, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade parcial dos arts. 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/06, expungindo dos respectivos textos normativos a expressão “**vedada a conversão em penas restritivas de direitos**”.

Doravante, como sucedâneo do aresto suso referido, editou o Senado Federal a Resolução n. 05/2012, publicada em 15 de fevereiro de 2012, positivando seu art. 1º, verbis: **É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF nos autos do habeas corpus n. 97.256/RS.**

Urge, pois, valorar, a partir da hermenêutica dos mandamentos normativos constitucionais e infra constitucionais vigentes, se a pena privativa de liberdade prevista no preceito sancionatório do delito de tráfico de entorpecentes, ora positivado no art. 33 da Lei 11.343/06, poderá ser substituída por penas restritivas de direitos, observados os lindes normatizados no art. 44 do Código Penal.

De lege lata, a substituição da reprimenda corporal (penas de reclusão e detenção), não é cabível em qualquer espécie de crime. Com efeito, o art. 44 do CP traz vedações à substituição em diversas hipóteses que elenca.

Destarte, o instituto da substituição da pena não deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização (art. 5º, XLVI, da CF) da pena.

Vale dizer, somente nas situações específicas previstas na lei – art. 44 do CP – será possível a substituição da pena corporal, a menos que consideremos inconstitucional gizado art. 44.

Neste viés, o art. 5º, XLVI, da CF, confere ampla margem de atuação ao legislador penal infraconstitucional, determinando que a lei estabeleça as normas a serem seguidas pelo juiz na individualização da pena em cada caso concreto.

Por corolário, a vedação à conversão da pena corporal em penas restritivas de direitos no delito de tráfico não alveja o postulado constitucional da individualização da pena. Trata-se, ao revés, de legítima opção legislativa de política criminal, que escapa a reprovação e prevenção do delito de tráfico, em cumprimento ao positivado no art. 59 do Código Penal.

Como lecional GUILHERME NUCCI (“Individualização da Pena”. 2ª Ed. São Paulo, Editora RT, 2007, p. 38): “ **ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho**”.

Neste aspecto da cominação penal a liberdade do legislador infra constitucional é ampla, sendo coartada apenas pelo princípio da proporcionalidade, bem como pelas vedações expressas constitucionais – art. 5º, XLVII, da CF. O próprio conteúdo normativo do art. 44 do CP é apanágio normativo desta liberdade do legislador ordinário.

Nesta ordem de idéias, a CF trata os delitos hediondos e assemelhados como mais gravosos à sociedade, estatuinto no art. 5º, XLIII, **restrições mínimas** à sua conformação jurídica, nada obstando, pois, que o legislador ordinário acresça restrições a tais ilícitos, como fez o legislador da Lei 11.343, assim como o legislador da Lei 8.072/90, inclusive com as alterações promovidas pela Lei 11.464/07.

Dessarte, a vedação da substituição penal, in caso, não alveja o princípio da individualização da pena.

Inadmissível, ademais, a subrogação da pena corporal em penas restritivas de direitos no delito de tráfico, ainda que aplicada a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343. Tal constatação decorre de aplicar-se ao delito de tráfico a lei específica dos crimes hediondos – Lei 8.072/90 c/c a Lei 11.464/07 – por injunção do positivado em norma magna, art. 5º, XLIII, da CF, que equipara o tráfico aos delitos hediondos.

Repise-se que o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, impõe o regime inicial fechado para a expiação penal nos delitos elencados em seu art. 2º, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes.

Epigrafado diploma, como gizado, é específico, arredando a incidência da regra genérica retratada no art. 44 do CP.

Frise-se que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343 erige simples causa de diminuição de pena, que não se apresenta como delito autônomo e, portanto, somente pode ser aplicado a partir da prática de uma das condutas descritas no caput do art. 33, e, portanto, sua aplicação a ele está atrelada.

Ademais, a causa de diminuição de pena leva em conta, para sua aplicação, as condições pessoais do agente, não influenciando na caracterização tipológica ou na natureza do crime descrito no caput do art. 33 da lei de tóxicos. Destarte, mantém-se hígida a aplicação da Lei especial – Lei 8.072/90.

Neste contexto, a atenuação da pena permitida pelo § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, atinge tão somente a quantificação da reprimenda penal, não atingido a qualificação ou a natureza do delito, não afastando o caráter hediondo da ação

criminosa que exsurge da própria norma constitucional por equiparação – art. 5º, XLIII, da CF.

Sobre o específico tema também já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PENA DE UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO - TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - RAZOABILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO - LEI Nº 8.072 /90 - AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA - 1- A pena imposta ao paciente é de 1 ano e 8 meses de reclusão, transitada em julgado para a acusação. É razoável conceder ao paciente o direito de aguardar em liberdade ao julgamento dos seus recursos pelo Tribunal local, sob pena de lhe ser imposto, indiretamente, o regime integralmente fechado de cumprimento da pena. 2- O regime inicial fechado é imposto por Lei nos casos de crimes hediondos, não dependendo da pena aplicada. Assim, não há qualquer ilegalidade na fixação de referido regime, já que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas. 3- Ordem parcialmente concedida. (STF - HC 91.360-1 - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJe 20.06.2008 - p. 109)

Outro não tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o específico tema em recentes julgamentos:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS. I - O crime de tráfico de drogas cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes. II - A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica. III - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em

razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010). IV - A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas. V - Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime. V - Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado "tráfico privilegiado", as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar. VI - Enfim, a aplicação do causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas. VII - "Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas." (HC 143361/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010). VIII - Sendo assim, na hipótese dos autos de toda descabida se mostra a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação do regime inicial aberto ex via arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Habeas corpus denegado. (STJ - HC 149.942-MG - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJe 03.05.2010).

De outro lado, conquanto a recente decisão partida do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 97.256-RS, no prólogo citada, tenha arrostado a vedação à conversão da pena corporal em restritiva de direitos, declarando

sua inconstitucionalidade incidental, tal parece-me irrelevante para a fixação do regime prisional.

Tal conclusão decorre do estatuído no § 1º ao art. 2º da Lei Federal 8.072/90, com a redação imposta pela Lei Federal 11.464/07, que impõe o regime inicial fechado para o cumprimento da pena aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, não autorizando a conclusão de que pudesse o Juízo impor substituição da pena ou o sursis.

Referida Lei 8.072/90 busca sua fonte de legitimidade no comando constitucional insculpido no art. 5º, XLIII, que impõe tratamento penal mais rigoroso aos delitos hediondos e assemelhados, estatuinto restrições apenas mínimas a tais delitos.

Assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF, acima citada, revela-se irrelevante para a fixação do regime prisional no delito de tráfico, que será, de lege lata, o fechado, nos termos da Lei 8.072/90 – lei específica, como corolário do positivado no art. 5º, XLIII, da CF, que equipara o delito de tráfico aos hediondos.

Logo, por injunção do princípio da especialidade, decorrente da aplicação da Lei 8.072/90 ao delito de tráfico, resta proscria a aplicação das regras genéricas estatuídas nos arts. 33, § 2º, 44 e 77, todos do CP.

Conclusões:

- 1) Não ofende o postulado constitucional da individualização da pena a proibição da conversão da pena corporal em restritiva de direitos no delito de tráfico, tampouco a fixação do regime inicial fechado para o seu cumprimento.
- 2) A aplicação do regime inicial fechado para expiação penal em condenação pela prática do delito de tráfico decorre da Lei 8.072/90 c/c a Lei 11.464/07, ambas legitimadas pelo art. 5º, XLIII da CF, que preconiza tratamento mais rigoroso aos delitos hediondos e assemelhados.
- 3) O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 cria simples causa de diminuição de pena e não delito autônomo, vinculando-se ao caput do art. 33.
- 4) A declaração incidental de inconstitucionalidade exarada pelo STF, suprimindo do art. 44 e do art. 33, § 4º da Lei 11.343 a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, revela-se irrelevante para a fixação do regime prisional no delito

de tráfico, pois nos termos do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos e assemelhados tal será o fechado.

5) Por injunção do princípio da especialidade – Lei 8.072/90 – e determinação constitucional – art. 5º, XLIII, restam inaplicáveis os dispositivos previstos nos arts. 33, § 2º, 44 e 77, todos do CP, ao delito de tráfico.

APROVADA POR UNANIMIDADE

**As ações civis públicas como mecanismo de freios e contrapesos:
necessidade de aliança estratégica do Ministério Público e do
Legislativo, no atual cenário de agigantamento do Executivo e de
ativismo do Judiciário, para consolidação da democracia e preservação
das atribuições do Parlamento.**

Felipe Gustavo Gonçalves Caires

1. Introdução

Uma das principais críticas que se faz ao Ministério Público brasileiro, mormente por parte dos agentes políticos dotados de mandato eletivo, seria a de que seus membros, cada vez mais, exorbitariam de suas funções, pretendendo governar sem voto no lugar dos que foram legitimamente eleitos para tanto.

Neste cenário, as ações civis públicas voltadas para a implementação de políticas públicas, na busca pela concretização dos direitos fundamentais de segunda geração, têm sido lembradas como exemplos desta suposta ingerência na discricionariedade administrativa dos escolhidos pelo povo para governar.

Para responder a esta crítica, a busca da redefinição, ou melhor, da *relegitimação democrática* do papel do *Parquet* ao aforar este tipo de ações parece ser um dos objetivos mais relevantes da agenda institucional.

Afinal, caso se insista em legitimar seu aforamento sobre o prisma meramente do Direito Coletivo (material ou processual), justificativa que pouco sensibiliza os que não sejam operadores do Direito, os mandatários eleitos ficarão cada vez propensos a modificar a legislação, seja para proibir o *Parquet* de fazê-lo, seja para consagrar a outros atores (como à Defensoria Pública) - na sua ótica menos invasivos das suas atribuições que os promotores de Justiça – tal papel, mesmo que eventuais “co-legitimados” em potencial não sejam vocacionados constitucionalmente, estruturados administrativamente

ou protegidos adequadamente com as prerrogativas necessárias para fazê-lo de maneira independente e eficaz.

O objetivo deste trabalho, portanto, é o de revisitar a legitimidade *democrática* (muito mais que jurídica, portanto) do manejo das ações civis públicas, sejam as relativas à implementação de políticas públicas, sejam até mesmo aquelas decorrentes da prática de atos de improbidade.

Assim procedendo, verificar-se-á se existe algum sentido na antipatia mútua que parece reinar entre os agentes políticos e os membros do Parquet, ou se esta antipatia, notadamente nas relações institucionais entre o Poder Legislativo e o Ministério Público, nada mais é do que um grande equívoco para a consecução dos interesses de ambos.

2. Fundamentação

2.1. Princípio da soberania popular

A Constituição de 1988 inaugura seus comandos normativos, não por caso, com a listagem dos fundamentos da República Federativa do Brasil, à qual se segue, ainda no seu parágrafo único do artigo 1º, o chamado princípio da soberania popular:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ao fazê-lo, a Constituição deixa claro pretender que no Brasil as decisões políticas sejam tomadas pela vontade da maioria do povo, por meio de representantes eleitos ou diretamente, e não por segmentos que careçam da legitimidade popular, malgrado por vezes, do alto de sua arrogância, considerarem-se timoneiros iluminados, como que ungidos ao comando dos demais por supostos conhecimentos técnicos ou atributos morais notáveis de que disporem, mesmo sem contarem com o apoio da população para que pudessem, como desejam, decidir em nome de todos os demais, talvez visto por eles como “incapazes” de regerem o seu próprio destino.

Enfim, a Constituição Federal foi bastante enfática ao dizer que no Brasil viver-se-á sob o império das decisões tomadas pela maioria, desde que tais decisões respeitem os direitos fundamentais das minorias, porque este é o objetivo de qualquer Estado que se pretenda “democrático” e “de Direito”.

Neste sentido, alguns sustentam que o Poder Judiciário, quando provocado pelo Ministério Público a implementar políticas públicas, ou mesmo quando instado pelo *Parquet* a punir por improbidade administrativa os agentes políticos que não as implementarem, estaria usurpando dos que foram eleitos pelo povo a tarefa de decidir quais (ou como as) políticas públicas deveriam ser implementadas, inclusive ameaçando de pesadas sanções⁵² aqueles que se recusassem a obedecer o que agentes públicos sem voto popular (promotores e juízes) exigissem deles.

2.2. Dilemas contemporâneos do Poder Legislativo

Os membros do Poder Legislativo parecem ter aderido em peso a esta crítica ao Ministério Público. Confirmam-se a este respeito trechos de entrevista sobre Judicialização da Política, concedida em novembro de 2010 à TV Câmara pelo representante da Câmara dos Deputados no Conselho Nacional do Ministério Público:

“O que está ocorrendo é a interdição dos Poderes Políticos e a sua substituição por magistrados e membros do Ministério Público, de modo que tanto juízes como procuradores e promotores possam através da sua atuação substituir o prefeito, o Parlamento e, por vezes, o governador e o Presidente da República”

“Quando nós tratamos de contornar o Poder Legislativo e o Poder Executivo e admitir que em seu lugar o Judiciário e o Ministério Público passem a definir quais questões importam para a República, em última instância o que nós estamos dizendo é: é admitido entre nós que a ditadura militar, que o poder dos generais seja substituído pelo poder dos juízes e dos membros do Ministério Público.”

“O que nós não podemos é estabelecer uma tentativa de fragilizar a atividade política. Qual é a que nós temos hoje? Ninguém quer ser político. Qual é a nossa crise? A nossa crise é que um pai de família, uma mãe de família dificilmente quererá que seu filho seja político. Por exemplo, entre ele ser político e ser juiz, ele, evidentemente, com muita probabilidade, a mãe ou pai desejarão que

⁵² Em que pese pareça existir mais um mito do que uma constatação em torno da gravidade das sanções da Lei de Improbidade, visto que o artigo 12 da Lei Federal 8429/92, desde a Lei 12.120/2009, foi alterado para consignar o que a jurisprudência dominante já reconhecia: suas sanções não são necessariamente cumulativas e, dependendo da gravidade do fato, o agente ímprobo pode receber como sanção apenas uma simples multa civil. Ademais, a LIA apenas permite a aplicação de suas sanções mais graves – perda da função pública e suspensão dos direitos políticos – após o trânsito em julgado.

o filho seja juiz ou promotor. E como é que fica a questão política? A quem caberá resolver os problemas do futuro, se nós estamos de tal modo criminalizando a atividade política, demonizando-a, que a atividade política passará a ser dentro em breve atividade pelo menos de suspeito, praticada apenas pelos suspeitos, e isto é um desserviço à República”

“Nas faculdades de Direito os estudantes aprendem, do primeiro ao décimo período, que a sua atuação será prestigiada na exata medida em que ele contornar os poderes políticos, e aí ele concretiza direitos, então, se há isto no ensino jurídico, há isto também, há uma expectativa por parte do magistrado, do juiz de primeiro grau, do promotor que depois terá ascensão na carreira que ele deve contornar a atividade política, substituí-la e colocar-se ele, juiz e magistrado, no local da política”

(Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=b2mZ3xrV-0Y&feature=relmfu> e em <http://www.youtube.com/watch?v=F5WlufDIudI&feature=relmfu>. Acesso em 18/05/2012).

O coro multiplicador de tal crítica, contudo, não pode ser compreendido sem ser contextualizado no cenário atual, em que o Poder Legislativo se vê na berlinda, seja porque não consegue exercer a contento suas funções típicas de elaborar normas⁵³, seja porque não consegue fiscalizar adequadamente o Poder Executivo (é difícil recordar-se de alguma CPI ou convocação de ministro para prestar explicações ao Congresso que tenham resultado em algo de concreto para além do alarido político que suscitaram).

Pressionado pelo Executivo, de um lado, o Poder Legislativo se vê substituído na sua função de legislar pela edição de medidas provisórias que, embora tenham sido mais controladas pelas modificações trazidas pela EC 32-2001⁵⁴, ainda são bastante utilizadas pelo Executivo, acabando por ditar a agenda do Congresso Nacional, vez que ali não se pode deliberar (CF, artigo 62,§6) sobre outras matérias que possam ser objeto de medidas provisórias sem antes apreciar as ditas cujas publicadas há mais de 45 dias.

Pressionado pelo Judiciário, de outro, o Poder Legislativo também se vê substituído no regramento dos grandes temas nacionais sobre os quais tem dificuldades

⁵³ Constatando tal afirmação, verifica-se que a regulamentação da greve do servidor público e a reforma política até hoje não saíram, e que a Lei da Ficha Limpa e a regulamentação da emenda 29 levaram, respectivamente, 16 e 12 anos para surgirem, após a Constituição determinar sua elaboração (artigo 14, §9 da CF, com a redação da ECR 04-94; artigo 198,§3, I da CF, acrescentado pela EC 29-2000).

⁵⁴ Após a EC 52-2001, além de proibir-se a normatização de vários temas por medida provisória, proibiu-se a reedição, na mesma sessão legislativa, daquelas rejeitadas ou que tivessem perdido sua eficácia por decurso de prazo.

de legislar. O Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente guardião da Constituição no papel de legislador negativo (isto é, declarando à luz da Constituição aquilo que o Parlamento não poderia fazer), mais e mais atua como legislador positivo: a nova interpretação dada aos efeitos do mandado de injunção⁵⁵ na temática da greve do setor público, além da fixação de prazo⁵⁶ para que o Congresso elaborasse a lei complementar exigida pela Constituição (artigo 18, §4) para disciplinar o período no qual seriam admitidas criações de novos municípios, são exemplos desta realidade.

O fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Luiz Roberto Barroso⁵⁷ observa como o Poder Legislativo, após a 2ª Guerra Mundial na Europa e (sobretudo) após a Constituição de 1988 no Brasil, tem sido despojado da condição de maior representante da soberania popular para figurar como irmão “mais pobre” dos Poderes de Estado:

“Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa da soberania do Parlamento e da concepção francesa como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a Constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: *sua proteção passava a caber ao Judiciário*”

Sobre a chegada do modelo de supremacia da Constituição ao Brasil, afirma:

“Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para seguimentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de direito fundamental”

Destacando este fenômeno sob o enfoque da usurpação das funções típicas do Legislativo pelo Poder Executivo, ainda em 1999 o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo⁵⁸ relatou situação não muito diferente da vivenciada atualmente:

⁵⁵ MI 670, 708 e 712, j. 25-10-2007. Inf. 485/STF

⁵⁶ 18 meses, nos termos do decidido pelo STF na ADI 2240, j. 09.05.2007

⁵⁷ Curso de Direito Constitucional, 3ª. Edição, Saraiva, páginas 285-286.

⁵⁸ Ministro Celso de Mello, em *Folha de S. Paulo*, 11 abr. 1999, p. 8.

“No plano institucional brasileiro, o aspecto de suma gravidade que tem me preocupado nestes últimos dois anos é a apropriação institucional pela Presidência da República de poderes legislativos, transformando as medidas provisórias em meio de legislação usado ordinariamente, quando a constituição, ao definir essa forma excepcional de legislação, estabeleceu que só pode ser usada em caráter extraordinário. [...] Esse poder institucional gera grave distorção: desloca o eixo da elaboração de leis para o Executivo, quando ela é uma função clássica, típica, natural do Legislativo. O Presidente da República se transformou no grande legislador do país. Essa sua compulsão legislativa fez o Brasil viver sob o signo do efêmero, porque as medidas provisórias, por serem provisórias, introduzem um elemento normativo instável. Essa distorção institucional afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes, uma das cláusulas pétreas, a alma da nossa Constituição.

No caso brasileiro, um agravante se impõe: entre as instituições da República, o Legislativo, em particular o Congresso Nacional, é via de regra apontado como uma das que conta com menos confiança popular:

“Índice de Confiança Social mostra que o brasileiro está menos confiante nos serviços públicos de saúde e educação e nos meios de comunicação

IBOPE Inteligência apresenta indicador que acompanha as oscilações na relação de confiança da população com as instituições

Pela terceira vez consecutiva, a instituição com maior pontuação entre as 18 organizações foi o Corpo de Bombeiros (86). Igrejas e Forças Armadas aparecem num segundo patamar, ambas com 72 pontos. **Os menores índices de confiança foram obtidos, mais uma vez, pelo Congresso (35) e partidos políticos (28)**”.

http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortallBOPE&pub=T&nome=home_materia&db=cald&docid=10BCD9362159152B8325791E003F379E. Data de publicação: 03/10/2011. Acesso em 18/05/12).

Neste dilema em busca de sua reafirmação e até mesmo de sua “sobrevivência” como Poder, o Legislativo procura desesperadamente estratégias para não continuar a ser engolido pelo Executivo tampouco para não começar a ser subjugado pelo Judiciário.

Eis o cenário em que, procurando diminuir os desgastes perante a opinião pública dos enfrentamentos de seus agentes políticos com o Ministério Público, notadamente aqueles decorrentes de ações civis públicas manejadas nas suas “bases eleitorais”, surge a estratégia do Legislativo de fustigar as atribuições e prerrogativas do *Parquet* a pretexto de que “promotores não foram eleitos para dizerem aos que foram como devem governar”.

2.3. As ações civis públicas como mecanismo de freios e contrapesos essencial para preservação das competências do Parlamento.

No entanto, esta estratégia peca por uma contradição flagrante em sua origem. Afinal de contas, ações civis públicas, via de regra, apenas possuem alguma chance de êxito no Judiciário, principalmente nas instâncias superiores, se suas postulações estiverem solidamente pautadas em leis ou na Constituição.

Sem razão, pois, a alegação de que o manejo daquelas ações ameace o Poder Legislativo enquanto poder, vez que aquelas ações, **pelo contrário**, são instrumento para que se faça prevalecer *as decisões tomadas pelo próprio Poder Legislativo ao aprovar as leis brasileiras ou elaborar/emendar a nossa Constituição!*

Ou seja, ações civis públicas viáveis, inclusive aquelas por ato de improbidade administrativa, baseiam-se, em última análise, na necessidade de os agentes de qualquer Estado Democrático de Direito respeitarem a vontade dos parlamentares.

Não se trata, pois, de impor aos políticos a vontade de membros do Poder Judiciário que julgam nem de integrantes do Ministério Público que aforam aquelas ações. Promotores e magistrados, neste cenário, apenas cumprem o papel coadjuvante de guardiões das decisões tomadas politicamente pelo próprio Poder Legislativo, seja quando elas forem desrespeitadas por particulares, seja quando elas forem desrespeitadas por outros agentes políticos, notadamente de outros Poderes.

Exemplifique-se. Quando o Executivo descumpra as leis ou a Constituição, vale dizer, quando descumpra as decisões políticas do Poder Legislativo, não é o Poder Legislativo que, via de regra, possui legitimidade ou estrutura para acionar o Judiciário em defesa da autoridade de suas decisões políticas. Cabe geralmente ao Ministério Público a tarefa de fazê-lo representando sociedade. Quando o Judiciário julga manifestamente “contra legem”, sem declarar a lei inconstitucional, não é o Poder Legislativo que, via de regra, possui legitimidade ou estrutura para acionar as instâncias superiores do próprio Judiciário em defesa da autoridade de suas decisões políticas. Cabe

geralmente ao Ministério Público a tarefa de fazê-lo, igualmente representando a sociedade.

Enfim, notadamente em sede de ações civis públicas e de recursos judiciais, o Ministério Público atua não apenas como verdadeiro “advogado da sociedade”, *mas também como verdadeiro defensor da autoridade das decisões do Parlamento*, uma vez que, em última análise, busca o cumprimento das leis e da Constituição elaboradas pelos próprios parlamentares.

Não passou despercebida pela doutrina esta vocação ministerial de *longa manus* do Parlamento para desencadear um verdadeiro *mecanismo de freios e contrapesos*, impeditivo de que, na execução das leis ou na aplicação destas aos casos concretos, respectivamente, Executivo e Judiciário exorbitassem de suas funções.

Alexandre de Moraes⁵⁹ leciona a respeito:

“Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à *Instituição Ministério Público*, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais”

2.4.O exemplo de Minas Gerais

Em Minas Gerais, um exemplo particularmente recente dimensiona a importância do papel do Ministério Público em defesa da autoridade das decisões do Parlamento.

Os percentuais mínimos de gastos de qualquer Estado da federação com educação e saúde, fixados constitucionalmente (artigos 212 e 198, §2, II da CF, c/c artigo 77 do ADCT e LC 141/12) pelos parlamentares da Assembléia Nacional Constituinte em 1988 e do Congresso Nacional em 2000 (EC 29), após amplo debate democrático a respeito travado entre os representantes do povo no Legislativo, correm o risco de apenas serem cumpridos em Minas Gerais no longínquo ano de 2014.

⁵⁹ Direito Constitucional, 26ª Edição, Saraiva, página 414.

Isto em virtude de “acordo” – termo de ajustamento de gestão - recentemente entabulado entre Governo do Estado e Tribunal de Contas mineiro a respeito, conforme noticiado na própria página eletrônica da Corte Estadual de Contas:

Tribunal aprova TAG que ajusta índices de educação e saúde no Estado

O Tribunal de Contas aprovou, por unanimidade, em Sessão do Pleno do dia 25/04, o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), proposto pelo Governo do Estado, solicitando a adequação de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O Conselheiro Mauri Torres é o relator da matéria. **De acordo com o novo instrumento, o Governo do Estado compromete-se a alcançar os índices mínimos constitucionais, de 25% da receita corrente líquida na aplicação na manutenção do ensino e de 12% em ações e serviços públicos da saúde, até o exercício de 2014.** O instrumento aprovado apresenta uma tabela de progressão que indica os índices de investimento na saúde de 9,68% em 2012; 10,84% em 2013 e, finalmente, os 12% em 2014. Na área da educação, os índices ajustados são 22,82% para 2012; 23,91% para 2013 e para 2014, os 25% exigidos pela Constituição Federal.

http://www.tce.mg.gov.br/?cod_pagina=1111620189&acao=pagina&cod_secao_menu=5K&a=noticias. Publicado em 26-04-12. Acesso em 18-05-12).

O Ministério Público (Estadual e Federal) já foi procurado **por parlamentares** para impedir dito desrespeito flagrante - chancelado por quem nem sequer é eleito pelo povo (conselheiros do TCE/MG) a pedido de quem (Chefe do Poder Executivo estadual) não foi eleito pelo povo para governar ao arrepio das normas constitucionais vigentes - à decisão soberana do Congresso Nacional quanto ao mínimo que todos os Estados brasileiros devem gastar com educação e saúde.

Eis aí a demonstração cabal de que, muitas vezes, o Ministério Público é a única instituição que resta ao Poder Legislativo para exigir dos demais poderes o respeito às decisões políticas tomadas legitimamente pelo Parlamento.

Logo, o enfraquecimento do Ministério Público e das ações civis públicas parece interessar não ao Legislativo, mas apenas aos que enxergam no *Parquet* uma das maiores dificuldades de implementação de suas pretensões quase absolutistas, como se fossem ditadores de mandato fixo, de governarem ao arrepio das leis e da Constituição do país.

3 - Conclusões

I – Ao aforar ações civis públicas em face da Administração Pública ou de seus agentes, o Ministério Público, para além de exercer sua atribuição de proteger os interesses difusos e coletivos da sociedade (CF, artigo 129, III), está defendendo o regime democrático (CF, artigo 127, caput) *ao exigir respeito às decisões políticas legitimamente tomadas pelo Parlamento* estampadas nas leis e na Constituição do país.

II - Colabora assim o Parquet para, *redescobrando-se institucionalmente também como um dos protagonistas dos mecanismos de freios e contrapesos*, impedir tanto que o Executivo como o Judiciário ignorem as leis e a Constituição, expressões da vontade do povo externadas pelos seus representantes democraticamente eleitos.

III – O fortalecimento do Ministério Público no manejo daquelas ações e recursos revela-se estratégico para que o Poder Legislativo não se torne cronicamente dependente do Poder Executivo, ou progressivamente desautorizado pelo Poder Judiciário, à medida que a certeza de que as leis e normas constitucionais oriundas do Parlamento serão respeitadas, sem maquiagens do administrador ou devaneios interpretativos do juiz, recoloca o Parlamento no centro das decisões políticas nacionais.

IV – Nas ações de improbidade administrativa exitosas, o restabelecimento da autoridade das decisões do Parlamento é ainda mais eficaz, já que, provocado pelo Ministério Público, o Judiciário não apenas exigirá o cumprimento das leis e da Constituição, mas também punirá os agentes públicos que houverem desrespeitado as decisões do Parlamento ali estampadas, divulgando importante mensagem pedagógica no sentido de que as decisões do Poder Legislativo devem ser levadas a sério.

V – Enfraquecer o Ministério Público, restringindo sua legitimidade e suas prerrogativas no manejo de tais ações, é enfraquecer um dos mais poderosos instrumentos de defesa do Legislativo contra agentes políticos de outros Poderes que desrespeitam as decisões políticas tomadas por parlamentares eleitos pelo povo.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A identidade institucional resolutiva na atuação extrajudicial dos órgãos de execução de 2ª grau.

Gisela Potério Santos Saldanha

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

Provocada pela constatação há alguns anos da ocorrência da *crise de identidade institucional*⁶⁰ é prudente analisar a mesma a partir de uma identidade resolutiva, assumindo para tanto reflexão crítica e inovadora.

Historicamente, muito antes da Carta da República de 1988 a instituição incorporou funções de diferentes órgãos estatais, passando de procurador do Rei a advogado da Coroa e patrono da Fazenda Pública, defesa do fisco, proteção de outros interesses governamentais e os cuidados com os hipossuficientes em geral, sem falar na promoção da ação penal. Tudo como relata a doutrina⁶¹, contribuiu para que o hodierno guardião da sociedade, imparcial defensor da ordem jurídica e do regime democrático necessite buscar dia a dia sua identidade. Por vezes disseram ser o *Parquet* o 4º Poder da República tamanha a força adquirida na Carta Cidadã. O que se observa é que no passar de mais de duas décadas desde o delineamento constitucional, as gerações que se sucederam foram capazes de deixar marcas indeléveis de criatividade, vangardismo e arrojo.

A Instituição se apresenta à sociedade como eficiente corpo técnico jurídico no resgate da cidadania ao celebrar ajustamentos de condutas, na propositura de ações coletivas, enfim fazendo uso de tudo aquilo que lhe foi posto à disposição. Tem buscado cada vez

⁶⁰ Da tese aprovada no XXVI Congresso Nacional do Ministério Público em 2007 na cidade de Salvador os Promotores de Justiça Marcio Soares BERCLAZ, do Paraná e Millen Castro Medeiros MOURA, da Bahia advertem que: “A própria instituição precisa promover reformas internas para solucionar a *“crise de identidade”* em que está mergulhada, consistente na dissonância entre o seu perfil constitucional e a atuação prática de muitos de seus membros, sob pena de sua inércia contribuir para a redução da credibilidade de que goza junto à sociedade e, conseqüentemente, para a fragilização de sua legitimidade como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis” BERCLAZ, Márcio Soares e MOURA, Millen Castro Medeiros, in *Temas atuais do Ministério Público*, Para onde caminha o Ministério Público? Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 168.

⁶¹ BERCLAZ, Márcio Soares e MOURA, Millen Castro Medeiros, in *Temas atuais do Ministério Público*, Para onde caminha o Ministério Público? Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 145-172.

mais interagir com outros ramos do conhecimento humano com intuito de facilitar seu agir e compreender melhor a forma de defesa dos interesses sociais.

Alias, o ideal de eficiência é o mote que o impulsiona a desenhar cada dia a identidade institucional frente a imensurável gama de atribuições que o sistema normativo nos brindou como órgãos de execução do *Parquet*.

A credibilidade tem permitido se postar com segurança e altivez, que por vezes, todavia, o tem afastado da sempre necessária sensibilidade de poder ouvir e sentir os clamores sociais mais genuínos. Mesmo assim, tem prevalecido o espírito rejuvenescido pelo bom combate, em que os desafios representam a eternização da alma ministerial por parte de seus membros.

Cresceu como instituição, em valor e estrutura, o que lhe exige permanente releitura das premissas gerenciais delineadas no projeto de um novo modelo de gestão que deve se sustentar, em síntese, em três pilares assim definidos por BERCLAZ e MOURA⁶²: (1) **Racionalizar**, para permitir que o Ministério Público otimize sua atuação, atendendo, de forma prioritária e eficiente, aos interesses transindividuais, concentrando esforços para uma atuação extrajudicial resolutive; (2) **Regionalizar**, como forma de a instituição assumir uma distribuição espacial própria à sua finalidade, mobilizando esforços e otimizando meios de cumprir o planejamento estratégico-institucional mediante uma atuação uniforme e articulada capaz de emprestar o suporte técnico-administrativo suficiente para a promoção dos interesses sociais; (3) **Reestruturar serviços auxiliares**, como alternativa imediata e factível para suprir os insuficientes recursos humanos e contornar os rígidos limites orçamentários e fiscais.

Diz-se **permanente releitura da eficiência**, pois, como leciona Clèmerson M. Clève, *as Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social*⁶³. Disso tem-se que o Ministério Público como agente de transformações sociais deve estar atento e diligente quanto aos resultados obtidos dessa metamorfose, bem como permanentemente disposto a avaliar e reavaliar em que medida as modificações gerenciais foram bem sucedidas ou, de outro lado, não se apresentaram efetivamente eficientes, repensando inclusive novas alternativas para aperfeiçoamento da estrutura e da qualidade do exercício das atribuições.

Não se pretende produzir críticas as iniciativas já implementadas, mas valorizar aquelas que se mostram exitosas, e aperfeiçoar aquelas ainda pouco focadas.

Exemplos não faltam daquelas bem sucedidas. No campo da racionalização, o movimento que culminou com a publicação da Carta de *Ipojuca*, que teve por parte do *Parquet* Mineiro receptividade pioneira, permitiu que diversos titulares da Promotoria da Fazenda

⁶² Idem, ob.cit., p. 167-168.

⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlim. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade do Direito Brasileiro*, 2ª ed. São Paulo:RT, 2000, p.52.

Pública migrassem para áreas de atuação que se apresentavam com déficit de desenvolvimento institucional.

No que cinge a regionalização, destaque maior há de ser dado a criação das Coordenadorias Regionais das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Bacias dos Rios Jequitinhonha e Mucuri, Rio Grande e, as Promotorias de Justiça de defesa do Rio São Francisco – Regionais do Alto São Francisco, dos Rios Verde Grande e Pardo de Minas, dos Rios das Velhas e Paraopeba, e por fim dos Rio Paracatu e Urucuia. Inclusive, tal iniciativa, implementação e eficiência teve reconhecimento em nível nacional com a premiação do INOVARE 2010 na categoria Ministério Público.

Por derradeiro, a reestruturação do aparelho dos órgãos auxiliares permitiu que a instituição melhor se estruturasse saltando de 782 (setecentos e oitenta e dois) servidores em 2000 para 2.663 (dois mil seiscentos e sessenta e três) em 2012, o que representa em termos de membros da ativa o equivalente a 2,73 (dois virgula setenta e três) servidores para cada membro em atividade.⁶⁴

Como dito alhures, ainda que muitas e eficientes soluções tenham sido implementadas, os pilares de gestão devem ser repensados constantemente.

Diante de tais considerações, há que se limitar o foco para tratar da questão resolutive da identidade institucional, a qual a título de exemplo cabe fazê-lo tecendo considerações em minha área de atuação – a Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos.

Com estrutura pioneira, foi de fato criada em 2001, porém reconhecida *interna corporis* apenas em 2011, tendo por essência a racionalização da atuação dos órgãos de execução em segundo grau. A par de representar um novo modelo de atuação, em verdade não encontrou obstáculos legais para se desenvolver e destacou-se por permitir a integração entre os órgãos de execução de primeiro e segundo grau de modo legítimo e eficaz.

Constata-se, no ano de 2011, em números percentuais de recursos submetidos ao TJMG as ACP's de autoria ministerial obtiveram decisões favoráveis na razão de 62,4% (sessenta e dois virgula quarenta por cento). Nas atuações *custos legis*, os resultados positivos em Ações Populares atingiram a marca de 72,66% (setenta e dois virgula sessenta e seis pro cento) e nas ACP's propostas por outros legitimados em 68,84% (sessenta e oito virgula oitenta e quatro por cento). Além disso, os recursos interpostos contra as decisões desfavoráveis do TJMG dirigidos ao STJ foram revertidos em favor das teses ministeriais em 67,05% (sessenta e sete virgula cinco por cento) dos casos e, de igual sorte alcançaram a marca dos 62,3% (sessenta e dois virgula trinta por cento) no STF⁶⁵.

⁶⁴ Conforme certidão expedida na data de 07 de maio de 2012 pelo Diretor Geral da PGJ/MG Sr. Fernando Antonio de Faria Abreu em 2000 o Ministério Público contava com 669 (seiscentos e sessenta e nove) membros em atividade e 782 (setecentos e oitenta e dois) servidores. Até a data presente são 973 (novecentos e setenta e três) membros e 2.663 (dois mil seiscentos e sessenta e três) servidores.

⁶⁵ Estatística disponível no site:

Ainda que se constate uma eficiência na atuação processual dos órgãos de execução titulares da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos pela obtenção de alto índice estático favorável, há que se pensar, sob o prisma do princípio da eficiência administrativa, em que consiste a atuação resolutiva e como é possível ser desenvolvida pelo órgão de execução em segundo grau, e assim aperfeiçoar as atividades ali desenvolvidas, buscando otimizar os resultados insatisfatórios e melhor atender o interesse social. Esse pensamento se justifica frente a crescente preocupação com a fase executiva, o já constatado acréscimo da demanda em termos processuais de 18% (dezoito por cento) no ano de 2011 e a verificação de que algumas ações são repetitivas.

Conforme Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Renato Nascimento Fabbrini: *racionalizar significa valorizar a atuação do Promotor e do Procurador de Justiça, como agentes políticos*⁶⁶ Tomando isso como paradigma, urge perguntar: de que modo a atuação do Procurador de Justiça como órgão de execução pode ser resolutiva.

A resposta nascerá da atuação sincronizada que se deve estabelecer entre os órgãos de execução de primeiro e segundo grau, que levará à potencialização da ***a capacidade de desempenho de atividades judiciais e extrajudiciais***. Dito isso, observa-se no âmbito judicial que os órgãos de execução em segundo grau com atuação na Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos assumiram definitivamente seu papel pró-ativo, entretanto, resta aos órgãos de execução em segundo grau assumir a missão extrajudicial, também.

Alias, a atuação resolutiva em segundo grau deve ser desenhada em três momentos. O primeiro diz respeito à ***possibilidade de antecipar o cumprimento de obrigações*** pela suspensão dos recursos e celebração de acordos de âmbito local, regional e estadual, com posterior homologação judicial pelo TJMG. Em segundo momento, vislumbrada a ocorrência de repetição de questões por intermédio de Agravos de Instrumento, e estando ainda essas questões sem julgamento do mérito em primeiro grau, atuar visando motivar a resolução delas por meio de acordos ***visando abreviar o procedimento judicial*** e restaurar a ordem jurídica violada. Por derradeiro, há que se observar uma terceira espécie de atuação em que o órgão de execução em segundo grau atuasse a partir de informações emitidas pelos CAO'S e pelo Conselho Superior do Ministério Público, ***estimulando a celebração em âmbito local, regional e estadual de termos de ajustamentos de condutas envolvendo várias áreas de atuação***.

O cabimento dessa atuação resolutiva alicerça-se no princípio do *Procurador Natural* quando a jurisdicionalização alcance a segunda instância em grau recursal e, nos demais casos pela *atuação integrativa* reconhecida pela unicidade e individualidade institucional, permitindo ao órgão de execução de segundo grau agregar-se aos diversos *Promotores Naturais* no enfrentamento de questões de âmbito regional e estadual.

⁶⁶ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; FABBRINI, Renato Nascimento. O Ministério Público e a crise orçamentária. In FABBRINI, Renato Nascimento.(Coord.) O MP e a crise orçamentária. São Paulo:AMMP, 1992, pg. 71.

Conclusão

- 1. Reconhece a função conciliadora do órgão de execução em ambos os graus de atuação como capaz de otimizar em base resolutiva.**
- 2. Constata-se a necessidade de dar estrutura adequada ao desenvolvimento das atividades conciliadoras, de modo integrativo pela atuação conjunta dos órgãos de execução.**

APROVADA POR UNANIMIDADE

Do privilégio constitucional da reparação do dano ao erário

Gisela Potério Santos Saldanha

1 Fundamentação

Começamos por dizer que, no âmbito do direito, aquele que causar desfalque ao patrimônio alheio é submetido a medidas que garantem ao credor obter coercitivamente a realização da prestação.

No entanto, urge constatar que há créditos que gozam de maior proteção legal. Sendo assim, é necessário deixar clara a distinção entre os conceitos de **garantia, privilégio e preferência**.

Por garantia, tem-se simplesmente “o meio ou modo de assegurar ou acautelar o direito de outrem, contra qualquer lesão resultante de inexecução de uma obrigação”⁶⁷. Já o privilégio – diz a doutrina – é a “colocação do crédito num plano de preeminência com relação aos demais créditos, no sentido de haver preferência em pagamentos”⁶⁸. Por fim, a preferência está relacionada com a ordem prioritária do pagamento do crédito privilegiado.

Há no sistema jurídico brasileiro, além da garantia ao crédito em geral, privilégios e preferências estabelecidos pela norma – que ora se pretende pôr sob enfoque – a fim de estabelecer diretrizes para a execução das reparações de danos causados ao erário público por improbidade.

⁶⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro. apud NUNES, Pedro. *Compêndio de direito tributário*, 2. ed., São Paulo: RT, 1994, p. 419.

⁶⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Ob. Cit., p. 420

Tomo por primeiro embate o privilégio, para depois tratar da preferência, já que aquele se estabelece em razão da natureza do crédito, enquanto este diz respeito à disposição legal.

Em uma Constituição como a brasileira, que valoriza preponderantemente os valores sociais – em especial o trabalho e a dignidade da pessoa humana – não é por acaso que créditos trabalhistas e públicos são privilegiados, a fim de dar cabo aos objetivos fundamentais e permitir que a força laborativa do indivíduo seja respeitada e que o bem comum seja concretizado. Em razão disso, o artigo 7º dispôs como garantia expressa a indenização por acidente de trabalho e os créditos resultantes das relações de trabalho⁶⁹ e os artigos 37 e 146 dispuseram de igual sorte sobre a proteção das reparações dos danos ao erário público e aos créditos tributários.

Sobre a preferência, assevera a doutrina ser ela uma forma de privilégio por se referir “ao pagamento prioritário dos créditos na concorrência de outros créditos, no sentido de haver preferência em pagamentos”⁷⁰.

Então, os créditos de natureza alimentícia (em especial, aqueles cujos titulares tenham sessenta anos de idade) – neles compreendidos os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e complementações, benefícios previdenciários e indenizações por acidente de trabalho fundadas em responsabilidade civil – serão pagos com preferência sobre todos os demais.

Gozam ainda do privilégio os créditos tributários, que, na lição de Aliomar Baleeiro⁷¹, são considerados como de privilégio *absoluto*, pois deverão ser pagos com preferência sobre qualquer outro, ressalvados apenas os de natureza alimentícia⁷².

Entretanto, com a consagração, pela Carta da República de 1988, da defesa de interesses sociais, surgem expressamente encartados naquele texto privilégios para a reparação de danos causados ao erário.

⁶⁹ Incisos XXVIII e XXIX do artigo 7º da Carta da República de 1988.

⁷⁰ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Ob. Cit., p.420

⁷¹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 606

⁷² Art. 186 do CTN -

Disso é possível concluir que, entre os créditos privilegiados, tem-se por *absolutos* os alimentícios e os públicos, sendo certo que os de natureza alimentícia precedem os públicos em respeito à dignidade da pessoa humana.

Considerando os créditos de natureza pública, pela hodierna concepção da divisão de interesses primários e secundários, sobrepõe-se o interesse social puro sobre os interesses administrativo-patrimoniais do ente público, razão pela qual deve aquele preceder. Reforço a esse pensamento ocorre pela imprescritibilidade da reparação do dano ao erário, disposta pela Carta da República no § 5º do artigo 37.

Ora, se os demais créditos tidos pela norma por privilegiados e precedentes são passíveis de prescrição, nos termos do inciso XXIX⁷³ do artigo 7º da Carta da República (trabalhistas de natureza alimentícia) e do artigo 174 do CTN (créditos tributários), por óbvio que a reparação do dano ao erário há de ser considerada, em relação ao crédito tributário e administrativo, o de maior grau de privilégio, por ser ele constitucional, devendo a estes preceder.

2 Conclusão

I - Há privilégios de créditos de natureza alimentícia e pública;

II - Entre os créditos de natureza pública, o de interesse social, por ser constitucionalmente reconhecido como imprescritível, deve preceder.

⁷³ Art. 7º inciso XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Reflexões sobre a missão constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

Júlio César Teixeira Crivellari
Promotor de Justiça da Comarca de Andrelândia/MG

I – Casuística legal:

Assim prescrevia a revogada Lei Complementar 40/81:

Art. 7º - Ao Procurador-Geral de Justiça incumbe, além de outras atribuições: VII - avocar, excepcional e fundamentadamente, inquéritos policiais em andamento, onde não houver Delegado de carreira;

Art. 15 - São atribuições dos membros do Ministério Público:

III - acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais ou administrativos, quando assim considerarem conveniente à apuração de infrações penais, ou se designados pelo Procurador-Geral;

V - assumir a direção de inquéritos policiais, quando designados pelo Procurador-Geral, nos termos do inciso VII do art. 7º desta Lei.

Art. 22 - São deveres dos membros do Ministério Público estadual:

X - atender com presteza à solicitação de membros do Ministério Público, para acompanhar atos judiciais ou diligências policiais que devam realizar-se na área em que exerçam suas atribuições;

Os dispositivos acima reproduzidos evidenciavam inequivocamente formas de controle do Ministério Público nas atividades-fim da Polícia Civil, em que se permitia inclusive a direção e avocação excepcional de inquéritos policiais.

A Constituição Federal de 1988 prescreveu, originariamente, o seguinte:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Conforme se observa, o controle externo da atividade policial foi apartado, no texto constitucional, da função de requisição de diligências investigatórias e da instauração de inquérito policial, e essa disciplina diversa é importante para demonstrar que a função prevista no inciso VII do art. 129 da CF/88 pressupõe muito mais que a mera requisição de investigações ou de instauração de inquérito policial. Aliás, o inquérito policial, na sistemática do CPP em vigor, é mera peça investigativa que pode ser inclusive dispensada, como p.ex., nos termos dos arts. 27; 39, §5º e 40 do referido *codex*. Veja-se:

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

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

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Por outro lado, a norma em questão (art. 129, VII, CF/88) acometeu a conformação dessa função à lei complementar. Nesse sentido, no nível federal, foi editada a Lei Complementar nº 75/93 para regulamentar as atribuições e o estatuto do Ministério Público Federal, a qual, por sua vez, aplica-se aos Ministérios Públicos Estaduais, por força do disposto no art. 80 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). A LC 75/93 assim dispõe:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

d) a indisponibilidade da persecução penal;

e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Art. 7º *Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:*

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

Art. 8º *Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:*

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

Art. 9º *O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:*

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. *A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.*

Observa-se, portanto, que a LC 75/93 estabeleceu “princípios” informadores do controle externo da atividade policial; dotou o Ministério Público de prerrogativas que lhe assegurassem apurar fatos e empreender diretamente diligências investigatórias, e, por fim, explicitou, ainda que de forma tímida, o conteúdo e a forma desse controle externo.

Por outro lado, nem a Constituição Federal, nem a LC 75/93, excluiu o tipo de polícia sujeita ao controle externo pelo Ministério Público, porque na locução “atividade policial”, não se incluiu qualquer adjetivo que qualificasse essa ou aquela polícia, investigatória ou ostensiva (p.ex., civil, militar, ou corpo de bombeiros militar).

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais a lei orgânica de regência da atividade Ministerial é a Lei Complementar Estadual nº 34/94, que assim prescreve:

Art. 67 *No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:*

IV- exercer o controle externo da atividade policial, observado o disposto no inciso II do art. 125 da Constituição do Estado de Minas Gerais;

IX- requisitar, no exercício de suas atribuições, o auxílio de força policial;

Art. 74 *Além das atribuições previstas na Constituição Federal, na Constituição Estadual, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em outras leis, compete aos Promotores de Justiça:*

II- atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis e cientificando o interessado das medidas efetivadas;

VIII- expedir notificações e requisições e instaurar procedimentos investigatórios nos casos afetos à sua área de atuação;

IX- inspecionar e fiscalizar cadeias públicas, manicômios judiciários, estabelecimentos prisionais de qualquer natureza, hospitais públicos ou conveniados e locais que abriguem idosos, crianças, adolescentes, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência, adotando as medidas cabíveis;

XVIII- requisitar a instauração de inquérito policial e diligências investigatórias para apuração de crime de ação penal pública;

XIX- assumir a direção de inquéritos policiais, quando designado pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 125, II, "g", da Constituição Estadual;

XXV- exercer o controle externo da atividade policial;

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos citados acima, a função do controle externo foi tratada independentemente da prerrogativa de requisitar a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias, além do que, diversamente da LC 75/93, que disciplinou em seu próprio texto, o conteúdo do controle, a LC 34/94 remeteu tal disciplinamento para o texto da Constituição do Estado de Minas Gerais, especificamente em seu art. 125, inciso II. Vejamos o que prescreve a Constituição Mineira:

Art. 120 – *São funções institucionais do Ministério Público:*

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

VI – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar respectiva;

VII – requisitar diligência investigatória e instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

VIII – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidade pública.

Art. 121 – *Além das funções previstas na Constituição da República e nas leis, incumbe ao Ministério Público, nos termos de sua lei complementar:*

I – exercer a fiscalização de estabelecimento prisional ou que abrigue idoso, menor, incapaz ou portador de deficiência;

II – participar de organismo estatal de defesa do meio ambiente, do consumidor, de política penal e penitenciária e de outros afetos à sua área de atuação.

Art. 125 – É facultada ao Procurador-Geral de Justiça a iniciativa de lei complementar que disponha sobre:

II – controle externo da atividade policial, por meio do exercício das seguintes atribuições, entre outras:

- a) fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão;*
- b) receber, diretamente da autoridade policial, os inquéritos e quaisquer outras peças de informação;*
- c) fixar prazo para prosseguimento de inquérito policial;*
- d) requisitar diligência à autoridade policial;*
- e) inspecionar as unidades policiais civis ou militares;*
- f) receber cópia de ocorrência lavrada pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar;*
- g) avocar, excepcional e fundamentadamente, inquérito policial em andamento;*

Embora se trate de lei ordinária, e não propriamente de lei complementar, a Lei 8.625/93 também nos forneceu exemplos normatizados de medidas caracterizadoras de controle externo da atividade policial:

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

VI - ingressar e transitar livremente:

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, ofícios da justiça, inclusive dos registros públicos, delegacias de polícia e estabelecimento de internação coletiva;

VIII - examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

IX - ter acesso ao indiciado preso, a qualquer momento, mesmo quando decretada a sua incomunicabilidade;

Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

E por fim, mais recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – editou a Resolução nº 20/2007, explicitando o conteúdo e alcance desse controle externo, considerando o disposto no art. 127, *caput* e art. 129, incisos I, II e VII, da Constituição Federal, no art. 9º da LC 75/93 e no art. 80 da Lei 8.625/93:

Art. 1º Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro

órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal.

Art. 3º *O controle externo da atividade policial será exercido:*

I - na forma de **controle difuso**, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos;

II - em sede de **controle concentrado**, através de membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público.

Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;

II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;

IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;

VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;

VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;

VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;

IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

§ 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

§ 2º O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.

§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível, incumbe ao órgão do Ministério Público encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com atribuição para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa.

Art. 5º Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial, caberá:

I – ter livre ingresso em estabelecimentos ou unidades policiais, civis ou quartelamentos militares, bem como casas prisionais, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos onde se encontrem pessoas custodiadas, detidas ou presas, a qualquer título, sem prejuízo das atribuições previstas na Lei de Execução Penal que forem afetadas a outros membros do Ministério Público;

II – ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos, em especial:

a) ao registro de mandados de prisão;

b) ao registro de fianças;

c) ao registro de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e outros objetos apreendidos;

d) ao registro de ocorrências policiais, representações de ofendidos e notitia criminis;

e) ao registro de inquéritos policiais;

f) ao registro de termos circunstanciados;

g) ao registro de cartas precatórias;

h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial;

i) aos registros e guias de encaminhamento de documentos ou objetos à perícia;

j) aos registros de autorizações judiciais para quebra de sigilo fiscal, bancário e de comunicações;

l) aos relatórios e soluções de sindicâncias findas.

III – acompanhar, quando necessária ou solicitada, a condução da investigação policial civil ou militar;

IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial ou inquérito policial militar sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, ressalvada a hipótese em que os elementos colhidos sejam suficientes ao ajuizamento de ação penal;

V – requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal, bem assim requisitar sua imediata remessa ao Ministério Público ou Poder Judiciário, no estado em que se encontre;

VI – receber representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nas leis, relacionados com o exercício da atividade policial;

VII – ter acesso ao preso, em qualquer momento;

VIII – ter acesso aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo de documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório.

Art. 6º Nas visitas de que trata o artigo 4º, inciso I, desta Resolução, o órgão do Ministério Público lavrará a ata ou relatório respectivo, consignando todas as constatações e ocorrências, bem como eventuais deficiências, irregularidades ou ilegalidades e as medidas requisitadas para saná-las, devendo manter, na promotoria ou procuradoria, cópia em arquivo específico.

Parágrafo único. A autoridade diretora ou chefe de repartição policial poderá ser previamente notificada da data ou período da visita, bem como dos procedimentos e ações que serão efetivadas, com vistas a disponibilizar e organizar a documentação a ser averiguada.

De fato, essa Resolução do CNMP é bastante abrangente quanto às formas de controle externo da atividade policial, assim como em relação ao tipo de polícia sujeita a esse controle, incluindo até mesmo as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal.

Além disso, a Resolução explicitou as figuras do controle externo *difuso* e *concentrado*, à semelhança do que ocorre na seara do controle judicial da constitucionalidade das leis; estabelecendo uma desejável amplitude do controle entre os Órgãos do Ministério Público com atribuição criminal, bem como explicitando detalhadamente as diversas prerrogativas necessárias ao exercício responsável desse controle à vista dos princípios que o norteiam.

Como se observa, a referida resolução não inovou no ordenamento jurídico, até porque reproduz diversos dispositivos da LC 75/93, estando de acordo com a Constituição Federal.

Poderia, entretanto, essa resolução ter acometido ao Órgão do Ministério Público com atribuição “concentrada” do controle externo da atividade policial, a atribuição de adotar as providências cabíveis no âmbito civil, no que tange ao processamento do agente público policial que venha a cometer atos de improbidade administrativa, principalmente, pela celeridade e efetividade que tal procedimento proporcionaria no caso concreto.

II – O poder investigatório (direto) do ministério público

Como se reconhece, instalou-se séria celeuma em torno da possibilidade ou não de o Ministério Público promover investigações diretas sobre fatos atinentes à ocorrência de delitos, ou se tal atribuição seria exclusiva da Polícia Civil (nos termos do art. 144 da CF/88), a despeito do que prescreve o art. 129, I, II, VI, VII, VIII e IX da

CF/88, até porque, diante de qualquer antinomia existente no texto constitucional, há que se aplicar a nova hermenêutica (constitucional) do tipo **interpretação-concretização**, já que está jungida à proteção dos fundamentos (notadamente a cidadania) e dos objetivos (construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos) da República Federativa do Brasil, que se pretendeu denominar *Estado Democrático de Direito*; e não meramente a hermenêutica do tipo *interpretação-subsunção*.

Nesse sentido, cotejando as normas constitucionais inseridas nos arts. 144 e 129 da CF/88, não haveria como se excluir o poder investigatório (direto) do Ministério Público do arcabouço axiológico da norma constitucional que tipifica (de forma aberta) as funções do Ministério Público, sob pena de vulnerar a primeira de suas funções *privativas* que é a promoção da ação penal pública; umbilicalmente ligada ao direito fundamental à *segurança*, previsto no *caput* do art. 5º da Carta Magna.

Acredita-se, equivocadamente, que o reconhecimento desse poder (implícito) ao Ministério Público representaria prejuízo ou esvaziamento das atribuições da Polícia Civil (para aqueles que a integram) ou prejuízo para o sagrado direito de defesa (para aqueles que advogam exatamente para os violadores da lei).

Ainda que, como visto, o inquérito policial seja peça meramente informativa e até dispensável pela própria lei processual penal, não se vislumbra qualquer prejuízo para as atividades investigatórias policiais o reconhecimento do poder investigatório ao Ministério Público, uma vez que a Instituição Ministerial não dispõe de estrutura material e humana para desenvolver tal tarefa com exclusividade, nem possui tal interesse, diante do enorme plexo de atribuições que lhes foram acometidas pela Constituição Federal e demais leis vigentes.

Por outro lado, não se pode objetar que a investigação policial hodierna tem deixado a desejar, em muitos casos, não podendo o Ministério Público (e, por conseguinte, a Sociedade) se tornar refém da eventual ineficiência do serviço investigatório policial, porque, sendo o titular privativo da ação penal, e tendo o dever de provar o que alega, o Ministério Público não pode se contentar com os elementos que lhe forem apresentados pela polícia investigativa, ainda mais diante do interesse público na repressão responsável dos delitos, e na proteção da Sociedade pela promoção do direito fundamental à segurança da coletividade.

Ademais, há casos em que a própria autoridade policial e/ou seus agentes se tornam os violadores da lei e do sistema de proteção/defesa social, caso em

que o Ministério Público tem que poder agir para investigar, com isenção e sem corporativismo, eventuais delitos, sem prejuízo da responsabilização dos agentes policiais, pelos atos de improbidade administrativa correlatos.

O exercício do poder investigatório pelo Ministério Público, também assentado no princípio da indisponibilidade do interesse público (e na *indisponibilidade da persecução criminal*), em reprimir delitos e promover o bem de todos, a paz e a justiça sociais, não evidencia, igualmente, nenhum prejuízo para o amplo direito de defesa do violador da lei, eis que todos os elementos de convicção colhidos na fase investigatória, na busca da verdade real, serão necessariamente submetidos ao crivo/controlado judicial, não podendo ser utilizados exclusiva ou isoladamente para condenar aquele(s) ao(s) qual(is) tenha(m) sido imputado(s) eventual(is) delito(s).

Não há nisso (exercício do poder investigatório) nenhum prejuízo para isenção do Ministério Público, porque a imparcialidade absoluta no exercício das funções é exigida somente dos magistrados, sendo que a convicção do Órgão do Ministério Público, que deflagra eventual demanda penal perante o Poder Judiciário, também se forma pela análise que empreender dos elementos colhidos, e daqueles que entender que devam ser buscados, por terem sido ignorados ou menoscabados pela autoridade policial. O argumento da falta de isenção do Ministério Público já está superado há muito diante do teor da **Súmula 234 do STJ**, segundo a qual *"a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia"*.

Além disso, nenhuma objeção há quanto à investigação presidida diretamente pelo Ministério Público no âmbito cível, e cujo teor pode evidenciar (e normalmente é o que ocorre) a prática de correlatos delitos, havendo necessidade, em ambas as searas (cível e criminal), de se submeter os elementos de prova colhidos na fase investigatória, ao juízo de um magistrado natural, sob o pálio da ampla defesa e do contraditório.

Aliás, desconhece-se qualquer decisão judicial que tenha atacado ou reconhecido eventual mácula nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público. A insurreição se limita apenas a aspectos formais, vale dizer, à prerrogativa de o Ministério Público empreender ou não diligências investigatórias, à revelia de qualquer inquérito policial.

Não há nenhum inconveniente ou prejuízo ao violador da lei ser investigado diretamente pelo Ministério Público, eis que haverá medidas e diligências sempre dependentes de autorização e controle judicial, tais como a expedição de mandados de busca e apreensão, autorização de interceptações telefônicas e a determinação de outras medidas cautelares, tais como o arresto e o sequestro, de modo que o sistema constitucional e legal em vigor já acautela qualquer investigado quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Insta registrar que o poder investigatório do Ministério Público vem sendo a cada dia reconhecido e reforçado pelos Tribunais Superiores e pela Corte Mineira, conforme se observa dos seguintes julgados: **STF** - HC 99228/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/10/2011; **STF** - RHC 83492/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/12/2010; **STJ** - HC 168184/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 02/02/2012; **STJ** - HC 151415/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 22/11/2011; **STJ** - HC 86272/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza Moura, DJ 07/12/2010; **STJ** - RESP 331903/DF, 5ª Turma – Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 01/07/2004; **TJMG**, Apelação Criminal nº. 1.0216.08.053157-9/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, DJ 19/07/2011; **TJMG**, Apelação Criminal nº. 1.0000.09.506542-1/000, Rel. Des. Maria Celeste Porto, 5ª Câmara Criminal, DJ 09/11/2010; **TJMG**, Apelação Criminal nº. 1.0000.08.483947-1/000, Rel. Des. Renato Martins Jacob, 2ª Câmara Criminal, DJ 06/11/2008; **TJMG**, Apelação Criminal nº. 1.0184.02.000913-2/001, Rel. Des. Judimar Biber, 1ª Câmara Criminal, DJ 26.09.2007; **TJMG**, Habeas Corpus nº. 1.0000.07.449606-8/000(1), Rel. Des. Sérgio Braga, 1ª Câmara Criminal, DJ 26/06/2007.

Parafrazeando o em. Des. Sérgio Braga, é de se ressaltar que “não é da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público”.

III – O controle externo da atividade policial e o poder investigatório do Ministério Público – existe incompatibilidade?

O controle externo da atividade policial tem a finalidade de garantir a legalidade e a eficiência dos procedimentos investigatórios, indispensáveis ao correto e justo manuseio da ação penal pública, e se vincula à atividade-fim da polícia civil, sem estabelecer relação hierárquica entre seus integrantes e os Órgãos do Ministério Público.

A par do controle externo da atividade policial, tem ainda o Ministério Público o dever de fiscalizar a atividade policial civil e militar, para que os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados, nos termos do art. 129, II da CF/88, eis que a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio é um serviço de inegável relevância pública, devendo o Ministério Público zelar para que os procedimentos policiais preventivos respeitem os postulados da legalidade e os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna; sem prejuízo do exercício do poder investigatório direto, quando necessário, notadamente quando o autor do delito seja a própria autoridade policial.

Dentre várias medidas possíveis, deve o Ministério Público receber cópia de todas as ocorrências lavradas pela Polícia Militar, de forma a verificar o correto andamento daquelas que encontrem tipificação na lei penal vigente, valendo ressaltar que essa praxe já ocorre no que tange às ocorrências relatadas pela Polícia Militar do Meio Ambiente. Além de ter acesso às ocorrências policiais, deve o Ministério Público ter acesso aos bancos de dados e registros ligados à atividade-fim das polícias.

Há quem hostilize o poder investigatório do Ministério Público, alegando equivocadamente que ele é incompatível com o exercício do controle externo da atividade policial, e até com o princípio acusatório.

Conforme ressaltado, dúvida não há de que o controle externo da atividade policial se refere à atividade-fim das polícias (civil e militar), eis que os atos internos estão submetidos ao controle das respectivas corregedorias, sem embargo da atuação Ministerial na correição de atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 129, II da Constituição Federal (e da Lei 8.429/92), não obstante essa norma constitucional fundamente ou justifique, igualmente, o poder investigatório do Ministério Público, bem como complemento o controle externo da atividade policial dedicada à segurança e à defesa social.

Na verdade, a possibilidade de o Ministério Público proceder a diligências investigatórias diretamente já é um consectário do exercício do controle externo da atividade policial, na medida em que a atividade policial normalmente se mostra deficitária e ineficiente (ou mesmo quando se torna protagonista da própria criminalidade), ao passo que a pretensão punitiva estatal (que é indisponível) está sujeita a termo, além do que é exigência legal e constitucional que o Ministério Público exerça responsabilmente a promoção da ação penal.

Realizada pela polícia civil, e complementada ou mesmo realizada diretamente pelo Ministério Público, a investigação criminal será sempre submetida ao crivo do Poder Judiciário, no âmbito do devido processo legal, e sob o pálio das garantias da ampla defesa e do contraditório, sem se olvidar que há medidas investigatórias que somente podem ser realizadas com o prévio e necessário aval do Poder Judiciário, não havendo, portanto, qualquer prejuízo ao investigado pelo simples fato de eventuais atos investigatórios terem sido realizados diretamente pelo Órgão do Ministério Público.

É pueril querer transplantar a teoria montesquiana dos freios e contrapesos dos poderes estatais para a relação *Ministério Público-Polícia Civil*, eis que, em matéria investigatória, seja quem for seu protagonista, o Poder Judiciário sempre julgará e deliberará sobre a prova colhida na fase inquisitiva, e sua confirmação ou não no âmbito do devido processo legal, cercado pelas garantias individuais do violador da lei. O Ministério Público não se interessa pela atividade investigatória criminal quando ela é bem desempenhada pela Polícia Civil, nos termos da lei, e assim, não haveria sequer necessidade de controle externo dessa atividade. O controle existe, entretanto, porque a atividade é deficitária ou violadora da lei.

Dessa forma, havendo ineficiência ou ilegalidade da atividade investigatória, a Sociedade não pode virar refém de um serviço de relevância pública que não funcionou bem, não havendo como o Ministério Público cumprir sua missão constitucional de promover a ação penal pública, estando impedido, por mero capricho de quem não deseja a elucidação da verdade, de empreender diligências investigatórias diretamente. Ainda que o Ministério Público tenha o poder de requisitar da Polícia Civil diligências investigatórias, não há garantia de que tais diligências serão executadas, com a eficiência e qualidade que a vítima e a Sociedade esperam e necessitam.

A lógica do sistema acusatório é a de separar as funções de acusar e julgar, mas não as funções de investigar e acusar, as quais são umbilicalmente ligadas e interdependentes, mas devidamente apartadas da função de julgar; portanto, não há violação do sistema acusatório quando a atividade investigativa se soma à atividade acusatória, e assim, o poder investigatório do Ministério Público não se incompatibiliza com a sua função de exercer o controle externo da atividade policial, porque é exatamente o exercício desse controle que evidenciará a necessidade de se realizar diretamente diligências investigatórias, complementares ou não, além de propiciar que o agir policial se pautem pela correção e se submetam às exigências legais e constitucionais, quando

eventuais diligências investigatórias dependam da intervenção prévia e necessária do Poder Judiciário, como quando se pretenda, p.ex., a quebra de sigilo telefônico e/ou fiscal, e a busca e apreensão de coisas e pessoas.

IV - Conclusões:

(1) A Resolução CNMP nº 20/007 é constitucional e se encontra conforme os ditames da LC (federal) nº 75/93 e LC (estadual 34/94);

(2) É recomendável que o Órgão do Ministério Público que tiver atribuição específica do controle externo da atividade policial, tenha também atribuição para instaurar ICP e propor ação civil por improbidade administrativa em decorrência desse controle, favorecendo a celeridade e efetividade da atuação Ministerial;

(3) Por ser o titular exclusivo da ação penal pública, o Ministério Público pode e deve promover diretamente diligências investigatórias, quando a atividade policial for deficitária ou inexistente, quando a autoridade policial for a própria violadora da lei, ou ainda quando o interesse público assim o exigir;

(4) O controle externo da atividade policial não é incompatível com o poder investigatório (direto) do Ministério Público, até porque a realização desse controle pode evidenciar a necessidade de o Ministério Público realizar diligências investigatórias autônomas.

(5) As atribuições criminais do Ministério Público merecem ser (mais) prestigiadas e privilegiadas pela Administração Superior, de forma que os controles difuso e concentrado da atividade policial possam ocorrer com efetividade.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A “APOSENTADORIA ESPECIAL” DE AGENTES POLÍTICOS E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

MARCUS PAULO QUEIROZ MACÊDO

**Promotor de Justiça de Araxá/MG
Mestre em Direito Direitos Coletivos,
Cidadania e Função Social pela
UNAERP – Universidade de Ribeirão
Preto**

1. Introdução

É comum a existência, nas legislações municipais e estaduais, da previsão de benefícios previdenciários especiais de aposentadoria e de pensão para ex-agentes políticos e seus familiares, sobretudo para o caso de ex-prefeitos e de ex-governadores⁷⁴ e seus viúvos.

São “especiais” porque dissociados do regime geral de Previdência Social brasileira, ou de qualquer outro fundo gestor de previdência, estadual ou municipal e, o que é pior, não são derivados de qualquer contribuição previdenciária, além de se restringirem a dada classe de agentes públicos, não se estendendo aos servidores públicos do mesmo ente federativo, o que fere diversos princípios constitucionais administrativos⁷⁵.

⁷⁴ Em Minas Gerais o Ministério Público local ajuizou, em 08.04.2011, a ação civil pública n. 00895802-97.2011.8.13.0024, distribuída junto à 2ª Vara da Fazenda Estadual da Capital, questionando o pagamento de aposentadoria aos ex-governadores Rondon Pacheco, Francelino Pereira dos Santos, Hélio Carvalho Garcia, Eduardo Brandão de Azeredo e à viúva de um ex-governador, Sra. Coracy Uchoa Pinheiro. A antecipação de tutela requerida foi concedida em 20.06.2011.

⁷⁵ Quanto a esta inconstitucionalidade, assevera José Nilo de Castro: “Os municípios não devem, aliás, não podem, por leis municipais, conceder subsídio mensal vitalício a ex-Prefeitos, ou pensão às suas viúvas, bem como às dos ex-Vereadores, que, a despeito da autonomia municipal, de que se é cioso, aqui e alhures, e intransigente defensor, a lei municipal concessiva dessas vantagens pecuniárias não se compadeceria, como não se compadeceria, dos preceitos e princípios gerais adotados na CR.

Destarte, subsídios mensal e vitalício de ex-Prefeito ou de ex-Vereador também, como pensão a viúvas suas, só poderiam ser criados em atenção à regra federal constitucional e nunca pelos Municípios, que não

De fato, o tema não é recente, são inúmeras as ações judiciais questionando pensões e aposentadorias de ex-agentes políticos⁷⁶, havendo uma vasta jurisprudência desfavorável do E. STF quanto ao tema⁷⁷, inclusive com decisões reafirmadas recentemente⁷⁸, sendo inúmeros os julgados que não permitem o pagamento

têm poder constituinte originário ou derivado. Nesse sentido pronunciou-se o STF (RE n. 112.044-4-PB, j. 28.3.1989).

Ademais, inconcebível, por outro lado, pudessem os Municípios estabelecer regras, em matéria de seguridade social, senão em conformidade com as previstas nos arts. 40 e seus parágrafos e 149, parágrafo único, da CF e, na moldura desta, o que prescrevem as Constituições dos respectivos Estados-membros. Conseqüentemente, porque depende de ato normativo específico (Lei Municipal de iniciativa privativa da Câmara Municipal, e de Resolução, com base nos arts. 29, V e VI, e 29-A da CF) o estabelecimento dos limites e critérios para a remuneração do exercício efetivo dos mandatos dos agentes políticos locais, na sua duração certa, indubitavelmente se revela concluir que toda e qualquer atribuição de vantagens pecuniárias, mensal e permanente, por lei municipal, anômala e extravagante, não poderia ter, como não pode, outra matriz senão a Constituição Federal, haja vista que, a despeito de o Município não ter, como se afirmou, poder constituinte originário nem derivado, essa matéria lhe escapa a tratamento.

À impossibilidade jurídica de o Município conceder subsídio mensal e vitalício a ex-Prefeitos, mediante lei municipal própria, perfeitamente admissível é o entendimento de que inconstitucional se revelaria lei municipal que atribuísse pensão a viúvas de ex-agentes políticos locais. Estende-se a impossibilidade jurídica pelo fato de que a condição de beneficiários se atrela àquela inerente à investidura e exercício do mandato eletivo local. Ora, existe ali razão fundamental para se negar aos Municípios o poder de concederem subsídio mensal vitalício a ex-Prefeitos; aqui prevalece o mesmo princípio, a mesma regra, a obstar os Municípios a que prodigalizem recursos públicos em pensão a dependentes de ex-agentes políticos locais. Inconstitucional a concessão em lei; a hipótese rende ensejo à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo municipal que assim dispuser.

Ademais, há que se mencionar que a Constituição de 1988 suprimiu benefício similar aos ex-Presidentes da República, inviabilizando-se a instituição, por analogia também, de favores idênticos aos ex-agentes políticos locais.” (*Direito Municipal Positivo*, 6. ed. rev. atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 190/191).

⁷⁶ Na comarca de Araxá/MG, por exemplo, foi ajuizada, em 04.03.2009, a ação civil pública de autos n. 0040 09 086206-7, da 2ª Vara Cível daquela Comarca, que atualmente ainda não foi sentenciada em primeiro grau.

⁷⁷ Por todos, veja-se: “DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO PARA EX-PREFEITOS DO MUNICÍPIO DE ANGICAL, PIAUÍ. BENEFÍCIO CRIADO POR LEI MUNICIPAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os Municípios não podem sem previsão na Constituição Federal, instituir benefício dessa natureza para seus ex-prefeitos. 2. Precedentes do S.T.F. 3. E não há que se falar em direito adquirido contra a Constituição, como o fez o acórdão recorrido, conflitando, também neste ponto, com a pacífica jurisprudência desta Corte. 4. R.E. conhecido e provido, para o indeferimento do Mandado de Segurança. 5. Custas ‘ex lege’. (RE 224.971-0, Relator Ministro Sidney Sanches, p. em 26.03.99)”. No mesmo sentido: RE n. 112.044-4 e a Representação n. 1.025.

⁷⁸ ADI 3853/MS - MATO GROSSO DO SUL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 12/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASILREQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM

deste tipo de verba, dada a sua inequívoca afronta a diversos princípios e regras constitucionais, gerando vultuosíssimo prejuízo ao erário brasileiro, conforme se verá na sequência desta exposição.

2. Da ofensa aos direitos fundamentais da proteção ao patrimônio público e à dignidade da pessoa humana pelo estabelecimento, por parte das legislações estaduais e municipais, de aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e seus parentes.

A dignidade da pessoa humana, inequívoco direito fundamental, adquire peculiar importância e conotação no Direito Administrativo e na Teoria Geral do Estado, conforme ressalta Marçal Justen Filho:

O regime de direito administrativo e o exercício do poder político apenas adquirem sentido completo e perfeito quando relacionados ao princípio máximo da supremacia da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), como síntese dos direitos fundamentais.

Todos os princípios jurídicos se vinculam à dignidade humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma “coletividade” indeterminada. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a “integridade” do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais.

O que se pode afirmar é que a promoção da dignidade humana não seria atingida se as relações intersubjetivas fossem deixadas ao sabor dos esforços

VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. **4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República).** **5. Precedentes.** **6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente** para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.” (negritos meus).

individuais, desorganizados. O Estado e outras organizações da sociedade civil são instrumentos para realizar a dignidade humana e os valores fundamentais. A existência do Estado apenas se justifica em face do aludido princípio⁷⁹.

Por outro lado, também a proteção ao patrimônio público (de que faz parte a probidade administrativa) e à moralidade administrativa são direitos fundamentais⁸⁰, eis que constam expressamente do art. 5º da Constituição da República, o qual integra o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), e tem a seguinte redação:

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

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao **patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;[...] (negritos meus)

Além do patrimônio público e da moralidade administrativa terem sido expressamente elencados e positivados pela Constituição da República como direitos fundamentais no artigo 5º, ela também se preocupou em traçar, ao largo do seu texto, diversas outras disposições protetivas a estes direitos, as quais são assim sintetizadas e agrupadas por Fernando Rodrigues Martins:

As regras de garantia dizem respeito à possibilidade de ajuizamento de ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa (art. 5.º, LXXIII, e art. 129, III, CF). As regras de competência são aquelas respeitantes às atribuições estabelecidas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto ao patrimônio e à moralidade administrativa (arts. 23, 24, 25 e 29, CF). Regras gerais são aquelas que estabelecem ao longo do texto constitucional a responsabilização dos agentes pela malversação do patrimônio público ou desrespeito à moralidade administrativa (arts. 15 e 85, CF). E, por fim, regras específicas são aquelas indicativas dos princípios a serem observados quanto ao patrimônio público e à moralidade administrativa e explicitadora da improbidade administrativa (art. 37, *caput* e §§ 4.º e 5.º, CF)⁸¹.

Postos tais paradigmas, torna-se claro que, devido ao fato das normas estaduais e municipais que estabelecem aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e a seus parentes de forma contrária à Constituição da República (o que será objeto de

⁷⁹ *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 76/77.

⁸⁰ Neste sentido, Fernando Rodrigues Martins (*Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 48/65).

⁸¹ *Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

análise específica no próximo item) causarem grave prejuízo ao erário, elas inequivocamente afrontam os direitos fundamentais do patrimônio público e da dignidade da pessoa humana, e por isto, devem serem cabalmente extirpadas do ordenamento jurídico pátrio, a fim de deixarem de produzir qualquer efeito, pois, conforme adverte Gregório Assagra de Almeida:

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõe o núcleo da Constituição e, por isso, possuem eficácia irradiante para o legislativo, o executivo e o judiciário, bem como a todas as outras pessoas individuais ou coletivas. Eles funcionam como diretrizes da ordem jurídica constitucional e dos seus respectivos modelos explicativos⁸².

3. Da ofensa aos princípios e regras constitucionais pelo estabelecimento, por parte das legislações estaduais e municipais, de aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e seus parentes.

3.1. Da ofensa aos Princípios constitucionais gerais da seguridade social.

Os Estados, Distrito Federal e os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, tem seus próprios institutos previdenciários, sendo que, por isto, em geral, têm regimes previdenciários específicos, dissociados do regime geral da previdência social, à exceção dos ocupantes de cargos comissionados e dos servidores públicos contratados, que se submetem ao regime geral da previdência social⁸³.

Todavia, a formatação constitucional do regime previdenciário público, no que tange também aos seus princípios informadores, é a mesma do regime geral da previdência social, tanto que “aplicar-se-á, subsidiariamente, a esse regime dos servidores públicos titulares de cargo efetivo o regime geral da previdência social (art. 40, § 12⁸⁴ e

⁸² *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 335.

⁸³ Constituição da República: “Art. 40. [...] § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. [...]”

⁸⁴ “Constituição da República: “Art. 40. [...] § 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.”

art. 201 CF)»⁸⁵, especialmente quanto à base estrutural de ambos, que consiste nos seus caracteres contributivos e a na necessidade de um equilíbrio econômico e atuarial, calcado no princípio da reponsabilidade.

3.1.1. Da ofensa ao princípio do seguro social e do caráter contributivo dos benefícios previdenciários.

Dispõe o *caput* do art. 40 da Constituição da República:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado **regime de previdência de caráter contributivo** e solidário, **mediante contribuição** do respectivo ente público, **dos servidores ativos** e inativos e dos pensionistas, **observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial** e o disposto neste artigo. [...] (negritos meus)

Por sua vez, também assenta o art. 201 da Constituição da República:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de **caráter contributivo** e de filiação obrigatória, **observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial**, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] (negritos meus)

Ainda pertinente à questão pode ser colacionado o disposto no art. 149,

§ 1º:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º **Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40**, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. [...] (negritos meus)

Da mera leitura destes dispositivos constitucionais decorre um dos mais importantes princípios da seguridade social, seja para a previdência pública ou para a privada: o do seguro social, pelo qual qualquer cidadão beneficiário dos benefícios previdenciários deve para os mesmos contribuir, pois a base da cobertura assenta-se na contribuição.

⁸⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301.

Bem se vê das dicções constitucionais, especialmente daquela constante do art. 149, § 1º, que o caráter contributivo das pensões e das aposentadorias públicas não é opcional, mas cogente.

Daí que, considerando-se que as legislações estaduais e municipais que estabelecem a concessão de benefícios previdenciários vitalícios a ex-membros de poder e/ou aos seus familiares não impõem contraprestações por meio de contribuições, elas são inequivocamente inconstitucionais por desrespeito ao princípio constitucional do seguro social e ao caráter contributivo dos benefícios previdenciários.

3.1.2. Da ofensa ao princípio da igualdade.

“O **princípio da igualdade** é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global”⁸⁶ e, por isto, todas as normas constitucionais são regidas por ele, nas suas variadas facetas, principalmente no que tange à atuação dos Estado na irradiação e no exercício de seus poderes, uma vez que “a realização dos direitos individuais de liberdade pressupõe que a Administração trate, nos assuntos administrativos, os cidadãos de igual maneira”⁸⁷.

Por isto mesmo é que seus efeitos também se estendem aos regimes previdenciários e aos seus benefícios, sendo o princípio da igualdade um dos princípios informadores da seguridade social⁸⁸, tanto assim que vem expressamente previsto no art. 201 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 201. [...] § 1º. **É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social**, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (negritos meus)

Desta maneira, inexistindo qualquer razão fática a permitir ou justificar o *discrimen*, certamente as normas que fixam aposentadorias e pensões sem exigir

⁸⁶ JJ. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada, volume 1*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 336; negritos no original.

⁸⁷ Hans J. Wolff; Otto Bachof e Rolf Stober, *Direito Administrativo – Vol 1*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2006, p. 524.

⁸⁸ Quanto a isto, cf. Suzani Andrade Ferraro [Princípios Constitucionais da Seguridade Social. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 698/699].

contribuição e tempo de serviço ferem a igualdade, haja vista que tratam cidadãos de forma desigualitária, estabelecendo privilégios, já que os demais súditos do Estado que não sejam ex-membros de poder ou seus parentes, para terem benefícios similares, devem contribuir e trabalhar por longo tempo, e não apenas por um mandato, ou mesmo dias, como ocorre em diversas situações.

3.1.3. Da ofensa ao princípio do equilíbrio econômico e atuarial.

Os retro transcritos art. 40, *caput*, e art. 201, *caput*, da Constituição da República assentam textualmente que os benefícios previdenciários devem preservar o equilíbrio financeiro atuarial, o que implica em haver necessariamente uma correlação e uma proporcionalidade entre os benefícios previdenciários e suas fontes de custeio, especialmente pelas contribuições dos segurados.

Ademais, o art. 195, § 5º, da Constituição da República, pelas mesmas razões, veda a criação de qualquer benefício previdenciário sem que haja a sua respectiva fonte de custeio⁸⁹, como se dá nestes casos.

Assim sendo, por expressa vedação constitucional não pode haver a concessão de benefícios previdenciários sem que, em contrapartida, estabeleça-se as respectivas contribuições, inclusive de inativos, e fontes de custeio e, também por isto, as aposentadorias e pensões de ex-ocupantes de cargos públicos e seus parentes, por não prevê-las, são inconstitucionais.

3.2. Da ofensa aos princípios e regras constitucionais da Administração Pública.

3.2.2. Da ofensa aos princípios constitucionais da simetria⁹⁰ e do equilíbrio federativo.

⁸⁹ “Art. 195. [...] § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

⁹⁰ “O modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o princípio da simetria, segundo o qual há uma principiologia a harmonizar as estruturas e e regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de tal modo que não destoam os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas magnas. O equilíbrio federativo, neste quadro, vem com a unidade que se realiza na diversidade congregada e harmoniosa.” (trecho do voto vencedor da Ministra Carmén Lúcia, relatora da

Na Constituição da República não há qualquer previsão de nenhum tipo de benefício vitalício a ex-ocupantes da presidência, do Senado ou da Câmara de Deputado, de modo que, sob pena de grave desequilíbrio no pacto federativo, não é de nenhum modo aceitável que Estados, Distrito Federal e/ou Municípios venham a fixar benefícios de tal natureza⁹¹, em detrimento da União.

3.2.3. Da ofensa à regra prevista no art. 40, § 2º, da Constituição da República⁹².

Esta regra constitucional também é de uma dicção claríssima: somente poderão ser concedidas aposentadorias e pensões a ocupantes de cargos públicos **efetivos**.

Considerando-se que sob um regime democrático de Direito como o nosso os agentes políticos ocupam mandatos com tempo determinado, de forma transitória, os seus titulares não o são em caráter efetivo e, por isto, em face da legalidade estrita que deve conduzir o agir administrativo, não lhes é possível ser beneficiários de aposentadorias vitalícias.

ADI n. 3.853-2/MS). Este princípio já foi por diversas outras vezes acolhido pelo STF (Precedentes: Rp. 949/RN; Rpn. 1.193/MA; Rpn. 892/RS; Rp 1309/RJ).

⁹¹ “ADI 1461 MC/AP – AMAPÁ MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 26/06/1996 Órgão Julgador: Tribunal Pleno REQTE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAPA EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. EX-GOVERNADOR DE ESTADO. SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO A TÍTULO DE REPRESENTAÇÃO. EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 003, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1995, DO ESTADO DO AMAPÁ. 1. Normas estaduais que instituíram subsídio mensal e vitalício a título de representação para Governador de Estado e Prefeito Municipal, após cessada a investidura no respectivo cargo, apenas foram acolhidas pelo Judiciário quando vigente a norma-padrão no âmbito federal. 2. **Não é, contudo, o que se verifica no momento, em face de inexistir parâmetro federal correspondente, suscetível de ser reproduzido em Constituição de Estado-Membro.** 3. O Constituinte de 88 não alçou esse tema a nível constitucional. 4. Medida liminar deferida.” (negritos meus). Também na ementa do julgado da ADI 3853/MS menciona-se expressamente que a concessão de aposentaria e pensões para ex-governadores e seus parentes “afronta o equilíbrio federativo”.

⁹² “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] § 2º - **Os proventos de aposentadoria e as pensões**, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no **cargo efetivo** em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. [...]” (negritos meus)

3.2.4. Da ofensa à regra prevista no art. 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição da República⁹³.

Para a concessão de qualquer vantagem ou benefício, a servidores ativos ou inativos, deve haver a prévia dotação orçamentária, além de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, o que não ocorre com as legislações, estaduais e municipais, que preveem aposentadorias e pensões a ex-ocupantes de mandatos, e/ou a seus parentes.

3.2.5. Da ofensa ao princípio da legalidade administrativa.

Os principais princípios da Administração Pública brasileira estão elencados no art. 37 da Constituição da República⁹⁴, sendo que deles toma particular destaque o princípio da legalidade administrativa, pelo qual “a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade”⁹⁵.

Logo, diante da supremacia da Constituição, que é a Lei Maior de todo o ordenamento jurídico brasileiro, os atos administrativos concessivos de aposentadorias e pensões em contradição aos dispositivos constitucionais pertinentes afrontam a mencionado princípio da legalidade administrativa e, por isto, são nulos de pleno direito, devendo serem assim declarados administrativamente ou judicialmente.

⁹³ “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. [...]”

⁹⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

⁹⁵ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 87/88.

3.2.6. Da ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Assim como o princípio da legalidade, também o princípio da moralidade e o da impessoalidade administrativa estão expressamente elencados no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

No princípio da impessoalidade “se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar todos os Administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas.”⁹⁶

Ora, ao se estabelecer benefícios sem aparo constitucional para os ocupantes de mandatos públicos, benefícios estes em dúvida alguma que se corporificam em verdadeiras “benesses vitalícias”, afronta-se inequivocamente a impessoalidade administrativa que deve nortear o agir administrativo⁹⁷, por se tratar de forma pessoal os destinatários das normas em questão.

Já acerca da moralidade administrativa e do alcance do referido princípio, ressalta Hely Lopes Meirelles, invocando a lição de Maurice Hauriou:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum⁹⁸.

Nos hipóteses legais em apreço, também não se verifica a incidência do princípio da moralidade administrativa, uma vez que, conforme assevera a Ministra

⁹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

⁹⁷ Neste sentido, expressamente a ADI 3853/MS.

⁹⁸ *Direito Administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83; itálicos no original.

Carmén Lúcia no seu voto vencedor na ADI3.853-2/MS, o mais importante e recente precedente do STF acerca da questão:

O conteúdo do princípio da moralidade põe-se no sentido de ser a norma ou o comportamento administrativo tendente a realizar interesse público específico, objetivamente determinado. [...]

O conteúdo da ética pública para o gasto estipulado como forma de agraciar pessoas, que não mais fazem parte dos quadros do Estado (mas um dia o fizeram na condição de agente público), não é demonstrado na espécie. Também por isso a norma apreciada revela-se incompatível com os princípios constitucionalmente definidos.⁹⁹

Com efeito, não se revela possível, sequer ao senso comum, visualizar interesse público e moralidade administrativa a embasar e a justificar a concessão de aposentadorias e pensões desta natureza, mormente pelas inúmeras e graves ofensas a princípios e regras constitucionais, como retro demonstrado, e ao gigante gasto público que ensejam.

4. Do papel do Ministério Público na coibição de aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e seus parentes.

A Administração Pública é dotada do poder de autotutela, podendo declarar a nulidade de seus atos¹⁰⁰, anulando-os:

[...] quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹⁰¹

Desta maneira, nos vários entes federativos brasileiros em que existe o pagamento de aposentadorias e/ou pensões a ex-ocupantes de mandatos políticos, a própria Administração Pública envolvida, utilizando-se da autotutela administrativa, pode (e deve) cassar os benefícios já concedidos, eis que não há direito adquirido em face da Constituição da República¹⁰², ou negar futuros requerimentos.

⁹⁹ Trecho do voto vencedor da Ministra Carmén Lúcia, relatora da ADI n. 3.853-2/MS.

¹⁰⁰ Súmula STF n. 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

¹⁰¹ Trecho da Súmula STF n. 473.

¹⁰² Neste sentido e por todos, Nagib Slaibi Filho: “Como norma jurídica mais elevada, a Constituição nova não respeita a ordem jurídica anterior – isto é, não há direito adquirido oponível em face da nova ordem constitucional, a não ser que a nova Constituição assim disponha expressamente (o art. 49, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é um exemplo de tal previsão). A idéia de que a nova Constituição

Não havendo o exercício da autotela administrativa, necessária se fará a intervenção judicial para se cessar as enormes lesões ao direito fundamental do patrimônio público e à dignidade do cidadão brasileiro, seja por meio de uma iniciativa singular e própria do mesmo, através de uma ação popular¹⁰³, seja por ação de um dos Ministérios Públicos brasileiros¹⁰⁴, que deverá ajuizar a ação coletiva pertinente¹⁰⁵ (ações ordinárias com declaração incidental de inconstitucionalidade ou de não recepção e/ou ações diretas de inconstitucionalidade, conforme o caso¹⁰⁶), ou através da atuação de outro co-legitimado a elas, desde que a estes haja pertinência temática.

Ressalte-se ser tranquila a legitimidade do Ministério Público para o oficiamento judicial e extrajudicial em casos que tais, seja por ele ser um dos guardiões do ordenamento jurídico nacional¹⁰⁷, seja por lhe ter sido constitucionalmente atribuída a

não respeita o direito anterior decorre, tão somente, da aplicação do princípio da supremacia da Constituição perante todos os atos jurídicos.” (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93).

¹⁰³ Constituição da República: “Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”.

¹⁰⁴ “Dizer ‘Ministério Público brasileiro’ é pouco mais que uma figura de linguagem, uma vez que não existe um, mas vários Ministérios Públicos. Quanto a isto não deixa qualquer dúvida a redação do art. 128 da Constituição da República.” (Marcus Paulo Queiroz Macêdo, O litisconsórcio entre Ministérios Públicos e os fundos previstos no art. 13 da Lei 7.347/1985. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 264-284, junho 2009, p. 276).

¹⁰⁵ “Nesta medida, além das ações previstas no CDC e na LACP, outras existem no direito pátrio passíveis de veicular pretensões de natureza coletiva (por isto, devem também ser tomadas por “ações coletivas”), a exemplo da ação popular, da ação popular ambiental, do mandado de segurança coletivo, da ação de improbidade administrativa, da ação declaratória de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Marcus Paulo Queiroz Macêdo, A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 171, p. 213-241, maio 2009, p. 215).

¹⁰⁶ Diz Luís Roberto Barroso: “*Leis anteriores à Constituição em vigor*. O entendimento consagrado de longa data pelo Supremo Tribunal Federal é o de que não cabe ação direta contra lei anterior à Constituição. Isso porque, ocorrendo incompatibilidade entre ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente, fica ele revogado, não havendo sentido em buscar, por via de controle abstrato, paralisar a eficácia de norma que já não integra validamente o ordenamento. A eventual contrariedade entre a norma anterior e a Constituição posterior somente poderá ser reconhecida incidentalmente, em controle concreto de constitucionalidade.” (*O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 158/159; itálicos no original)

¹⁰⁷ Constituição da República: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

função de zelar pelos interesses sociais e pelo patrimônio público¹⁰⁸, de forma específica¹⁰⁹.

5. Conclusões

Em síntese, do exposto pode-se concluir:

1º) Vigê no Brasil o princípio da supremacia da Constituição, que confere a esta predominância sobre as demais normas jurídicas, de modo que disposições de leis ordinárias, federais, estaduais ou municipais, que estejam em contradição com a Constituição da República são inválidas, não podendo produzirem efeitos;

2º) A proteção ao patrimônio público (de que faz parte a probidade administrativa) e à moralidade administrativa são direitos fundamentais, eis que constam expressamente do art. 5º da Constituição da República, o qual integra o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”)

3º) A infringência aos princípios constitucionais da Administração Pública é considerada atentado contra o direito fundamental à probidade administrativa e, no limite, à própria dignidade do cidadão brasileiro, titular do patrimônio material e imaterial da Administração Pública brasileira;

4º) As normas estaduais e municipais que estabelecem aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e a seus parentes afrontam os princípios constitucionais gerais e especiais da seguridade social (arts. 195, § 5º, 201, 40, 149, § 1º da CR), o princípio da igualdade, o princípio da simetria e do equilíbrio federativo, a regra prevista no art. 40, § 2º, da CR, a regra prevista no art. 169, § 1º, incisos I e II, da CR, além dos

¹⁰⁸ Após a edição da “Lei da Ação Civil Pública” (Lei n. 7.347/85), foi alvo de intenso e infundado debate a possibilidade do Ministério Público ajuizá-las em defesa do patrimônio público, o que é efetivamente compatível com suas finalidades institucionais e que acabou por prevalecer, sendo hoje tranqüila a aceitação de tal legitimidade, inclusive por entendimento sumulado do STJ (Súmula n. 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”). Cf. quanto a isto Fernando Rodrigues Martins, *Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 371/375.

¹⁰⁹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, **para a proteção do patrimônio público** e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]” (negritos meus).

princípios constitucionais da Administração Pública da Legalidade, da Impessoalidade e da Moralidade Administrativa, arrolados no art. 37 da CR;

5º) Devido ao fato das normas estaduais e municipais que estabelecem aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e a seus parentes de forma contrária à Constituição da República causarem grave prejuízo ao erário, elas inequivocamente afrontam os direitos fundamentais do patrimônio público e da dignidade da pessoa humana, e por isto, devem ser cabalmente extirpadas do ordenamento jurídico pátrio, a fim de deixarem de produzir qualquer efeito;

6º) Nos vários entes federativos brasileiros em que existe o pagamento de aposentadorias e/ou pensões a ex-ocupantes de mandatos políticos, a própria Administração Pública envolvida, utilizando-se da autotutela administrativa, pode (e deve) cassar os benefícios já concedidos, eis que não há direito adquirido em face da Constituição da República, ou negar futuros requerimentos;

7º) Não havendo o exercício da autotela administrativa, necessária se fará a intervenção judicial para se cessar as enormes lesões ao direito fundamental do patrimônio público e à dignidade do cidadão brasileiro, seja por meio de uma iniciativa singular e própria do mesmo, através de uma ação popular, seja por ação de um dos Ministérios Públicos brasileiros, que deverá ajuizar a ação coletiva pertinente (ações ordinárias com declaração incidental de inconstitucionalidade ou de não recepção e/ou ações diretas de inconstitucionalidade, conforme o caso), ou através da atuação de outro co-legitimado a elas, desde que a estes haja pertinência temática.

APROVADA POR UNANIMIDADE

As medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha: A busca por um devido processo legal célere.

Mário Antônio Conceição
Promotor de Justiça e
Professor da FADIVA
Comarca de Varginha

O presente artigo visa provocar debate acerca do rito aplicável às medidas protetivas de urgência que não se acha expressamente previsto na Lei n. 11.343/06 conhecida como Lei Maria da Penha.

A omissão do legislador tem suscitado acirradas discussões com soluções diversas assinalando Machado¹¹⁰ que em nenhum momento houve preocupação em se fornecer informação acerca da natureza jurídica do instituto delegando-se aos doutrinadores e aos tribunais a tarefa de interpretar e aplicar a norma.

As medidas protetivas de urgência parecem sugerir uma nova interpretação de alguns institutos ordenados no sistema processual¹¹¹

O Desembargador DOORGAL ANDRADA, da 4ª Câmara Criminal do TJMG, nos autos de Apelação n. 1.0024.07.806452-4/001(1), publicado em 02.03.2011, lembrou que o Conselho Nacional de Justiça, por ocasião da IV Jornada Lei Maria da Penha (Brasília, março de 2010), consignou que: "Relativamente aos procedimentos das medidas protetivas, a Lei 11.343/06 não prevê rito específico, não havendo entendimento pacífico quanto à forma de seu processamento".

¹¹⁰MACHADO, Eduardo Henrique. Medidas Protetivas. Disponível: <http://hdl.handle.net/123456789/1040>, 2011. Acesso em: 21.abr.2012.

¹¹¹ CARVALHO, Fabiano. Medidas Protetivas de Urgência na Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol.408, março, 2010

Alguns julgados entendem ser aplicável o rito sumário do processo criminal comum previsto no art.396 do CPP que assinala o prazo de dez dias ao requerido para apresentação de defesa. Esse entendimento vem sendo sustentado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA - MEDIDAS PROTETIVAS - A competência para a apreciação de recursos que versem sobre a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei federal nº 11.340/2006, conhecida como Maria da Penha, pertence a uma das câmaras criminais deste Tribunal, **em face da natureza criminal das medidas** e do procedimento a ser observado, que **deve seguir o rito sumário do processo criminal comum**, no que se refere à liberdade de locomoção do suposto agressor. Em sendo cumulativa (cível e criminal) a competência das varas criminais até a criação das varas especializadas, a solução dos conflitos oriundos de violência doméstica atrai, de forma natural, a competência recursal das referidas câmaras criminais. (gn).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0701.08.223124-5/002 - COMARCA DE UBERABA - SUSCITANTE: DESEMBARGADOR NILSON REIS - SUSCITADO(A): DESEMBARGADOR FORTUNA GRION - RELATOR: EXMO. SR. DES. CLÁUDIO COSTA

Outros entendem que a medida protetiva de urgência sofre influência dos rumos do processo penal. Nesse sentido transcrevo trecho de acórdão¹¹² do TJMG, de 31/01/2012, Desembargador-relator CATTA PRETA:

“Dessa forma, tendo em vista o lapso temporal decorrido desde a formulação do pedido, sem qualquer notícia de sua necessidade, e, ainda, a inexistência de ação penal a fim de se apurar a prática do ilícito, mostra-se incompatível a cassação da decisão a quo, para que medidas protetivas, em favor da vítima, sejam decretadas.”

O juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Varginha entende que as medidas protetivas (MPU) tem existência própria, ou seja, produzem efeitos independentemente da existência do processo penal, o que afasta natureza cautelar daquelas à luz da teoria geral do processo. Adota, entretanto, o rito do processo cautelar para a tramitação da MPU (art.802, CPC).

¹¹² Ainda: Processo n.1.0024.08.281311-4/002, Rel. Des., Rel. Des. Cássio Salomé, DJ 27/05/2011.

Alexandre Freitas Câmara¹¹³ considera que as medidas protetivas podem ter características de tutela antecipada ou medidas cautelares, sendo que o mais importante é a existência dos requisitos da tutela de urgência, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A medida protetiva de urgência não é sinônimo de medida cautelar¹¹⁴. Estudo realizado¹¹⁵ pela Promotoria de Justiça Especializada em Violência Doméstica do Ministério Público de Minas Gerais da comarca de Belo Horizonte sob o título “Da natureza criminal das medidas protetivas” aponta que o texto original do anteprojeto da Lei nº. 4.559/04 chamava tais medidas de “medidas cautelares”. Já no texto final aprovado e previsto na Lei nº 11.343/06, denominou “medidas protetivas”. Percebe-se que as medidas protetivas eram vistas como autênticas medidas cautelares.

Sustenta-se que as MPU’s teriam natureza de medida cautelar penal, o que não pode ser aceito diante dos efeitos produzidos pela MPU ainda que inexistente persecução penal. Maria Berenice Dias entende¹¹⁶ que não se está diante de processo crime e o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária (art.13).

Machado¹¹⁷ lembra que a legislação norte-americana na *Violence Against Women Act*, de 1994 que cuidou das chamadas “orders of protection”¹¹⁸ prevê que o pedido de proteção contra a ação de um agressor independe da existência de qualquer feito penal e pode até ser deferida na corte de família¹¹⁹, desde que presentes os elementos suficientes à caracterização de comportamento delitivo ou não. A natureza do pedido revela-se como ação mandamental, segundo o autor.

O reconhecimento de que a MPU possui natureza penal tem o condão de vinculá-la ao processo penal e, conseqüentemente, revelá-la à luz do entendimento clássico, como

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n. 168, p.260, 2009.

¹¹⁴ DE ASSIS, Arnaldo Camanho. Reflexões sobre o Processo Civil na Lei Maria da Penha. Juiz de Direito do Distrito Federal Titular da 6ª Vara de Família de Brasília. Acesso: <http://www.tjdft.jus.br/trib/bibli/docBibli/ideias/reflexoes.pdf>. Acesso em 16.mai.2012.

¹¹⁵ <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/3966>. Acesso: 16.mai.2012

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007, p.140.

¹¹⁷ MACHADO, Eduardo Henrique. Medidas Protetivas. Disponível: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1040/R%20MP%20-%20Medida%20Protetiva%20-%20Eduardo%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21.abr.2012.

¹¹⁸ A “order of protection” encontra-se no rol das “injunctions”.

¹¹⁹ New York State Family Protection and Domestic Violence Intervention Act of 1994.

derivada de processo cautelar - instrumento acessório a um processo principal. As consequências desse entendimento são preocupantes como assinala interessante estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família¹²⁰.

Bruno Delfino Sentone analisa¹²¹ minuciosamente as diversas posições citando que Fredie Didier Jr¹²² e Rafael Oliveira sustentam que as medidas protetivas seriam exemplos de medidas provisionais elencadas no artigo 888 do Código de Processo Civil, de procedimento sumário, com caráter satisfativo, seguindo o rito do art. 273 e parágrafo 3º, do Art. 461 do CPC, com destaque para a distinção¹²³ realizada por Fabrício Adriano Alves.

Não se ignora também a existência da chamada medida cautelar satisfativa, idealizada para justificar a inexistência de um processo principal a ser beneficiado pelo processo cautelar. Nem todas as medidas elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha apresentam o caráter cautelar de exigir a propositura de uma ação principal¹²⁴, o que afasta a compreensão de que a MPU seja dependente da sorte do processo penal.

A doutrina e os Tribunais caminham no sentido de que as medidas protetivas, em sua amplitude, são de natureza processual cautelar, ora seguindo o rito do Código de Processo Civil ora o do Código de Processo Penal¹²⁵.

¹²⁰ BECHARA, Juliana Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=689>. Acesso: 16.mai.2012.

¹²¹ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 10, 2011.

¹²² DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: www.fredierdidier.com.br/main/artigos/default.jsp Acesso em 14.abr.2012.

¹²³ O autor distingui: tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória no processo civil. A tutela de urgência é mais abrangente que a tutela cautelar e volta-se a todas aquelas situações em que o decurso do tempo constitua um ônus extremamente pesado para as partes. A tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável. É um gênero do qual a tutela antecipada constitui espécie. A tutela cautelar é uma espécie do gênero tutela de urgência.

¹²⁴ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 12, 2011.

¹²⁵ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 12, 2011.

A afirmação de que a concessão de MPU pressupõe além dos requisitos clássicos das medidas cautelares também indícios da prática de uma infração penal representada pelo requisito adicional conhecido *fumus commissi delicti* não se sustenta diante da finalidade da Lei Maria da Penha, pois há condutas que embora não se revelem típicas – p.ex, atos preparatórios – revelam situação de perigo para a mulher, o que autoriza a concessão da medida de proteção.

A existência de uma infração penal, portanto, não é requisito para o deferimento de MPU, pois existem condutas previstas no art. 7º da Lei Maria da Penha, p.ex, violência psicológica que não se esgotam nos tipos penais previstos na legislação penal, p.ex, ameaça, constrangimento e etc.

A superação do modelo processual tradicional demanda compreendermos que “o resultado útil do processo está em garantir que a mulher vítima de violência doméstica fique protegida, a ponto de se evitar um mau futuro que ofenda os bens jurídicos tutelados, isto é, sua vida e sua integridade”.¹²⁶

A compreensão da natureza da medida protetiva de urgência deve considerar o uso que pretendemos dela fazer. A abertura de possibilidades é meio para que possamos conhecer o objeto (MPU). É preciso, pois, que originariamente eu esteja junto ao objeto para que possa, em minha abertura, aí sim conhecê-lo. Esse mostrar-se próprio do fenômeno se dá no desvelamento, designação heideggeriana para a própria verdade¹²⁷.

Ricardo Almagro Vitoriano Cunha ensina¹²⁸ que:

As coisas, portanto, nunca são coisas simplesmente dadas, que simplesmente estão-aí (Vorhandenheit); ao contrário, são para algo (Zuhandenheit). Dai dizer Heidegger que na fática

¹²⁶ SENTONE, Bruno Delfino. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor na Lei n. 11.340/2006. *Revista Síntese*, Direito Penal e Processo Penal. Ano XI, n. 76, Out-Nov. p. 9-28, 2011.

¹²⁷ HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p.13, 2011, Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CunhaRA_1.pdf. Acesso em: 16.Abr.2011.

¹²⁸ HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CunhaRA_1.pdf. Acesso em: 16.Abr.2011.

abertura do mundo resta descoberto o ente intramundano e “isso implica dizer que o ser deste ente, em certa maneira, já é compreendido sempre, embora não ontologicamente conceitualizado de forma adequada” (1997, p. 200, tradução nossa)¹²¹

Prossegue o autor afirmando que:

Essa ideia não nos põe em uma situação de prévia compreensão plena e total do mundo, dado o caráter instrumental das coisas, que se reflete no possível uso que delas podemos fazer. Tal possibilidade esta intimamente ligada a compreensão, haja vista que, sendo o Dasein constitutivamente abertura (um poder-ser), as suas estruturas se caracterizam pelas possibilidades¹³¹

A MPU deve ser compreendida como direito de ação¹²⁹ como nova tutela inibitória, a ser processada conforme o rito do artigo 273 c/c artigo 461, parágrafo 5º, do CPC, que pode inclusive resultar em provimento de natureza mandamental.

A solução assegura que eventual decisão interlocutória proferida nessa espécie de rito seja atacada através de agravo, art. 522, o que não seria possível na hipótese de submetê-la ao rito do processo penal dado ao rol taxativo do recurso em sentido estrito.

As medidas protetivas ainda que sejam proferidas por juiz criminal são instrumentos essencialmente cíveis. Elas são meios de que dispõe o juízo da violência doméstica que exerce uma sorte de competência mista ou híbrida (criminal e cível) para atingir a finalidade prevista na Lei Maria da Penha, qual seja, proteger a vítima-mulher que esteja em situação de perigo potencial ou iminente.

O artigo 22 parece, contudo, facultar ao juiz agir *ex officio*, quando constatar a prática de violência doméstica, revelando um certo poder geral de cautela reconhecido inclusive no processo civil como meio de tornar eficaz a proteção da mulher.

As medidas protetivas vêm sendo aplicadas de maneiras diferentes, porque o legislador não fixou previamente o procedimento que o julgador deverá obedecer. O juiz de

¹²⁹ O art. 12, III da Lei Maria da Penha, prevê que será apartado eventual pedido de medida protetiva formulado pela vítima. O art. 18, I, dispõe que o juiz conhecerá de eventual pedido de MPU. O art. 19, prevê que o juiz concederá a requerimento do MP ou da ofendida.

violência doméstica ou o criminal até que àquele seja instituído tem a possibilidade de usar ritos diferentes para dar concretude à Lei.

Essa abertura de possibilidades se de um lado revela oportunidade para o amadurecimento do encontro de uma melhor solução implica por outro em incerteza aos operadores do direito - diante do princípio do devido processo legal - que não sabem *a priori* quais regras deverão seguir. A incerteza gera insegurança que não deve ser vista, entretanto, como algo ruim, pois é ela que nos impulsiona em buscar a verdade, ou seja, um sentido.

Marilena Chaui ensina¹³⁰ que: *Na incerteza não sabemos o que pensar, o que dizer ou o que fazer em certas situações ou diante de certas coisas, pessoas, fatos e outras coisas. Temos dúvidas, ficamos cheios de perplexidade e somos tomados pela insegurança.*

A ação penal e o requerimento de MPU têm finalidades distintas. A compatibilidade entre o rito e a finalidade da medida que se busca é essencial. Essa ideia foi usada para se definir a competência do órgão jurisdicional. Nesse sentido, transcrevo parte do trecho do voto proferido pelo Desembargador Antônio Carlos Cruvinel sobre a matéria:

“...que em uma lei híbrida, que disciplina várias matérias, o que determina a sua natureza é o que ela está a disciplinar no momento. Se está a disciplinar medidas protetivas da família, trata-se, evidentemente, de matéria cível, se está a disciplinar questão criminal, evidentemente, a competência é de câmara criminal.” (gn).

Não vejo, pois, sem embargo de respeitáveis entendimento contrários, fundamentos sérios para se vincular medidas protetivas de urgência ao processo penal numa espécie de relação de acessoriedade. Admitimos que num primeiro momento assim que nos deparamos com a questão compreendemos a MPU como dependente do processo penal, ou seja, procuramos na teoria geral do processo (clássico) o apoio doutrinário para compreender o fenômeno. A ação penal e as medidas protetivas têm finalidades próprias ainda que o suporte fático que as ampare possa ser o mesmo.

Alguns paradigmas já consolidados tem sido invocados para explicar e compreender o novo. Essa reação é esperada e compreensível. O exame de institutos afins ou semelhantes em nosso sistema é uma reação normal de apego ao conhecido em busca da compreensão

130 CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 13a edição, São Paulo: Editora ática, 2003, p.88.

do novo que se apresenta. Assim, revisitar¹³¹ o passado, procurando enquadrar o tempo vivido em arquétipos estruturais, certamente é mais fácil do que pretender situarmos o momento em que se vive. Não temos bem certo o presente, parecendo-nos um transitar por uma zona de penumbra, onde o novo se anuncia sem deixar determinar-se; onde o velho se vê abalado, sem também se ausentar. Entre passado e futuro, mostra-se um presente cintilante que turva a nossa percepção visual, tal como coloca Santos (2006, p. 13-15):

“Se fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificaremos com surpresa que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, de Adam Smith e Ricardo a Lavoisier e Darwin, de Marx e Durkheim a Max Weber e Pareto, de Humboldt e Planck a Poincaré e Einstein. E de tal modo é assim que é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar. E se, em vez de no passado, centrarmos o nosso olhar no futuro, do mesmo modo duas imagens contraditórias nos ocorrem alternadamente. Por um lado, as potencialidades da tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem-nos crer no limiar de uma sociedade de comunicação e interactiva libertada das carências e inseguranças que ainda hoje compõem os dias de muitos de nós: o século XXI a começar antes de começar. Por outro lado, uma reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verossímeis da catástrofe ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar. Recorrendo à teoria sinérgica do físico teórico Hermann Haken, podemos dizer que vivemos num sistema visual muito instável em que a mínima flutuação da nossa percepção visual provoca rupturas na simetria do que vemos. Assim, olhando a mesma figura, ora vemos um vaso grego branco recortado sobre um fundo preto, ora vemos dois rostos gregos de perfil, frente a frente, recortados sobre um fundo branco. Qual das imagens é verdadeira? Ambas e nenhuma. E esta a ambigüidade e a complexidade da situação do tempo presente, um tempo de transição, síncrone com muita coisa que está além ou aquém dele, mas descompassado em relação a tudo o que o habita. Portanto, essa visão turva e ainda não bem delimitada, própria dos períodos de transição, talvez recomende não falarmos em um quadro definido de uma pós-modernidade, mas em uma modernidade em crise, uma vez que “[...] fica claro somente que o correio segue, mas é incerto para onde” (FRANKENBERG, 2007, p. 270).”

Entendemos que a ação penal e o pedido de medida de proteção de urgência possuem ritos diferentes, não obstante, competir ao mesmo juízo a apreciação deles. Essa possibilidade processual derivada da diversidade da natureza das providências previstas

131 CONCEICAO, Mário Antonio; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. As Medidas de Proteção ao idoso para Além do enfoque positivista. artigo ainda não publicado.

no artigo 22 da LMP, não representa nenhuma novidade. É o que ocorre, p.ex, com um motorista que flagrando conduzindo veículo embriagado colide com outro veículo. A sua conduta ensejará providências nas esferas penal (crime), administrativa (infração a CTB) e cível (ato ilícito) que seguirão procedimentos distintos.

O fundamental nessa questão é que seja fixado através de entendimento jurisprudencial ou alteração legislativa procedimento *a priori* que garanta a todos prévio conhecimento e respeito às regras que serão observadas, celeridade na adoção das medidas requeridas e compatibilidade do rito com a natureza da providência que se requer¹³².

Conclusão

O pedido de medida de proteção de urgência (MPU) deve ser compreendido como direito de ação¹³³, como nova tutela inibitória, a ser processada conforme o rito do artigo 273, CPC, podendo inclusive resultar em provimento de natureza mandamental.

As MPU's não tem natureza de cautelar penal, pois além de ser deferida por juízo com competência híbrida (cível e penal) seus efeitos persistem ainda que inexistam perseguição penal, o que garante plena e eficaz proteção à mulher.

O artigo 22 parece facultar ao juiz certo poder geral de cautela reconhecido inclusive no processo civil que lhe permite agir *ex officio*, quando constatar a prática de violência doméstica, revelando-o como importante e eficaz meio de proteção da mulher.

¹³²Ainda que não seja objeto desta tese salientamos que a sentença que defere a MPU submete-se a ao regime inerente às sentenças cautelares, ou seja, cláusula "rebus sic stantibus". A perpetuação de seus efeitos esta condicionada à subsistência da situação fática que a motivou. As sentenças proferidas em MPU podem ser agrupadas assim como as sentenças cautelares no grupo das sentenças condicionais *lato sensu* que admite possibilidade de modificação ou até revogação da medida deferida (arts. 807 e 471 do CPC). Assim, não nos parece incompatível com a sistemática da LMP admitir que os efeitos da MPU perdurem até que sobrevenha fato ou circunstância que justifique a sua revogação ou alteração.

¹³³ O art. 12, III da Lei Maria da Penha, prevê que será apartado eventual pedido de medida protetiva formulado pela vítima. O art. 18, I, dispõe que o juiz conhecerá de eventual pedido de MPU. O art. 19, prevê que o juiz concederá a requerimento do MP ou da ofendida.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O *Parquet* e a saída temporária para visita à família do preso.

Mário Antônio Conceição
Promotor de Justiça
Professor da FADIVA
Comarca de Varginha

A execução penal integra a função jurisdicional do Estado que a exerce quando aprecia pedidos de benefícios e julga incidentes durante a execução da pena aplicada. A jurisdição não se encerra com a produção da coisa julgada. Ela continua presente quando atos de execução forçada são praticados que no caso da execução penal são representados dentre outros, p.ex, pela regressão de regime (art.118, da Lei de Execução Penal), conversão de pena em casos de não cumprimento voluntário da pena (art.4, parágrafo 4º, do Código Penal), reconhecimento da prática de falta grave ou condenação que torne incompatível o cumprimento da pena no regime fixado.

Beccaria (1996) descreve que as leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil, pois não tinham certeza de que podiam conservá-la. *Sacrificou-se parte dessa liberdade para se poder gozar o restante com segurança e tranqüilidade.*

Segundo Delmanto¹³⁴ (2002, p.67) que conceitua pena como sendo:

“a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal reconhece que ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora”.

¹³⁴ DELMANTO, Celso. Et al. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O presente ensaio objetiva examinar que papel deve ter o *Parquet* no processo de execução penal, durante a apreciação de pedido de *saída temporária* formulado pelo preso na hipótese de visita à família prevista no art. 122, I, da LEP.

A saída temporária está prevista no art. 122 da Lei de Execução Penal que dispõe:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

O benefício decorre da compreensão de que o Código Penal e o art. 1º, da Lei de Execução Penal reconhecem a ressocialização como uma das finalidades¹³⁵ da pena, razão pela qual se deve garantir ao reeducando a perspectiva de voltar a obter paulatinamente a plena liberdade da qual ele foi privado.

A saída temporária não se acha limitada nem pela natureza nem pela gravidade do crime cometido. Assim, por força do princípio da legalidade, inexistente qualquer impedimento para o gozo desse direito por algum reeducando, p.ex, que tenha sido condenado pela prática de crime de estupro, tráfico de drogas, ou homicídio!

O benefício garante ao reeducando o direito de deixar o presídio 5 vezes por ano, totalizando 35 dias de “férias” do cumprimento da pena¹³⁶. Esse número é superior ao as férias anuais de um trabalhador brasileiro.

¹³⁵ DELMANTO, Celso. Et al. **Código Penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.208.

¹³⁶ Art. 124, da LEP: A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

Os operadores do direito tem regra tem examinado pedido de saída temporária exclusivamente à luz do exame de requisitos objetivos, o que acaba distorcendo as demais finalidades do processo de execução da pena que são a prevenção (intimidação e reafirmação à sociedade de seus valores) e a retribuição além de criar servir de meio para que o reeducando uma vez em liberdade volte a delinquir.

Essa situação gera estado de inquietação e de perplexidade que nos deve levar a uma reflexão diante da realidade vivenciada. Não nos parece como aceitável que a apreciação do pedido de saída temporária seja admitida como se houvesse um direito líquido e adquirido do condenado à saída temporária ainda que fundado na ideia da ressocializadora da pena. Esse argumento revela-se falacioso, visto que não devemos olvidar que a pena tem também as finalidades retributiva e preventiva. Nesse sentido a lei de execução penal prevê que a saída temporária poderá ser indeferida se esta se mostrar incompatível com os objetivos da pena.

O deferimento automático de *saída temporária* desprezando-se a natureza do crime cometido, o comportamento do reeducando e a finalidade da pena implica na desmoralização da seriedade da condenação além de fomentar o sentimento de impunidade no seio da Sociedade que não consegue entender como, p.ex, um traficante de drogas ou um estuprador possa deixar o presídio para passar sete dias em sua casa, durante o cumprimento da pena como se estivesse em férias.

A pena tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. Por um lado, ela se revela como prevenção geral quando “o fim intimidatório da pena dirige-se a todos os destinatários da norma, visando impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”. Por outro lado, ela se revela como prevenção especial quando “visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o delinquir e procurando corrigi-lo.”¹³⁷

¹³⁷ JESUS, Damásio. Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 15ª Ed, 1991, p. 457.

A finalidade da pena que inclui a *ressocialização*, como já dito, deve ser conciliada com o gozo do benefício de saída temporária que exige rigoroso cumprimento de requisitos¹³⁸ destacando-se o inciso III que exige “**compatibilidade do benefício com os objetivos da pena**” (grifo nosso).

O enfrentamento de crimes como o tráfico de drogas tem exigido das Polícias e da Justiça firme atuação porque este crime assumiu proporções de pandemia nacional. Os índices de criminalidade nas comarcas brasileiras apontam o uso e tráfico de drogas como sendo a origem de outros crimes como, p.ex, crimes contra o patrimônio, violência doméstica etc.

A Sociedade encontra-se refém de pessoas que uma vez condenadas são qualificadas como reeducandos na tentativa de evidenciar um ideal de que o Estado deve (re)educar pessoas que praticaram infrações penais porque eles não receberam as orientações de como se comportarem na Sociedade. Parece-nos pouco eficaz essa abordagem especialmente quando se constata que os condenados envolvidos com o tráfico de drogas agem determinados a auferir ganho fácil sem nenhum temor da Polícia, da Justiça ou de Deus. Entram na maldita roda do tráfico de drogas para dali extrair o seu artificial padrão de vida pouco se importando com as consequências que seu ato egoísta.

Diariamente, vidas inocentes são destruídas e famílias inteiras são destroçadas pelos efeitos colaterais da prática do crime tráfico de drogas. Os Serviços de Saúde e Segurança Pública estão sobrecarregados graças à contínua prática desse tipo crime. A situação exige, portanto, rigor na repressão ao crime e na **execução da pena**.

Os processos criminais mostram, cada vez mais, pessoas comuns como faxineiros, lavradores e pedreiros como autores de crime de tráfico de drogas, o que parece ser

138 Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

explicado pela luxúria, cupidez, egoísmo, insensibilidade, frieza e covardia que quase todos eles possuem.

O ganho fácil que o crime proporciona, a modesta capacidade de repressão e a condescendência jurídica alicerçadas em teorias liberalizantes funcionam como perigoso estímulo à prática dessa conduta.

A pena é meio que a Sociedade dispõe para *reprimir e prevenir* condutas que ameacem a Paz Social. Não resta dúvida de que o tráfico de drogas ameaça a higidez da Sociedade.

A existência de populações inteiras vivendo como *mortos-vivos* em guetos nas grandes cidades como a “Cracolândia” na cidade de São Paulo, alerta-nos que essa realidade poderá se instalar em nossas cidades (inclusive médias e pequenas), se não houver uma firme e pronta reação das autoridades face a essa “doença” que se alastra por todos os rincões de nossa pátria.

Uma das maneiras de reagir a esse *status* é repensar a compreensão que temos de alguns institutos jurídicos e as práticas adotadas pelo *Parquet*. Não se pode perder de vista que a pena deve servir de desestímulo para a prática dessa espécie de crime. As crianças, os adolescentes e os trabalhadores da comarca precisam ser protegidos de pessoas perigosas como são aquelas que se entregam ao tráfico de drogas que é considerado por muitos estudiosos, como sendo o crime mais letal de nossa época.

A execução penal, enquanto consectário da pena, precisa ser levada a sério por todos inclusive por aqueles que ainda não cometeram crime dessa natureza, mas que pensam em praticá-lo, a fim de que tenham certeza de que serão rigorosamente punidos pela prática da maldita e letal conduta.

O gozo do benefício de saída temporária não obstante a presença dos requisitos objetivos e subjetivos não implica em seu automático deferimento, pois o Juiz não está obrigado a “entender como suficientemente demonstrada a aptidão do condenado para a obtenção do benefício, visto que a lei determina **o exame da compatibilidade do benefício com os**

fins da pena. Assim, para o exame do mérito, o Juiz deverá fazer um exame de um conjunto de dados, não podendo basear-se em um elemento específico”¹³⁹.

Nesse contexto, mostra-se temerário o deferimento da *saída temporária* sem que se saiba se este benefício irá efetivamente contribuir para a ressocialização do preso. Nesse aspecto, o *Parquet*, enquanto fiscal da lei, pode e deve exercer capital função ao opinar sobre o cabimento do pedido.

O conhecimento da família do reeducando é de fundamental importância para a apreciação do pedido, visto que não se mostra recomendável autorizar a saída do reeducando para visita à família que não esteja disposta a recebê-lo, ou mesmo sem que se saiba se o reeducando possui família. Dessa forma, o procedimento mais adequado é aquele em que o juiz toma as cautelas necessárias para não prejudicar os fins da execução da pena¹⁴⁰ adotando medidas que verifiquem se o gozo do benefício mostra-se compatível com as finalidades da pena.

O reeducando tem direito subjetivo ao gozo de direitos previstos na LEP, mas a Sociedade tem também direito subjetivo ao rigoroso cumprimento da pena pelo reeducando.

A criação no âmbito local, de um *Serviço Psicossocial Forense* nos moldes do existente no Distrito Federal que pudesse aferir e visitar previamente as famílias dos presos que desejassem gozar o benefício e elaborar circunstanciado relatório social ao juízo para auxiliá-lo na avaliação da conveniência e oportunidade seria um valioso instrumento para subsidiar a decisão acerca dos pedidos de saída temporária.

Além disso, a atividade realizada é relevante para a execução da pena, pois um reeducando que não tenha família, ou que tendo uma família esta não queira recebê-lo sairá para lugar incerto, sendo impelido a praticar crimes durante sua ausência do

¹³⁹ ROSA DE MESQUITA JÚNIOR, Sidio. Execução Criminal. Teoria e Prática. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2010, p.388.

¹⁴⁰ ROSA DE MESQUITA JÚNIOR, Sidio. Execução Criminal. Teoria e Prática. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2010, p.385.

estabelecimento, o que certamente, ocorrerá também na hipótese do reeducando possuir uma família desestruturada (pais e irmãos viciados em drogas, alcoólatras, irmãos cumprindo pena no regime de prisão domiciliar etc.).

Percebe-se que o requerimento de saída temporária com a finalidade de visita à família esconde delicada questão que pode se transformar em tragédia para os cidadãos livres, pois a alegada visita à família do reeducando em nada terá contribuído para a recuperação do condenado. Ao contrário, ela exercerá péssima influência sobre ele e quem experimentar os efeitos do deferimento desse benefício será algum inocente como uma mulher, um homem, um(a) idoso(a), adolescente ou criança que poderá ser vítima de mais um crime cometido por um condenado que obteve saída temporária sem o seu adequado exame de conveniência e oportunidade pela Justiça.

A concessão de benefícios especialmente em se tratando de reeducandos condenados pela prática de crimes graves, p.ex, crime de tráfico de drogas exige prudência do juízo, sobretudo porque há manifesto interesse da Sociedade de que os reeducandos, somente obtenham a liberdade, após terem experimentado o rigor de uma condenação e que esteja demonstrado que a *saída temporária* não servirá de oportunidade para o cometimento de crime. O *Parquet* nesse contexto exerce fundamental papel.

O indeferimento do pedido pode se dar mesmo que, aparentemente, o reeducando preencha os requisitos legais, visto que o Juiz da Execução tem certa discricionariedade, o que autoriza o indeferimento do pedido, mediante fundamentação¹⁴¹, o que não significa arbítrio. Insisto que o indeferimento do benefício pode ocorrer a contrario sensu por incompatibilidade com os objetivos da pena (art. 123, III, LEP).

A seriedade da execução penal deve ser assegurada com o rigor da execução da pena. Admitir-se que o reeducando, autor de grave crime, como é o tráfico de drogas, seja beneficiado com saída temporária de até sete dias, cinco vezes ao ano, sem qualquer vigilância ou prévia sindicância social, especialmente, quando não se sabe se ele tem ou

¹⁴¹ TJDF-2ª T. Crim. HC 6786/95-Rel.Romeu Jobim-DJ, Seção 3, de 28-6-1995,p.9.032.

não família disposta a recebê-lo para passar *dia de natal, dia de ano novo, dia das crianças, dia das mães, dia dos pais, dia dos mortos, dia de “Nossa Senhora” ou dia do Zumbi dos Palmares* enfraquece a repressão ao crime e um das finalidades da pena.

Com então assegurar o gozo do benefício da saída temporária e os objetivos da pena? A sindicância social se apresenta nesse contexto como valioso instrumento de que o *Parquet* pode ser valer para revelar a compatibilidade do gozo benefício, p.ex, para se aferir se o reeducando tem ou não núcleo familiar capaz de recebê-lo.

Os registros de visitas de familiares ao preso que podem ser facilmente obtidos no presídio também podem ajudar a revelar existência de núcleo familiar estável que recomende o deferimento da medida e assim a sua compatibilidade com os objetivos da pena.

O *Parquet* na execução penal apresenta-se formalmente como fiscal da lei, mas na verdade ele representa a Sociedade. Segundo Francesco Carnelutti, acusar implica uma pretensão penal razoável, e a exigência do castigo de uma pessoa se agrega às razões pelas quais está sustentada a acusação. Antoine Garapon, especialista no campo do ritual, destaca que os membros do *Parquet* atuam no judiciário representando anonimamente a sociedade, e, dispondo de força pública, submetem o acusado ao processo, acusando-o e “clamando por vingança”. Carnelutti acrescenta que ao membro do Ministério Público incumbe zelar os interesses da sociedade/Estado no processo penal e, por isso a representa.

Cabe ao *Parquet*, portanto, zelar para que o requerente do pedido de saída temporária comprove possuir família disposta a recebê-lo e endereço, onde resida à família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado, durante o gozo do benefício (art.124, parágrafo primeiro, I, II, LEP) devendo usar para tanto meios com acima mencionados para revelar a compatibilidade de referido benefício com os objetivos da pena.

Conclusão

1) O gozo do benefício de saída temporária não obstante a presença dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei não implica em seu automático deferimento.

- 2) A sindicância social e os registros de visitas são valiosos instrumentos para subsidiar decisão do juízo da execução acerca da compatibilidade do benefício de saída temporária com os objetivos da pena.
- 3) O *Parquet* pode se valer dos registros de visitas existentes na unidade prisional para identificar membros de núcleo familiar que venham mantendo regular contato com o requerente.
- 4) O *Parquet* deve requerer ao juízo, sempre que entender necessário, a realização de sindicância social para verificar se reeducando possui núcleo familiar que queira e seja capaz de recebê-lo, assim como, se o gozo do benefício de saída temporária contribuirá para a sua ressocialização;
- 4) O *Parquet* deve zelar para que o reeducando forneça endereço e nomes das pessoas a serem visitadas e onde permanecerá, durante o gozo do benefício.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Rezando a missa *de frente* e em bom português (ou “democratização e humanização da atividade ministerial: além de ir aonde o povo está é preciso falar a sua língua!”)

Paulo Calmon Nogueira da Gama

Procurador de Justiça

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Algumas iniciativas do Judiciário. 3. Onde o povo está. 4. Falar e ser compreendido. 5. Conclusão.

1. Considerações iniciais.

Segundo os manuais de linguística, as figura do *emissor* e do *receptor* (ao lado do *contexto*, do *código*, do *canal* e da *mensagem*) constituem os elementos essenciais da linguagem.

Quem assume a condição de emissor, ao utilizar-se da linguagem, tem que ter, antes de tudo, clareza sobre quem seja seu receptor, isto é, *para quem dirige sua fala*.

Aquele que busca veicular uma mensagem que tenha a comunidade de brasileiros médios na posição de receptora, é evidente, não deve se expressar *em latim e de costas* para os ouvintes. Até mesmo os sacerdotes – em seu universo tradicionalista por excelência – já se deram conta disso há muito tempo.

No mundo da jurisdição, não se duvida que quando “falamos” em um processo judicial estamos conversando – pelo menos de maneira *imediata* – com os demais atores processuais: juízes, advogados, peritos, etc.

Contudo, não se pode perder de vista que nossas manifestações, em regra, são *públicas*. Não no sentido apenas de *acessíveis* ao público; mas também no sentido de *dirigidas* ao público. Mais que isso: na realidade comunicacional de hoje (*internet*, mídia especializada) as peças judiciais não remanescem apenas formal e potencialmente

públicas, elas estão sendo de fato (e felizmente!) cada vez mais *acessadas* pelo público em geral.

A identidade da instituição ministerial deveria confundir-se com a própria feição da sociedade a que deve servir. Por coerência, é a língua dela, é o seu idioma, que devemos falar toda vez que a ela nos dirigimos.

Assim, soa pertinente, dentro da temática trazida no X Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que sejam propostas algumas reflexões sobre a *linguagem* institucional.

2. Algumas iniciativas do Judiciário.

O Ministério Público contemporâneo, segundo o evidente querer da Constituição Cidadã de 1988, para se manter ombreado à sociedade – razão de existir da Instituição – tem que ser antes de tudo por ela compreendido. É a sociedade a principal receptora da maioria das mensagens que emitimos, seja em nossa atuação extrajudicial, seja na prestação de contas do nosso atuar judicial.

Se alguém tem a obrigação de romper as barreiras vetustas, alienantes e aristocráticas de um juridiquês empolado e arrogante – construído para ser compreendido apenas pelos “iniciados” – esse alguém, dentre os que laboram no universo do Direito, antes de qualquer outro, deveria ser a Instituição do Ministério Público.

Ainda assim, parece que nesse tema os integrantes do Judiciário (historicamente tidos como mais conservadores do que os do Ministério Público) têm avançado mais na preocupação de popularizar sua linguagem, sem que isso signifique aviltar a escrita ou escrever de maneira *errada*. O Judiciário, de fato, assumiu o timão do combate ao juridiquês empolado, aquela linguagem inacessível ao jurisdicionado comum que não raro é utilizado para mera tergiversação.

Algumas iniciativas interessantes nesse sentido têm sido tomadas.

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), em 11/08/2005, lançou uma “Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica”, cujo foco inicial dirigia-se para os estudantes de Direito. A boa receptividade na comunidade jurídica e na mídia e o apelo popular fizeram com que a campanha deslanchasse (terminando por envolver também a relação entre a linguagem judicial e os meios de comunicação em massa).

Na ocasião, segundo posição oficial da AMB, “a reeducação linguística nos tribunais e nas faculdades de Direito, com o uso de uma linguagem mais simples, direta e objetiva, está entre os grandes desafios para que o Poder Judiciário fique mais próximo dos cidadãos”¹⁴². Além de palestras, houve concursos para estudantes e magistrados, com premiações para os melhores trabalhos relacionados ao tema “simplificação da linguagem jurídica”.

Como saldo, a campanha produziu o livreto “*O Judiciário ao alcance de todos: noções básicas de juridiquês*”¹⁴³, que conta com interessante introdução:

ENTENDEU?

Diagnosticada a mazela, põe-se a querela a avocar o poliglotismo. A solvência, a nosso sentir, divorcia-se de qualquer iniciativa legiferante. Viceja na dialética mediativa, ao inverso da almejada simplicidade teleológica, semiótica e sintática, a rabulegância tautológica, transfigurada em plurilingüismo ululante indecifrável. Na esteira trilhada, somam-se aberrantes neologismos insculpidos por arremedos do insigne Guimarães Rosa, espalmados com o latinismo vituperante. Afigura-se até mesmo ignominioso o emprego da liturgia instrumental, especialmente por ocasião de solenidades presenciais, hipótese em que a incompreensão reina. A oitiva dos litigantes e das vestigiais por eles arroladas acarreta intransponível óbice à efetiva saga da obtenção da verdade real. *Ad argumentandum tantum*, os pleitos inaugurados pela Justiça pública, preceituando a estocástica que as imputações e defesas se escudem de forma ininteligível, gestando obstáculo à hermenêutica. Portanto, o hercúleo despendimento de esforços para o desaforamento do “juridiquês” deve contemplar igualmente a magistratura, o ínclito Parquet, os doutos patronos das partes, os corpos discentes e docentes do magistério das ciências jurídicas.

Entendeu?

É desafiadora a iniciativa da AMB de alterar a cultura lingüística dominante na área do Direito e acabar com textos em intrincado juridiquês, como o publicado acima. A Justiça deve ser compreendida em sua atuação por todos e especialmente por seus destinatários. Compreendida, torna-se ainda mais imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito.

A seu turno, a Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) instituiu em seu âmbito o *Fórum Permanente de Direito à Informação e de Política de Comunicação Social do Poder Judiciário*, que realiza diversos eventos para discutir a relação comunicacional do Judiciário com a mídia e com a população em geral.

¹⁴² Disponível em ‘http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>’, capturado em 28.04.2012.

¹⁴³ Disponível em ‘<http://www.amb.com.br/portal/juridiques/livro.pdf..>’, capturado em 28.04.2012.

Num desses eventos, em 12/11/2010, o Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, entrevistado pela *Revista Conjur*¹⁴⁴, após discorrer sobre a necessidade – nos dias atuais e sob as luzes da Democracia moderna – de uma maior e melhor comunicação entre o Judiciário e a sociedade, assim resumiu sua posição: “*é preciso que rezemos nossa missa de frente para o povo*”¹⁴⁵.

Há poucas semanas, na mesma linha (e em estilo todo próprio), o juiz Carlos Roberto Loiola, do Juizado Especial de Divinópolis-MG, proferiu instigante (e polêmica) sentença em ação de indenização por dano moral (resultante de uma briga de mulheres pelo mesmo namorado). A sentença contém expressamente o seguinte registro: decisão judicial “*é um trem que todo cabra tem que entender*”.

A ementa dá uma ideia do estilo linguístico utilizado na referida decisão:

EMENTA; Briga de mulher por causa de homem. Invasão de domicílio. Surra com muitas escoriações, unhas, socos, puxões de cabelo e ameaças posteriores. Fato provado nos mínimos detalhezinhos sórdidos. Agressora que mesmo na presença dos policiais, após o quiproquó, disse que ainda não terminou o serviço e que vai continuar a agredir a vítima, se ela tentar roubar seu namorado. Sujeito do desejo ardente das duas mulheres que afirma em juízo ser solteiro, amante das duas, mas que não pretende compromisso sério com nenhuma delas e que saiu de fininho, quando a baixaria começou, pois não queria rolo para o seu lado. Tempos modernos. Indenização por danos morais devida. Recomendação que se faz ao agente disputado, em razão do aspecto pedagógico das sentenças. Pedido julgado procedente.¹⁴⁶

Não são poucos os casos – as *causas* ou os *causos* – em que peças judiciais surgem adaptando a terminologia jurídica à linguagem coloquial, às vezes de forma caricata, incorporando um regionalismo matuto. Ora apresentam-se mais criativos, responsáveis, e politicamente corretos; ora mais grosseiros, levianos e discriminatórios. De vez em quando, um pouco de cada coisa (uma pitada de pitoresco ali, outra de burlesco acolá). Mas em geral são peças e iniciativas isoladas, pontuais; produzidas sob o signo da excepcionalidade, que não representam um movimento concertado e sério para fins de mudança efetiva de modelos lingüísticos.

¹⁴⁴ Revista eletrônica acessável pela “home page” <www.conjur.com.br> .

¹⁴⁵ Disponível em “<<http://www.conjur.com.br/2010-nov-13/juridiques-absolutamente-fora-moda-desembargador-tj-rj>>, capturado em 28.04.2012.

¹⁴⁶ A íntegra da sentença pode ser obtida em <’<http://xa.yimg.com/kq/groups/21473851/484152329/name/SENTENCA>> .

Bom-humor e gaiatices à parte, o fato é que, sem que se malfira a língua ou se expresse de modo rasteiro, inculto ou vulgar (no mau sentido da palavra), o *juridiquês* tem um amplo espaço para se despolar e se aproximar mais da língua dos receptores finais da atividade judicial (e ministerial).

Sob outro aspecto, a riqueza e a criatividade do *juridiquês* transformam-se em vigorosos vetores de alienação. Por exemplo, aquilo que o artigo 282 do Código de Processo Civil denomina simplesmente “petição inicial”, ao ser transportado ao insondável universo do linguajar processual, delicia-se em assombrar os autos sob as mais diversas e criativas denominações. Para lembrar de algumas: peça atrial; peça autoral; peça de arranque; peça de ingresso; peça de intróito; peça dilucular; peça exordial; peça gênese; peça inaugural; peça incoativa; peça introdutória; peça ovo; peça preambular; peça prefacial; peça preludial; peça primeva; peça primígena; peça prodrômica; peça proemial; peça prologal; peça pórtico; peça umbilical; peça vestibular, etc, etc...¹⁴⁷

Se é certo que a boa técnica redacional aponta a conveniência de se utilizar termos sinônimos para evitar repetições cansativas, não menos certo é que, para fins de inteligibilidade do texto, deve-se policiar a veia criativa (que parece pulsar mais intensamente nos habitantes da *Jurislândia*)¹⁴⁸.

3. Onde o povo está.

Boaventura de Sousa Santos, após constatar que a atividade jurisdicional nunca assumiu tão forte protagonismo como hoje, parece seguir em paralelo a linha habermasiana ao asseverar:

[o protagonismo judicial] parte da idéia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente. E, conseqüentemente, que é preciso fazer grandes investimentos para que isso ocorra, seja na dignificação das profissões jurídicas e judiciárias, na criação de modelos organizativos que tornem o sistema judiciário mais eficiente, nas reformas processuais ou na formação de magistrados e funcionários.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Termos apresentados em <<http://www.paginalegal.com/categoria/juridiques>>, capturado em 28.04.2012.

¹⁴⁸ Não menos certo é constatar que o melhor modo de se referir a algo que possui um nome técnico, uma denominação legal, se dá pela referência a seu nome técnico, à sua denominação legal...

¹⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 15. O professor conimbricense apresenta alguns vetores que, a seu juízo, necessariamente devem ser

O movimento de aproximação do Judiciário aos destinatários de sua atividade tem que se dar, conforme a avaliação de Sousa Santos, de modo multivetorial. Esse raciocínio do sociólogo português, dada a óbvia identidade, pode ser estendido a todos demais órgãos essenciais à atividade jurisdicional, em especial, ao Ministério Público.

Ainda segundo Sousa Santos, do ponto de vista da reengenharia normativo-institucional, por exemplo, o investimento nos juizados especiais, ideados na Constituição da República para dar vazão às demandas reprimidas, de modo menos oneroso e mais ágil, tem se mostrado um mecanismo eficaz para a facilitação do acesso ao Judiciário. Da mesma forma, o autor aponta a criação de órgãos itinerantes destinados a levar seus serviços até as comunidades mais distantes (nas localidades, obviamente, em que elas já não estejam fixadas através de repartições próprias).

Forte na ideia da multiplicidade de vetores, vê-se que para fins de democratização da atividade jurisdicional não basta tão somente abrir novas portas para receber a visita do povo e nem apenas *ir aonde o povo está*. É preciso falar a sua língua.

4. Falar e ser compreendido.

É comum entre os “iniciados” do *juridiquês* críticas ao que alguns chamam de “despreparo da imprensa”, sempre que se vê noticiado coisa do tipo: “é esperado, a qualquer momento, que o ministro Fulano, do supremo tribunal *de justiça*, dê seu *parecer* sobre o caso X”; ou “o Ministério Público, através do promotor *público* Sicrano, *determinou* o fechamento da Cadeia Pública Y”.

Mas será que esses ruídos de comunicação não devem ser debitados mais na conta dos que se manifestam no *juridiquês clássico* do que na suposta “incompreensão” da imprensa (ou da “ignorância” do barbeiro, do taxista ou da *tia cotinha*)?

Além de um aporte instrumental que viabilize o acesso efetivo do público aos julgamentos em geral – inclusive pela disponibilização dos bancos de dados oficiais

trabalhados para que ocorra uma verdadeira “revolução” democrática na Justiça: necessidade de reforma processual; melhoria do acesso à Justiça; reorganização institucional; nova formação dos magistrados; nova concepção de independência judicial; maior aproximação com os movimentos sociais e maior transparência junto à mídia e ao poder político; e cultura jurídica democrática, e não corporativa.

através de veículos populares, como hoje já é a *internet* – um movimento de *modernização da linguagem jurídica* pode contribuir para facilitar a compreensão do verdadeiro conteúdo da atividade do Ministério Público (como de resto, da atividade judicial).

Aliás, para a manutenção da confiança da população no Ministério Público – e o resgate da confiança no Judiciário (será que já a teve algum dia?) – impõe-se essa aproximação comunicacional, simplificando-se a linguagem jurídica. Até porque “ninguém valoriza o que não entende”.¹⁵⁰

É de precisão cirúrgica – e como tal, dolorosa – a constatação de Lourival de Jesus Serejo Sousa, Juiz de Direito da Comarca de São Luís-MA no sentido de que “*sem o atributo da clareza, o estilo judicial se perde nas dobras da vaidade e do narcisismo do seu autor e acaba prejudicando a entrega da prestação jurisdicional*”. Para o magistrado maranhense:

A preocupação com o estilo judicial acentuou-se nos últimos anos em decorrência da constatação de que o acesso à justiça não tem um significado apenas processual, mas deve ser visto em sua inteireza de direito fundamental. Não se pode falar em acesso à justiça mantendo-se a população distante das decisões judiciais pela barreira da linguagem hermética e pedante, longe da compreensão razoável e compatível com a escolaridade média do povo brasileiro. Até o réu que está sendo condenado precisa compreender os motivos da sua condenação. É um direito de quem está sendo acusado compreender os termos da acusação. Se o juiz constitucionalmente decide em nome do povo, não pode usar uma linguagem inacessível ao destinatário de suas decisões nem esconder-se atrás da cortina de termos pretensiosamente técnicos para aplicar a lei.¹⁵¹

Não é tarefa fácil a reciclagem linguística para quem, como a maioria de nós (incluindo este tesista), cultiva e aduba o juridiquês desde os bancos universitários. Há que se quebrar todo um modelo educacional e cultural – romper paradigmas linguísticos

¹⁵⁰ A expressão é de Rafael Infante Faleiros, Juiz de Direito da Comarca de Franca-SP, lançada no texto intitulado “Embargos de Declaração”, trabalho vencedor do concurso “Pela simplificação da linguagem jurídica”, lançado pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no Rio de Janeiro (FALEIROS, Rafael Infante. Embargos de Declaração. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>. Acesso em: 01.04.2010).

¹⁵¹ SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. A Clareza da Linguagem Judicial como Efetivação do Acesso à Justiça. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=campanha_juridiques>. Acesso em: 01/04/2010.

e profissionais – tarefa certamente menos sacrificante para as futuras gerações de juristas¹⁵².

Por falar em Boaventura de Sousa Santos, calha lembrar que o governo de Portugal lançou em 2010 o programa Simplegis destinado a tornar a legislação mais clara e mais enxuta. Desde 13/10/2010, as leis portuguesas publicadas no diário oficial vêm acompanhadas com uma versão simplificada para facilitar a compreensão do cidadão médio. É mais ou menos o que o Brasil tem procurado fazer com as bulas de remédio: utilização de linguagem mais simples, acompanhada de destaques e resumos.

Para fins de revolução ou reinvenção da linguagem judicial, não há dúvida – tal como conclui Boaventura de Sousa Santos – há que se começar necessariamente a trabalhar o tema desde o ensino jurídico, já no curso de bacharelado¹⁵³.

Isso não significa que a instituição ministerial, seus órgãos e seus quadros, uma vez entendidas como sendo uma bandeira institucional, não possam, desde já, adotar medidas para tornar nossa linguagem mais clara, mais palpável, ao nosso universo receptor.

5. Conclusão.

Ao exposto, além da autocrítica evolucionista necessária a cada agente emissor para que a linguagem ministerial seja compreendida de modo mais eficaz pela sociedade, conclui-se que:

¹⁵² De fato, em relação ao capital humano, ou seja, à formação do agente de jurisdição, sua evolução cultural deve derivar de uma verdadeira revolução no ensino jurídico, a qual, segundo Boaventura de Sousa Santos, há de ser iniciada desde a graduação universitária: “*O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino das faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação dos postulados de dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais. [...] Em regra, o ensino jurídico até hoje praticado [...] parte do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico é suficiente para a obtenção de êxito no processo de ensino-aprendizagem. A necessária leitura cruzada entre o ordenamento jurídico e as práticas sociais é ignorada, encerrando-se o conhecimento jurídico e, conseqüentemente, o aluno, no mundo das leis e dos códigos. [...] Penso que a educação jurídica deve ser uma educação intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da ideia de responsabilidade cidadã [...].*” (SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 71-76).

¹⁵³ V. nota de rodapé anterior.

- compete ao Ministério Público adequar sua linguagem para que suas mensagens e posicionamentos tenham maior alcance e inteligibilidade junto à sociedade;

- compete aos órgãos de orientação e qualificação (CGMP, CEAF e CAOs) proporcionar aos membros e servidores acesso a cursos e materiais produzidos por especialistas para fins de adequação da linguagem dirigida ao público;

- compete à comunicação social (ASSCOM) aproximar-se dos órgãos de execução, viabilizando-lhes, em tempo real, assessoria direta para o trato com a imprensa, “traduzindo” e intermediando os termos técnico-jurídicos para fins de maior inteligibilidade pelos profissionais da mídia (e, por conseguinte, pelo grande público).

APROVADA POR UNANIMIDADE

A ação de ressarcimento e o dano presumido

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Nedens Ulisses Freire Vieira

1 Fundamentação

Não raro, o administrador comete ilegalidades e, ao ser cobrado, diz que os materiais adquiridos sem licitação incorporaram-se ao patrimônio público, ou que os funcionários que contratou sem concurso trabalharam regularmente, não tendo havido, portanto, nenhum dano ao patrimônio público. Daí a argumentação de que não poderia o ente público locupletar-se ilicitamente com as compras efetivadas ou com os serviços prestados, de maneira que não haveria dano ao erário nem, por conseguinte, o que indenizar.

Embora esse entendimento seja majoritário na jurisprudência, há, no entanto, posicionamento contrário – no sentido de que o ordenamento jurídico admite, em vários casos, a presunção de lesividade ao patrimônio público (art. 4º da Lei n.º 4.717/65 e art. 10 da Lei n.º 8.429/92). Na maioria das vezes, essa lesividade decorre da própria ilegalidade do ato praticado (RE n.º 160.381-SP, 2ª T., STF, v.u., j. 29.03.94, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 12.08.1994, p. 20.052).

O administrador que determinou a prática do ilícito deverá indenizar o erário. O patrimônio enriquecido – o da sociedade, e nunca o da Administração – não o

terá sido com ausência de título jurídico, mas sim em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa.

Sobre esse tema, Hugo Nigro Mazzilli¹⁵⁴ teceu considerações valiosas:

O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a Administração dispensa indevidamente licitação ou concurso¹⁵⁵: estará contratando pessoal sem a seleção necessária, desconsiderando critérios de probidade e impessoalidade e deixando de selecionar os melhores; estará, em suma, abrindo mão do dever de buscar os melhores preços e a melhor qualidade de materiais ou concorrentes; estará ferindo a moralidade administrativa. Além disso, é extremamente provável que, de acréscimo, ainda haja danos materiais concretos à qualidade da obra ou dos serviços contratados – e esses fatos devem ser investigados. Por fim, é raro terem sido os serviços ou a obra executados de boa-fé, quando contratados ilicitamente sob dispensa de concurso ou licitação quando exigíveis.

Corretamente arrematam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, cuidando de caso análogo: “A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o Erário por sua conduta ilícita. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de

¹⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 171.

¹⁵⁵ Nesse sentido, REsp n. 260.821-SP, STJ, m.v., j. 21-05-02, Rel. Min. Eliana Calmon; RE n. 160.381-SP, 2ª T. STF, v.u., j. 29.03.1994, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 12.08.1994, p. 20.052.

título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa. Compete à parte, e não à Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção de lesividade, é menor do que a reposição integral”¹⁵⁶.

Se é verdade que não pode a administração locupletar-se ilicitamente, ao mesmo tempo não pode realizar despesas não autorizadas pela lei.

Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que acaso os tenham realizado de boa-fé, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faça de seus favorecidos.

Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível n.º 232.142-0/00, 4ª Câmara Cív do TJMG, Rel. Des. Bady Curi, *DJ* 15.10.2002, o ex-Prefeito de Ribeiro Vermelho foi condenado ao ressarcimento de despesas realizadas sem a prévia licitação.

A 1ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação n.º 199.460-7/00, Rel. Des. Garcia Leão, *DJ* 09.02.2001, reformou sentença proferida em ação civil pública de ressarcimento de despesas realizadas sem a prévia licitação. O Juízo *a quo* julgara improcedente o pedido, ao fundamento de falta de demonstração do dano. A Turma Julgadora concluiu pela responsabilidade do ordenador da despesa nos termos seguintes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO MUNICIPAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRINCÍPIOS.

Os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal são norteadores da Administração Pública e a observância deles é dever do administrador.

A 5ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 215.433-4/00, Rel. Des. Aluízio Quintão, j. 20.06.2002, também com o argumento de que a conduta do administrador afrontou os princípios da Administração Pública, condenou ex-Prefeito Municipal a restituir importância relativa às despesas efetivadas sem licitação.

¹⁵⁶ FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 107-108.

No mesmo sentido: Apelação Cível n.º 157.822-8, 3ª Câm. Cív., Rel. Des. Isalino Lisbôa, j. 28.09.2000.

No julgamento da Apelação Cível n.º 201.987-5/00, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Isalino Lisbôa, j. 22.11.2001, também foi acolhida a alegação de lesão presumida ao patrimônio público na hipótese de realização de contrato de concessão de serviço público sem a prévia licitação. Disse o Relator:

[...] a Lei 4.717/65 (Ação Popular) considera nulo (art. 4º, III, “a”) o contrato de concessão de serviço público, quando celebrado sem prévia concorrência pública, caso em que a lesão ao patrimônio público é presumida, ‘...visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito’ (Hely Lopes Meirelles, na obra Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’, 15ª edição, Malheiros Editores, pág. 89). (grifos do autor)

A 6ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada, no julgamento da Apelação n.º 336.238-3, Rel.ª Juíza Beatriz Pinheiro Caires, j. 18.10.2001, não discrepou desse posicionamento, conforme se vê do seguinte destaque da ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIRECIONAMENTO CONTRA PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADORES – DESPESAS REALIZADAS SEM PRÉVIO EMPENHO OU SEM LICITAÇÃO OU SEM COMPROVANTES DE VIAGENS – REMUNERAÇÃO, A MAIOR, DE AGENTES POLÍTICOS [...]

Quem ordenar despesa pública sem a observância do prévio procedimento licitatório, quando este for exigível, poderá ser responsabilizado civil, penal e administrativamente, sem prejuízo da multa pecuniária a que se referem os artigos 71, inciso VIII, da Constituição Federal, e 76, inciso XIII, da Carta Estadual (Súmula n.º 89 do Tribunal de Contas).

Analisando hipóteses de contratação sem a realização de concurso público, os Tribunais de Justiça do Paraná e de São Paulo manifestaram entendimento idêntico a respeito da matéria. Senão, vejamos:

Ação Civil Pública – Ato de improbidade administrativa – Contração de servidor sem prestação de concurso público [...] – Contração nula – Violação do art. 37, *caput*, e inc. II, da CF – Punição da autoridade responsável – Art. 37, § 2º, da CF – Presunção de lesividade do ato ilegal – Necessidade de

ressarcimento dos danos decorrentes do pagamento das verbas salariais – Lei n. 8.429/92, inc. III – Improvimento do apelo do réu – Provimento da apelação do autor.

[...]

2. A contratação de servidor pelo Município, sem concurso público, viola do art. 37, *caput*, e inc. II, da Lei Fundamental, implicando a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei, conforme estabelece o seu § 2º.

3. Embora se admita que este servidor, quando de boa-fé, deva receber pelos serviços realizados, cabe ao administrador que o contratou ilegalmente arcar com os custos que a Fazenda teve com essa contratação, sendo certo “que as sanções previstas na Lei 8.429/92 independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”, conforme lição de HUGO NIGRO MAZILLI. Livrar o administrador público de tal responsabilidade, sob o pretexto de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, “será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei – nexos causal das obrigações a da relação de trabalho nascida do ato ilegal – criando-se inusitada convalidação dos efeitos do ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil”, consoante advertência do ilustre Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, do colendo STJ, lembrada por MAXZILLI [*in* “A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo”, Saraiva, 7ª ed., p. 156]. (TJPA – Apelação Cível n. 94.007-2, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Leonardo Lustosa, DJ 05.03.2001)

Ação Civil Pública – Improbidade Administrativa – Município de Palestina – Admissão ilegal de servidor – Ação ajuizada em face do Prefeito Municipal e da servidora admitida [...] – Violação dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade – Ação procedente – Admissibilidade condenação ao ressarcimento, pois a lesividade decorre da própria admissão ilegal. (TJSP – Apelação Cível n.º 082.871.5/2, 8ª Câmara Dir. Púb., Rel. Des. Antônio Villen, DJ 07.10.1999)

2 Conclusão

O ordenamento jurídico admite, em vários casos, a presunção de lesividade ao patrimônio público (art. 4º da Lei n.º 4.717/65 e art. 10 da Lei n.º 8.429/92), a qual decorre da própria ilegalidade do ato praticado.

O administrador que determinou a prática do ilícito nessas hipóteses deverá indenizar o erário.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O ato de improbidade e a moralidade administrativa

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Caçado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Shirley Fenzi Bertão

1 Fundamentação

Os crimes contra os costumes praticados pelo agente público no local do trabalho e no exercício da função caracterizam ou não ato de improbidade administrativa?

Nesta Procuradoria, temos nos deparado com essa questão em alguns recursos. Em um deles, o servidor, aproveitando-se do cargo de Professor em escola municipal, praticou atentado violento ao pudor em desfavor das alunas menores, consistente em passar sua genitália no rosto das crianças.

No Juízo *a quo*, o processo foi extinto por impossibilidade jurídica do pedido. De acordo com a sentença, o ato atribuído ao professor, muito embora não olvidando a moralidade administrativa consagrada constitucionalmente, diz respeito à moralidade comum, enquanto a lei invocada tem por objetivo alcançar a moralidade administrativa.

Apreciando a apelação interposta pelo Ministério Público, a sentença foi confirmada em Segunda Instância, com o seguinte fundamento:

A improbidade administrativa, embora consubstanciada em princípio de difícil expressão verbal, encontra-se intimamente ligada às condutas responsáveis por lesões ao erário, que importem enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função ou emprego público. Condutas reprováveis socialmente, capazes de consubstanciarem-se em crimes contra os costumes ofendem sobremaneira a moralidade comum, mas jamais a moralidade administrativa, afastando de seus contornos a aplicação das penalidades descritas na LIA. Recurso ao qual se nega provimento.

Os arts. 11, I, 2º e 4º, da Lei de Improbidade estabelecem:

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; [...]

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

A decisão afastou a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, com base no entendimento de que “a repugnante conduta do réu, caso comprovada, jamais teria o condão de lesar o erário. A prática de atos atentatórios ao pudor não se imiscuem na chamada moralidade administrativa, não fazendo o réu uma pessoa ‘corrupta’ ou ‘ímproba’”.

Segundo o acórdão, “condutas reprováveis socialmente, capazes de consubstanciarem-se em crimes contra os costumes ofendem sobremaneira a moralidade

comum, mas jamais a moralidade administrativa, afastando de seus contornos a aplicação das penalidades descritas na LIA”.

Com a devida vênia, não há uma dicotomia absoluta entre a moral administrativa e a moral comum.

Observa Emerson Garcia¹⁵⁷ ser “plenamente factível a presença de áreas de tangenciamento entre elas, o que ensejará a simultânea violação de ambas”.

É certo que determinadas condutas, praticadas por agentes públicos em suas vidas privadas, não têm por que integrar necessariamente o núcleo da falta de probidade administrativa.

No entanto, se os fatos ocorreram no local de trabalho e em pleno exercício da função pública de Professor (art. 2º da Lei n.º 8.429/92), estamos diante da prática de ato de improbidade administrativa.

O dever de probidade na prestação do serviço público está plasmado no sistema constitucional que tutela a administração pública brasileira (art. 37 da CF e art. 4º da Lei n.º 8.429/92). A regular prestação desse serviço constitui direito do usuário.

A observância das regras éticas deve se incorporar ao ambiente institucional. A probidade – afirma Fábio Osório¹⁵⁸ – “é a honradez, sintetizando as principais virtudes dos profissionais. Supõe uma consciência formada e informada pelas normas éticas”.

No mesmo sentido, o magistério de Emerson Garcia¹⁵⁹:

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁷ GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa*. 4. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 74.

¹⁵⁸ OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo, RT, 2007, p. 110/111.

¹⁵⁹ Obra citada, p. 76.

Daí a advertência contida no precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

No conceito de moralidade administrativa vai ser aferida também a probidade do servidor, que deve “servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem se aproveitar dos poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer” (RJTJESP 135/30)

2 Conclusão

Os crimes contra os costumes praticados pelo agente público no local do trabalho e no exercício da função caracterizam ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, I, da Lei n.º 8.429/92.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O dano decorrente da perda de chance na improbidade administrativa

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Antônio Sérgio Rocha de Paula, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

1 Fundamentação

Um dos questionamentos frequentes, nas ações de improbidade, diz respeito à caracterização do dano indenizável.

Cabe à parte autora demonstrar a ocorrência do dano e estabelecer parâmetros para que a sentença garanta a reparação integral. O objetivo destas linhas é demonstrar que há dano indenizável nos casos de contratação de serviços sem prévia licitação. Se não por outro motivo, por ocorrência da chamada “perda de uma chance”.

A Constituição da República de 1998 repudia a contratação de serviços sem prévia licitação, e entre os princípios norteadores da administração elenca a legalidade e a moralidade (art. 37), determinando a obrigatoriedade da realização do processo de licitação para a contratação de produtos e serviços.

Da lei de licitações extrai-se que o servidor da entidade contratante não poderá participar da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a ele necessários (Lei n.º 8.666/93, art. 9º).

A violação do mandamento constitucional encontra-se sancionada pela lei de improbidade, que tipifica o ato administrativo violador dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade e o sanciona com a obrigação de ressarcimento integral do dano – se houver –, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O dano causado pela fraude ao procedimento licitatório pode ser enquadrado entre aqueles que a jurisprudência identifica como a “perda de uma chance”. Há prejuízo para a administração, que perde a oportunidade de receber ofertas melhores, tanto em relação a preço quanto à qualidade, como também há prejuízo aos administrados, que têm direito, em igualdade de condições, de fornecer produtos e serviços ao Município.

O instituto tem origem francesa e foi inicialmente aplicado no direito privado. Hoje, porém, confirme assinalou o Ministro Mauro Campbell, tornou-se “plenamente aplicável ao campo público” (REsp 1243022 / RS, j. 02.06.2011):

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos Tribunais, fala na perda de uma chance (perde *dúne chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, [...] É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. [...] deve o juiz se valer de um juízo de razoabilidade, de um juízo formal hipotético que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito gerador da responsabilidade civil. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94/96)

Paulatinamente, com a evolução do conceito de dano, a obrigação de ressarcir decorrente da perda de chance tem aplicação cada vez mais ampla:

A responsabilidade civil por perda de chance reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Isto ocorre, pois nos dias de hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam

decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir. (ANDREASSA JR., Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (org.) *Responsabilidade civil*, v. 2 – Direito das obrigações e direito negocial. São Paulo: RT, 2010, p. 544)

Em decisões recentes, o STJ tem fixado com maior precisão a aplicação da responsabilidade por perda de uma chance, deixando claro que não se trata de danos emergentes nem de lucros cessantes. Trata-se, isso sim, de uma figura intermediária, conforme bem definiu o Ministro Luís Felipe Salomão:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. REsp 1190180 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0068537-8 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 16.11.2010 Data da Publicação/Fonte DJe 22.11.2010 RDDP vol. 95 p. 125

A Ministra Nancy Andrichi anotou a importância de se estabelecer a diferença entre o “improvável” e o “quase certo”, bem como entre a “probabilidade de perda” e a “chance de lucro”, de modo a caracterizar-se adequadamente a perda de uma chance. Seu voto diz, textuamente, o seguinte:

É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas (REsp 965.758/RS, 3a Turma, minha relatoria, DJe 03/09/2008). Calcada na verificação rigorosa de seus requisitos, lembro que a Quarta Turma já chegou

a admitir a aplicação da aludida teoria em hipótese em que o autor teve frustrada sua chance de ganhar prêmio milionário em programa televisivo de entretenimento (REsp 788.459/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJ 13.03.2006). REsp 1079185 / MG RECURSO ESPECIAL 2008/0168439-5 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 11.11.2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 04.08.2009)

No caso da fraude em licitação, mormente quando repetida, é praticamente certo que a administração perdeu a oportunidade de contratar em condições mais vantajosas e, por outro lado, os administrados perderam, com certeza, a oportunidade de contratar ou disputar a possibilidade de fornecer produtos e serviços ao Município.

De igual modo, a elaboração de edital direcionado, com a inclusão de cláusula restritiva à competitividade, caracteriza ato de improbidade administrativa, tipificado nos arts. 10, VIII, e 11, caput e inciso I, da Lei n.º 8.429/92.

Nesse sentido, decidiu o TJMG quando do julgamento da Apelação Cível n.º 1.0625.09.08850-5/001, da Comarca de São João del-Rei:

[...] Evidencia improbidade administrativa, por contrariar os princípios da legalidade, moralidade, honestidade, impessoalidade e lealdade, o direcionamento de licitação em favor de empresa determinada. [...] (Des. Almeida Melo, DJ. 07.03.2012)

2 Conclusão

Conclui-se, portanto, que constitui dano indenizável, também na improbidade administrativa, a situação caracterizada como “perda de uma chance”.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A inconstitucionalidade da apresentação de garantia antes da fase de habilitação nas licitações

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

1 Fundamentação

Alguns editais de licitação têm exigido a apresentação da garantia antes da fase de habilitação. Essa inversão tem caráter prático – permitir que os órgãos possam verificar a idoneidade da garantia – e visa a proporcionar segurança ao Poder Público quanto ao cumprimento das obrigações pelo vencedor da licitação. Os editais têm mencionado o art. 18-A da Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, como fundamento para a referida alteração.

O citado dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Essa inovação – introduzida pela Lei n.º 11.196/2005 – foi também adotada por alguns estados da federação. A Lei n.º 13.121/2008 do Estado de São Paulo, que alterou a Lei n.º 6.544/89, além da inversão das fases, autorizou o saneamento de falhas na documentação. Os Estados da Bahia, do Paraná e o Município de São Paulo têm disposições semelhantes, as quais permitem reduzir a duração do procedimento licitatório, propiciando um menor grau de litigância no curso da licitação.

Ocorre que, se na inversão das fases de habilitação e de classificação o sigilo da licitação é preservado, na antecipação da garantia esse fato não se verifica, porquanto o licitante é revelado ao apresentar garantia para o objeto oferecido.

O risco de ajuste entre os participantes é grande ou, se apenas um prestou garantia, ele poderá, até mesmo, elevar o preço.

A garantia, prevista no art. 31, III, c/c o art. 56 da Lei n.º 8.666/93, deve estar dentro do envelope da habilitação (art. 27, III, da lei citada), a ser aberto juntamente com as propostas de preço (art. 43 da norma referida).

O sigilo das propostas é princípio fundamental da licitação e corolário dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Sobre o princípio da impessoalidade já tratou a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁶⁰: “De um lado, o princípio da

¹⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 85, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 69

impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado”.

A lição é clara e se aplica inteiramente ao caso. O Estado, ao fazer conhecer os nomes dos licitantes antes da entrega das propostas, viola flagrantemente a impessoalidade do processo, eivando-o de vício insanável.

É como bem observou o Desembargador e doutrinador paulista Ruy Stoco, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 92.762-5/3, 3ª Câmara do TJSP, j. 06.04.1999, ao decidir sobre cautelar de sequestro de bens, requerida em ação de improbidade administrativa:

[...] dos agentes públicos se exige fiel obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Como não se olvida, dos órgãos de poder, do agente público ou do servidor público se exige postura e comportamento público sem jaça. **A estes não basta a honestidade. Impõe-se, ainda, que ostentem a aparência de honestidade; comportamento ilibado e sem sombras.** (grifo nosso – RT 764/113-121)

Conforme doutrina do professor Marçal Justen Filho¹⁶¹, “Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação”.

A antecipação de garantia traz prejuízo ao caráter competitivo da licitação, uma vez que o conhecimento prematuro da identidade dos participantes possibilita entabulação entre os interessados.

Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE.

¹⁶¹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 6. ed, Editora Dialética, 1999, pg 79.

1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação.
2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.
3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado.
4. Recurso especial não provido.

(REsp 1018107 / DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 26.05.2009)

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais adota o mesmo posicionamento, conforme se depreende de trecho extraído da Revista TCEMG, Edição Especial, Ano XXVII:

Representação. Entrega antecipada de garantia da proposta. “Relativamente à exigência de entrega antecipada da garantia da proposta, observa-se que o edital [...] previu que a entrega da garantia deveria ocorrer até as 16:00hs do dia 16/07/2007, [...], já as propostas deveriam ser protocoladas até as 8:30hs do dia 19/07/2007[...]. Verifica-se, [portanto], que cabe razão ao representante quanto à **ilegalidade da antecipação da garantia da proposta, uma vez que a Lei 8.666/93 prevê que a garantia da proposta poderá ser exigida na fase de habilitação, como qualificação econômico-financeira, de acordo com art. 31, III, não havendo na mesma qualquer previsão de antecipação de apresentação de documentos.** Portanto, entendo que todos os documentos de habilitação deverão ser apresentados no envelope de documentos de habilitação na data designada para apresentação deste. **Entendo, também, que a antecipação da garantia pode prejudicar a busca da proposta mais vantajosa, tendo em vista que se, eventualmente, apenas um licitante souber que prestou garantia, pode elevar o preço [...].** Dessa forma, caso a Administração prossiga com essa

exigência, **deverá efetuar-la como requisito de habilitação econômico-financeira**, nos termos do art. 31, III, da Lei 8.666/93, não cumulando-a com a exigência de capital social mínimo”. (P. 167, Representação n.º 742151, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 11.12.2007, grifo nosso)

2 Conclusão

Na licitação, a exigência de garantia antes da fase de habilitação desobedece à regra do sigilo das propostas, violando os princípios constitucionais da impessoalidade e da igualdade (arts. 5º, I, e 37 da CF).

APROVADA POR UNANIMIDADE

O olhar coletivo sobre as áreas de reserva legal

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Antônio Sérgio Rocha de Paula, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Caçado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

I Fundamentação

Nas decisões judiciais, tanto quanto nas razões e pareceres do Ministério Público, é rara a presença de argumentos e debate de questões coletivas em casos que tratam da instituição, recuperação e averbação de reserva legal em imóveis rurais. Embora soe estranha, à primeira vista, tal constatação, o fato vem sendo verificado na revisão do acervo da Procuradoria de Justiça Especializada em Direitos Difusos e Coletivos, do MPMG, em investigação que visa a identificação dos temas, meios de prova, fontes e discursos praticados nas ações civis públicas. O estudo aponta para a necessidade de revisão crítica da atuação de Promotores e Procuradores de Justiça, visando garantir a efetiva tutela dos bens coletivos.

A perplexidade da constatação decorre da observação de que, no conjunto de tarefas atribuídas ao Ministério Público a defesa do meio ambiente classifica-se, ordinariamente, entre aquelas que demandam tutela em moldes coletivos. Há questões que podem ser vistas sob a ótica individual, ou privada, como alguns casos de violação

dos direitos de vizinhança por meio de poluição sonora. De qualquer modo, porém, o direito ambiental apresenta-se como preponderantemente coletivo, diferindo, por exemplo, do direito do consumidor e do direito à saúde, nos quais contamos muitos exemplos de tutela individual.

Nos feitos em que se discutem questões atinentes à reserva legal, o sistemático esquecimento dos aspectos coletivos contrasta com a ênfase nos jurídicos formais, que conduz à redução da discussão e, principalmente, afasta as partes do contexto coletivo, no qual deveria centrar-se sua atenção.

Para caracterizar um discurso como coletivo, utiliza-se aqui a classificação apresentada por Lorenzetti (2009), que assim qualifica os casos que tratam de “relações grupais” e de “bens coletivos”. No nosso caso, interessam apenas os últimos, ou seja, os bens coletivos na seara ambiental.

Tradicionalmente, os Códigos Civis regulam os bens por sua pertinência ao domínio público ou privado. Nos últimos anos surgiu uma categoria de bens que não pertencem ao Estado nem aos particulares de forma exclusiva, e que não são suscetíveis de ser divididos em partes que permitam afirmar sobre elas a titularidade individual de um direito dominial. ((LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 271)

A reserva legal e a área de preservação permanente são bens coletivos. Não se trata de bens públicos. Nem se aplica a elas as regras estritas do direito das coisas. Todavia, como os casos que envolvem reserva legal aparecem vinculados ao Registro de Imóvel, instituto ligado ao domínio e à propriedade privada, nem sempre é enfatizado o aspecto coletivo do direito sob tutela. Raramente se encontra, tanto sob o aspecto fático quanto do puramente normativo, a referência ao direito coletivo.

Quanto ao suporte fático, muitas ações chegam aos tribunais praticamente desprovida deles. Sabe-se somente que há um imóvel, objeto de Matrícula no Registro de Imóveis, e que não foi providenciada a averbação da área de reserva legal. Em outros casos o suporte fático vem melhor definido, com as conclusões de vistorias ou perícias que demonstram inexistir, de fato, a área de reserva legal. Nestes casos costumam ser formulados três pedidos:

- a) a instituição da área de reserva legal;

- b) sua averbação;
- c) sua recuperação, com plantio de espécies nativas.

Mesmo nesses casos, é comum que a discussão se restrinja aos aspectos legais consistentes no dever de instituir e averbar e na obrigação de recuperar. O contexto fático não alcança o bem coletivo. Nem a fundamentação jurídica.

Qual seria, então, este bem coletivo?

Para identificar o bem coletivo é necessária uma cognição mais ampla, que vá além dos limites da propriedade individual. Se o bem coletivo se encontra entre o público e o privado, conforme sublinhado, a identificação do bem coletivo, nestes casos, não pode resumir-se ao que consta no Registro de Imóveis. O bem ambiental se encontra além do individual. Além do que consta do registro. Daí a necessária intervenção útil do órgão ambiental que, por meio de critérios técnicos, estabelecerá as diretrizes e aprovará a instituição da reserva legal a ser averbada.

A título de exemplo, imaginemos dois grupos de mico-leão-dourado, identificados em áreas de preservação permanente situadas ao longo de duas diferentes bacias. Com a finalidade de permitir a aproximação entre os símios, e sua preservação, o órgão ambiental pode desenhar um corredor verde que aproveite as áreas de reserva legal de dezenas – ou centenas – de pequenas propriedades situadas entre os dois sítios. Assim, a área de reserva legal é mais que o simples cumprimento de um dever jurídico. Ela tem um significado, e uma função clara, na preservação de um bem coletivo.

De qualquer modo, para que as decisões judiciais em matéria ambiental contenham discursos “coletivos”, é necessário que o correspondente suporte fático seja investigado, no inquérito civil, e bem exposto na ação judicial. Tal providência redundará em uma tutela mais efetiva, propiciando, entre outros benefícios:

- o fortalecimento do discurso coletivo, com a precisa identificação do bem tutelado
- a invenção do direito coletivo, construído a partir de um bem tutelável (como no exemplo dado, a preservação do mico-leão-dourado);
- a visibilidade do efetivo impacto ambiental decorrente do descumprimento da legislação florestal;

- a tutela concreta do bem coletivo;
- o acesso à fauna e à flora e sua preservação, etc.

Trata-se de – vale enfatizar este ponto - valorizar o contexto, ampliando a investigação dos fatos que dão suporte à ação civil pública por meio da caracterização do bem coletivo tutelado.

É o que nos propõe Herrera Flores, em sua teoria crítica, sugerindo que recordemos o vôo de Anteu. Na mitologia grega, em um dos conhecidos trabalhos de Hércules, o semi-deus, surge a figura de Anteu, gigante tido como invencível, filho de Poseidom (*Netuno*) e de Géia (a Terra). Anteu nunca foi vencido porque a Terra, sua mãe, o mantém constantemente suprido de energia. O gigante não se cansa nunca e por isso vence todos os seus adversários.

Hercules venceu Anteu. Como? Erguendo o gigante nos ares e mantendo-o sem contato com a terra, fonte de sua força. Mantido no ar (o vôo de Anteu), perdeu a força e foi derrotado.

O mito serve para nos lembrar de que a força da lei se encontra no contexto para o qual ela foi criada. Na medida em que nos afastamos do suporte fático, nos afastamos do bem coletivo, adotando discursos abstratos e genéricos, perdemos nossa força.

Nas lides ambientais, em defesa da terra, é preciso manter os pés no chão. É preciso valorizar o contexto e apresentar o bem coletivo, com todas as suas características, para que a tutela seja efetiva. Para isso é necessário que o inquérito civil vá além dos limites da propriedade individual, definida pelo registro de imóveis, e investigue o contexto e as razões que ditam a fauna e a flora para que se defina a localização das áreas de reserva legal.

II Conclusão

A reserva legal, embora instituída na propriedade individual, constitui bem coletivo, e deve ser assim investigada e tutelada.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Prazo para recuperação de vegetação nativa ilegalmente suprimida em área de reserva legal

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Antônio Sérgio Rocha de Paula, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

1 Fundamentação

Condenado a promover recomposição vegetal de área de reserva legal, que prazo tem o proprietário para implementar e concluir a reparação do dano ambiental?

O objetivo desta breve exposição é demonstrar que tal prazo não é de trinta anos, conforme já se decidiu em acórdão escorado em um falso precedente, que, como se verá, subverte a interpretação do Código Florestal.

Refiro-me a julgamento recente, da 8ª Câmara Cível do TJMG, que inverte o sentido da legislação florestal ao tratar como direito o que é um dever – o de recuperar floresta ilegalmente suprimida –, concedendo ao proprietário o prazo de trinta anos para a reparação do dano (Apelação Cível n.º 1.701.09.282313-0/001, Relator Des. Vieira de Brito, j. 02.12.2010). O falso precedente, utilizado como apoio à decisão recente, é o acórdão da 1ª Câmara Cível do TJMG que, dois anos antes, manteve a imposição de recuperar a área de reserva legal, conforme determinação do IEF, confirmando a decisão de primeira instância (Apelação Cível n.º 1.0024.06.088466-

5/001, Rel. Des.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 02.12.2008). Trata-se de falso precedente porque o juízo manifestado na ementa do referido acórdão – e agora utilizado como paradigma – não corresponde ao julgamento proferido. Nenhum dos votos proferidos trata da questão incluída na ementa: o prazo para recuperação da área. Daí a impertinência do precedente.

Instituto do Código Florestal Brasileiro, a área de “reserva legal” é a parcela da propriedade ou posse rural “necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas” (Lei n.º 4771/65, art. 1º, § 2º, II). Tratando-se de vegetação nativa, impõe-se seu uso sustentável – que implica limitação ao direito de propriedade – e a consequente proibição de sua supressão total, além do correlato dever de recuperar os terrenos ilegalmente desmatados, que são “bens de interesse comum a todos os habitantes do País”.

A supressão parcial da vegetação nativa é permitida desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, extensões que variam entre o máximo de 80% para as propriedades rurais em área de floresta situada na Amazônia legal e 20% para área de campos gerais, floresta ou outra forma de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País (art. 16). No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.º 18.031-MG, em 24.08.2005, o Ministro João Otávio de Noronha observou que a legislação, “ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais consequências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras”.

No recente julgamento, o voto do Desembargador Vieira de Brito é impecável quando trata da função social da propriedade, da definição de reserva legal e da obrigação de promover sua recuperação em caso de supressão ilegal, afirmando que “o fato de a apelada ter adquirido a propriedade dos imóveis em 2005 sem as áreas destinadas à reserva florestal não a exime de constituí-las pois a inércia impediria a recuperação e seria causa da manutenção da degradação”. Todavia, no momento de fixar

o prazo para o cumprimento de tal obrigação, a interpretação equivocada da regra que se repete no Código Florestal (art. 44) e na Lei de Política Agrícola (Lei n.º 8.171/91, art. 99) redundou na emissão de juízo que esvazia o dever de recuperar a área desmatada ao afirmar que o proprietário teria direito subjetivo ao prazo de trinta anos para fazê-lo.

O dispositivo mencionado não gera para o proprietário o direito subjetivo de demorar trinta anos para recuperar a área de floresta. Referida interpretação viola frontalmente o disposto no art. 225 da Constituição Federal, que arrola as medidas necessárias para a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determinando a proteção da fauna e da flora, a instituição de espaços especialmente protegidos e a restauração dos processos ecológicos essenciais.

É certo que a lei menciona o prazo de três anos para cada décimo “da área total necessária” à complementação da reserva legal. E a interpretação aritmética de tal assertiva, que fundamenta o julgado criticado, resulta no equivocado juízo que concede trinta anos para a recuperação florestal. O erro tem origem na leitura parcial, incompleta, do próprio dispositivo interpretado e desconsidera as demais normas que, integrando o instituto sob exame, exigem interpretação sistemática. O texto do art. 44 é claro ao se referir exclusivamente ao imóvel que contenha vegetação nativa “em extensão inferior ao estabelecido” nos incisos do art. 16 e ao restringir a definição do prazo em função da área necessária à complementação da reserva legal, de acordo com projeto aprovado pela autoridade florestal. Conclui-se, portanto, que o prazo será sempre proporcional à área a ser recuperada.

Outro argumento contra a aplicação generalizada de um prazo de trinta anos para regiões em que a reserva legal atinge apenas 20% da propriedade é o princípio da igualdade. A interpretação estritamente aritmética dos dispositivos do Código Florestal e da Lei de Política Agrícola permite concluir que o prazo máximo para recuperação de áreas desmatadas deve ser proporcionalmente igual para as áreas situadas na região amazônica e para as localizadas nas demais regiões do País. Pressupondo igualdade de direitos e deveres para todos os proprietários, o prazo máximo – trinta anos – corresponde à área máxima de reserva legal, ou seja, 80%. Assim, na floresta amazônica, alguém que desmatou 100% da floresta terá trinta anos, devendo recuperar 8% da área total do imóvel a cada três anos. Fora da região amazônica, onde a área de reserva legal é quatro vezes menor, o prazo máximo é proporcionalmente inferior. Tratando-se igualmente os

proprietários, o mínimo que se exige é a recuperação de 8% da área total do imóvel a cada três anos.

Sem prejuízo da interpretação aritmética, o mais importante critério para a justiça da decisão é que a fixação do prazo seja compatível com a real situação do imóvel. Se o desmatamento é próximo a áreas de preservação permanente, com impacto nos topos de morro ou nascentes e prejudicando os recursos hídricos, o prazo poderá ser mais curto. De igual forma, o risco de extinção de espécies da fauna ou da flora pode determinar prazos mais curtos. Por fim, a topografia e o tipo de vegetação têm influência forte na apuração das dificuldades e custos implicados na recuperação. Assim, o melhor critério é o que determina a aprovação da autoridade florestal.

A crise do modelo civilizatório que expulsou a natureza da cidade – onde só entra confinada, como jardim zoológico, jardim botânico ou matéria-prima – robustece o paradigma ambiental e os princípios da prevenção, da precaução e da congruência. Postergar a recuperação de ecossistemas significa continuar expulsando a natureza de territórios que lhe pertencem, com graves consequências. Daí a crítica à decisão que aparentemente transforma em direito subjetivo a norma que estabelece o dever de recuperar florestas ilegalmente destruídas. E o cuidado que se deve tomar ao utilizar ementas. O redator de ementas não é legislador, nem pode criar juízos que não correspondem às questões discutidas no julgamento reduzido à ementa.

2 Conclusão

O prazo se define em função da área necessária à complementação da reserva legal, de acordo com projeto aprovado pela autoridade florestal.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A prescrição da ação por ato de improbidade e a reeleição

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Rodrigo Cançado Anaya Rojas

1 Fundamentação

A prescrição da ação por ato de improbidade administrativa, na hipótese de reeleição do agente público, é tema que ainda desperta controvérsia.

Se o ilícito ocorreu no primeiro mandato, como deve ser contado o prazo prescricional?

Há posicionamento no sentido de que o prazo de cinco anos (art. 23, I, da Lei n.º 8.429/92) deve ser contado após o término do exercício do primeiro mandato, no qual ocorreram os fatos. Outros sustentam que a conclusão do segundo mandato constitui o termo *a quo*.

O dispositivo citado tem a seguinte redação:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

No âmbito desta Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos, adotamos o segundo posicionamento.

Primeiro, porque a lei não faz distinção. O citado dispositivo fala em “término do exercício de mandato”, sem menção da data da prática do ilícito, o que significa dizer que, em caso de reeleição, o prazo prescricional somente começará a fluir ao final do segundo mandato, com a extinção do vínculo.

Segundo, porque, além de a reeleição conferir unicidade no exercício da função, os vínculos previstos no dispositivo em tela são temporários, estando o prazo prescricional condicionado à sua cessação, o que somente se verifica com o término do segundo mandato.

Terceiro, porque a vinculação do termo inicial do prazo prescricional ao fim do mandato está diretamente relacionada à influência que o agente poderá exercer na apuração dos fatos, o que guarda semelhança com o disposto no parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade, que prevê o afastamento provisório do agente do exercício do cargo, emprego ou função, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento de Emerson Garcia¹⁶², *verbis*:

Entendemos que a prescrição somente começará a fluir a partir do término do exercício do último mandato outorgado ao agente, ainda que o ilícito tenha sido praticado sob a égide do mandato anterior. Em abono dessa conclusão, podem ser elencados os seguintes argumentos: a) o art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992 fala em exercício *de* mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício *do* mandato durante o qual tenha sido praticado o ato; b) a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ilícito, o que, apesar da individualidade própria de cada mandato, confere unicidade à sua atividade; c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992 tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último; d) a associação do termo *a quo* do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a

¹⁶² GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 501/502.

prescrição somente deve se principiar com o afastamento do agente; e e) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar a sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade.

O Superior Tribunal de Justiça não diverge desse posicionamento doutrinário: REsp. n.º 1.153.079-BA, 1ª T.; Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.04.2010; REsp. n.º 1.179.085-SC, 2ª T.; Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. 23.03.2010.

2 Conclusão

O termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de agente político, aperfeiçoa-se após o término do segundo mandato.

APROVADA POR UNANIMIDADE

**Aferição do merecimento:
Uma crise desnecessária**

Rodrigo Sousa de Albuquerque
Promotor de Justiça

Introdução

Desde há muito tempo a questão da aferição do merecimento para promoção e remoção tem sido uma das maiores preocupações dos Promotores de Justiça de Minas Gerais. É natural que seja assim, pois planejar a carreira é planejar a própria vida.

O rápido crescimento nos quadros do Ministério Público e sua juventude resultaram numa lenta progressão na carreira¹⁶³. Quanto mais remotas as perspectivas de promoção ou remoção mais sensível se torna a questão do merecimento. Todavia, a insegurança que a Instituição tem demonstrado na aferição desse critério é causa de conflitos internos e riscos externos pelos quais não precisávamos passar.

O curioso é que o critério idealizado para prestigiar o mérito, impessoal por natureza, tem sido não raras vezes instrumento de quebra do princípio da impessoalidade.

¹⁶³ De agosto de 2000 a março de 2012 o número de membros na ativa do MPMG saltou de 674 para 987.

Mais que uma crítica, esta tese busca apontar uma saída para a Instituição à luz da Constituição Federal e seus princípios, da Lei Complementar 34/94 e das normas administrativas relacionadas.

Fundamentação

O legislador constituinte determinou que a promoção de membros da Magistratura e Ministério Público deve ser por antiguidade e merecimento, alternando-se as vagas entre um e outro critério¹⁶⁴.

A promoção por merecimento, afora questões íntimas acerca da noção de responsabilidade social e satisfação pessoal, é o único incentivo concedido ao profissional que já goza de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e independência funcional. É fácil perceber o escopo da norma. A segurança trazida pelas prerrogativas necessárias ao desempenho das atribuições não pode se reverter em acomodação. É forçoso observar que tal preocupação não é desprovida de algum fundamento.

Por outro lado, também se preocupou o constituinte com o critério de aferição do merecimento. Na análise do artigo 93, inciso II, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal verifica-se que o merecimento se assenta em três bases: a primeira meramente temporal, como a antiguidade; a segunda relacionada à produtividade; e a terceira à qualidade do serviço¹⁶⁵.

¹⁶⁴ “Art. 93 (...) II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, ...”

¹⁶⁵ “b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
c) a aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;”

A Resolução nº 2/2005 do Conselho Nacional do Ministério Público em seu artigo 2º repete a redação da alínea “c” do dispositivo constitucional.

A primeira, prevista na alínea “b”, é evidente e não comporta maiores digressões. É requisito da promoção por merecimento dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade.

As outras duas, previstas na alínea “c”, tratam da aferição do merecimento em si. A redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 preocupa-se com o desempenho. Não qualquer desempenho, mas com produtividade, presteza e qualidade. Em outras palavras, o constituinte se preocupa que o trabalho desempenhado por membros do Ministério Público atenda à demanda da sociedade no que se refere à quantidade, rapidez e qualidade técnica.

A qualidade técnica, segundo o mesmo dispositivo, será aferida pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento. Pressupõe que Promotores de Justiça são pessoas dotadas de conhecimento técnico, o que se evidenciou pela aprovação em concurso. Os cursos oficiais ou de aperfeiçoamento são o modo como se manteriam atualizados das inovações jurídicas que lhes são postas.

A Constituição Federal foi explícita em exigir que presteza e produtividade fossem aferidas de modo objetivo e assim consagrou o princípio da impessoalidade nas promoções por merecimento. Mas ao contrário dos outros itens não apontou exatamente como avaliá-las. Relegou tal tarefa às normas inferiores.

Considerando esta breve análise do texto constitucional no que importa às conclusões desta tese, deve se ter em mente o princípio da hierarquia normativa ou supremacia das normas constitucionais. Todas as regras infraconstitucionais que tratam do tema devem harmonizar-se com a Constituição Federal.

No caso do Ministério Público de Minas Gerais tais normas são: a Lei Complementar 34/94; a Resolução Conjunta CSMP CGMP 02/2005; e o Ato CGMP 02/2005.

A Lei Complementar 34/94, no artigo 177 esmiúça em dez incisos critérios que devem ser observados na promoção, todos eles objetivamente apuráveis e intrinsecamente relacionados à *produtividade e presteza*.

A Resolução Conjunta do Conselho Superior e da Corregedoria Geral do Ministério Público nº 02/2005 especificou critérios para a fundamentação do voto na promoção ou remoção por merecimento. O artigo 1º obriga o integrante do Conselho Superior do Ministério Público a fundamentar o respectivo voto segundo o disposto naquela Resolução¹⁶⁶.

A mesma Resolução estabelece ainda no artigo 2º que a votação será precedida de informações da Corregedoria Geral acerca do desempenho, *presteza e produtividade* do interessado, revelado sob conceito variável e progressivo¹⁶⁷. O §2º do mesmo artigo reza que a definição da metodologia para a afirmação do conceito será explicitada em ato da Corregedoria Geral¹⁶⁸. O Ato CGNP nº 02/2005 estabeleceu a metodologia¹⁶⁹.

Como se nota de análise lógica e jurídica a questão parece estar bem concatenada do ponto de vista legislativo. A Constituição Federal estabelece o critério de merecimento baseado na *presteza e produtividade* aferidas objetivamente e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento. Lei Complementar, Resolução e Ato buscam regulamentar e dar efetividade à norma maior. Todos amparados no princípio da publicidade, pois dão a conhecer ao interessado o que

¹⁶⁶ “Art. 1º Na indicação da promoção ou remoção por merecimento, o integrante do Conselho Superior do Ministério Público deverá fundamentar o respectivo voto segundo o disposto nesta resolução, ...”

¹⁶⁷ “Art. 2º A votação será precedida de informações da Corregedoria Geral do Ministério Público acerca do desempenho, presteza e produtividade do interessado no exercício da função típica de órgão de execução, revelado sob conceito variável e progressivo”.

¹⁶⁸ “§2º A definição da metodologia para a afirmação do conceito será explicitada em ato regulamentador do Corregedor Geral do Ministério Público...”.

¹⁶⁹ “ATO CGMP Nº 2/2005. Define a metodologia para a apuração do conceito previsto no art. 2º da Resolução Conjunta nº 2/2005 CSMP/CGMP, que dispõe do critério para aferição do merecimento do membro do Ministério Público candidato à promoção e à remoção”.

importa para a avaliação de produtividade e presteza e lhe permitem planejar e buscar o melhor conceito dentro de regras, se não perfeitas, impessoais e objetivas.

Todavia o artigo 3º e o parágrafo único do artigo 4º da Resolução Conjunta CSMP CGMP 02/2005 padecem de flagrante inconstitucionalidade e violam o princípio da impessoalidade.

Na prática tais dispositivos afastam a incidência da norma constitucional que remete o merecimento à análise objetiva de presteza e produtividade. Ainda pior, afastam qualquer obrigatoriedade de respeito à objetividade. Permitem que o membro do Conselho Superior do Ministério Público justifique o merecimento baseado em critério próprio de livre escolha e assim contamine a análise com suas paixões e convicções, quer boas ou más, sempre subjetivas. Vejamos:

Art. 3º O membro do Conselho Superior do Ministério Público, na aferição do merecimento, poderá invocar a repercussão, o alcance e o interesse social da atuação do candidato inscrito, assim como eventual fato específico atinente ao seu histórico funcional, em relação à vaga almejada.

Art. 4º (...)

Parágrafo único: a fundamentação da escolha poderá limitar-se à remissão ao conceito atribuído pela Corregedoria Geral ou ao disposto no art. 3º.

Afinal, repercussão, alcance e interesse social são questões de extremo subjetivismo, mormente na atuação do Ministério Público que só se dá por força de lei, portanto sempre com importante repercussão, alcance e interesse social. Alguém pode dizer com segurança que a atuação no Direito das Famílias é de menor alcance que a atuação no Direito Criminal? Ou esta de maior repercussão que a defesa do patrimônio público ou meio ambiente e assim por diante?

Ainda mais infeliz é a possível invocação de *eventual fato específico atinente ao seu histórico funcional*. Na prática o membro do Conselho Superior pode argüir qualquer fato específico da ficha funcional do candidato, por exemplo: o fato de ter sido aprovado em primeiro lugar no concurso ou ter exercido cargo na Administração. Ora, *qualquer fato específico* comporta em si mesmo uma contradição invencível, se é qualquer não pode ser específico.

Permitir tal subjetivismo na aferição do merecimento é dar azo à quebra do princípio da impessoalidade, tão caro a nós todos, Promotores e Procuradores de Justiça no exercício de nossas atividades finalísticas. É o que faz o artigo 3º da Resolução Conjunta CSMP CGMP 02/2005. É com base nesse dispositivo inconstitucional que se abrem as portas para o favoritismo de um em detrimento de muitos, o clientelismo e a ação entre amigos – condutas que não podem ser aceitas no Ministério Público, exatamente a instituição que tem o dever de combatê-las em todas as instâncias da Administração Pública.

O parágrafo único do artigo 4º da mesma Resolução consagra a ilegalidade quando estabelece que *a fundamentação da escolha poderá limitar-se à remissão ao conceito atribuído pela Corregedoria-Geral ou ao disposto no art. 3º*.

Este dispositivo, pelo uso da conjunção alternativa, permite que o critério de conceito estabelecido em consonância com as normas constitucionais e legais e baseado na presteza e produtividade objetivamente aferidas, seja desconsiderado totalmente em favor do subjetivismo do artigo 3º.

O critério de conceito criado pela Resolução Conjunta CSMP CGMP 02/2005 e regulamentado pelo Ato CGMP 02/2005, embora possa ser aperfeiçoado, pelo menos consagra objetivamente os dispositivos constitucionais e legais que fundam o merecimento na presteza, produtividade e aperfeiçoamento intelectual. Deve ser este, até que outro melhor o substitua, o único critério a ser observado no merecimento.

Ao contrário do que se possa pensar, não há dificuldade no caso de empate no conceito atribuído pela Corregedoria a dois ou mais candidatos pretendentes à mesma vaga. O desempate deverá se dar, neste caso, pela antiguidade.

A promoção por merecimento confere forte importância à antiguidade quando pressupõe dois anos de exercício na entrância e que o candidato ocupe a quinta parte da lista de antiguidade (artigo 93, II, “b” da Constituição Federal). Parece evidente que no caso de empate no critério de merecimento este outro, requisito daquele, deva desempatar.

De outro modo esta é a regra no Ministério Público. A antiguidade é o critério de desempate nos processos de escolha da lista tríplice para o cargo de Procurador Geral de Justiça, membros da Câmara de Procuradores e membros do Conselho Superior do Ministério Público – artigos: 5º, §6º; 23, §10; e 28, §4º, todos da Lei Complementar 34/94¹⁷⁰.

Portanto a antiguidade não é apenas o único mecanismo objetivo de desempate. É critério consagrado na análise do merecimento e legalmente usado em toda situação de empate entre membros do Ministério Público.

Conclusão

No que tange à promoção ou remoção por merecimento na carreira do Ministério Público:

¹⁷⁰ “Art. 5º (...) §6º Os 3 (três) candidatos mais votados figurarão em lista, e, em caso de empate, incluir-se-á o mais antigo na instância, ...”;

“Art. 23 (...) §10 No caso de empate na votação para eleição dos membros da Câmara de Procuradores de Justiça, será considerado eleito o mais antigo no cargo”;

“Art. 28 (...) §4º No caso de empate para a eleição dos membros do Conselho Superior do Ministério Público, será considerado eleito o mais antigo no cargo”.

I – O conceito conferido ao Promotor de Justiça pela Corregedoria Geral do Ministério Público, estabelecido na Resolução Conjunta CSMP CGMP 02/2005 e regulamentado pelo Ato CGMP 02/2005, é o único que deverá ser considerado pelo membro do Conselho Superior do Ministério Público para promoção ou remoção, vez que consagra as normas constitucionais e legais que estabelecem critérios objetivos na aferição do merecimento;

II – São inconstitucionais o artigo 3º da Resolução Conjunta CSMP CGMP 02/2005 e o parágrafo único do artigo 4º da mesma Resolução, por violarem o artigo 93, II, “c” da Constituição Federal e o princípio da impessoalidade;

III – Em caso de empate nos conceitos de candidatos pretendentes à promoção ou remoção por merecimento, o desempate se dará pelo critério da antiguidade, o que preserva a objetividade e o princípio da impessoalidade além de estar em consonância com os artigos 5º, §6º, 23, §10 e 28, §4º, todos da Lei Complementar 34/94, que estabelecem a antiguidade como critério de desempate em outras situações no Ministério Público.