

# TESES APROVADAS

VI CONGRESSO ESTADUAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO

NO CORAÇÃO DA ESTRADA REAL O CAMINHO PARA A TRANSFORMAÇÃO

13, 14 E 15 DE ABRIL DE 2005 . OURO PRETO . MINAS GERAIS





# VI Congresso Estadual do MINISTÉRIO PÚBLICO

No Coração da Estrada Real o caminho para a transformação  
13, 14 E 15 de ABRIL DE 2005 . OURO PRETO . MINAS GERAIS

## COMISSÃO ORGANIZADORA

Mauro Flávio Ferreira Brandão – Presidente da AMMP

Ruth Lies Scholte Carvalho – 1ª Vice-Presidente da AMMP

Rodrigo Souza de Albuquerque – 2º Vice-Presidente da AMMP

Vanessa Fusco Nogueira Simões - 2ª Diretora Administrativa da AMMP

Carlos André Mariani Bittencourt - 1º Diretor Financeiro da AMMP

Antônio Sérgio Rocha de Paula – Procurador de Justiça

Edvaldo Costa Pereira Júnior – Promotor de Justiça

## Comissão Especial de Avaliação de Teses

Eliane Maria Gonçalves Falcão

Rodrigo Souza de Albuquerque

Rogério Felipeto de Oliveira

## Comissão Temática I – Interesses Difusos e Coletivos

Presidente: Antônio Sérgio Rocha de Paula

## Comissão Temática II – Direito Público

Presidente: Carlos André Mariani Bittencourt

## Comissão Temática III – Direito Privado e Questões Institucionais

Presidente: Antônio Sérgio Rocha de Paula

## SUMÁRIO

### Comissão Temática I

#### Interesses Difusos e Coletivos

A DEFESA DO CONTRIBUINTE E A CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

*Almir Alves Moreira - Rodrigo Cançado Anaya Rojas - Gisela Potério Santos Saldanha* 6

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS POR CÂMARAS MUNICIPAIS

*Epaminondas da Costa* 28

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

*Fernando A. N. Galvão da Rocha* 35

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO ARQUIVÍSTICO SOB A GUARDA DO PODER JUDICIÁRIO (O PROBLEMA DA ELIMINAÇÃO E DO ACESSO AOS AUTOS PROCESSUAIS FINDOS)

*Marcos Paulo de Souza Miranda* 56

A REABERTURA DO INQUÉRITO CIVIL: A NECESSIDADE DE UM APRIMORAMENTO NORMATIVO

*Marcus Paulo Queiroz Macêdo* 65

A PROTEÇÃO DO IDOSO ATRAVÉS DO INOVADOR MODELO INSTITUÍDO PELO ESTATUTO DO IDOSO: UMA NECESSÁRIA MUDANÇA DE MENTALIDADE

*Mário Antônio Conceição* 70

A EXPANSÃO DAS AÇÕES COLETIVAS COMO FONTE DE RACIONALIZAÇÃO (E EFICÁCIA) DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

*Paulo Calmon Nogueira da Gama* 89

### Comissão Temática II

#### Direito Público

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO ADOLESCENTE E DA CRIANÇA

*André Luís Alves de Melo* 99

DA NECESSIDADE DO CONTROLE DO ANDAMENTO PROCESSUAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Calixto Oliveira Souza*     **104**

PROCESSO DE ADOÇÃO DE RECÉM-NASCIDO EM ESTADO DE ABANDONO E O ALCANCE TÉCNICO-JURÍDICO DAS EXPRESSÕES “INFANTE EXPOSTO” E “PAIS DESAPARECIDOS”

*Epaminondas da Costa*     **111**

ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

*Gisela Potério Santos Saldanha*     **124**

DA NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO “EM PERSPECTIVA” NA JUSTIÇA CRIMINAL”

*Marcelo Cunha de Araújo*     **128**

O PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE ATUAÇÃO EM DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL INDIRETA DE QUE CUIDA O CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE CRÍTICA

*Marcelo de Oliveira Milagres*     **130**

### **Comissão Temática III**

#### **Direito Privado e Questões Institucionais**

MINISTÉRIO PÚBLICO, UMA NOVA POSTURA CULTURAL POR PARTE DE SEUS MEMBROS, COM BASE EM UMA VISÃO CRÍTICA E SEM DOGMATISMO, FUNDANDO-SE EM NOVOS PARADIGMAS, INCLUSIVE ACERCA DO PODER DE POLÍCIA E FUNÇÃO DELIBERATIVA

*André Luís Alves de Melo*     **136**

A HIPERTROFIA DA FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES (EC 45/04)

*Rogério Sanches Cunha – Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira*     **142**

A "COMARCA ESPECIALÍSSIMA" E SEUS REFLEXOS NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO”

*Sérgio Gildin*     **163**



## **Comissão Temática I Interesses Difusos e Coletivos**

## A DEFESA DO CONTRIBUINTE E A CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

**Almir Alves Moreira**  
**Procurador de Justiça**

**Rodrigo Cançado Anaya Rojas**  
**Promotor de Justiça em Belo Horizonte**

**Gisela Potério Santos Saldanha**  
**Procuradora de Justiça**

Para a compreensão correta do que é a defesa do interesse da sociedade na perspectiva da Constituição Federal de 1988, mister atentar para a mudança de paradigma, autêntica transição do *Estado de Direito formal* – capaz de admitir não só a solução de conflitos de interesse individual, como também a tutela de interesses denominados pela doutrina de *metaindividuais*, buscando, desse modo, dirimir litigiosidade em favor da *social engineering*, alcançando-se um dinâmico direito social<sup>1</sup> – para o *Estado Constitucional Democrático*, legitimado como *Estado de Justiça (social)* possível e realizável.<sup>2</sup>

Os direitos surgidos a partir desse novo *Estado de Direito*,<sup>3</sup> pertencentes a todos e ao mesmo tempo a ninguém,<sup>4</sup> causaram transformações inclusive na concepção tradicional da *summa divisio*, a qual admitia apenas o direito público e o direito privado, verificando-se a partir daí a inexistência de tangibilidade entre estes e aqueles, inerentes a toda a comunidade, surgindo, assim, na sistematização de categorias de interesses, um verdadeiro *tertium genus*.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 7. Ao final das considerações tecidas pelo autor sobre a crise de autocomposição da ciência do direito, refere-se ele aos estudos de F. Wieacker (*Nutzen und Nachteil des Szientismus*), que justifica tal crise com a transformação do Estado de Direito burguês no Estado social solidário, em que as decisões de conflitos se procedem de modo a atender o autor alemão denominou *social engineering*, por vislumbrar a “fuga do direito legal para o ‘dinâmico’ direito judicial”. (Nota 1)

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 24. “Se o Estado Constitucional Democrático não se identifica como um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de ‘organização’ e de ‘processo’, e visa ‘legitimar-se’ como ‘Estado de justiça (social)’, histórico-concretamente realizável (e não simplesmente como Estado de razão ou de direito abstracto), o problema reconduz-se sempre à concepção de ‘justiça social’, erguida em ‘factor’ de legitimidade constitucional.”

<sup>3</sup> CAPPELETTI. *Rivista di diritto processuale*, p.361-402.

<sup>4</sup> OLIVEIRA JR. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos, p. 13.

<sup>5</sup> LENZA. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 51. Os interesses concebidos quanto à natureza se apresentam classificados na *summa divisio*, de modo *dicotômico*, em públicos e privados. A *teoria pura* admite o interesse público subdividido em *primários* de conteúdo social e *secundários*, considerados como o próprio interesse do Estado, sujeito de direito, enquanto os interesses privados se restringem a interesses disponíveis do indivíduo titular. Como adeptos dessa teoria têm-se Maria Sylvia Di Pietro, José Cretella Júnior e Mauro Cappelletti. Ainda no modelo *dicotômico* há uma diversificação quanto ao interesse público, é a denominada *teoria mitigada*, que também admite o interesse público subdividido em *stricto sensu*: assim considerados aqueles que têm por objeto bens materiais, porém essenciais para a coletividade, como princípios, normas e valores, e os interesses *difusos*: que têm por objeto bens corpóreos da sociedade.

Resta certo que tais distinções colaboram para o aperfeiçoamento da ciência do direito, enriquecendo os debates e contribuindo para que mutações importantes ocorram no campo do direito processual, agora de alcance coletivo, à medida que se admite a existência de interesses ou direitos sociais.<sup>6</sup> Portanto, imprópria a adoção da teoria pura do modelo dicotômico para compreensão da nova concepção de interesse social, isto porque sob aquele enfoque o interesse social somente era considerado como interesse primário. Hodiernamente o verdadeiro interesse social é aquele inerente a toda a coletividade, legitimados pelo próprio texto constitucional, sem necessariamente estar inserido como direito subjetivo.

Nesse diapasão é que se pretende, agora, proceder a exame sobre a *Contribuição para Custeio de serviço de Iluminação Pública* inserida pela EC 39/2002, submetido aos princípios do justo gasto do tributo afetado e da capacidade contributiva, afirmando, desde logo, a legitimidade do Ministério Público para a defesa do contribuinte, a possibilidade da inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei municipal que cria a referida contribuição por meio de Ação Civil Pública, e a efetiva inconstitucionalidade da aludida contribuição na forma com que tem sido instituída.

### ***Do enquadramento do novo tributo***

Admite a doutrina que a *Contribuição para Custeio de serviço de Iluminação Pública* é tributo, pela imperfeição da redação dada pela EC nº 39/2002 que instituiu o artigo 149-A na Constituição da República, porém diverge<sup>7</sup> em qual das subespécies este se enquadraria. Isto porque, adotando-se a teoria quinquipartida, a qual subdivide os tributos em taxas, impostos,

---

Alia-se a essa concepção doutrinária Marcelo Abelha Rodrigues. Outra vertente identifica uma maior especialização dos interesses, subdividindo-os em três espécies, denominado de modelo *tricotômico*, em que há o interesse público, que trata do Estado como sujeito de direitos, os interesses privados disponíveis do indivíduo titular do direito e os interesses metaindividuais, subdivididos em *difusos, coletivos e individuais homogêneos* – filiam-se a esta Ada Pelegrini Grinover, Antônio Hemam V. Benjamin, Rodolfo de Camargo Mancuso, Hugo Nigro Mazzili, Vitorio Denti, Candido Rangel Dinamarco, Pedro Lenza, Ricardo de Barros Leonel, Kazuo Watanabe. Seja no modelo dicotômico mitigado, seja no tricotômico, vislumbra-se a existência verdadeiramente de interesses metaindividuais considerados de maneira independente, sugerindo diferenças marcantes entre este e o interesse público.

<sup>6</sup> Os interesses sociais, ou inerentes a toda a coletividade, são aqueles legitimados pelo próprio texto constitucional, sem necessariamente estarem inseridos como direitos subjetivos, como adiante se verá.

<sup>7</sup> Para Ives Gandra da Silva Martins não se trata de contribuição social mas sim de verdadeira taxa (*in* Revista dialética de Direito Tributário, nº 90, São Paulo: Dialética, março/2003, p.62/70). Entende o referido autor que a denominada contribuição é uma contraprestação de um serviço público. Kiyoshi Harada e Carla Dumont Oliveira afirmam que a contribuição sob enfoque é em verdade um imposto porque os beneficiários são toda a comunidade, acrescentando a autora que os serviços custeados não são propriamente de cunho social (*in* Jus Navegandi – Doutrina – *Contribuição para custeio da iluminação pública* e *A nova Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública à luz da natureza jurídica das contribuições*, respectivamente). Contrariamente, Roberto Wagner Lima Nogueira afirma ser contribuição cujo fato gerador é custear serviços e não a prestação dos serviços. (*in* Jus Navegandi – Doutrina – *Pensando a CIP, - Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública*). Reforça tal pensamento Daniel Augusto Hoffmann (*in* Jus Navegandi – Doutrina – *COSIP: possíveis corrompimentos das legislações pertinentes e a verificação da validade da EC nº 39*)

contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais<sup>8</sup>, muito embora denominada no *caput* do referido artigo 149-A como contribuição, urge aplicar os requisitos do art. 4º do CTN para se determinar a natureza jurídica do tributo em tela. Isto posto, é certo que nestes termos, sua denominação e a destinação dos valores arrecadados pouco importam, senão o fato gerador que implica na incidência contributiva. Assim, cuidou apenas o texto constitucional de dar denominação e forma de sua cobrança, qual seja, na fatura de consumo de energia elétrica, ressentindo a *Contribuição para custeio de serviços de iluminação pública*, de especificação por lei geral<sup>9</sup> da definição do fato cujo acontecimento faz nascer a obrigação; quem é considerado contribuinte; qual o tipo de custeio de serviço de iluminação pública e em qual espaço deve esta ser prestada, entre outras.

## **Da inconstitucionalidade da Contribuição**

### **1 Por ofensa ao princípio da legalidade**

Três exames distintos comportam o presente raciocínio em razão das diferentes espécies de situações vividas no caso em tela. Primeiramente, urge destacar que o STF<sup>10</sup> já declarou, por diversas vezes, a inconstitucionalidade da cobrança de Taxa de Iluminação Pública, o que levou a criação da contribuição nos moldes da EC 39/2002. Lado outro, é certo que alguns municípios ainda permanecem cobrando aquela referida taxa, vez que não editaram lei específica que autorize a cobrança, da contribuição, sendo mantidos os convênios celebrados com as empresas concessionárias de modo impróprio. Por fim, há alguns municípios, mais avisados, que já procederam a publicação de lei autorizativa da cobrança da contribuição, porém contendo distorções importantes, conforme será demonstrado.

---

<sup>8</sup> Nessa tem-se ainda distinção quanto à natureza, sendo consideradas sociais as que tratam de seguridade social (saúde/previdência/assistência social); corporativas aquelas contribuições de classe (OAB, CREA, CRM, etc...) e por fim a interativa na qual há intervenção estatal (áreas de atuação reservada a iniciativa econômica do setor privado).

<sup>9</sup> Conforme assevera Ives Gandra da Silva Martins: "...considero que(...) a definição dos respectivos fatos geradores, base de cálculo, e contribuintes das demais espécies tributárias deve ser veiculada por Lei Complementar". (in Revista dialética de Direito Tributário, nº 92, São Paulo: Dialética, maio/2003, p. 24) Tal entendimento se dá em razão do art. 146 incisos I e III, letra "a" da Constituição da República.

<sup>10</sup> TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerado serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser aferido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio de produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município. (RE nº 233.332-6/RJ, relator Min. Ilmar Galvão

julgamento 10/03/1999).

## 1.1 Da cobrança de Taxa de Iluminação Pública após o vigor da EC 39/2002.

De fato, cumpre observar que a chamada **Contribuição de Custeio de Serviços de Iluminação Pública, cobrada sem a elaboração de lei específica após o vigor do artigo 149-A da Magna Carta** não obedece ao princípio da legalidade, assegurado no próprio artigo 149-A, como também, pelo art. 150, I, da Constituição Federal..

Art. 149-A – Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I, e III.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

É assente na doutrina e na jurisprudência pátria que este princípio constitucional assegura a condição, para a exigência de qualquer tributo, seja ele imposto, taxa, ou espécie de contribuições, entre elas a prevista no art. 149-A da CF, que seja instituído ou majorado apenas através de lei em sentido estrito, isto é, por ato do Poder Legislativo ou a ele equiparado, como é o caso da medida provisória.

Isto quer dizer que a definição dos aspectos fundamentais do tributo, quais sejam, pessoal, espacial, temporal, material e quantitativo, deve vir expressa em lei, que, portanto, detém a competência para determinar quem são os sujeitos passivos, seu âmbito territorial e temporal de incidência, seu fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Ora, o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, referendado expressamente pelo artigo 152 da Constituição Estadual, veda a cobrança de tributo que não seja instituído ou majorado **por lei**. Admitir-se o contrário é admitir que a Administração Pública, a seu bel talante, fixe a cada mês ou ano, o montante da contribuição a ser arrecadado. É jogar por terra o princípio da legalidade, pilar do Estado de Direito.

Ao determinar que o princípio da legalidade deve reger a atividade do legislador que instituir ou majorar tributos, pretende a Constituição evitar que o contribuinte se veja sujeito a eventuais arbítrios e abusos por parte dos membros do Poder Executivo que se encontram diretamente envolvidos com as eventuais (e muito freqüentes, diga-se de passagem) dificuldades de caixa do governo.

Conclui-se por imprópria a cobrança de *taxa de iluminação pública*, como por exemplo pelo município de Belo Horizonte, com amparo nas Leis nº 1.997/71, 4.966/87 e 5.641/89,

já que estas foram consideradas inconstitucionais pelo STF e não se prestam a cobrança de Contribuição para Custeio de serviços de iluminação pública.

Portanto, qualquer outro município que esteja cobrando a Taxa de iluminação pública, o faz com violação a Constituição Federal, como já decidido pelo STF.

## **1 2 Da cobrança após o vigor da EC 39/2002 de Contribuição para custeio de serviços de iluminação pública com regulamentação normativa municipal.**

A título de exemplificação se pode depreender da leitura da lei nº 1.115/2002 do município de Belo Vale, instituidora da referida contribuição, não haver sido definido, com clareza, o aspecto quantitativo da contribuição em questão. De fato, a redação sob enfoque contém tabela de percentual sobre o consumo de cada contribuinte, como abaixo se transcreve:

*“Art. 3º - A Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública será calculada mensalmente sobre o valor da **Tarifa de Iluminação Pública vigente, Subgrupo B4b**, devendo ser adotado nos intervalos de consumo indicados os percentuais correspondentes:*

<i>Consumo Mensal – kwh</i>	<i>Percentuais da Tarifa de IP</i>
<i>0 a 30</i>	<i>0,60%</i>
<i>31 a 50</i>	<i>1,50%</i>
<i>51 a 100</i>	<i>3,00%</i>
<i>101 a 200</i>	<i>6,00%</i>
<i>201 a 300</i>	<i>9,00%</i>
<i>Acima de 300</i>	<i>10,00%</i>

Como se vê, no tocante à exação cobrada dos titulares de contas de energia elétrica, a lei se restringe a estabelecer que a base de cálculo aferida sobre o valor da “Tarifa de Iluminação Pública vigente no Subgrupo B4b” conforme seu consumo mensal de kilowatts/hora. Todavia, a lei municipal não determina o valor e tampouco a forma de cálculo da tarifa mencionada, restando obscuro tal ponto da legislação instituidora do tributo, ao arrepio do princípio da legalidade.

De acordo com o que determina o art. 150, I, da Constituição Federal, somente a lei poderia fixar o montante da contribuição. Porém, na lei específica do município de Belo Vale a base de cálculo tem sido a “Tarifa de Iluminação Pública” fixada pela ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), através de Resolução. O aspecto quantitativo do tributo, portanto, teve sua fixação relegada a mero ato do Poder Executivo, e, ainda por cima, do Poder Executivo federal, o que torna ainda mais evidente a inconstitucionalidade da lei sob análise, já que a União não detém a competência para a instituição do tributo, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal.

Não se está afirmando, aqui, que a base de cálculo da contribuição deveria, necessariamente, ser um valor, em reais, fixo e não sujeito a atualização monetária, o que acabaria por implicar a edição de uma lei determinando tal montante a cada ano. O que se pretende, ao contrário, é que não seja admitida como base de cálculo uma tarifa fixada por uma agência nacional reguladora e cuja forma de cálculo é, também, determinada pela mesma autarquia (ANEEL).

No caso presente, há ainda um agravante: o montante do tributo devido é determinado por ato de uma agência reguladora que se vê envolvida com as dificuldades de caixa das concessionárias do serviço público relativo ao fornecimento de energia elétrica, pessoas jurídicas de Direito Privado.

Destarte, caso se admita que o Poder Executivo, através de uma de suas agências reguladoras (a ANEEL), fixe a base de cálculo do tributo e os valores que a compõem, encontrar-se-á o contribuinte totalmente desamparado, ao arrepio do princípio da legalidade, cuja observância, *in casu*, é assegurada pela Constituição de República .

## **2 Por ofensa ao princípio da isonomia**

Como se sabe, as contribuições, espécie tributária consagrada na Constituição Federal/88, têm como característica fundamental sua destinação, que deve beneficiar os respectivos contribuintes. Como a beneficiária da iluminação pública é toda a coletividade, e não apenas um seletivo grupo de proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis, revela-se a ofensa pela *Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública* ao princípio da isonomia também garantido pela Constituição Estadual, em seu art. 152, que expressamente determina sejam observadas as garantias previstas pelo art. 150 da Constituição Federal, entre as quais se encontra o princípio invocado (inciso II).

A respeito desta espécie tributária, são as lições do Prof. Ricardo Lobo Torres, em seu *“Tratado de Direito Tributário Brasileiro”*, vol. II, tomo II, p. 412 (editado pela Forense: Rio de Janeiro, 1986):

*“A contribuição econômica é devida pelo benefício especial auferido pelo contribuinte em virtude da contraprestação de serviço público indivisível oferecida ao grupo social de que participa.*

*(...)*

*Como em qualquer outra contribuição, dois elementos são indispensáveis para caracterizar o tributo: a contraprestação estatal em favor do grupo, que pode ser qualquer ato de intervenção no domínio econômico de interesse de certa coletividade que não se confunde com a sociedade global; a vantagem especial obtida pelo contribuinte que sobreexceda o benefício genérico das atividades estatais.”*

Como se vê, a contribuição, para enquadrar-se na espécie tributária que lhe dá nome, deve ter como característica a contraprestação estatal em favor do grupo, o que, no caso da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública**, seria o serviço de iluminação pública, e que esta contraprestação seja qualquer ato de interesse de certa coletividade - *que não se confunde com a sociedade global*- sendo que a vantagem desta coletividade restrita deve ser superior ao benefício *genérico* das atividades estatais.

Ora, no caso da contribuição prevista no art. 149-A da Constituição Federal, não há como se afirmar que a contraprestação estatal beneficia certa coletividade de forma mais contundente do que ao restante da coletividade global. De fato, a iluminação pública é um benefício à toda a comunidade local, não havendo um grupo de pessoas que se beneficie mais ou menos deste serviço. A iluminação pública atende aos interesses não só dos moradores ou trabalhadores da localidade onde está sendo fornecida, como também a qualquer transeunte, inclusive os “forasteiros”. Neste ponto, a contribuição para custeio da iluminação pública se revela como uma contribuição *sui generis*, o que, entretanto, não afasta as normas e os princípios básicos que regem a instituição e cobrança das contribuições de forma geral.

Assim, apesar de não representar forma de financiamento de um benefício concedido a um grupo seletivo da coletividade, pois beneficia a sociedade de forma ampla e geral, isto não quer dizer que a **Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública** possa ser exigida de todos que usufruem desse, ainda que eventualmente. Como, por exemplos os “forasteiros”.

A par dessa dificuldade assente na definição de contribuinte a Lei Municipal nº 1.115/2002 de Belo Vale, ora sob enfoque, estabeleceu que são contribuintes da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública** apenas os titulares de faturas de energia elétrica e proprietários de lotes vagos ou com edificações não consumidoras de energia elétrica. Há, aí, patente descaracterização do tributo previsto na EC nº 39/2002, já que não está sendo cobrado de um universo de contribuintes beneficiários do serviço que fundamenta a cobrança da contribuição. Fere, ainda, o princípio da isonomia, também consagrado na Constituição Federal, em seu art. 150, II, *in verbis*:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
(...)

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos...”

Ora, os municípios encontram-se, todos, em situação equivalente em relação ao benefício concedido pelo Poder Público e que fundamenta a exigência da **Contribuição para**

**custeio de serviço de iluminação pública:** todos usufruem, da mesma forma, do serviço de iluminação pública prestado pela Prefeitura Municipal. Assim, para custeá-la, deve o Município exigir o montante necessário para o seu custeio de todo munícipe.

A forma que tal exigência será feita de toda a coletividade, de maneira equânime, não nos cabe criar ou estabelecer. O que é da competência do Ministério Público, entretanto, é a tutela das Constituições Federal e Estadual, e não admitir que seus dispositivos sejam desrespeitados pela legislação infraconstitucional, insurgindo-se, assim, contra quaisquer exigências tributárias que não se atêm às disposições e princípios constitucionais.

Cabe observar, na oportunidade, que a EC nº 39/2002 ao permitir que a contribuição para custeio da iluminação pública seja cobrada na fatura de energia elétrica, não significa que o constituinte está autorizando os Municípios e o Distrito Federal a exigir a cobrança apenas dos titulares das faturas de energia elétrica, tanto é que a lei municipal examinada nesta oportunidade (Lei 1.115/2002 – Município de Belo Vale) prevê a cobrança da taxa dos proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis não consumidores de energia elétrica.

Por outro lado, admitir a interpretação do art. 149-A parágrafo único no sentido de que são contribuintes apenas os titulares de faturas de energia elétrica é admitir a sua inconstitucionalidade, face à violação da cláusula pétrea que se revela no princípio da igualdade, contrariando o art. 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna.

De fato, não é isonômico ou igualitário exigir apenas do titular de fatura particular de energia elétrica o custeio da iluminação pública, visto que existem vários não-titulares desse tipo de fatura que usufruem na mesma proporção do serviço público, sendo que não estão contribuindo em nada para seu custeio.

Ainda, não se pode deixar de mencionar que um titular de fatura de energia elétrica pode estar representando vários outros beneficiados da iluminação pública, já que uma destas faturas é expedida para cada unidade residencial ou comercial. Assim, por exemplo, há que se considerar que um mesmo contribuinte pode ser titular de mais de uma fatura de energia, se for usuário do serviço de luz em sua casa e, também na sede de seu escritório ou empresa. Poderá ser, ainda, contribuinte, em razão da qualidade de proprietário de imóvel não edificado. Nesses casos, estará o contribuinte sujeito à tributação em manifesto *bis in idem*, o que fere, frontalmente, princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

Como se vê, a **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública**, nos moldes em que vem se desenhando, ofende frontalmente o princípio da isonomia, revelando-se sua inconstitucionalidade.

## 2 1 Do Cálculo da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública

O teor do art. 149-A da Constituição Federal, que prevê a instituição da *Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública*, é o seguinte, *in verbis*:

*“Art. 149-A – Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I, e III.”*

Pode-se afirmar que esta contribuição, de natureza *sui generis*, possui algumas semelhanças com outra espécie tributária, cujo caráter também é traçado pela Magna Carta e pela Constituição Estadual: a taxa.

De fato, são os seguintes os termos do art. 145, II, da Lei Maior:

*“Art. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*

*(...)*

*II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.”*

É claro que a comparação entre taxa e a contribuição para custeio da iluminação pública deve ser feita com reservas. A taxa só pode ser cobrada em razão da prestação de serviços públicos *específicos e divisíveis*, o que não é o caso da contribuição em pauta, já que a iluminação pública não é um serviço público específico e divisível, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Para ilustrar, convém trazer à baila a seguinte decisão da lavra do Ministro Carlos Velloso, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 360.585-2, e publicada na *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 89, p. 222/223:

*“(...)*

*O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE nºs 233.332-RJ e 231.764-RJ, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu, em 10.3.99, no sentido de que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CF, art. 145, II).*

*Concorri com o meu voto na tomada da decisão mencionada. Dele destaco:*

*‘(...)*

*A resposta a essas indagações não é outra: o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, não é um serviço que pode ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. É, na verdade, um serviço prestado uti universi e não uti singuli. Roque Carrazza, ao dissertar a respeito dos serviços gerais, prestados uti universi, ‘isto é, indistintamente a todos os cidadãos’, exemplifica com*

o serviço de iluminação pública ('Curso de Direito Constitucional Tributário', cit. , pág.327). Hely Lopes Meirelles, que defendera a constitucionalidade da taxa de iluminação pública, reconsiderou-se, depois. Leciona, no seu 'Direito Municipal Brasileiro', 10ª ed., págs. 147-148, que 'não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi*, e não *uti singuli*...'. Em nota de rodapé, esclarece Hely Lopes Meirelles: 'Relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado *uti singuli*, mas *sim uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização individual e mensurável.' (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Municipal Brasileiro', 10ª ed., pág. 147, nota 14).

Sérgio Pinto Martins tem o mesmo entendimento. Leciona:

'5.1. O serviço de iluminação pública não pode ser cobrado por meio de taxa, pois é um serviço dirigido a toda a coletividade, não podendo ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. Trata-se de serviço *uti universi* e não *uti singuli*, quer dizer: prestado a toda a comunidade e não individualmente a cada contribuinte. Deve, portanto, ser custeado por meio de impostos e não de taxas, por ser indivisível, contrariando o inciso III do art. 79 do CTN e o inciso II do art. 145 da Constituição...''

Como bem afirmado na v. decisão transcrita, o serviço de iluminação pública não poderia, de forma alguma, ser custeado pela cobrança de taxa, visto não se tratar de serviço público específico e divisível, os únicos ensejadores da imposição desta espécie tributária.

Ao instituir a taxa como espécie tributária, o constituinte teve em vista que o usuário de serviço público, específico e divisível, arcasse com o respectivo custo através da imposição tributária. É uma forma adotada pelo constituinte para se chegar à justiça fiscal, ou seja: em se tratando de um serviço que não beneficia a generalidade, nada mais justo que seja custeado pelo beneficiário do mesmo, na medida da despesa que ensejar aos cofres públicos.

Por outro lado, os serviços que não são específicos e divisíveis, cujos beneficiários são todos os cidadãos, são custeados pelas receitas arrecadadas pelo Poder Público através do recolhimento de impostos. É exatamente este o entendimento do ilustre Ministro Carlos Velloso em sua decisão supratranscrita, baseado na doutrina do Prof. Sérgio Pinto Martins.

No caso específico do serviço de iluminação pública, o constituinte, criando uma nova figura tributária, *sui generis*, previu a instituição de contribuição para tal custeio.

Assim como no caso das taxas, instituídas como forma de custeio do serviço público prestado ao particular, também a contribuição para o custeio da iluminação pública deve ser calculada a partir da mensuração da despesa pública necessária à prestação de tal serviço. Não pode a contribuição, de forma alguma, destinar-se à arrecadação de receitas públicas pura e simplesmente, já que, se assim fosse, desnaturar-se-ia, transformando-se em imposto.

Em havendo o constituinte autorizado a instituição de contribuição **para o custeio da iluminação pública**, a arrecadação dela decorrente, em primeiro lugar, deve destinar-se exclusivamente a tal fim e, em segundo lugar, deve ser calculada para o atendimento ao fim a que se destina. Não pode, portanto, o legislador, fixar a base de cálculo da contribuição desvinculando-a das despesas com a prestação estatal a que visa custear, estabelecendo base de cálculo própria de imposto, variável de acordo com o consumo particular de energia elétrica de cada contribuinte, ou diante da mensuração do valor venal do imóvel vago.

Ora, a variação do montante da contribuição devida conforme o consumo particular de energia elétrica e do valor do imóvel é patentemente ofensivo ao ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a despesa dos cofres municipais com a iluminação pública não varia nos mesmos moldes. Não é porque em determinado período um cidadão consumiu mais energia elétrica em sua residência, ou tenha valorizado seu imóvel vago, que a iluminação das vias públicas e praças vai ser mais onerosa.

Da forma como se encontra desenhada a contribuição, na verdade, se revela como imposto disfarçado, e imposto que se encontra dentro da esfera de competência dos Estados, já que seu fato gerador é a circulação de energia elétrica, hipótese de incidência do ICMS.

Por outro lado, há que se considerar que a exigência da contribuição calculada de forma desvinculada dos custos do serviço de iluminação pública acarreta manifesto locupletamento do Município, o que é inadmissível frente ao ordenamento jurídico pátrio.

### **3 Da ausência de previsão do destino da contribuição arrecadada**

Lado outro, a lei 1.115/2002 de Belo Vale, instituidora da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública** não vincula a receita arrecadada a qualquer destinação, se limitando a afirmar que *“o produto da contribuição (...) constituirá receita destinada prioritariamente a cobrir e remunerar os dispêndios da municipalidade decorrentes de obras públicas de extensão de rede elétrica, bem como manutenção dos serviços, instalação, custeio e consumo de energia elétrica para a iluminação pública, melhoria e ampliação do serviço”*<sup>11</sup> (grifos nossos). Como se vê, a destinação do produto da contribuição não é rigidamente o custeio da iluminação pública, visto que fará face a tais despesas apenas “prioritariamente”, sendo que, a lei não regulamentou, ainda, o caminho a ser percorrido pela receita arrecadada até chegar a seu fim.

Face à disciplina desta nova espécie tributária na Constituição Federal, é indispensável que a lei instituidora da contribuição determine, pormenorizadamente, o destino dos recursos arrecadados após seu recolhimento pelos contribuintes. Não podem as contribuições, que

---

<sup>11</sup> Parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 1.115/2002 de Belo Vale.

se caracterizam primordialmente por possuir uma destinação específica, simplesmente adentrar o caixa do governo com um determinado fim último, ou seja, para o atendimento de uma certa necessidade-fim do Estado, no caso, a iluminação pública, sem que haja o estabelecimento da forma pela qual esta necessidade-fim do Estado será atendida. É necessário que a lei instituidora da contribuição designe a destinação orçamentária da receita pública arrecadada, que estabeleça as necessidades-meio indispensáveis ao atendimento da necessidade-fim, ou seja, que determine a forma de alcance desta última.

Entretanto, a norma instituidora da *Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública* pelos Municípios vem restringindo-se a apontar a necessidade-fim a cujo atendimento se destina: o custeio da iluminação pública. Omitindo-se, assim, em determinar o regime de gestão dos recursos arrecadados, em estabelecer como os mesmos serão gastos para a adequada prestação do serviço a ser custeado. Tal omissão acarreta a inconstitucionalidade da exação em pauta.

É exatamente este o entendimento do Desembargador Federal Nery Júnior, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, ao tratar da contribuição de intervenção no domínio econômico instituída pela Lei Federal nº 10.336/2001, assim se manifestou, em decisão proferida nos autos do Agravo nº 150170 (*in RDDT 82/186-188*):

“(…)

Há de ser analisada, com mais vagar, a questão da destinação do produto da arrecadação.

Realmente, as contribuições, como gênero, de um lado, abrangendo as interventivas, as sociais e as de interesse das categorias profissionais, e de outro, como espécie tributária ao lado dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, são tributos qualificados constitucionalmente pela finalidade.

São tributos instituídos e previstos originariamente pelo Constituinte para alcançar determinada finalidade. Daí ser de sua essência a afetação do produto de sua arrecadação a determinada finalidade a ser alcançada pelo Poder Público, gestor que é dos fundos a esse título arrecadados.

(…)

Isto afirmo em função da dicção legal, constante do parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 10.336/2002:

‘O produto da arrecadação da Cide será destinado, na forma da lei orçamentária (...)’

Há, aqui, *prima facie*, evidente desvio dos superiores desígnios traçados pelo constituinte. O espectro de atuação da intervenção estatal federal no domínio privado não é livre, desimpedido ou desvinculado. O que ficou gizado na Constituição Federal é que essa atividade intervencionista deve ser direcionada ao atingimento daquelas finalidades já apontadas nesta decisão.

Ora, ao relegar às determinações orçamentárias a destinação do produto da arrecadação do tributo em comento, é evidente que tais recursos serão integrados ao patrimônio ou ao caixa geral da União, lá confundindo-se e fundindo-se com os recursos provenientes de outras receitas originárias ou derivadas.

Isso não se pode admitir, em termos da atividade tributante de que tratamos.

A lei deveria ter afetado o produto da arrecadação às finalidades que ela mesma elenca. Mas para tanto, haveria que se ter a criação de um fundo ou de um órgão gestor, que à frente deste, direcionasse a sua utilização ao atingimento exclusivo dos princípios elencados pela Constituição Federal, no que tange à atividade econômica e financeira.

(...)

A destinação do produto da arrecadação da Cide ao caixa geral da União, em princípio, inviabiliza a cobrança, e inverte, em favor dos contribuintes, a constitucionalidade das normas que se presume, mas que no caso sub-exame, demonstra-se fortemente a sua ausência.”

Assim como no caso da CIDE dos combustíveis, sobre a qual trata a decisão supra, também no caso da *Contribuição para custeio de serviços de iluminação pública* a lei municipal instituidora, necessariamente, além de estar obrigada a especificar o seu fim-último, ou seja, a necessidade-fim a que se destina atender, deverá ter criado um fundo ou designado um órgão gestor que direcione os recursos ao atingimento exclusivo daquele fim: a iluminação pública.

Entretanto, o que se depreende da leitura da supracitada lei municipal é que, no caso dos contribuintes proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis não consumidores de energia elétrica, a contribuição será recolhida juntamente com o IPTU e, portanto, será destinada ao caixa geral do Município, não havendo determinação legal específica à sua aplicação na iluminação pública.

Da mesma forma, no caso dos contribuintes titulares de faturas de energia elétrica, a contribuição será cobrada em tais faturas mensais, ou seja, juntamente com os valores pagos pelos contribuintes como contraprestação pelo serviço particular de fornecimento de energia elétrica.

Verifica-se, pois, que não existe na legislação municipal, ora sob enfoque, instituidora da *Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública*, qualquer determinação no sentido de que tais valores, recolhidos a título da contribuição, sejam separados dos valores recolhidos como pagamento pelo fornecimento de energia elétrica à unidade residencial ou comercial e destinados tão-somente ao custeio da iluminação pública.

A questão se agrava quando se considera que a contribuição em comento não está sendo calculada com base nos gastos efetivos da Administração Pública com o serviço a que visa custear, mas sim com base no consumo de energia elétrica pelo particular em sua unidade residencial ou comercial. Daí se concluir que no caso de haver arrecadação de recursos em montante superior ao necessário para custear o serviço de iluminação pública, esta verba será utilizada pelo Município para outros fins, quando arrecadado por este juntamente com o IPTU, ou será utilizado pela fornecedora de energia elétrica também para fins outros, que não aquele constitucionalmente previsto.

Por isso, vê-se que a própria instituição da *Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública* padece de inconstitucionalidade, o que revela a nulidade da lei municipal em comento em sua íntegra, já que não se pode admitir a criação de contribuição sem que o produto de sua arrecadação seja expressamente vinculado, à sua destinação constitucional.

Destarte, verifica-se inegável a ilegitimidade da *Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública* na forma em que se apresenta, face à desobediência aos diversos preceitos, normas e princípios constitucionais até aqui invocados.

### ***Legitimidade do Ministério Público – defesa de contribuintes***

A Constituição Federal, em seu artigo 129, III, legitimou o Ministério Público a promover a ação civil pública em defesa **do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos**.

Nesses “outros interesses difusos e coletivos” a que se refere a norma constitucional estão compreendidos os direitos dos contribuintes, porquanto eles fazem parte de uma categoria de pessoas ligadas à Fazenda Pública por uma relação jurídica base e, portanto, enquadram-se no conceito de direito coletivo.

Ainda que não sejam considerados tecnicamente consumidores, também merecem proteção através da ação civil pública, pois, como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, “os interesses individuais, ‘in casu’ (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses coletivos da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – a ação coletiva” (1ª Turma, REsp nº 49.272-6, Min. Relator Demócrito Reinaldo, Decisão Unânime, DJU de 17.10.94, p. 27.868). E, em outro julgamento de questão similar, afirmou-se que, “conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade, no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 10 da Lei nº 7.347/85. Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade. O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou

**contribuir para o aceleramento da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público”** (1ª Turma, AGRESP nº 98.286, Min. Relator José Delgado, DJU de 23.03.98, p. 00017).

Os que não admitem a legitimidade do Ministério Público não se aperceberam, *concessa venia*, da importância dessa evolução jurídica, quicá porque não compreenderam o exato alcance das ações coletivas e o conceito de interesse coletivo em sentido amplo, pois, ao contrário do que afirmam, as necessidades comuns de uma pluralidade de pessoas merecem análise coletiva, ainda que individualmente sentidas, por serem interesses singulares de dimensão comunitária e, portanto, de interesse social. São os chamados interesses individuais homogêneos, que, a propósito, são também considerados coletivos em sentido amplo.

Em outras palavras: os interesses dessa categoria de pessoas não são, obviamente, transindividuais, mas individuais, como o próprio nome revela (individuais homogêneos), e a criação do processo para a tutela desses interesses teve por objetivo facilitar o acesso à Justiça e garantir tratamento global às inúmeras pretensões individuais que, por serem decorrentes de origem comum e de interesse social, exigem um julgamento único, evitando-se decisões contraditórias. A todos interessa que o tributo exigido pelo Poder Público esteja em compasso com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade etc.

O professor Kazuo Watanabe, ao conceituar os interesses ou direitos coletivos, ensina que **“os interesses ou direitos dos contribuintes (...) constituem um bom exemplo”**, pois **“entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, a adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida”** – sublinhei (*Código brasileiro de defesa do consumidor*. 4ª ed., Forense Universitária, p. 503/504).

O jurista Milton Flaks adota idêntico entendimento. Ensina que a ação civil pública transformou-se **“em instrumento hábil para a defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros”** – sublinhei (*Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. v. 21, p. 239/259).

Essa evolução processual não pode ser ignorada, eis que, como bem frisou Dinamarco, citando Cappelletti, **“um processo civil realmente transformador exige o revelar da natureza das questões postas em Juízo, pois nenhuma ação transformadora poderá ser bem**

**sucedida se ignorarmos a natureza das coisas com que lidamos”** (*Inconstitucionalidade do processo*. 1987, p. 20).

Anote-se que a questão da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos dos contribuintes não passa exclusivamente pela interpretação do artigo 129, III, da Constituição Federal. Está expressamente assegurada pelo artigo 5º, II, “a”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que atribuiu ao *Parquet*, entre outras funções, a de “*zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte*”.

A Lei Complementar nº 75/93, embora disponha sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, é aplicável aos Ministérios Públicos dos Estados (artigo 80 da Lei Federal nº 8.625/93) e demonstra o equívoco que tem sido cometido por aqueles que não admitem a legitimidade ministerial.

Portanto, foi o próprio legislador que explicitou essa hipótese de interesse coletivo e, por conseguinte, não pode o aplicador do Direito desconsiderar essas normas e inibir a atuação ministerial.

Nem se diga que a Medida Provisória nº 1.984 proibiu a utilização da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, eis que, como se sabe, a medida provisória está em grau equivalente a lei ordinária e, por conseguinte, não tem o condão de revogar a Lei Complementar nº 75/93. Ademais, com a reforma constitucional introduzida pela Emenda nº 32, vedou-se a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar. Vedou-se, também, entre outras hipóteses, que medida provisória disponha sobre matéria relativa a direito processual e a organização do Ministério Público, o que confirma a inconstitucionalidade da referida Medida Provisória nº 1.984.

Em suma, é cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, porquanto os contribuintes fazem parte de uma categoria de pessoas ligadas à Fazenda Pública por uma relação jurídica base, e o fato de os beneficiários poderem ser individualmente determinados não desconstitui, por si só, a natureza coletiva desses interesses, pois é justamente a possibilidade da determinação do titular que diferencia o coletivo do difuso.

Outrossim, em recentes julgados o STJ se manifestou favorável a legitimidade do *Parquet* para o manejo de Ação Civil Pública em defesa dos contribuintes, a saber:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGALIDADE DE LEI MUNICIPAL. COBRANÇA DE IPTU. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A pretensão não está dirigida a se declarar a inconstitucionalidade de uma norma geral e abstrata. Pretende-se tirar do mundo jurídico uma norma, por afrontar a Constituição Federal, que incide sobre uma situação concreta. A Ação Civil Pública em exame trata de fato materializado, individualizado, a qual se aplica uma norma considerada inconstitucional. Ela busca alcançar, pela via do controle concentrado, a invalidade da norma e, conseqüentemente, a sua não-aplicação. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade é causa de pedir. Os pedidos decorrem da fundamentação, sendo que, no caso específico de controle difuso da constitucionalidade das leis, em sendo prejudicial do mérito, a referida declaração é destacada por motivos técnicos também quando da elaboração do pedido. A declaração de inconstitucionalidade no contexto dos autos não pode ser vista como integrante do pedido principal. 3. O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial. Não gera usurpação da competência do colendo STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, conforme já pronunciado também aquela Corte. 4. Este Relator, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa Julgadora, externou entendimento no sentido de que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, de inconstitucionalidade de lei, sendo o Ministério Público parte ativa ilegítima para tanto. 5. Entretanto, em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do Parquet para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados: EREsp nº 303994/MG, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; EREsp nº 327206/DF, 1º Seção, DJ de 15/03/2004; EREsp nº 303174/DF, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; REsp nº 439509/SP, 4ª Turma, DJ de 30/08/2004; REsp nº 364380/RO, 5ª Turma, DJ de 30/08/2004; AGA nº 290832/SP, 2ª Turma, DJ de 23/08/2004; AGREsp nº 566862/SP, 3ª

Turma, DJ de 23/08/2004; REsp nº 373685/DF, 1ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 556618/DF, 4ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 574410/MG, 1ª Turma, DJ de 05/08/2004; REsp nº 557646/DF, 2ª Turma, DJ de 30/06/2004.

6. Agravo conhecido com o provimento do recurso especial (art. 544, § 3º, do CPC). Cuida-se de agravo de instrumento oposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para reformar decisão que inadmitiu recurso especial intentado contra acórdão que, em preliminar, acolheu a ilegitimidade ativa do recorrente para a propositura de ação civil pública visando impugnar a cobrança do IPTU instituído pelo Município recorrido para o exercício de 2001. Alega-se violação aos arts. 5º, II, “a”, da LC nº 75/93, 1º, IV, e 21 da Lei nº 7.347/85, e 83 da Lei nº 8.078/90, além de se apontar dissenso pretoriano. Sustenta-se a legitimidade do Parquet para o ajuizamento da ação civil pública referenciada. Relatados, decido. Não nego que, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa Julgadora, externei entendimento no sentido de que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, de inconstitucionalidade de lei, sendo o

Ministério Público parte ativa ilegítima. Entretanto, em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do Parquet para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados: EREsp nº 303994/MG, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; EREsp nº 327206/DF, 1º Seção, DJ de 15/03/2004; EREsp nº 303174/DF, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; REsp nº 439509/SP, 4ª Turma, DJ de 30/08/2004; REsp nº 364380/RO, 5ª Turma, DJ de 30/08/2004; AGA nº 290832/SP, 2ª Turma, DJ de 23/08/2004; AGREsp nº 566862/SP, 3ª Turma, DJ de 23/08/2004; REsp nº 373685/DF, 1ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 556618/DF, 4ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 574410/MG, 1ª Turma, DJ de 05/08/2004; REsp nº 557646/DF, 2ª Turma, DJ de 30/06/2004. A pretensão do recorrente apresenta-se, a meu pensar, em harmonia com as regras do nosso ordenamento jurídico e com a mais recente jurisprudência esta Corte Superior sobre o assunto. Por tais razões, conheço do agravo para prover o recurso especial (art. 544, § 3º, do CPC). Determino que o Tribunal a quo proceda ao exame do agravo de instrumento ofertado pelo MP nos demais aspectos. (AG Nº 596.345/MG (2004/0043574-Resp. Rel. MINISTRO JOSÉ DELGADO, DJ 17.09.2004.)

E mais,

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE *INCIDENDER TANTUM*. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTERIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUINTE.S. 1 Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24/08/2001. *Legitimatío ativa ad causam*. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STJ e no E.STF o entendimento a cerca da legitimação do Ministério Público, por força do artigo 129, inciso III da Constituição de 1988, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, neste incluídos os direitos dos contribuintes de taxa de iluminação pública, ainda que por ação civil pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é *erga omnes* ou *ultra partes*. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o *Parquet* a velá-lo em juízo. 2 – Deveras a argüição, *in casu*, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de ‘prejudicial’, sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E.STF. 3 – Recurso Especial provido. ( Resp 574.410/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, publicado em 05/08/2004.)

Em suma, não há como negar a legitimidade ministerial para a defesa dos contribuintes.

**Ação Civil Pública – inconstitucionalidade incidental – possibilidade**

Inicialmente, convém registrar que as Ações civis públicas são propostas com o objetivo de atingir os efeitos concretos das Leis Municipais, ou seja, impedir a cobrança da *Contribuição para serviços de Iluminação Pública* e compelir a Cessionária e o Município a restituir os valores indevidamente cobrados, e esses pedidos somente podem ser atendidos se reconhecida incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, porquanto, no controle por via de ação, não se obtém a prestação jurisdicional em relação aos efeitos concretos da lei inconstitucional. O objeto da ação direta é exclusivamente, a questão da constitucionalidade.

No dizer do renomado professor José Afonso da Silva, a **ação direta** destina-se **“a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, (...) sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional”** (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., RT, p. 50).

Para o jurista José Carlos Moreira Alves, a ação direta é **“instrumento de controle político da constitucionalidade da lei em tese, e não estritamente meio de prestação jurisdicional”** (RTJ 94/58).

Logo, o controle abstrato, por estar voltado exclusivamente à defesa da ordem constitucional, não constitui remédio próprio para a tutela de interesses individuais e coletivos.

Nem por isso, todavia, ficarão os legitimados à ação coletiva impossibilitados de defender os interesses que lhes foram confiados pela Carta Magna, pois ao juiz compete compor o litígio e efetivar o direito ao caso concreto, analisando, se necessário, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de norma legal. Aliás, é por essa razão que se admite o controle difuso da constitucionalidade.

Conforme observou o mestre José Afonso da Silva:

“...qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.” (*op. cit.*, p. 50)

Caso assim não se entenda, estar-se-á transformando o direito à jurisdição, garantido constitucionalmente, em uma injusta ilusão.

Como anotou o Juiz Aroldo Plínio Gonçalves, **“os jurisdicionados, aqueles que vêm, através do processo, buscar a proteção do Direito, constituem, estes sim, a razão de ser do Poder Judiciário, e para eles está voltada a finalidade de nossa atuação”** (citado por Carmen Lúcia Antunes Rocha, em artigo publicado na obra *As Garantias do Cidadão na Justiça*, RT, 1993, p. 50).

De mais a mais, a possibilidade de se discutir incidentalmente a inconstitucionalidade de lei em ação civil pública está prevista no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Dispõe o referido artigo:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Esse dispositivo, embora inserido no CDC, aplica-se à defesa de todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme se depreende do disposto no artigo 21 da Lei nº 7.347/85 e artigos 90 e 117 da Lei nº 8.078/90.

Vale dizer: a amplitude dos remédios jurídicos colocados à disposição dos legitimados ativos autoriza o ajuizamento de ações de conhecimento, cautelares, de execução ou mandamentais. As de conhecimento podem ser declaratórias, condenatórias ou constitutivas.

Confira-se a lição do jurista Nelson Nery Júnior:

“Pelo art. 83 do Código, são admissíveis todas as ações e providências necessárias a fazerem valer os direitos previstos no CDC. Assim, podem ser ajuizadas ações de conhecimento de qualquer espécie (meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas positivas e negativas), de execução, cautelares e mandamentais. O mesmo sistema vale para as ações movidas com base na LACP, já que o art. 83 do CDC a elas se aplica por expressa disposição dos arts. 90 e 117 do CDC, havendo este último acrescentado o art. 21 à LACP mandando aplicar a seu sistema o Título III (Defesa do Consumidor em Juízo) do CDC.”<sup>12</sup> (

Oportunas, também, as palavras do mestre Hugo Nigro Mazzilli, inseridas em sua obra *O inquérito Civil*, 2ª edição, Saraiva, página 134, item nº 7:

“Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental.

(...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.”

Importante registrar, outrossim, que a instauração da ação direta não beneficiará os titulares do direito material, uma vez que a decisão não terá o condão de garantir o direito de exigir, via execução, as providências devidas, tendo-se em vista que a ação direta não tem natureza condenatória, conforme demonstrado acima.

É por essa razão que os tribunais – inclusive o Supremo Tribunal Federal – têm reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nessa ação coletiva, a controvérsia

---

<sup>12</sup> Nery, Nelson Júnior in *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*, RP 61/25-(35)

constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Confira-se:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes.” (Decisão do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 1.733-SP, publicada no *DJ* em 01.12. 2000)

“Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que ‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.’ 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.” (RE nº 227.159-4/GO, Rel. Min. Neri da Silveira, *DJ* em 17.05.2002)

Com efeito, pode-se asseverar que não há qualquer vedação legal à discussão incidental de inconstitucionalidade de lei no âmbito da ação coletiva.

Ademais, como muito bem observado pelo e. Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do Recurso Especial nº 547.410/MG:

**“Finalmente, cumpre observar que, pelo menos quanto ao pedido de ressarcimento das quantias pagas pelos substituídos processuais, a pretensão formulada na ação civil pública refoge inteiramente ao objeto das ações de controle concentrado, nas quais, como se sabe, não há lugar para provimentos de natureza condenatória. Portanto, ainda que superados todos os argumentos expostos, é certo que,**

**quanto a esse aspecto, não se poderia cogitar de conflito entre ação coletiva e ação de controle concentrado.”<sup>13</sup>**

## **Conclusão**

Pelo exposto, pode-se asseverar que a Constituição da República, ressoante de Lei Complementar Federal que defina as regras gerais de tributação, para, que possam os municípios editar suas leis instituidoras do referido tributo criado pelo art. 149-A da Magna Carta.

A par disso, a realidade hoje vivenciada nos permite dizer que os municípios que intuíram a contribuição estão alicerçados em normas que dependem de lei federal para sua eficácia.

Outrossim, em casos assemelhados ao do município de Belo Vale, em que várias inconstitucionalidades foram verificadas, a providência que se exige do Ministério Público é a intervenção de Ação Civil Pública, já que sua legitimidade ativa para defesa dos contribuintes e a adequação da aludida via processual restaram devidamente demonstradas.

---

<sup>13</sup> Recurso Especial n. 574410/MG- Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 01.06.2004

# **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS POR CÂMARAS MUNICIPAIS**

**Epaminondas da Costa  
Promotor de Justiça em Uberlândia**

## **Introdução**

Certa época, a Câmara Municipal de Araguari-MG, após a eleição e a posse dos novos membros de sua Mesa Diretora, exonerou vários servidores que haviam sido nomeados por gestões anteriores, sem concurso público, os quais desempenhavam o cargo de assessor parlamentar, considerado, então, de livre nomeação e exoneração.

Não tendo havido o pagamento das verbas rescisórias, inclusive dos salários atrasados, vários desses servidores ingressaram com reclamação trabalhista perante a Vara do Trabalho, tendo havido, posteriormente, a declinação de competência em favor da Justiça Comum estadual.

Diga-se de passagem que alguns reclamantes já estavam respondendo a processo sob a inculpação da prática de improbidade administrativa.

Lado outro, apesar dos termos da RECOMENDAÇÃO nº 01/2001 do egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que dispensa a intervenção dos membros do “Parquet” em ações relacionadas com o chamado interesse público secundário, esta se deu nos autos da ação de cobrança, principalmente porque alguns dos reclamantes figuravam na ação civil por ato de improbidade administrativa. Este foi um dos motivos apontados pelo devedor (Poder Legislativo) para a não-satisfação do crédito trabalhista, nas vias administrativas.

Ora, como admitir que numa situação como essa possa o devedor escusar de cumprir a obrigação de indenizar o servidor exonerado da função pública, levando-se em conta, especialmente, os princípios da probidade e da boa-fé a que são obrigados a guardar os contratantes em geral, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o que veda o enriquecimento sem causa.(art. 884 do Código Civil)?

De resto, apesar da ortodoxia processual, será defendido aqui o ponto de vista de que a ação de cobrança poderá – e até deverá – ser dirigida diretamente contra o Poder Legislativo, de tal sorte que a responsabilidade civil do Município seria, então, subsidiária. Logo, um e outro Poderes Estatais deverão figurar no pólo passivo da relação processual.

## Desenvolvimento da tese

Registre-se inicialmente que o devedor citado no presente exemplo manifestamente não agiu com sinceridade de propósitos, tanto que, ao conseguir recursos adicionais do Poder Executivo por força de decisão judicial, deixou de satisfazer o crédito privilegiado (trabalhista), pagando, em primeiro lugar, a credores quirografários.

Em tal situação, houve o desprezo, por completo, da noção geral e comezinha de que o crédito trabalhista tem natureza alimentar, o que explica o privilégio a ele concedido por lei (cf., p. ex., art. 57, *in fine*, da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001).

Na verdade, o argumento de que certos credores trabalhistas respondiam a processo por ato de improbidade administrativa não passava de mero subterfúgio para justificar a inadimplência do devedor (Poder Legislativo) em relação àqueles.

Lamentavelmente, como se sabe, não raro, a obtenção de recursos suplementares por parte de Câmaras Municipais, por exemplo, tem visado muito mais a alimentar a “farra” com o dinheiro público, ofuscando, ao mesmo tempo, a irresponsabilidade administrativa de presidentes corruptos e/ou ineficientes, que não respeitam a lei.

Em muitos casos, tais agentes públicos têm contado com o beneplácito do Poder Judiciário, por meio da determinação ao Poder Executivo de que efetue repasses adicionais ao Poder Legislativo, diante da alegada insuficiência de recursos para o pagamento de dívidas deixadas por administrações passadas.

Nesse caso, ignora-se até mesmo a norma inserta no art. 29-A, § 2º, I, da Constituição Federal<sup>14</sup>, que proíbe a extrapolação dos limites ali fixados, em termos de transferência de recursos ao Poder Legislativo municipal.

---

<sup>14</sup> Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

I - oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes;

1º de janeiro de 2001).

II - sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes;

III - seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes;

IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

Conseqüentemente, numa situação como a apontada nesta tese incumbia à presidência da Casa de Leis proceder à economia de recursos públicos e ao estabelecimento de critérios objetivos, transparentes e impessoais, visando, assim, à satisfação do direito de cada categoria de credor, observada a ordem de preferência estabelecida em lei, ao invés de buscar o caminho mais cômodo da obtenção de repasses adicionais junto ao Poder Executivo.

Lembre-se, de antemão, que, na forma da Lei Complementar nº 101 de 04/05/200, o responsável pelo débito deixado ao sucessor poderá ficar sujeito a várias sanções, dentre elas, punições de natureza penal, bem como aquelas oriundas da Lei nº 8.429/92.

Afinal, deve-se admitir que o sujeito passivo da relação processual na ação de cobrança compreenderá o Poder Legislativo [ente despersonalizado – devedor originário] e o Poder Executivo [pessoa jurídica de direito público interno – devedor garante].

Não se perca de vista, porém, que a doutrina e a jurisprudência vêm mantendo a ortodoxia processual da impossibilidade de a Câmara Municipal figurar como parte autora ou ré fora das hipóteses da defesa de “interesses institucionais próprios e vinculados a sua independência e funcionamento”. Os julgados a seguir reproduzidos corroborarão esta assertiva. Veja-se:

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE SERVIDOR DA CÂMARA MUNICIPAL. INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS. LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM". MUNICÍPIO. - EM SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA PROPOSTA POR SERVIDOR DE CÂMARA MUNICIPAL POSTULANDO PARCELA SALARIAL - INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS -, O MUNICÍPIO TEM LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. - PRECEDENTES DO STJ. - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.”

Relator: VICENTE LEAL

---

§ 1º A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.

§ 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:

- I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo;
- II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou
- III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

§ 3º Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

Número do Registro: 199300026755  
Classe do Processo: RECURSO ESPECIAL  
Número do Processo: 31890  
UF do Processo: SP  
Decisão:  
POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.  
Data de Decisão: 21/05/1996  
Nome do Órgão Julgador: SEXTA TURMA  
Fonte: DJ DATA:24/06/1996 PG:22822

Ou, ainda:

Ementa:  
PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA CÂMARA MUNICIPAL. 1. EM NOSSA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA, AS CÂMARAS MUNICIPAIS NÃO TÊM PERSONALIDADE JURÍDICA. 2. A CAPACIDADE PROCESSUAL É LIMITADA A DEFENDER INTERESSES INSTITUCIONAIS PRÓPRIOS E VINCULADOS A SUA INDEPENDÊNCIA E FUNCIONAMENTO. 3. EXECUTIVO FISCAL PROMOVIDO CONTRA CÂMARA MUNICIPAL NÃO TEM CONDIÇÕES DE PROSEGUIR, PELA ABSOLUTA ILEGITIMIDADE DO ENTE PASSIVO DE MANDADO. 4. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.”

Relator: JOSÉ DELGADO  
Número do Registro: 199600112207  
Classe do Processo: RECURSO ESPECIAL  
Número do Processo: 88856  
UF do Processo: SP  
Decisão:  
POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.  
Data de Decisão: 18/06/1996  
Nome do Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA  
  
Fonte: DJ DATA:19/08/1996 PG:28440 LEXSTJ VOL.:00089  
JANEIRO/1997 PG:00223  
Veja Documentos Relacionados: RESP 25904-SP, RESP 23926-SP, RESP 18711-SP, (STJ).

É de se perguntar, então: que independência é esta do Poder Legislativo, que só lhe assegura direitos e privilégios no recebimento de verbas públicas e que, ao mesmo tempo, não lhe impõe a obrigação coercitiva de honrar os compromissos financeiros realizados em nome dessa independência?

A bem da verdade, essa tecnicidade dogmática<sup>15</sup> traz em seu âmago um contra-senso e estimula a irresponsabilidade administrativa, já que a inadimplência por parte do Poder Legislativo redunda em ônus para o Poder Executivo. Como falar em harmonia entre os Poderes num contexto deste?

A rigor, o pagamento de dívidas do Poder Legislativo, sobretudo municipal, pelo Poder Executivo, implica o repasse indireto de valores além dos limites estabelecidos constitucionalmente (art. 29-A da Constituição Federal). Noutras palavras, a responsabilidade do Município (Poder Executivo) há de ser subsidiária, o que justificaria a manutenção de ambos no pólo passivo da relação processual de uma ação de indenização, que tivesse por objeto o ressarcimento de créditos trabalhistas de servidores vinculados ao Poder Legislativo.

Com efeito, o art. 12 do Código de Processo, ao tratar da representação processual, fê-lo de forma meramente exemplificativa, admitindo assim a inclusão, naquele rol, de entes outros, sem personalidade jurídica, como a Câmara de Vereadores.

No que diz respeito ao fato de autores das várias ações de cobrança estarem respondendo a processo por improbidade administrativa, isto não pode servir de pretexto para impedir que eles recebam o que têm direito.

Nesse sentido, inclusive, sugeriu-se ao Presidente da Câmara de Vereadores a criação de uma comissão com vistas a que fosse apurado quais servidores teriam trabalhado efetivamente durante o período de seu vínculo com aquele órgão, além de se proceder à adequação dos salários dos agentes administrativos exonerados aos parâmetros legais. Isto porque a ação civil por ato de improbidade administrativa fazia alusão a esses fatos.

Assim, após a constatação da prestação laboral efetiva e da definição do montante da remuneração legalmente devida aos servidores exonerados, nas vias administrativas, seguiria a proposta decente de satisfação do crédito, sem que o caso tivesse que ser encaminhado ao Poder Judiciário, sob o disfarce de que os credores estariam a responder a processo por ato de improbidade administrativa.

---

<sup>15</sup> De regra, tem-se admitido como sujeito ativo ou passivo da relação processual a pessoa natural ou jurídica.

De mais a mais, esse levantamento nas vias administrativas, no que diz respeito ao crédito devido e a quem, efetivamente, contribuiria, pelo menos, para a solução judicial da demanda.

Vê-se, assim, que a tese ora defendida é a de que o servidor inculcado pela prática de improbidade administrativa não fica privado de seus vencimentos regulares, mesmo porque tal desapossamento não constitui sanção legalmente prevista na Lei nº 8.429/92, cujo rol taxativo estabelece apenas as seguintes punições, além de outras previstas na legislação penal, administrativa ou civil: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (no caso de enriquecimento ilícito); b) suspensão dos direitos políticos; c) pagamento de multa civil; d) perda da função pública; e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente...”.

Note-se que o art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, estatui expressamente, que, exemplificativamente, os vencimentos dos servidores públicos são **absolutamente impenhoráveis**. Dessa forma, ainda que haja a condenação do agente público pela prática de improbidade administrativa, continuará o mesmo no direito de receber normalmente o que lhe couber a título de vencimentos, muito embora, por força do art. 14, § 3º, da Lei nº 4.717, de 29/06/1965, possa haver o desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público. Porém, desconto em folha não se confunde com supressão total do direito aos vencimentos do cargo ou da função pública.

No caso concreto, foi concebida pelo Ministério Público a necessidade imperiosa de que, através de perícia e em cotejo com os autos da ação civil pública a que respondiam alguns autores da ação de cobrança contra o Poder Público municipal, fosse apurado o valor efetivamente devido àqueles. Isto porque em tal ação civil foram apontados servidores “fantasmas”, os quais apenas de forma fictícia prestaram serviços na referida Câmara Municipal, pelo menos em determinado momento, além da percepção de remuneração mensal em desacordo com os parâmetros legais.

Por conseguinte, os princípios da probidade e da boa-fé a que são obrigados a guardar os contratantes em geral ficam assim salvaguardados, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil).

## Conclusões

- 1) O servidor inculcado pela prática de improbidade administrativa não fica privado de seus vencimentos ou das verbas rescisórias regulares, mesmo porque tal desapossamento não constitui sanção legalmente prevista na Lei nº 8.429/92. Some-se a isto ainda o fato de que, por força do disposto no art. 649, IV, do Código de Processo Civil, os vencimentos dos servidores públicos são absolutamente impenhoráveis.
  
- 2) O Poder Legislativo [ente despersonalizado], apesar da ortodoxia da doutrina e da jurisprudência, pode – e deve – figurar como réu em ação de cobrança de verbas rescisórias ajuizada por servidores pertencentes aos seus quadros, sendo apenas subsidiária a responsabilidade civil do Município, que também deverá fazer parte do pólo passivo da relação processual, na condição de devedor garante da obrigação.

Uberlândia, 21 de março de 2005.

# ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

**Fernando A. N. Galvão da Rocha**  
**Promotor em Belo Horizonte**

Sumário: 1. Introdução. 2. Meio ambiente cultural. 3. Patrimônio cultural 3.1 Patrimônio cultural imaterial. 3.2 Conteúdo material do patrimônio cultural. 4. Competência para a legislação protetiva. 4.1 A União. 4.2 O Estado de Minas Gerais. 4.3 O Município de Belo Horizonte. 5. Atribuições executivas. 6. Formas de proteção. 6.1 tombamento. 6.2 registro documental. 7. Intervenção do Ministério Público. 7.1 identificação de valor cultural. 7.2 estudo de impacto sobre o patrimônio cultural. 7.3 ação civil pública. 8. Conclusões.

## **1. Introdução**

A tarefa de identificar e preservar o patrimônio cultural brasileiro é constitucionalmente imposta ao Poder Público, que para tanto deve receber a *colaboração* da comunidade. Se o patrimônio cultural é um bem de interesse da coletividade, e a preservação de sua integridade e dos mecanismos para seu acesso são garantias constitucionais expressas, deve-se reconhecer que a comunidade o tem o direito público subjetivo à proteção prometida.

Nestes termos, a atuação protetiva do Ministério Público ao patrimônio cultural é uma obrigação constitucional. Isto significa que, independentemente da atuação dos outros órgãos ou poderes incumbidos da proteção ao patrimônio cultural, o Ministério Público deve promover todas as medidas que estiverem a sua disposição para cumprir sua função institucional.

No âmbito deste apertado estudo, pretende-se refletir sobre as peculiaridades do bem cultural imaterial e dos instrumentos jurídicos de que o Ministério Público dispõe para a sua proteção, de modo a provocar debate que possa contribuir para o aprimoramento da tutela jurídica deferida ao patrimônio cultural.

## 2. Meio ambiente cultural

Inicialmente, é necessário perceber que o patrimônio cultural integra a noção de meio ambiente e é, nesse sentido, que recebe a tutela constitucional. A constituição federal não conceitua o meio ambiente. Como bem jurídico, antes da edição do texto constitucional, o meio ambiente já possuía definição legal no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. Segundo este dispositivo, meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” Tal definição foi recepcionada pela carta magna de 1988.

Cabe perceber que, segundo a concepção do legislador brasileiro, o meio ambiente não abrange somente o meio ambiente natural (constituído pela fauna, a flora, o solo, a água e o ar atmosférico), mas também, o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural.<sup>16</sup> Em uma perspectiva ampla que não se resume aos recursos naturais, mas está relacionada também com tudo que quanto permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas<sup>17</sup>, o meio ambiente deve ser concebido como “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana.”<sup>18</sup> Vale observar que o meio ambiente do trabalho encontra previsão constitucional expressa no inciso VIII de seu art. 200.

No que diz respeito ao meio ambiente cultural, a doutrina consolidou o entendimento segundo o qual:

*“A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração de seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo.*

*Esta visão faz-nos incluir no conceito de meio ambiente, além dos ecossistemas naturais, as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno.”*<sup>19</sup>

Certamente, o ambiente cultural permite, abriga e, de certa forma, rege a vida dos homens. Não se pode conceber a existência humana fora de um determinado contexto sócio-cultural. Os valores culturais permitem o estabelecimento da identidade do homem com um determinado

<sup>16</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19-24.

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (o caso do parque do povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 250.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 435.

<sup>19</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56. No mesmo sentido: CUSTÓDIO, Helita Barreiro. *Legislação Ambiental no Brasil*. Revista Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 76, 1996, p. 56.

grupamento social, que o acolhe e lhe permite o desenvolvimento de suas potencialidades. Não foi por outra razão que na Lei 9.605/98 – Lei dos crimes ambientais – consta no capítulo V a seção IV que trata dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

*“O patrimônio cultural de um povo lhe confere identidade e orientação, pressupostos básicos para que se reconheça como comunidade, inspirando valores ligados à pátria, à ética e à solidariedade e estimulando o exercício da cidadania, através de um profundo senso de lugar e de continuidade histórica. Os sentimentos que o patrimônio evoca são transcendentais, ao mesmo tempo em que sua materialidade povoa o cotidiano e referencia fortemente a vida das pessoas.”*<sup>20</sup>

Por isso, o art. 215 da Constituição Federal dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” A regra estabelece para o poder público a obrigação, em favor da coletividade, de proteção ao exercício dos direitos culturais e ao acesso às fontes de cultura.

### 3. Patrimônio cultural

No direito romano, a idéia de “patrimônio” esteve sempre ligada ao conjunto de bens que uma pessoa poderia possuir, dentre os quais se incluía a sua casa, as suas terras, seus escravos e, até mesmo, suas mulheres (que não eram consideradas cidadãs). Fora do “patrimônio” estavam as coisas que não podiam pertencer ao indivíduo, como as ruas, praças e os templos.<sup>21</sup> Esta idéia privatista de patrimônio nos influencia até os dias atuais<sup>22</sup>, mas não pode se conciliar com a idéia de cultura.

A cultura pode ser entendida como o conjunto de formas relativamente homogêneas e socialmente aceitas de pensamentos, sentimentos e ações, bem como dos objetos materiais a eles inerentes, que se colocam como peculiares a determinado grupamento social. A cultura possui a característica de ser compartilhada, transmissível e apreendida pelos membros deste grupamento, em um processo denominado *socialização*.<sup>23</sup> Segundo Darci Ribeiro, cultura é “a herança de uma comunidade humana, representada pelo acervo co-participado de modos padronizados de adaptação

---

<sup>20</sup> [http://www.iepha.mg.gov.br/sobre\\_cultura.htm](http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm), capturado em 14.02.05: Sobre cultura e patrimônio cultural.

<sup>21</sup> CASTRIOTA, Leonardo Barci. Patrimônio: conceito e perspectivas. In *Preservação do Patrimônio cultural – nossas casas e cidades, uma herança para o futuro !*. Coord. Altamiro Sérgio Mol Bessa. Belo Horizonte: Crea-MG, 2004, p. 10.

<sup>22</sup> Quando pensamos nas fortunas pertencentes às pessoas naturais e instituições pensamos no *patrimônio* que conseguiram acumular. Do mesmo modo, interessa ao fisco a evolução *patrimonial* do contribuinte para a apuração do imposto de renda devido.

<sup>23</sup> SANTOS, Theobaldo Miranda. *Manual de Sociologia*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1971, p. 85.

à natureza, para o provimento da subsistência; de normas e instituições reguladoras das relações sociais e de corpos de saber, de valores e de crenças com que explicam a experiência, exprimem sua atividade artística e se motivam para a ação.”<sup>24</sup> No mesmo sentido, Miguel Reale leciona que a cultura pode ser considerada o patrimônio de espiritualidade constituído pela espécie humana através do tempo, de modo que as ciências culturais não tem como objeto o estudo dos indivíduos ou pessoas, como tais, mas as expressões supraindividuais do espírito humano no processo histórico.<sup>25</sup> Sem dúvidas, não se pode conceber uma cultura individual ou privada: necessariamente a cultura é construção coletiva que se aperfeiçoa pela experiência da espécie humana, no curso de sua história.

O patrimônio cultural, portanto, é construção de um povo. É acervo de símbolos e sentimentos que se transmite pelas gerações. Constitui um direito difuso do povo brasileiro, na medida em que é um direito transindividual, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas ligadas por situação de fato e seu objeto é insuscetível de divisão, nos exatos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90.<sup>26</sup>

A Constituição Federal não definiu um conceito jurídico para o patrimônio cultural, mas em seu art. 216 exemplificou bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro. Nesse sentido, “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

A previsão constitucional consagra proteção ao pluralismo cultural, na medida em que menciona os bens que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Não se trata de proteger apenas os bens eruditos ou excepcionais indicados pelas elites sociais, mas aqueles que retratam a diversidade e a riqueza de manifestações que conformam as peculiaridades do povo brasileiro. Com certeza, algumas manifestações culturais são mais elaboradas do que outras. Mas, “a cultura brasileira não é única, não se resume ao eixo Rio- São Paulo nem ao Barroco mineiro e nordestino, mas é aquela que resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões.”<sup>27</sup> Isto implica na obrigação de preservar uma convivência harmônica entre as mais diversas formas de expressão cultural. Em outras palavras, o poder público deve intervir de modo a impedir que determinadas manifestações culturais, concepções sobre a forma mais adequada de

---

<sup>24</sup> RIBEIRO, Darcy. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1972, p. 93.

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 240-241.

<sup>26</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Ob. cit.*, p. 193.

<sup>27</sup> MILARÉ, Édís. *Ob. cit.*, p. 202.

viver, não excluam ou impeçam a manifestação de outras formas ou concepções sobre a maneira mais adequada de se viver em sociedade.

### 3.1 patrimônio cultural imaterial

De maneira expressa, nossa carta magna esclarece que o patrimônio cultural se refere tanto a bens materiais, como objetos e edificações, quanto imateriais, como as formas de expressão, os modos de viver e as criações do espírito humano. Sob a forma de bens imateriais, o patrimônio cultural compreende “toda a produção cultural de um povo, desde sua expressão musical, até sua memória oral, passando por elementos caracterizadores de sua civilização.”<sup>28</sup>

Segundo a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 17 de outubro de 2003, “entende-se por ‘patrimônio cultural imaterial’ as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana”.<sup>29</sup>

No Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN tramitam alguns procedimentos administrativos para o registro de bens imateriais. Dentre eles estão o *Toque dos Sinos de São João Del Rei/ MG* e o *Festival Folclórico de Parintins dos Bumbás Garantido e Caprichoso/AM*.<sup>30</sup> Tais referências culturais são muito ilustrativas do que se deva entender por bem cultural de natureza imaterial.

A identificação do patrimônio cultural material é mais facilmente realizada pelo poder público. Inúmeros objetos, monumentos e sítios (urbanos e/ou rurais) são protegidos por tombamento e passam a constituir referências culturais. O patrimônio imaterial, além mesmo pela dificuldades inerentes à sua natureza, não recebe a mesma atenção.

Para melhor entender o patrimônio imaterial é necessário fazer uma distinção inicial: os bens culturais a que a constituição expressamente se refere como integrantes do patrimônio brasileiro não se confundem com o objeto material que oferece suporte físico para os bens de interesse cultural. Nesse sentido, muito esclarecedora é a explicação da professora Sonia Rabello de Castro:

---

<sup>28</sup> Disponível em [http://www.iepha.mg.gov.br/sobre\\_cultura.htm](http://www.iepha.mg.gov.br/sobre_cultura.htm), capturado em 02.02.05.

<sup>29</sup> Disponível em <http://www.iphan.gov.br/bens/P.%20Imaterial/imaterial.htm>, capturado em 02.02.05.

<sup>30</sup> Disponível em <http://www.iphan.gov.br/bens/P.%20Imaterial/imaterial.htm>, capturado em 02.02.05.

“...O bem jurídico, objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não vir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado este reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto – uma enquanto coisa, apropriável, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural, torna-se de interesse geral.”<sup>31</sup>

Com certeza, os direitos são sempre bens incorpóreos. Mas, agora nos interessa perceber os objetos dos direitos. A divisão classificatória de bens que os denomina de materiais ou imateriais (tangíveis ou intangíveis, como diziam os romanos) se refere aos objetos de tais direitos.<sup>32</sup> Os bens culturais imateriais podem estar amparados em suportes físicos. Uma música pode estar na memória das pessoas ou escrita em uma partitura, o conhecimento tradicional pode ser objeto de transmissão oral ou estar escrito em papel, a dança se materializa no corpo físico do artista. O que caracteriza o bem imaterial é a relevância que possui a manifestação do espírito humano em relação ao suporte físico que lhe dê consistência. No bem imaterial o suporte físico não é o mais relevante. Nos importa preservar a beleza e a emoção que o Bumba-meu-boi possa causar nas pessoas e não quem execute esteja, momentaneamente, executando as acrobacias na praça pública.

Mesmo reconhecida a existência de uma patrimônio cultural imaterial a preservar, por sua natureza peculiar, a tarefa constitui grande desafio aos operadores do direito. As mais relevantes formas de expressão do povo brasileiro já estão identificadas ? quais são seus modos de criar, fazer e viver ? como oferecer uma proteção eficaz para o patrimônio cultural imaterial ? A reflexão nos leva a concluir que o trabalho realizado pelo poder público para a preservação do patrimônio imaterial ainda é muito incipiente e exige uma intervenção mais qualificada dos órgãos incumbidos da proteção ao patrimônio imaterial, dentre os quais o Ministério Público.

### **3.2 conteúdo material do patrimônio cultural**

Um importante aspecto do patrimônio cultural, muitas vezes esquecido, é constituído pelo patrimônio turístico.<sup>33</sup> Os monumentos artísticos, arqueológicos e históricos, as paisagens notáveis, as manifestações culturais folclóricas ou religiosas possuem a capacidade de proporcionar sensação de prazer e bem estar que, conseqüentemente, atrai a atenção das pessoas e as motiva para a

---

<sup>31</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 35.

<sup>32</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves ed., 1980, p. 173.

<sup>33</sup> PINTO, Antonio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. Campinas, Papirus, 2003, p. 21 e 179. Segundo o autor, pode-se entender por patrimônio turístico “o conjunto de bens naturais, artificiais e culturais que, por suas características intrínsecas, possuem atratividade para visitação.”

visitação. As referências turísticas, bem como as representações e sentimentos que a elas são relacionados constituem faceta importante do patrimônio cultural que importa à coletividade preservar.

A reflexão sobre o patrimônio turístico é capaz de nos alertar para o fato de que o patrimônio cultural possui sempre um conteúdo material, que é a efetiva e cotidiana vivência de suas referências pelas comunidades. Não se pode conceber o patrimônio cultural a partir da identificação e das experiências individuais. O bem cultural deve estar inserido em um determinado contexto social, que constitui seu pressuposto sociológico, sendo produzido e aperfeiçoado constantemente pela experiência coletiva. Por isso, o bem cultural recebe reconhecimento e legitimidade da coletividade e não dos pequenos grupos que possam se considerar a elite cultural.

No entanto, ainda é procedente a crítica segundo a qual a preservação do patrimônio cultural no Brasil se deu mais em decorrência de iniciativas da elite intelectual e da Igreja do que de uma consciência coletiva quanto às referências da identidade nacional.<sup>34</sup>

#### 4. Competência para a legislação protetiva

A norma constitucional protetiva do patrimônio cultural inserta no art. 216 é de natureza programática e necessita de regulamentação por legislação infra-constitucional. No entanto, é necessário perceber que a norma constitucional impõe ao Estado o dever de proteção em favor do bem jurídico fundamental meio ambiente, exigindo-lhe a edição de normas infraconstitucionais de direito material e processual que garantam a efetividade da proteção prometida. Nesse sentido, esclarece o Prof. Luiz Henrique Marinoni:

“...o direito à proteção não exige somente normas de conteúdo material, mas igualmente *normas processuais*. Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção.”<sup>35</sup>

Segundo o artigo 24, inciso VII, “compete à União, aos estados e ao distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.” A competência concorrente é novidade estabelecida pela Constituição brasileira de 88 e, conforme lição do prof. Raul Machado Horta, “cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais.”<sup>36</sup>

A repartição da competência legislativa decorre da nova conformação que se deu ao federalismo brasileiro. Com efeito, “o federalismo de hoje é consciente de sua dimensão política e

<sup>34</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 98.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 186.

<sup>36</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 366.

não é visto apenas como uma técnica de convivência de disparidades em uma certa unidade, pelo contrário, sobretudo após a década de sessenta, em razão das severas críticas de que foi e tem sido objeto o *welfare state*, o federalismo passa a ser visto como instrumento de uma maior efetividade da cidadania, inclusive direta, na medida em que descentraliza o poder e permite uma maior proximidade do cidadão dos pólos de poder, dos centros de decisão.”<sup>37</sup> É a consolidação do federalismo vertical ou de cooperação.

A competência concorrente conciliou a participação dos entes federativos na conformação da ordem jurídica e, assim, tornou-se necessário definir as regras da participação da União e dos Estados. Nos parágrafos do artigo 24, o texto constitucional esclarece que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. O que significa que aos Estados-membros coube a regulamentação das particularidades regionais, ou seja, a disposição dos pormenores que atendem às peculiaridades regionais. Expressamente a constituição federal esclarece que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Nem mesmo a inexistência de norma geral, de competência da União, impede que o Estado-membro estabeleça proteção jurídica ao patrimônio cultural. Novamente a constituição é expressa em afirmar que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Nesse caso, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, apenas no que lhe for contrário.

Assinala ainda o prof. Machado Horta que “é manifesta a importância desse tipo de legislação em federação continental, como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exploradores e Estados consumidores ... A legislação concorrente, não obstante as omissões, alargará o domínio dos poderes reservados aos Estados e certamente abrirá aos Estados um período de atividade legislativa profundamente diverso do período de retraimento dos poderes reservados, no qual viveram os Estados-Membros, em contraste com a plenitude dominadora dos poderes enumerados da Federação.”<sup>38</sup>

Os Municípios não foram contemplados na planificação da competência legislativa concorrente, mas a eles também foi imposto o dever de promover a proteção do patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual – art. 30, inciso IX da CF/88. Para desempenhar tal função, o inciso II do art. 30 da Constituição Federal dispõe que “compete aos municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.” Neste

---

<sup>37</sup> CARVALHO NETO, Menelick de e outros. *Delimitação do quadro de pressupostos norteadores do trabalho de sistematização da legislação ambiental do Estado de Minas Gerais*. Texto de responsabilidade da Equipe de Consultoria Técnica constituída para dar apoio ao Grupo Parlamentar instituído pela Mesa da Assembléia Legislativa para coordenar o trabalho de consolidação da legislação estadual, elaborado em outubro de 1998 sob a orientação do Prof. Menelick de Carvalho Neto da UFMG, p. 03.

<sup>38</sup> HORTA, Raul Machado. *Ob. cit.*, p. 367.

diapasão, embora de maneira restrita, deve-se reconhecer que o município possui competência legislativa suplementar e instrumental para a proteção do patrimônio cultural. Tal competência é decorrente da atribuição executiva e encontra-se limitada pela regra do interesse local.<sup>39</sup> Isto significa que os municípios podem e devem editar as normas necessárias aos desenvolvimento de sua atividade protetiva aos bens culturais de interesse local, observadas as regras da legislação federal e estadual.

No contexto da legislação protetiva dos bens que compõem o patrimônio cultural, além da conformação às regras gerais ditadas pela União, há que se observar a abrangência da área de influência da referência cultural a ser identificada. A União, os Estados-membros e os Municípios podem estabelecer regras para o instituto do tombamento, por exemplo. Mas, as regras estaduais não podem alterar o instituto concebido pela União e, por sua vez, as regras municipais não podem contrariar as disposições estaduais que lhes são pertinentes. Por outro lado, para o contexto de atuação de cada ente federativo, a União estabelece regras para a identificação das referências culturais de abrangência nacional, os Estados para a identificação daquelas de abrangência regional e os Municípios para os dados de interesse local.<sup>40</sup>

#### **4.1 a União**

No que diz respeito a edição das normas relativas às técnicas processuais que realizem as necessidades protetivas do direito material, a competência é privativa da União para a edição de normas de Direito Processual Civil conforme o disposto no art. 22, inciso I, da CF/88. Em obediência ao seu específico dever de proteção, visando instituir instrumentos jurídicos necessários à tutela do meio ambiente, a União editou a Lei 7.347/85 que regulou o exercício da ação civil pública. Não se pode esquecer a importância do art. 84 da Lei 8.078/90 que, instituindo as tutelas antecipatória específica, inibitória e de afastamento do ilícito no processo coletivo, viabilizou medidas executivas, que prescindem do processo de execução, podem realizar as garantias constitucionais independentemente da vontade do demandado. Estas recentes inovações do processo civil constituem importantes instrumentos para a efetiva realização da tutela do meio ambiente.<sup>41</sup>

No que toca ao direito material, muito importante é a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e em seu art. 14, § 1º, estabeleceu a responsabilidade objetiva de reparar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente. No que diz respeito ao direito penal, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentou a responsabilidade penal da pessoa jurídica e instituiu os crimes ambientais, dentre eles os crimes

---

<sup>39</sup> Nesse sentido: PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 112 e 279.

<sup>40</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 112.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 126, 249 e segs.

contra o patrimônio cultural. No que diz respeito aos incentivos financeiros aos projetos culturais, não se pode deixar de citar as Leis 8.313/91 e 8.685/93.

No entanto, não existe Lei Federal que trate especificamente do patrimônio cultural imaterial. Regulamentando diretamente o art. 216 da Constituição Federal, o Decreto Federal nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, criando também o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial.

O referido Decreto institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro. Segundo o parágrafo 1º de seu art.1º, o registro dos bens imateriais será feito em um dos seguintes livros:

I - **Livro de Registro dos Saberes**, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - **Livro de Registro das Celebrações**, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - **Livro de Registro das Formas de Expressão**, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - **Livro de Registro dos Lugares**, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Com estes livros não se pretendeu exaurir as possibilidades de registro, pois o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe que outros livros poderão ser abertos para o registro de bens não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo 1º.

O processo de registro dos bens culturais em livros se assemelha ao processo de tombamento, mas não produz os efeitos restritivos que são próprios aquele. O registro identifica a referência cultural e, na medida em que contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural.

#### ***4.2 o Estado de Minas Gerais***

Com base na competência concorrente estabelecida, os Estados membros da federação podem e devem produzir legislação capaz de preservar as referências materiais e imateriais que constituem o patrimônio cultural.

No Estado de Minas Gerais, o art 3º da Lei Estadual nº 11.726/94, determina que “constituem patrimônio cultural mineiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que contenham referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade mineira, entre os quais se incluem: I - as formas

de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, tecnológicas e artísticas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados a manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, espeleológico, paleontológico, ecológico e científico.”

Regulamentando a resposta protetiva ao patrimônio cultural imaterial, o Decreto nº 42.505, de 15 de abril de 2002, instituiu formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural de Minas Gerais. O parágrafo 1º do art. 1º do referido Decreto Estadual reproduz a classificação dos livros imposta pelo Decreto Federal e determina que a inscrição do bem imaterial se dê em livros destinados ao registro dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, ou dos Lugares.

### ***4.3 O Município de Belo Horizonte***

O município de Belo Horizonte, no exercício da competência suplementar que lhe foi deferida para viabilizar as atividades de proteção aos bens culturais, editou as Leis Municipais 3.802, de 06 de julho de 1984, e nº 9000, de 29 de dezembro de 2004.

No que diz respeito ao patrimônio imaterial, a Lei 9000/04, em seu artigo 1º, parágrafo 1º determina que “são considerados bens culturais de natureza imaterial: I - os processos de criação, manutenção e transmissão de conhecimento; II - as práticas e as manifestações dos diversos grupo socioculturais que compõem a identidade e a memória do município; III - as condições materiais necessárias ao desenvolvimento dos procedimentos de que tratam os incisos I e II e os produtos de natureza material derivados.”

Nos parágrafos 6º e 7º da referida lei consta que os registros dos bens imateriais também deverão ser feitos em livros próprios destinados ao assentamento dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, e dos Lugares, sem prejuízo da abertura de outros livros para o registro de bens que não se enquadrem nos anteriormente mencionados. Segundo disposto no parágrafo 4º, o registro de bens culturais de natureza imaterial é de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, que teve seu regimento interno aprovado pelo Decreto nº 5.531, de 17 de dezembro de 1986.

## **5. Atribuições executivas**

A constituição brasileira, em seu art. 215, determina expressamente que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

Para o pleno desenvolvimento da atividade protetiva do patrimônio cultural, a carta magna estabeleceu competência comum da União, dos Estados do distrito Federal e dos Municípios para

proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, incisos III, IV e V).

A competência comum estabelecida pela constituição significa que os quatro entes da federação brasileira possuem poderes não privativos para realizar as obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público. Os regras da competência comum constituem objetos para uma preocupação e atuação protetiva concomitante dos entes federativos.<sup>42</sup> Na verdade, a competência comum evidencia que a obrigação de proteger os bens culturais é solidária entre os entes federativos. Em outras palavras, a coletividade possui o direito de cobrar do poder público, em todos os níveis, prestações protetivas dos bens culturais.

Ressalte-se que a Constituição da República ainda atribuiu, no inciso III de seu art. 129, ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente. Na legislação infra-constitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, em seu art. 25, inciso IV, expressa sua obrigação institucional de instaurar o inquérito civil e manejar a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. No âmbito do Ministério Público Federal, a Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, em seu art. 5º, inciso III, alínea “c”, expressamente dispôs que ao Ministério Público cabe a defesa do patrimônio cultural. Da mesma forma, para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, em seu art. 66, inciso VI, alínea “a”, determina ser função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Isso significa que o Ministério Público é um dos órgãos estatais obrigados a oferecer respostas protetivas do patrimônio cultural.

## **6. Formas de proteção**

No parágrafo 1º de seu art. 216 a Constituição Federal estabelece que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” A disposição constitucional deixa claro que a enumeração dos

---

<sup>42</sup> HORTA, Raul Machado. *Ob. cit.*, p. 36-365.

instrumentos de proteção é meramente exemplificativa, podendo ser utilizados outros instrumentos protetivos como a ação civil pública. Com certeza, vislumbrar formas de efetiva proteção ao patrimônio cultural constitui desafio importante e constante para todos os responsáveis pela prestação da atividade protetiva prometida constitucionalmente.

## 6.1 Tombamento

O tombamento é a forma de proteção mais divulgada e utilizada pelas administrações públicas para identificar o valor cultural de determinado bem e estabelecer restrições que o protejam. Pode-se entender por tombamento:

“o ato final de um procedimento administrativo, resultante do poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação cultural.”<sup>43</sup>

A palavra “tombo” provém do direito português mas tem origem no latim *tumulus*, que significa elevação da terra e foi utilizada para a demarcação de bens, talvez por haver marcos com alteamentos dos limites das terras. O tombamento tem o significado de lançar em livro de tombo e não se confunde o ato de “por abaixo”. O tombamento é apenas, hoje, a inscrição no livro do tombo, tal como acontecia com os bens da Coroa que eram registrados nos livros guardados na Torre do Tombo, em Lisboa.<sup>44</sup>

Essencialmente, o tombamento retrata a identificação e o registro de determinado bem que é considerado valioso.<sup>45</sup> Materialmente, o tombamento se expressa pela inscrição do bem em um dos livros denominados “livros de tombos” instituídos pela administração. Contudo, o tombamento constitui forma de proteção ao patrimônio cultural na medida em que impõe restrições em favor da preservação do bem identificado como de valor cultural. O tombamento implica no reconhecimento do valor cultural do bem, que é preexistente ao ato jurídico, mas constitui regime especial de proteção que impõe observar certas restrições. Desta forma, as restrições somente podem ser impostas após o ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 278. Vale observar que a doutrina nacional diverge quanto ao tombamento instituir uma limitação administrativa ou uma servidão administrativa.

<sup>44</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., tomo 6, p. 371 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 486.

<sup>45</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 75. Esclarece a autora que : “os vocábulos tombamento, tombo, tomar, segundo os principais dicionários e enciclopédias contemporâneos, ligam-se ao mesmo corpo semântico, significando registro, inventário e arrolamento.”

<sup>46</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 96. Alerta a autora que o tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, salvo no que diz respeito às restrições à alienabilidade.

Os artigos 11 a 20 do Decreto-Lei 25/37 tratam dos efeitos do tombamento e determinam restrições a alienabilidade, ao deslocamento e ao uso do bem. Conforme o art.17 do referido Decreto, as coisas tombadas não poderão, em nenhum caso ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem tampouco, sem prévia autorização especial do órgão competente, ser reparadas, pintadas ou restauradas. As restrições impostas pelo tombamento não se limitam ao proprietário do bem tombado, alcançando também a terceiros. Nesse sentido, o art. 18 do Dec.-Lei 25/37 determina que sem prévia autorização do órgão competente não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes.

Vale observar, no entanto, que o tombamento não interfere no domínio da coisa tombada. Fica claro no Decreto-Lei 25/37 que o tombamento pode recair sobre bens públicos ou privados. Se o poder público entender que a proteção exige interferência no domínio do bem, deverá utilizar a desapropriação.

Oferecendo suporte às restrições impostas pelo ato de tombamento, o art. 63 da Lei 9.605/98 tipifica como criminosa a conduta de “alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.”

Resta claro que, por sua característica fundamental de impor restrições às faculdades da propriedade, o tombamento é forma protetiva que não tem aplicação aos bens de natureza imaterial.<sup>47</sup> No entanto, há que se ressaltar que o tombamento não constitui única forma de proteção dos bens culturais. Em atenção ao poder/dever do Estado em proteger as manifestações culturais, garantido a todos o acesso às fontes de cultura, é necessário desenvolver outros instrumentos de proteção capazes de oferecer tutela adequada às diversas formas de expressão da cultura nacional.

Com razão, nos últimos anos, o poder público vem sofrendo críticas no sentido de que a política de proteção ao patrimônio cultural é elitista, centrada unicamente no instrumento de tombamento e direcionada aos monumentos de *pedra e cal* construídos pelo poder civil e eclesiástico. Uma tal política é, sem dúvidas, excludente por não acolher a diversidade das manifestações culturais do povo brasileiro.

## 6.2 Registro documental

Segundo o marco regulatório estabelecido pela União, o registro documental é a forma de proteção adequada ao trato dos bens culturais imateriais. Mas, o registro de um bem cultural em livro, por si só, não pode estabelecer forma de proteção do bem cultural. A inscrição do bem no livro pressupõe a constituição de um dossiê que contenha a descrição pormenorizada do bem

---

<sup>47</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Ob. cit.*, p. 85 e CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 69-70.

cultural a ser registrado, bem como a especificação dos elementos que foram considerados culturalmente relevantes. É o dossiê do bem registrado que viabiliza o conhecimento da manifestação cultural. Por isso, a noção de “registrar” em documento deve ser ampla para abranger qualquer fixação de informações em suporte físico, como a gravação de CDs, DVDs e outros meios que permitam o maior e melhor armazenamento de informações.

A Lei Municipal 9000/04 é bastante esclarecedora quanto a natureza e aos objetivos do registro documental. Conforme o parágrafo 2º do art. 1º da referida lei, “o registro de bens culturais de natureza imaterial é o ato pelo qual a administração municipal reconhece a legitimidade dos bens culturais de natureza imaterial e promove a salvaguarda destes, por meio dos seguintes procedimentos: I – identificação; II – reconhecimento; III – registro etnográfico; IV – acompanhamento de seu desenvolvimento histórico; V – divulgação; VI – apoio; VII – outras formas de acautelamento e preservação.”

O parágrafo 3º do art. 1º da mesma lei ainda deixa claro que “o objetivo do registro de bens culturais de natureza imaterial é proteger a cultura dos diversos grupos sociais que compõem o município, a fim de garantir as condições de existência e a manutenção dos bens culturais de natureza imaterial, sem tutela ou controle de práticas e de manifestações desses grupos.”

Sem dúvidas, a proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidos na manifestação cultural. Veja-se o exemplo do conhecimento tradicional de comunidades locais ou indígenas.

O conhecimento tradicional das comunidades locais ou indígenas, muitas vezes, indica a utilização industrial de determinado recurso natural. O acesso a esses recursos e utilização do conhecimento tradicional importa em verdadeira intervenção na cultura das comunidades que incorporaram às suas tradições os conhecimentos sobre a potencialidade dos recursos naturais.

Em respeito ao patrimônio cultural das comunidades locais ou indígenas, o poder público deve assegurar proteção ao direito dessas comunidades de, eventualmente, não permitir a utilização de seu conhecimento tradicional. Por outro lado, é necessário reconhecer os direitos das comunidades de se beneficiar coletivamente por suas tradições e conhecimentos, bem como de serem devidamente compensadas quando ocorrer a utilização industrial dos mesmos.

O respeito às comunidades locais ou indígenas, talvez, seja um dos maiores desafios à sociedade pós-moderna, que é conduzida pela lógica da globalização das oportunidades de ganhos. Lamentavelmente, o Brasil nunca se caracterizou por respeitar tais comunidades. O registro formal da existência e valor do conhecimento tradicional das comunidades poderá instrumentalizar ações protetivas concretas, em caso de desrespeito a aos direitos decorrentes do reconhecimento do patrimônio cultural.

O registro documental, ao contrário do tombamento, é meramente declaratório do valor cultural do preexistente no bem a que se refere. Não produz qualquer efeito restritivo. O registro só pode ser considerado resposta estatal protetiva do patrimônio cultural na medida em que a declaração de valor contribua para a divulgação da manifestação cultural e possibilite a todos o acesso às fontes de cultural nacional, como determina o art. 215 da CF/88.

Vale observar que o registro documental não é pressuposto de outras formas de incentivo e apoio à manifestação cultural. A Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que estabelece o Programa Nacional de Apoio à Cultura - Pronac, por exemplo, não condiciona a obtenção de recursos para a realização de projetos culturais ao registro documental ou tombamento dos bens culturais.<sup>48</sup>

## **7. Intervenção do Ministério Público**

A intervenção do Ministério Público na proteção do patrimônio cultural imaterial deve ser entendida como resposta obrigatória do Estado, na realização do mandamento garantidor imposto pela constituição. Em poucas palavras: o Ministério Público é constitucionalmente obrigado a proteger o patrimônio cultural imaterial.

No entanto, uma intervenção que envolva bens jurídicos imateriais exige do membro do Ministério Público o exercício de habilidades, até então, pouco estimuladas e desenvolvidas. Por isso, é necessário refletir sobre as formas e oportunidades de intervenção ministerial mais adequadas para o cumprimento da obrigação institucional.

### **7.1 Identificação de valor cultural**

Lamentavelmente, o trabalho do Poder Público para a identificação dos bens culturais de natureza imaterial ainda é incipiente. Para se ter um exemplo, até hoje, em Minas Gerais, o IEPHA somente procedeu ao registro de um bem cultural de natureza imaterial. Trata-se do processo de

---

<sup>48</sup> O Pronac tem a finalidade de captar e canalizar recursos para o setor cultural de modo a: I - contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais; II - promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais; III - apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores; IV - proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional; V - salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira; VI - preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro; VII - desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos ou nações; VIII - estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória; IX - priorizar o produto cultural originário do País.

fabricação artesanal do queijo do Serro.<sup>49</sup> Na União a situação não é diferente e somente quatro manifestações culturais foram registradas.<sup>50</sup>

Considerando a capilaridade que o Ministério Público Estadual possui, pode-se vislumbrar a concreta possibilidade de identificação das manifestações culturais que se desenvolvem no âmbito das comarcas. Por meio de inquérito civil<sup>51</sup>, o Promotor de Justiça pode constituir dossiê que reúna dados que o habilitem a provocar o procedimento de registro do bem cultural no órgão do patrimônio cultural. Conforme a abrangência da manifestação cultural, o Promotor pode provocar o órgão federal, estadual ou municipal para que proceda a análise do dossiê constituído e, eventualmente, o registro documental.

Vale observar que o trabalho ministerial não perde a razão de ser nos casos em que não exista órgão estadual ou municipal de proteção ao patrimônio cultural, em que o órgão de defesa do patrimônio existente deixe de proceder ao exame do dossiê ou venha a indeferir o registro documental. De qualquer forma, ainda pode (deve) o Promotor encaminhar cópia do dossiê ao arquivo público (estadual ou municipal), à biblioteca nacional e, até mesmo, a um banco de dados do próprio Ministério Público, de modo que o material produzido possa servir para divulgação e posterior pesquisa sobre o bem cultural, viabilizando a todos o acesso às fontes de cultura, conforme determina o art. 215 da CF/88.

## 7.2 Estudo de impacto sobre o patrimônio cultural

A Constituição Federal, no parágrafo 1º, inciso IV, de seu art. 225, determina que o poder público está obrigado a exigir estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental.<sup>52</sup>

O estudo prévio de impacto ambiental deve atender aos termos da Resolução 001/86 do CONAMA. De acordo com o art. 5º da referida Resolução o estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá as diretrizes gerais que menciona. Entre elas, no art. 6º, a Resolução menciona que o estudo deve conter diagnóstico ambiental da área de influência do projeto sobre “os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade”. A Resolução fez

---

<sup>49</sup> <http://www.iepha.mg.gov.br/bensregistrados.htm>, capturado em 20.02.05. o registro foi procedido no Livro dos Saberes, em 07 de agosto de 2002.

<sup>50</sup> <http://www.iphan.gov.br/bens/P.%20Imaterial/imaterial.htm#programatexto>, capturado em 20.02.05. Encontram-se registrados a *Arte Kusiwa* e o *Samba de Roda no Recôncavo Baiano*, ambos no livro das Formas de Expressão, o *Ofício das Painelas de Goiabeiras*, no livro dos Saberes, e o *Círio de Nossa Senhora de Nazaré*, no livro das Celebrações.

<sup>51</sup> Conforme art. 26, inciso I, da Lei 8.625/93, art. 7º, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 75/93 e art. 67, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34/94 (MG).

<sup>52</sup> A Resolução nº 001/86 do CONAMA, em seu art. 2º, enumera exemplos de atividades potencialmente poluidoras que exigem a realização de estudo prévio de impacto.

referência expressa apenas ao patrimônio cultural material. No entanto, a enumeração feita não é taxativa e a obrigação constitucionalmente imposta não se limita aos cuidados com os bens culturais materiais. Muito ao contrário, também é obrigação do poder público exigir estudo prévio sobre os impactos que o empreendimento possa causar nos bens de natureza imaterial.

Por isso, cabe ao Ministério Público fiscalizar a atuação dos órgãos ambientais de modo a fazer com que no licenciamento de empreendimentos que potencialmente possam interferir em manifestações culturais imateriais a questão seja exaustivamente avaliada. Veja-se o exemplo da usina hidroelétrica de Irapé –MG e suas influências sobre áreas remanescentes de quilombos.

### 7.3 Ação Civil Pública

A ação civil pública é o instrumento de intervenção judicial protetiva do patrimônio cultural de que o Ministério Público dispõe, sendo que a referida ação pode ter como objetivos a reparação, indenização ou prevenção dos danos, bem como a inibição ou remoção de condutas contrárias ao direito. O manejo da ação civil pública pode materializar tutelas efetivamente protetivas do patrimônio cultural imaterial. É o caso da ação proposta contra o órgão ambiental, pedindo que o mesmo seja condenado a exigir o estudo prévio de impacto sobre o meio ambiente cultural em determinado processo administrativo de licenciamento ambiental. Da mesma forma, se um determinado empreendimento já em atividade estiver interferindo nocivamente em bens culturais imateriais, a ação civil pode ser manejada contra o empreendedor para obter condenação que lhe imponha a obrigação de não continuar com a atividade e reparar os danos verificados. Pode-se até instrumentalizar tutela inibitória visando impedir o uso industrial, não autorizado, de conhecimento tradicional. Vale lembrar que os mesmos efeitos podem ser mais rapidamente obtidos por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, nos moldes do parágrafo 6º do art. 5º da Lei 7.347/85, se houver concordância dos envolvidos em realizar as medidas protetivas necessárias.

A ação civil pública pode ser manejada para a tutela de bem que ainda não tenha sido reconhecido como de valor cultural pelo poder público.<sup>53</sup> Sem dúvidas, a proteção que o Ministério Público e o Poder Judiciário estão obrigados a oferecer ao patrimônio cultural não depende da iniciativa da administração pública em promover o tombamento ou o registro documental do bem cultural. Tal conclusão decorre do princípio da indeclinabilidade da jurisdição que ressalta a obrigação do magistrado em tornar efetiva a tutela jurídica conferida constitucionalmente. A final, a constituição reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no inciso XXXV de seu art. 5º. Isto significa que o Estado-juiz também é destinatário do dever de proteção e a ele cabe prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos fundamentais.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup>FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126. Nesse sentido, também vale citar o acórdão do TJMG no Recurso de Agravo nº 1.0000.00.335443-8/000(1), cujo relator foi o eminente Des. Wander Marota.

<sup>54</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 187-188.

Já se discutiu na doutrina sobre a possibilidade de manejar a ação civil pública em face do órgão cultural pleiteando condenação que o obrigue a proceder ao tombamento de bem cultural. Considerando que o reconhecimento de valor cultural é ato discricionário da administração pública, Sonia Rabello entende que o Poder Executivo não pode ser substituído nesta apreciação discricionária pelo Poder Judiciário.<sup>55</sup> Já Hely Lopes Meirelles sustentou a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização do tombamento, nos casos em que sua omissão trouxer prejuízos à proteção do bem.<sup>56</sup> Édis Milaré, por outro lado, entende que o Poder Judiciário pode declarar a existência de valor cultural no bem e estabelecer as restrições necessárias à sua preservação, cabendo a fiscalização e aprovação de intervenções que possam lhe trazer repercussões aos órgãos especializados do Poder Executivo.<sup>57</sup> No caso de bens imateriais, as mesmas dúvidas podem se apresentar quanto a um pedido de condenação consistente em obrigação de fazer o registro documental. Contudo, uma exame mais cuidadoso faz perceber que a polêmica não mais se justifica.

Hoje a doutrina percebe que da garantia constitucional aos direitos fundamentais decorrem correlatos direitos à prestação de proteção que são oponíveis às três esferas de manifestação de poder do Estado. O novo sistema processual em vigor, em especial após a nova redação do art. 84 do CDC que é aplicável à defesa do patrimônio cultural por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. No contexto das tutelas de afastamento do ilícito e inibitória<sup>58</sup>, o juiz pode declarar a existência de valor cultural de determinado bem e estabelecer medidas mais adequadas à sua proteção ou determinar que a administração proceda ao tombamento ou ao registro documental do bem cultural, conforme o caso. Se o Poder Executivo possui autonomia para identificar o valor cultural dos bens, o Poder Judiciário também o possui.

Cabe observar, no entanto, que quando o juiz optar por declarar o valor cultural dos bens materiais ainda é necessário o estabelecimento de medidas restritivas análogas ao do tombamento. De mesma forma, no caso dos bens imateriais a proteção efetiva não se opera tão somente por seu registro nos livros próprios da administração. É necessário constituir dossiê descritivo que permita a conservação fiel da memória de suas manifestações e disponibilizá-lo à consulta pública, de modo a permitir a comunidade o livre e permanente acesso aos dados relativos ao bem cultural. Nos termos do art. 215 da CF, a efetividade da proteção ao bem cultural exige garantir o acesso às fontes de cultura e isto pode ser feito, até mesmo, sem o registro nos livros da administração. Não é o registro nos livros que estabelece efetiva proteção ao bem cultural imaterial, mas a preservação de sua memória e a disponibilização ao público das informações que lhe são pertinentes.

---

<sup>55</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. *Ob. cit.*, p. 95.

<sup>56</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 491.

<sup>57</sup> MILARÉ, Édis. *Ob. cit.*, p. 212-213.

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 263-269.

Este fato reforça o entendimento de que é imprescindível a atuação ministerial no sentido de colher informações sobre a existência e características do bem cultural imaterial. Se a medida protetiva adequada é aquela capaz de preservar a memória da manifestação cultural e permitir a todos o acesso às informações que lhe são pertinentes, a atuação extrajudicial do Ministério Público pode ser até mais efetiva do que uma sentença judicial que determine apenas o registro do bem em livros da administração.

A semelhança do que ocorre com a diversidade biológica, devemos temer pela extinção de algumas manifestações de nossa diversidade cultural. Pode-se dizer que o nosso desafio é relegar ao desuso o velho ditado segundo o qual “o brasileiro tem memória curta.” Se cada Promotor de Justiça, no âmbito de sua comarca, puder reunir e divulgar informações sobre uma das variadas formas de expressão, dos pensares, dos fazeres, dos tocares, dos cantares e das histórias do povo mineiro que ali se desenvolvem a cultura de nosso povo continuará sendo sempre muito rica.

## 8. Conclusões

De toda a reflexão desenvolvida pode-se chegar as seguintes conclusões:

O patrimônio cultural é parte integrante do meio ambiente e, como tal, recebe as garantias constitucionais próprias aos direitos humanos fundamentais. Isto significa que é ilícita a omissão do poder público em promover as ações protetivas do patrimônio cultural. Tal consideração ainda implica na aplicação da responsabilidade objetiva pela reparação e/ou indenização pelos danos que lhe forem causados, a teor do disposto no parágrafo 1º, do art. 14 da Lei Federal 6.938/81.

O Ministério Público é um dos obrigados a oferecer resposta estatal protetiva do patrimônio cultural. No desempenho de suas funções institucionais, deverá utilizar de todos os instrumentos jurídicos postos a sua disposição para tornar efetiva a proteção ao patrimônio cultural imaterial. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público na defesa do patrimônio cultural imaterial:

- a) fiscalizar a exigência de estudo prévio de impacto no patrimônio cultural imaterial, quando do licenciamento ambiental;
- b) instaurar inquérito civil para colher informações relevantes sobre a existência e características fundamentais dos bens culturais imateriais;
- c) provocar os órgãos do patrimônio cultural para que seja iniciado o procedimento de registro documental do bem cultural;
- d) encaminhar os dados colhidos no inquérito civil aos bancos de dados públicos que possam permitir o acesso da população às fontes de cultura, neles incluído o banco de dados do próprio Ministério Público.

## BIBLIOGRAFIA

- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves ed., 1980.
- CASTRIOTA, Leonardo Barci. Patrimônio: conceito e perspectivas. In *Preservação do Patrimônio cultural – nossas casas e cidades, uma herança para o futuro !*. Coord. Altamiro Sérgio Mol Bessa. Belo Horizonte: Crea-MG, 2004.
- CASTRO, Sonia Rabello de. *O estado na preservação de bens culturais – o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (o caso do parque do povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., tomo 6.
- PINTO, Antonio Carlos Brasil. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. Campinas, Papirus, 2003.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, Darci. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1972.
- SANTOS, Theobaldo Miranda. *Manual de Sociologia*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1971.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

# A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO ARQUIVÍSTICO SOB A GUARDA DO PODER JUDICIÁRIO

## (O PROBLEMA DA ELIMINAÇÃO E DO ACESSO AOS AUTOS PROCESSUAIS FINDOS)

Marcos Paulo de Souza Miranda<sup>59</sup>

**SUMÁRIO: 1. A RELEVÂNCIA CULTURAL DOS ARQUIVOS JUDICIAIS. 2. PROTEÇÃO LEGAL. 3. OS PROBLEMAS DOS ARQUIVOS JUDICIÁRIOS EM MINAS GERAIS. 4. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 5. CONCLUSÕES.**

*“No Brasil, a eliminação de documentos arquivísticos não causa espanto, já que, por infelicidade, as pessoas não consideram os documentos públicos como algo que lhes diga respeito. A perda desses documentos, portanto, não provoca nenhum sentimento de dor, como no caso do Palace. Do mesmo modo que a eliminação sumária dos registros pessoais esvaziou as experiências individuais dos sobreviventes do Rio de Janeiro, os cidadãos brasileiros têm suas existências minadas em todos os momentos em que os registros documentais de nossas instituições são (deliberadamente, ou por descaso) eliminados. Apenas um novo posicionamento dos indivíduos para com sua história pessoal e para com suas relações com o poder público poderá modificar este estado de coisas. Do contrário, os inúmeros Palaces dos documentos públicos e privados continuarão a desabar despercebidos, em silêncio, soterrando com eles o direito dos cidadãos de construir sua própria história”. (André Porto Ancona Lopez. As lições do Palace-II e os registros para a memória. Revista da Associação dos Docentes da Universidade Estadual de Maringá – ADUEM, 1998)*

### 1. A relevância dos arquivos judiciais.

Até meados do século XIX os hoje chamados e aclamados Inconfidentes Mineiros, que há mais de seis décadas haviam arquitetado um plano para libertar a Capitania de Minas Gerais do poderio do Governo Português, não passavam, aos olhos de grande parte da população brasileira, de um bando de criminosos oportunistas que haviam traído sua Rainha e, por tal razão, foram merecedores de penas exemplares tais como o esquartejamento, o açoite em praça pública e o degredo para terras inóspitas. O próprio chefe da conjuração foi retratado por historiadores daquela época como uma pessoa inescrupulosa, ávida pelo poder, de conduta social pouco recomendável.

A verdade sobre a inteireza e a grandeza do movimento libertário ocorrido em Minas Gerais no século XVIII só começou a ser resgatada a partir da descoberta do processo

---

<sup>59</sup> Promotor de Justiça em Minas Gerais. Coordenador Auxiliar do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural das Cidades Históricas de Minas Gerais. Membro da Associação Brasileira dos Pesquisadores de História e Genealogia e do Colégio Brasileiro de Genealogia.

criminal aberto contra os conjurados, processo este que ficou “metido em um saco verde”, esquecido por quase um século na Secretaria do Império<sup>60</sup>, no Rio de Janeiro, embora muitos pensassem que ele estivesse em Lisboa. Somente em 1894 é que o historiador Mello Moraes Filho obteve permissão para publicar o teor dos chamados “Autos de Devassa da Inconfidência Mineira”, o que permitiu uma interpretação mais real e justa do movimento inconfidente.

Esta breve explanação serve para demonstrar – com um exemplo concreto e digno de nota - a importância dos processos judiciais findos como preciosas fontes de informação, cuja conservação deve ser assegurada em prol da manutenção de nosso patrimônio cultural.

Qual seria hoje nossa concepção acerca da inconfidência mineira e de seus protagonistas se os Autos de Devassa tivessem sido destruídos ou extraviados? Teríamos o mesmo respeito e admiração por Tiradentes, que antes da descoberta dos documentos era ridicularizado e tratado como um verdadeiro pária? Seria ele, hoje, considerado oficialmente o patrono cívico da nação brasileira?

Indiscutível, pois, a importância da preservação dos processos judiciais findos que são patrimônio público tanto no sentido administrativo quanto do ponto de vista cultural. Como depositária desse relevante patrimônio, incumbe à Justiça o dever de zelar por ele e propiciar o acesso a seus documentos, de modo a assegurar o direito à informação (art. 5º, XIV –CF/88), bem como cumprir o dever de preservar o patrimônio cultural (arts. 215 e 216 – CF/88), já que os processos sob a guarda do Poder Judiciário constituem elementos para o exercício da cidadania, bem como base de preservação da memória da sociedade.

Como salienta com propriedade Maria Thétis Nunes em seu artigo intitulado *A importância dos arquivos judiciais para a preservação da memória nacional*:

*Sem incursão nos arquivos judiciários será impossível retratar a evolução social brasileira, seus conflitos, seus problemas. Testamentos, inventários, processos criminais "revelando degradações ou paixões humanas"; a página negra da escravidão africana com seus horrores e crimes, a luta do escravo, individualmente ou nos quilombos e mocambos, demonstram os documentos, bem como a espoliação do índio pelo colonizador e sua resistência; a afirmação do patriarcalismo despótico dos donos do poder, a situação da mulher na sociedade patriarcal e suas tentativas de afirmação, a atuação da Igreja na vida social, a importância das irmandades religiosas, que os documentos nos revelam, representando o desejo, por parte do povo, de formar comunidades, de não se deixar reduzir a uma simples massa anônima e manipulada segundo os ditames da cultura dominante. Os documentos dizem que essas comunidades surgiram para tentar salvar a dignidade humana diante do cataclisma que foi a introdução do sistema colonial para os pobres. Por vezes a última dignidade como o direito a um enterro decente: muitas sociedades surgiram no Brasil para garantir o caixão para os sócios. Os documentos arrolados através do tempo contribuem para se acompanhar a evolução política do Brasil, a luta pelo poder entre os potentados locais e suas conseqüências, eleições e a corrupção que as revestiam, a formação das facções políticas, as relações de trabalho, o surgimento do sindicalismo. Fixação de negócios, problemas comerciais, partilha de terra e as lutas originadas, organização de indústrias, a decadência dos engenhos e suas conseqüências podem ser conhecidos através de documentos nos arquivos judiciais.<sup>61</sup>*

<sup>60</sup> Autos de Devassa da Inconfidência Mineira. Complementação Documental. Museu da Inconfidência. Ouro Preto, 2001, v. 11, p. 10.

<sup>61</sup> NUNES, Maria Thétis. *A importância dos arquivos judiciais para a preservação da memória nacional*. Disponível no site [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br).

Desta forma, a preservação dos processos depois que os mesmos cumpriram o seu objetivo imediato de busca de uma decisão judicial é medida que se impõe uma vez que eles passam de “*arsenal da administração da justiça para celeiro da história*”.

Com efeito, os documentos do Poder Judiciário têm papel fundamental em um processo de mais longa duração: o direito à memória. Eles devem, portanto, ser conservados e organizados de forma que possibilitem a pesquisa histórica. O direito à memória significa não só criar condições para os pesquisadores realizarem suas pesquisas, mas, também, para a sociedade constituir e reforçar sua identidade cultural.<sup>62</sup>

## 2. Proteção legal

Apesar dessa imensa importância para a memória nacional, o Código de Processo Civil editado no ano de 1973 dispunha em seu art. 1215 que os autos processuais poderiam ser eliminados por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data do arquivamento.

A matéria suscitou grande polêmica por ocasião da tramitação do projeto do CPC no Congresso Nacional, sendo que o Conselho Federal de Cultura, através de ofício subscrito pelo Professor Sylvio Meira, manifestou sua absoluta reprovação à previsão de destruição de processos, merecendo destaque o seguinte trecho:

*O valor histórico do documento só a posteridade dirá. Não podemos sacar no futuro, em matéria de valorização de documentos. Acresce que não apenas a História, conforme já salientei, se liga aos processos arquivados. Numa ação judicial de nossos dias poderão os vindouros investigar aspectos financeiros, econômicos, artísticos e outros, que se espraiam por todos os domínios da curiosidade humana.*

...

*O que procura o projeto em debate é, no entanto, um incêndio voluntário, de todos os processos, decorridos cinco anos. Entendo que deve ser sugerida uma substituição do artigo, por outro, em que se diga: ‘É vedada a destruição, por qualquer forma, de autos arquivados. Parágrafo único: O Poder Público, através dos órgãos competentes, organizará museus e arquivos judiciais, para preservação de todos os papéis e documentos que serão recolhidos depois de decorridos dez anos de encerramento do processo.’<sup>63</sup>*

Mas mesmo assim o dispositivo, com sua redação original, foi aprovado. Absolutamente despropositado, ele possibilitava a eliminação sem maiores cerimônias de preciosas fontes de informação em um lapso temporal extremamente exíguo<sup>64</sup>, comprometendo não só interesses privados de ordem processual como, obviamente, o direito coletivo à memória. Logo, não poderia tal artigo permanecer em vigência e não tardaram as reações do próprio governo para reparar o grave equívoco cometido contra o patrimônio cultural brasileiro.

O Ministro Aliomar Baleeiro, em manifestação publicada na Folha de São Paulo de 25 de junho de 1976, escreveu sobre o dispositivo legal em referência:

---

<sup>62</sup> Proposta de critérios de seleção de autos findos para a preservação da memória nacional. Comissão Técnica Interdisciplinar para Gestão de Documentos da Justiça Federal. Disponível no site [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br)

<sup>63</sup> VALLADÃO, Haroldo. Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. XIII, p. 129-130.

<sup>64</sup> Segundo Maria Thétis Nunes (op. cit.) em 1975 um juiz corregedor de São Paulo teria mandado incinerar 100 toneladas de processos.

*Graças a Deus, por escandaloso que pareça, foi louvável uma bruta ilegalidade cometida pelo Sr. Geisel quando, em 16.06.75, por mero ato do Executivo suspendeu, sem cerimônia, um dispositivo de lei do congresso, o artigo 1215 do novo Código de Processo, que permitia a qualquer escrivão tocar fogo, destruir mecanicamente ou por outro meio adequado, os autos judiciais depois de cinco anos de arquivamento. O ato do Presidente, crime de responsabilidade, poderia metê-lo num processo de 'impeachment', mas salvou o Brasil de imensos prejuízos nascidos de uma tolice legislativa, oriunda de projeto do Executivo que a inadvertência do Congresso converteu em lei. O pecado formal e benemérito já está corrigido, porque a Lei 6.246, de 07.10.75, suspendeu a vigência daquele asnático artigo 1.215 do CPC, sanando a falta de competência do Chefe da Nação para a providência drástica mas oportuna e inteligente.*

*Sei bem que a construção de um edifício a prova de fogo para o arquivo custa infinitamente mais que a matança dos nefastos e tenazes cupins. Mas a Nação não está tão pobre que não possa empregar uns poucos milhões nesta obra de investimento nacional, tanto mais quando gasta centenas de milhões, cada ano, em arapucas para repartições de terceira ordem em Brasília e por aí a fora.*

*O edifício para um arquivo nacional não precisa ser edificado em mármore com frontaria de vidro fumê, móveis anatômicos etc. etc. Seus visitantes são austeros investigadores que aceitam até o piso de cimento e não se fatigam de ir a locais em rua de terrenos menos valorizados...*

Como foi salientado pelo Eminentíssimo Ministro, a Lei 6.246 de 07 de outubro de 1975 determinou: *Fica suspensa a vigência do artigo 1.215 do Código de Processo Civil até que lei especial discipline a matéria nele contida.* Esta Lei, apesar de sintética, é de fundamental importância para análise de toda a temática envolvendo a preservação dos processos judiciais findos, uma vez que somente uma norma federal, que trate especificamente sobre a matéria, poderá dizer, eventualmente, da destruição física de autos findos.

Contudo, mesmo sendo evidente que somente lei federal poderia disciplinar a matéria, que é de cunho processual e cuja competência legislativa é reservada à União (CF/88, art. 22, I), vários Tribunais se arvoraram em legisladores e disciplinaram através de atos administrativos internos a destruição de processos, dando azo, mais uma vez, a perdas enormes para a cultura de nosso país.

Em Minas Gerais, por exemplo, a Resolução 267/1994 da Corte Superior do TJMG, autorizava a destruição de autos judiciais findos, argumentando que o arquivamento de tais processos constitui um dos mais tormentosos problemas da justiça, diante da impossibilidade de destinar espaços cada vez maiores para guarda de documentos forenses, com arquivos gigantescos e ineficientes e que a inexistência de lei, autorizando a incineração desses documentos, impunha a busca de solução pronta e eficaz, qual seja, um ato administrativo do próprio Tribunal.

Triste solução dada por quem tem o dever de assegurar o cumprimento das leis.

Já no Estado de São Paulo, em 1997 o Conselho Superior da Magistratura baixou o Provimento 556/97 autorizando a destruição de processos nos mesmos termos do que permitia o malfadado art. 1215 do Código de Processo Civil.

Indignada com a aberração, a Associação dos Advogados de São Paulo, em feliz iniciativa, impetrou mandado de segurança coletivo contra o ato, alegando violação aos arts. 22 e 133 da Constituição Federal e às Leis 8.159/91 e 6.246/75, mas o TJSP indeferiu a segurança

pleiteada ao argumento segundo o qual o ato impetrado encerrava norma administrativa de organização judiciária e não padecia de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Aviado recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça em decisão datada de 16 de abril de 2002 deu provimento ao apelo e reconheceu a flagrante ilegalidade do ato impugnado, que infringia frontalmente a Lei 6.246/75.

A ementa da decisão foi assim lavrada:

*RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESTRUIÇÃO FÍSICA DE PROCESSOS. PROVIMENTO CSM 556/97. NULIDADE. Recurso ordinário conhecido e provido para declarar a nulidade do Provimento nº 556/97 do Conselho Superior da Magistratura, por sua flagrante ilegalidade.<sup>65</sup>*

Paralelamente o Procurador-Geral da República, atendendo a representação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal inclusive pleiteando medida cautelar, que foi deferida nos seguintes termos:

*RELEVÂNCIA DA ARGÜIÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE, COM O ART. 22, I (COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL) E O ART. 48, CAPUT, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE PROVIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, QUE DISPÕE SOBRE A DESTRUIÇÃO FÍSICA DE PROCESSOS ARQUIVADOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS – Manifesto perigo da demora. Medida cautelar deferida. (STF – ADIMC 1919 – SP – TP – Rel. Min. Octavio Gallotti – DJU 09.11.2001 – p. 00042)*

Por ocasião da apreciação do mérito da ADIN, apesar de saber de antemão que o Recurso em Mandado de Segurança n. 11.824 havia sido julgado pelo STJ e que a decisão transitara em julgado, impossibilitando o julgamento da ação proposta junto ao Supremo Tribunal<sup>66</sup>, a Ministra Ellen Gracie proferiu seu voto, por considerar de grande importância a matéria sobre eliminação de autos.

A Ministra fez um profundo estudo das normas envolvendo a conservação de autos findos e rechaçou a tese de que a Lei 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, tenha autorizado a destruição de processos. Entendeu estar plenamente vigente a Lei 6.246/75, que remeteu a lei especial a disciplina da matéria.

Ademais, invocando lições de Pontes de Miranda, a Relatora sustentou a inconstitucionalidade de norma que autorize a destruição de processos judiciais arquivados exatamente pelo alcance constitucional do dever de preservação dos documentos de valor histórico e cultural, já que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso

<sup>65</sup> RSTJ vol. 158 p. 159

<sup>66</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROVIMENTO Nº 556, DE 14.02.1997, DO CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO – DESTRUIÇÃO FÍSICA DOS AUTOS DE PROCESSOS JUDICIAIS ARQUIVADOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA PROCESSUAL – ARTIGOS 22, I E 48, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Tendo em vista o trânsito em julgado de acórdão da egrégia Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.824, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 27.05.2002, concedeu a segurança pleiteada para declarar a nulidade do provimento impugnado, é de se reconhecer a perda superveniente do objeto da presente ação direta, tornando-se prejudicado o pedido formulado na inicial. (STF – ADI 1919 – SP – TP – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 01.08.2003 – p. 00099)

às fontes de cultura nacional, dentre as quais estão os documentos dotados de valor histórico (arts. 215, *caput*, e 216, IV, da Constituição Federal).

Esse posicionamento merece ser registrado de vez que se encontra em tramitação no Congresso Nacional, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, projeto de lei<sup>67</sup> que pretende autorizar a eliminação de processos findos, restabelecendo a vigência do descabido art. 1215 do CPC.

As decisões do STJ e do STF sobre a matéria tiveram uma repercussão extremamente benéfica para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, sendo que vários Tribunais que haviam trilhado o mesmo caminho do Conselho da Magistratura de São Paulo revogaram ou suspenderam os efeitos de seus atos administrativos.

Em Minas Gerais, por exemplo, a Resolução 267/1994 teve seus efeitos suspensos em 28 de dezembro de 1998, pela Resolução 344/98.

### **3. Os problemas dos Arquivos Judiciários no Estado de Minas Gerais.**

Em Minas Gerais, onde as primeiras comarcas foram criadas no início do século XVIII, o acervo documental de valor cultural sob a guarda do Poder Judiciário é enorme. Basta uma rápida visita às dependências dos fóruns principalmente das velhas cidades do interior para se deparar com processos envolvendo lavras de ouro, escravos (compra e venda, fugas, disputas pela propriedade etc), embates políticos travados pelos antigos “coronéis”, além de vários outros fatos sociais, econômicos e culturais importantes para a preservação da história de nosso povo.

Porém, são quase sempre críticas as condições de acondicionamento e organização desse precioso acervo.

Como é notório, desarquivar processos em tempo hábil em nosso Estado constitui-se uma meta difícil de ser alcançada, em decorrência da precariedade das condições e métodos de guarda e conservação adotados pelo Poder Judiciário. Quanto mais antigo é o documento procurado, maior é a dificuldade para a sua localização. A gestão de documentos arquivísticos é geralmente feita de forma mecânica e burocrática e os arquivos judiciais são como depósitos de papéis velhos, sendo o acesso às informações difícil não só para os cidadãos, como para os próprios juízes e membros do Ministério Público, embora seja prerrogativa destes últimos “examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (art. 41, VII, da Lei 8.625/93).

Ademais, os documentos de valor histórico não recebem tratamento especial e, muitas vezes, perdem-se definitivamente.

Enfim, os documentos sob a guarda do Poder Judiciário são tratados, quase sempre, como um fim em si mesmos e não como um meio de acesso a informações que permitam o exercício da cidadania e a consolidação da memória e da identidade cultural da sociedade. E se a guarda e a conservação dos documentos têm sido feita de um modo que dificulta o acesso ao seu conteúdo, os cidadãos estão sendo privados de seu direito à informação e também de outros direitos decorrentes do uso desses documentos como prova documental, perdendo estes a sua utilidade.

Como tentativa de minimizar os problemas enfrentados com a guarda e conservação dos processos findos a Corte Superior do TJMG baixou a Resolução 252/1993 que *Autoriza a transferência de autos judiciais definitivamente arquivados para Museus Públicos ou entidades oficiais assemelhadas*. Segundo a Resolução, nas comarcas onde exista Museu Público ou entidade oficial assemelhada, poderá ser autorizada, pelo Juiz de Direito Diretor do Foro, após ouvido o Corregedor de Justiça, a transferência, para essas entidades, dos autos de processos

---

<sup>67</sup> PL 2161/91, de autoria do Deputado José Luiz Clerot.

judiciais com decisão definitiva proferida há mais de 20 (vinte) anos, desde que por eles não se interesse a Superintendência da Memória do Judiciário Mineiro.

Tal ato administrativo, conquanto seja louvável no sentido de procurar assegurar a integridade dos processos judiciais findos, ao invés de simplesmente eliminá-los, implica, pelo seu teor, em uma definitiva e verdadeira alienação de um patrimônio cuja conservação é de responsabilidade do próprio Poder Judiciário. E pior: existem notícias de que alguns autos estão sendo encaminhados para instituições distantes de seus locais de origem, implicando em indevido deslocamento das fontes de cultura que devem, a princípio, ficar vinculadas aos locais onde foram produzidas.

Por isso, entendemos que apesar de ser viável a transferência de processos judiciais findos para museus públicos e entidades oficiais assemelhadas, enquanto não criado Arquivo do Poder Judiciário com capacidade para administrar o seu acervo documental, o ato respectivo não pode redundar em uma verdadeira “doação” dos processos a outro órgão uma vez que nos termos do art. 10 da Lei 8.159/91 (que não contrasta com a Lei 6.246/75, que diz respeito tão somente à destruição de feitos): *Os documentos de valor permanente são inalienáveis e imprescritíveis.*

E mais: sempre que possível deve-se assegurar a manutenção dos processos judiciais findos na própria comarca de origem, uma vez que como bens culturais os mesmos devem permanecer vinculados aos locais onde foram produzidos, por serem instrumentos de informação sobre a respectiva unidade judiciária.

A propósito, a conclusão de nº 11 da Carta de Santos enfatiza que: *Os bens culturais não devem ser retirados do meio onde foram produzidos ou do local onde se encontram vinculados por razões naturais, históricas, artísticas ou sentimentais, salvo para evitar o seu perecimento ou degradação, devendo ser reintegrado ao seu espaço original tão logo superadas as adversidades.*<sup>68</sup>

Outra preocupação que deve sempre estar presente nas hipóteses de transferência (sem alienação) do acervo do Poder Judiciário para outras instituições oficiais é a de impor formalmente ao ente destinatário dos autos processuais findos a obrigação de cumprir integralmente a Lei 8.159/91 e seus atos regulamentares, de forma a assegurar o alcance dos objetivos colimados por aquele diploma, tal como o direito de acesso à informação.

Sensível à temática atinente à preservação de seu patrimônio arquivístico, em iniciativa digna de aplausos, o TJMG através da Portaria 1.543/2003 constituiu uma comissão para elaborar estudos sobre a forma de implantar, disciplinar e normatizar a gestão dos documentos e das atividades arquivísticas do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, reconhecendo expressamente a necessidade de uma política integrada de classificação, avaliação, descrição e preservação dos documentos arquivísticos do Poder Judiciário e afirmando que a organização da documentação pública é indispensável para que cidadão possa ter acesso aos instrumentos de garantia de seus direitos.

Espera-se que esta Comissão cumpra cabalmente o papel a que se destina e promova efetivamente a preservação do relevante patrimônio cultural que se encontra sob a guarda do Poder Judiciário.

De qualquer sorte, há necessidade de uma mudança de postura do Ministério Público em relação à preservação dos processos judiciais findos, de forma que a instituição possa estar sempre vigilante em relação a esta temática e possa alcançar a proteção aos direitos estabelecidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional pertinente.

---

<sup>68</sup> II Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de setembro de 2004, na cidade de Santos. Inteiro teor disponível em: [www.mp.mg.gov.br/geppc](http://www.mp.mg.gov.br/geppc)

#### 4. A atuação do Ministério Público

Na qualidade de defensor do regime democrático, guardião do ordenamento jurídico pátrio, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e como titular das ações penal e civil públicas (arts. 127 e 129 da CF/88), instrumentos previstos constitucionalmente e que viabilizam a tutela, dentre outros bens jurídicos, do patrimônio cultural brasileiro, incumbe grande parcela de responsabilidade ao Ministério Público no que tange a assegurar que o Poder Judiciário cumpra as determinações legais vigentes sobre a preservação e o acesso ao patrimônio arquivístico sobre sua guarda.

Com efeito, a Constituição Federal elenca como um dos pilares fundamentais da democracia o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV), já que a democracia é o regime do poder visível, pois não tolera o poder que oculta ou o poder que se oculta.

E de nada adianta garantir o direito de acesso à informação, se esta não é preservada, ou ainda, se preservada, não está disponível ou em condições de ser acessada, por não estar organizada de modo a possibilitar a sua localização e a sua recuperação.

Como bem coloca Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli, Promotora de Justiça em São Paulo:

*O constituinte estava atento a essas questões e não as deixou sem resposta, a fim de que o direito de acesso à informação pudesse efetivamente ser concretizado no dia-a-dia dos cidadãos.*

*Assim é que elevou os documentos (onde as informações estão contidas) à categoria de patrimônio cultural brasileiro ao lado de outros bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência a identidade, a ação, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, determinando ao Poder Público a sua promoção e proteção.*

*Tamanha a importância do direito de acesso à informação para o regime democrático que o constituinte não parou por aí, tendo se preocupado em especificar a forma pela qual a proteção ao patrimônio documental brasileiro deveria ser realizada.*

*Determinou, então, caber à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitarem.<sup>69</sup>*

Desta forma, deve o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, promover a difusão e o cumprimento da legislação atinente à preservação do patrimônio cultural arquivístico, a fim de compelir o Poder Judiciário a instituir arquivos eficientes, capazes de assegurar a preservação e o acesso aos processos judiciais findos, que não podem ficar expostos a riscos de destruição ou perecimento, uma vez que a sua conservação interessa não só às presentes, mas também e principalmente às futuras gerações.

Os promotores de justiça em suas respectivas comarcas devem ficar atentos às condições de acondicionamento dos processos findos e de viabilidade de acesso pelo público, de forma ágil e adequada.

Como instrumentos aptos para o alcance de tal desiderato, pode o Ministério Público contar com a expedição de Recomendação, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta ou com a propositura de Ação Civil Pública.

---

<sup>69</sup> Os arquivos, o Ministério Público e a Democracia. Tese apresentada no XIV Congresso Nacional do Ministério Público realizado em Recife-PE, 17 a 20 de outubro de 2001. Disponível em [www.mp.sp.gov.br/caouma](http://www.mp.sp.gov.br/caouma)

## 5. Conclusões

1. O Poder Judiciário tem o dever de conservar os processos judiciais findos organizados de forma que possibilitem o rápido e eficiente acesso público e a pesquisa histórica, em respeito ao disposto no art. 5º, XIV, 215, *caput*, e 216, § 2º. da CF/88.
2. A Lei 6.246 de 07 de outubro de 1975 que determinou a suspensão da vigência do artigo 1.215 do Código de Processo Civil, permanece em vigor até o advento de lei federal específica sobre a matéria, não estando a mesma revogada pela Lei 8159/91.
3. O teor do art. 1215 do Código de Processo Civil, em sua redação original, viola o dever constitucional de preservação dos documentos de valor histórico e cultural, já que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, dentre as quais estão os documentos dotados de valor histórico (arts. 215, *caput*, e 216, IV, da Constituição Federal).
4. É vedada qualquer forma de alienação de processos judiciais findos, sendo obrigação do Poder Judiciário zelar pela conservação de seu patrimônio arquivístico, pelo qual é responsável.
5. Sempre que possível deve-se assegurar a manutenção dos processos judiciais findos na própria comarca de origem, uma vez que como bens culturais os mesmos devem permanecer vinculados aos locais onde foram produzidos, por serem instrumentos de informação sobre a respectiva unidade judiciária.
6. Nas hipóteses de transferência do acervo do Poder Judiciário para outras instituições oficiais é de se impor formalmente ao ente destinatário dos autos processuais findos a obrigação de cumprir integralmente a Lei 8159/91 e seus atos regulamentares, de forma a assegurar o alcance dos objetivos colimados por aquele diploma, tal como o direito de acesso à informação.
7. Há necessidade de uma mudança de postura do Ministério Público em relação à preservação dos processos judiciais findos, de forma que a instituição possa estar sempre vigilante em relação a esta temática e possa alcançar a proteção aos direitos estabelecidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional pertinente.
8. Deve o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais como defensor do regime democrático e do meio ambiente cultural, promover a difusão e o cumprimento da legislação atinente à preservação do patrimônio cultural arquivístico, a fim de compelir o Poder Judiciário a instituir arquivos eficientes, capazes de assegurar a preservação e o acesso aos processos judiciais findos
9. Como instrumentos aptos para o alcance do objetivo mencionado na conclusão anterior, pode o Ministério Público lançar mão da expedição de Recomendação, da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta ou da propositura de Ação Civil Pública objetivando a imposição de obrigação de fazer.

# **A REABERTURA DO INQUÉRITO CIVIL: A NECESSIDADE DE UM APRIMORAMENTO NORMATIVO**

**Marcus Paulo Queiroz Macêdo**  
**Promotor de Justiça em Araxá**

## **1. Introdução**

Nada obstante uma das características do inquérito civil ser a sua formalidade restrita, pois as normas que disciplinam a sua instauração e tramitação têm apenas um caráter administrativo, de organização interna do Ministério Público<sup>70</sup>, após estes quase vinte anos do advento da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), a qual, em seu art. 8º, § 1º, introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto inquérito civil, é forçoso reconhecer a necessidade de uma melhor regulamentação normativa de vários dos aspectos dele.

Isto porque poucas são as referências, na LACP, de pontos importantes da vida do inquérito civil, que se reveste de suma relevância na atuação funcional do membro do Ministério Público, em quase todas as suas áreas de atuação.

O mesmo pode ser dito no tocante às normas posteriores à edição da LACP que mencionam o Inquérito Civil, inclusive quanto à Constituição da República.

No campo administrativo mineiro, há de ser dito que a Resolução PGJ/MG nº 12/90, que dispõe exclusivamente sobre o inquérito civil, não esgota satisfatoriamente a problemática que surge no dia-a-dia da atuação funcional.

Um dos temas que impõe um melhor tratamento normativo é o da reabertura do inquérito civil, sendo este o objetivo desta tese.

## **2. Da possibilidade de reabertura do inquérito civil**

Pouca (ou nenhuma) dúvida exsurge acerca da possibilidade da reabertura do inquérito civil regularmente arquivado. Quanto a ela, entretanto, existem algumas questões controvertidas.

A primeira delas é no tangente à necessidade, para que a reabertura ocorra, da existência (ou não) de novas provas.

Muitos entendem necessária a ocorrência delas, por aplicação analógica do sistema processual penal, já que, como é notório, o inquérito civil foi inspirado no inquérito policial e, em

---

<sup>70</sup> Neste sentido, Luis Roberto Proença, *in* “Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

função disto, para suprir-se as (inúmeras) lacunas da LACP quanto ao inquérito civil, utiliza-se, em muitas situações, por analogia, a regulamentação dada pelo Código de Processo Penal ao inquérito policial.

Neste sentido, os defensores deste posicionamento se atêm ao disposto no art. 18 do CPP, bem como, na Súmula nº 524 do E. STF, *in verbis*:

Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

Discordando de tal entendimento está o consagrado Hugo Nigro Mazzilli, que expede argumentos, a meu ver irretorquíveis, quanto à desnecessidade de novas provas para a reabertura do inquérito civil<sup>71</sup>, considerando, em apertada síntese: a) que não há que se falar em coisa julgada no inquérito civil, que não é processo judicial, mas sim procedimento administrativo; b) que a LACP não faz restrições à reabertura do inquérito e c) que a decisão de arquivamento é meramente administrativa e, com isto, poderia ser revista pela Administração Pública a qualquer tempo.

Se é certo que efetivamente o sistema do inquérito policial pode ser utilizado por analogia com relação ao inquérito civil, não menos certo, à toda evidência, que esta analogia não se aplica a toda e qualquer situação (até porque, em tal caso, ela se tornaria a regra), mas apenas no que couber, respeitando-se a natureza distinta dos institutos. Neste sentido, expõe MAZZILLI<sup>72</sup>:

Embora haja muitos traços comuns entre o inquérito civil e o policial, como o temos dito várias vezes, já em matéria de seu arquivamento, porém, não cabe analogia entre ambos, pois a situação é não é a mesma nem apresenta semelhanças suficientes para que se busque a mesma solução para ambos. O certo é que, sob um inquérito policial arquivado, *sem prova nova*, ninguém pode propor a ação penal pública (nem o Ministério Público nem o particular, por meio de ação privada); no inquérito civil, a lei não faz a mesma restrição. (grifos meus; itálicos no original)

Exatamente esta diferença de regime, com o inquérito policial sendo arquivado jurisdicionalmente (muito embora esta decisão não transite em julgado), e o inquérito civil sendo arquivado por meio de ato administrativo composto, que se aperfeiçoa com a conjugação da

---

<sup>71</sup> In “O Inquérito Civil”, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 327 e ss.

<sup>72</sup> Ob. cit, p. 328.

vontade de dois órgãos administrativos distintos<sup>73</sup> (o órgão de execução que promove o arquivamento e o Conselho Superior do Ministério Público - CSMP, que o homologa), isto necessariamente implica na possibilidade de revisão administrativa do ato de homologação, seja por estar eivado de vício ou ilegalidade, caso em que seria anulado, seja por motivo de conveniência e oportunidade, hipótese em que o ato administrativo de arquivamento, ainda que válido, seria revogado<sup>74</sup>.

Paralelamente a esta diferença de natureza jurídica entre as decisões de arquivamento do inquérito civil e do inquérito policial, toma importância o silêncio da LACP, bem como, de todos os diplomas normativos que mencionaram o inquérito civil, no tocante à desnecessidade de novas provas para a reabertura deste, até porque o arquivamento do inquérito civil, além de não inviabilizar a propositura da respectiva ação civil pública pelo demais co-legitimados pela LACP, sequer impossibilita o órgão de execução competente de propô-la independentemente das provas obtidas no inquérito civil.

Por estes argumentos é que se impõe o reconhecimento da desnecessidade de novas provas para que se proceda à reabertura do inquérito civil regularmente arquivado.

Este tema toma sobeja importância em nosso Estado, ao se cotejar o disposto na Resolução PGJ/MG n° 12/90.

Isto porque, apesar de nela não haver uma definida regulamentação do desarquivamento do inquérito civil (uma das necessidades que vislumbro e uma das conclusões desta tese), a redação do art. 11, § 4º, da referida Resolução faz expressa menção a “prova nova”, apesar de não determinar a cargo de quem estará a decisão de desarquivamento, sendo este outro aspecto controvertido na doutrina, conforme adiante será analisado.

Dispõe a mencionada da Resolução:

Art. 10. Concluídas todas as diligências, o inquérito civil será encerrado por relatório de seu presidente.

(...)

§ 4º. Homologada a promoção de arquivamento, o mesmo órgão ministerial poderá proceder novas investigações. Em face de prova nova, serão os autos ou peças desarquivadas e remetidos à origem para providências. (grifos meus)

---

<sup>73</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in “Direito Administrativo, 15ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 215) assim define o ato administrativo composto: “é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação à de outro, que edita o ato principal.” Observo que me utilizo da terminologia da referida autora, que considero mais completa que a de Hely Lopes Meireles, para quem o ato administrativo dependente de homologação seria um ato administrativo complexo (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 22ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 154/155).

<sup>74</sup> Com relação a isto, bastante explícita a Súmula 473 do E. STF, *in verbis*: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

De qualquer maneira, sendo incontroverso que, ao menos diante de prova nova, o inquérito civil pode ser reaberto, qual seria o procedimento para tanto e quem poderia fazê-lo?

Para MAZZILLI<sup>75</sup>, tanto o CSMP quanto o membro do Ministério Público (o que promoveu o arquivamento ou seu substituto ou sucessor na comarca) poderão determinar a reabertura do inquérito civil, de forma indistinta e concorrente.

A meu ver, equivoca-se o festejado autor neste particular, haja vista o arquivamento ser, como visto, ato administrativo composto e, por isso mesmo, à toda evidência, apenas quem poderia revê-lo seria a autoridade que o homologou, e não a autoridade da qual partiu o ato administrativo pressuposto da homologação, sob pena de uma grave inversão de papéis.

Além do mais, o art. 30 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP) expressamente atribui ao Conselho Superior do Ministério Público a prerrogativa de rever o arquivamento do inquérito civil, conforme se vê:

Art. 30. Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever o arquivamento do inquérito civil, na forma da lei. (grifos meus)

Idêntica é a redação do art. 70 da Lei Complementar nº 34 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – LOMP/MG). Ademais, o Regimento Interno do CSMP/MG assim dispõe:

Art. 10. Além das atribuições previstas em Lei, competirá ao Conselho Superior do Ministério Público :

(...)

IV. rever o arquivamento do inquérito civil, na forma da lei;

(...)

(grifos meus)

Portanto, em face de expressa previsão legal, é de atribuição exclusiva do CSMP a determinação de reabertura do inquérito civil, seja agindo *ex officio*, provocado por membro da instituição (qualquer deles), ou mesmo, acionado por qualquer cidadão.

Entretantes, também se conclui que tanto a LONMP, quanto a LOMP/MG, impõe uma regulamentação do ato de desarquivamento, em face da inserção nelas da expressão “na forma da lei”.

Logo, por expressa exigência legal, mister o disciplinamento normativo, tanto do procedimento a ser tomado, como da possibilidade da reabertura do inquérito civil se dar livre da

---

<sup>75</sup> Ob. cit, pp. 332/334.

existência de novas provas, podendo esta normatização ser inserida tanto na LACP, como na LONMP, pois ambas tratam da matéria.

Independentemente e a par de tal alteração legislativa federal, nada impede que a Administração Superior do Ministério Público de Minas Gerais edite ato administrativo disciplinando os aspectos mencionados, seja por meio da edição de Resolução pelo Ex.mo Procurador-Geral, seja por alteração do regimento interno do CSMP/MG, tendo em vista que o inquérito civil é um procedimento administrativo e, como tal, pode ser regulamentado pela Chefia da Instituição.

### 3. Conclusões

3.1. Compete exclusivamente ao CSMP determinar a reabertura do inquérito civil, seja agindo *ex officio*, provocado por membro da instituição (qualquer deles), ou mesmo, acionado por qualquer cidadão.

3.2. Esta reabertura independe da existência de novas provas, em face da natureza puramente administrativa do inquérito civil.

3.3. É necessária alteração legislativa, ou da LACP, ou da LONMP, já que ambas tratam do tema, estabelecendo a desnecessidade, para a reabertura do inquérito civil, da existência de novas provas (conclusão 3.2), bem como, regulamentando o procedimento a ser seguido (conclusão 3.1), atendo-se à expressa previsão do art. 30 da LONMP (“nos termos da lei”).

3.4. Independentemente de alteração na legislação federal (conclusão 3.3), deve haver uma regulamentação normativa *interna corporis* no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, seja pela edição de Resolução, pelo Ex.mo Sr. Procurador-Geral de Justiça, seja por alteração no Regimento Interno do CSMP, estabelecendo-se o procedimento a ser seguido para reabertura do inquérito civil, e respeitando o conteúdo das conclusões 3.1 e 3.2.

# A PROTEÇÃO DO IDOSO ATRAVÉS DO INOVADOR MODELO INSTITUÍDO PELO ESTATUTO DO IDOSO: UMA NECESSÁRIA MUDANÇA DE MENTALIDADE.

**Mário Antônio Conceição**  
**Promotor de Justiça em Contagem**

Sumário:

1. Os pressupostos para a proteção do idoso. 2. A proteção específica. 3. A aplicação de medidas de proteção. 4. O poder de polícia. 4.1 Noções gerais. 4.2 O poder de polícia ministerial. 5. Do devido processo legal. 6. Conclusão.

## 1. Os pressupostos para a proteção do idoso

A Lei federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 que instituiu o chamado Estatuto do Idoso, aparentemente adotando o modelo estabelecido no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), estabeleceu situações e condutas abstratas (Artigo 43 e incisos) que uma vez presentes, fundamentam a aplicação de medidas (genéricas) de proteção em favor do idoso.

A proteção do idoso, enquanto indivíduo, realiza-se obliquamente através da proteção preventiva e corretiva dos direitos reconhecidos pelo Estatuto. É possível, portanto, distinguir proteção do idoso de proteção dos direitos do idoso. Através desta realiza-se aquela.

A distinção é relevante, pois, pode haver situação em que não exista direito reconhecido pelo Estatuto do Idoso<sup>76</sup>, o que impedirá a proteção do direito, mas não a proteção do idoso.

O Art. 43 estabelece três incisos que representam presunções absolutas de ameaça ou violação aos direitos dos idosos. A primeira delas, descreve duas condutas (ação ou omissão) imputável à Sociedade ou ao Estado (inc.I). O alcance dos conceitos deve ser compreendido em sentido amplo a fim de garantir a incidência do princípio da absoluta prioridade estabelecido<sup>77</sup> pelo Estatuto do Idoso. A segunda descreve um *non face*, uma omissão ou abuso que pode ser praticado seja por ação seja por omissão, imputados à família-entidade dotada de primário dever de zelar e proteger o idoso-, ao curador ou à entidade de atendimento.

---

<sup>76</sup>A leitura a contrário senso do Art. 43 mostra isso.

<sup>77</sup>Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, **com absoluta prioridade**, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar

Observa-se que o legislador imputou às entidades e ao curador a responsabilidade por eventual ameaça ou violação aos direitos do idoso. Por fim, o legislador reconhece a condição pessoal do idoso como suficiente para a aplicação de medida de proteção. A marca indelével da indisponibilidade do direito do idoso evidencia-se. A ameaça ou violação ao direito do idoso deve ser examinada mediante averiguação da ocorrência da situação ou conduta abstratamente descrita diante do fato concreto.

## 2. A proteção específica

O capítulo II que trata “Das Medidas Específicas de Proteção” estabelece no Artigo 44, medidas de proteção que poderão ser aplicadas, isoladamente ou cumulativamente. Observa-se que o dispositivo ao mesmo tempo, em que faculta ao aplicador aferir qual será a melhor medida a ser adotada (seja em tipo ou em intensidade), norteia também a aplicação da medida que levará em conta os fins sociais a que se destinem e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. O dispositivo permite que a medida aplicada seja contrastada, se necessário, diante da situação concreta.

O legislador previu medidas de proteção nas hipóteses previstas no Artigo 43. O encaminhamento do idoso à família ou ao curador, mediante termo de responsabilidade (inciso I) revela-se maneira simples e ágil de garantir a sua proteção e de exigir da família ou curador atenção no cumprimento das obrigações legal e moral, respectivamente, estabelecidas pela Lei e costume.

A orientação, apoio e acompanhamento temporários (inc.II) são medidas que servem de prevenção e correção contra eventuais violações ao direito do idoso. Procura-se, assim, evitar que uma situação conflituosa evolua para uma efetiva violação de direito.

A requisição para tratamento de saúde do idoso em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar (inc.III) é medida que visa garantir o imediato gozo desse direito que é essencial a sua sobrevivência. O direito à saúde é concebido como direito de todos e dever do Estado. O que justifica a singularidade desta medida é a frágil condição de saúde em regra apresentada pelo idoso<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup>Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

- I – cadastramento da população idosa em base territorial;
- II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;
- III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;
- IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;
- V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde.

que não pode ficar a mercê da boa vontade do Poder Público que insiste em ignorar os vetores constitucionais e legais que determinam a elaboração de políticas públicas de proteção aos idosos, aos portadores de deficiência e à infância e adolescência. Por isso, impõe-se o pronto atendimento médico e hospitalar pelo Poder Público através dessa eficaz medida.

A inclusão de idoso ou pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação (inc.IV) em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, é importante instrumento de sua proteção e de seu núcleo familiar. A medida tem caráter nitidamente protetivo, assim como as demais, contudo, diferencia-se das demais pela possibilidade de poder ser aplicada também à pessoa que não seja idosa, mas que pela sua proximidade àquela possa representar ameaça ao bem-estar do idoso.

O abrigo em entidade (inc.V) e abrigo temporário (inc.VI) são medidas necessárias para a proteção imediata do idoso que se apresente em situação de extremo risco evidenciado pelos fatos em concreto, p.ex, idoso(a) vítima de abuso sexual no seio da própria família ou incapacidade (Art. 3º CC).

### **3. A aplicação de medidas de proteção**

O Artigo 45 dispõe que:

“Verificada qualquer das hipóteses previstas no Art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas.”

A compreensão do alcance do enunciado é essencial para captar o novo modelo que o legislador criou. Para tanto, devemos lançar mão da lição de Carlos Maximiliano de que hermenêutica “é a teoria científica da arte de “interpretar”<sup>79</sup>.

Celso Bastos ensina<sup>80</sup> que a interpretação é aplicação da hermenêutica. Enquanto a hermenêutica estuda abstratamente os enunciados que podem presidir uma determinada interpretação, esta é a aplicação desses enunciados, a determinado objeto, aclarando-lhe o sentido, para a partir daí, ao menos no campo jurídico, aplicar a regra assim compreendida aos casos concretos.

---

<sup>79</sup>Apud. Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, p. 23, 1997.

<sup>80</sup>Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, , 1997, p.23.

A doutrina reconhece como postulados constitucionais a Supremacia da Constituição, Unidade da Constituição, Maior efetividade possível e harmonização, agrupando-os sob a essa designação.

O Princípio da máxima eficiência (Canotilho) significa que sempre que *possível*, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. Como corolário deste axioma<sup>81</sup> extrai-se “a máxima segundo a qual a lei não emprega palavras inúteis”.

Celso Bastos lembra<sup>82</sup> que Jéry Wóblewski elenca esta regra como sendo uma das diretrizes interpretativas que dentro de seu raciocínio, designa por diretriz interpretativa de primeiro nível, lingüística e de técnica legislativa. Assim, assinala que “*No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes*” assinalando que “*Esta directiva presupone algunas propiedades de la técnica legislativa, las cuales garantizan la relevancia de cada expresión en el legaje legal.*”

O Artigo 127 da Constituição da República Federal atribuiu ao Ministério Público a defesa de interesses individuais indisponíveis. Permitiu ainda no Artigo 129, IX da CR/88, que o legislador pudesse atribuir ao *Parquet* outras funções compatíveis com a sua finalidade.

A Constituição de 1998 atribuiu *status* constitucional à pessoa do idoso. No Artigo 230 da Cf/88, há um dever jurídico-constitucional<sup>83</sup> imposto à família, à sociedade e ao Estado de amparar o idoso, de garantir a sua participação na comunidade (inclusão social), de defender a sua dignidade, o seu bem estar e direito à vida.

O professor Hugo Mazzili discorrendo<sup>84</sup> sobre o papel do Ministério Público e a Proteção dos idosos assim manifestou-se:

Constitucionalmente destinado a zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, é pertinente que o Ministério Público seja colocado, de forma institucional e direta, no zelo do efetivo cumprimento das leis que disponham sobre a proteção à pessoa idosa.

Deve-se descortinar ao Ministério Público um campo amplo, bem maior do que aquele hoje efetivamente por ele desenvolvido de forma diluída nas várias e praticamente estanques promotorias. Devem-se criar promotorias especializadas na defesa da pessoa idosa, como já existem

---

<sup>81</sup>Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, , 1997, p.105.

<sup>82</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, , 1997, p. 105.

<sup>83</sup>Álvaro Villaza Azevedo. *Curso de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: editora RT, 5ª ed, 1994, p. 32.

<sup>84</sup> Hugo Nigro Mazzilli. *O Ministério Público e a Defesa das Pessoas Idosas*. Doutrina, Instituto de Direito, volume 4, 1997, p. 168. extraído <http://www.mp.mg.gov.br/caoppdi/> em 11 de março de 2005.

para a defesa de outros interesses, como as promotorias que zelam pelas pessoas portadoras de deficiência, pelos acidentes do trabalho, pelas crianças e jovens.”

O legislador satisfeito com a atuação do Ministério Público na defesa e proteção dos direitos difusos, coletivos e indisponíveis, especialmente, a defesa das crianças e adolescentes através do Estatuto da Criança e Adolescente, resolveu atribuir ao *Parquet* a prerrogativa de aplicar ex-ofício e administrativamente, medidas de proteção ao idoso (Art. 45, Estatuto do Idoso).

A inovação não representa uma mera repetição de dispositivos previstos no ECA, como pode parecer numa primeira leitura, mas sim um novo modelo de atuação ministerial, revelado pela possibilidade de o Ministério Público poder praticar atos administrativos dotados de atributos de presunção de legitimidade, veracidade e auto-executoriedade destinados a garantir maior eficácia e agilidade na proteção dos direitos do idosos.

A compreensão do Artigo 45 que deve ser realizada, a partir dos postulados hermenêuticos nos mostra que o legislador optou primeiramente em proteger os direitos do idoso através do Ministério Público. Para isso inovou ao atribuir ao *Parquet* a faculdade de aplicar diretamente medida de proteção ao idoso. A previsão legal está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio e visou dotar a instituição vocacionada para a defesa de direitos indisponíveis de meio eficiente e célere para a realização desse desiderato.

O legislador utilizou-se da via administrativa para promover a defesa dos direitos do idoso. A técnica é conhecida pelo Direito Administrativo e Processual Civil (jurisdição voluntária). Podemos citar como exemplos, a proteção do meio ambiente realizada concorrentemente (Art. 23, VI da CR/88) pelos órgãos públicos competentes; o contribuinte que autuado pela autoridade fazendária recorre da decisão ao Conselho de Contribuintes visando obter anulação do auto de lançamento (ato administrativo); o condutor que recorre à instância superior (JARI) da multa cominada-lhe; ou finalmente, o recurso ajuizado pelos fornecedores ou prestadores de serviço contra a autuação ou aplicação de sanção realizada pela autoridade do PROCON estadual. Os exemplos evidenciam que a técnica utilizada pelo legislador não nos é desconhecida. É amplamente utilizada como forma de compor, prevenir e sancionar comportamentos atentatórios à Ordem Pública. As questões de menor complexidade deverão ser decididas pelo *Parquet*.

O dispositivo reservou ao Poder Judiciário a possibilidade de aplicação de medidas de proteção, quando provocado pelo Ministério Público. Procurou-se assim, reservar a sua intervenção em questões efetivamente necessárias como por exemplo, no Capítulo VI – *Da apuração judicial de Irregularidades em Entidade de Atendimento* – Artigo 64. O dispositivo consagra a inércia da “jurisdição” também em matéria de aplicação de medida de proteção ao idoso.

## 4. O poder de polícia

### 4.1 Noções gerais

Themístocles Brandão Cavalcanti (1956, v. 3:6-7) diz<sup>85</sup> que o poder de polícia “constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício limitado, sem a disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos”.

Maria Sylvia salienta<sup>86</sup> que:

“Poder de Polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

O interesse público diz respeito as mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, **defesa do consumidor**, patrimônio cultural, propriedade, surgindo daí a divisão da polícia administrativa em ramos tais como: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária e **dos idosos** etc.

René Chapus discorrendo<sup>87</sup> sobre o termo *Police Administrative* aduz que:

“...Il désigne une fonction, ou une activité: *l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public* dans les différents secteurs de la vie sociale et cela, autant que possible, en prévenant les troubles qui pourraient l'atteindre, sinon, en y mettant fin. ”

O termo *polícia administrativa* possui dois sentidos. Um sentido pessoal quando se refere aos agentes que a exercem e outro em sentido jurídico, significando uma atividade. É neste sentido que o empregaremos neste trabalho.

Os professores da Universidade de Paris, Georges Vedel e Pierre Devolve, discorrendo<sup>88</sup> sobre o tema “polícias administrativas especiais” salientam o duplo sentido da expressão. Primeiramente, trata de atividade de polícia, cujos objetivos não são diferentes daqueles perseguidos pela polícia geral, mas que contudo são submetidos a um regime jurídico particular. Por exemplo, a polícia de estabelecimentos perigosos, incômodos e insalubres refere-se a uma *polícia especial*; o seu objetivo, que é a proteção da segurança, da salubridade e a tranqüilidade não tem nada de particular, mas ela obedece a um regime jurídico especial, uma vez que o seu exercício é de competência exclusiva do prefeito, no sistema francês. O mesmo ocorre com a polícia ferroviária no Direito

<sup>85</sup> Apud Maria Sylvia Di Pietro, Direito Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, 13ª ed, 2001, p. 107.

<sup>86</sup> Maria Sylvia Di Pietro, Direito Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, 13ª ed, 2001, p. 110.

<sup>87</sup> René Chapus. Droit administratif general; Paris: Montchrestien, 8ª edition, tome 1, p. 589.

<sup>88</sup> Georges Vedel e Pierre Devolve. Droit Administratif, Paris: PUF, tomo 2, 1990, p. 663.

francês que é uma polícia de segurança, de tranqüilidade e de salubridade que também se submete a um regime particular na medida em que o seu exercício é confiado a uma autoridade especial- o Ministro dos Transportes.

Prosseguem os professores esclarecendo o segundo senso. O termo revela que podem existir *polícias* que tenham objetivos que não figuram no domínio ordinário da atividade de polícia geral. Um exemplo disso, é a chamada polícia de *I'esthétique* que permite à Administração proteger os sítios e os monumentos. Este tipo de polícia não se refere nem à segurança nem à tranqüilidade nem à salubridade. Revela um tipo especial de polícia, cujos objetivos distinguem-se daqueles previstos para o exercício do poder de polícia geral. Citam-se como exemplos, a polícia da caça e pesca, a polícia de jogos e loterias, a polícia florestal, a polícia de divertimentos públicos, a polícia de pesos e medidas, a polícia de logradouros públicos, a polícia sanitária, a polícia de trânsito que são qualificadas como polícias especiais.

O poder de polícia especial pode ser confiado a autoridades que não tenham poder de polícia geral<sup>89</sup>. Como exemplo, a possibilidade de o Ministro do Interior francês poder ordenar a expulsão de estrangeiros como citam os professores franceses.

A Polícia Administrativa propõe-se<sup>90</sup> a salvaguardar os seguintes valores: a) de segurança pública; b) de ordem pública; c) de tranqüilidade pública; d) de higiene e saúde públicas; e) estéticos e artísticos; f) históricos e paisagísticos; g) riquezas naturais; h) de moralidade pública; i) economia popular.

O Estado utiliza-se dos seguintes<sup>91</sup> meios para exercer o seu Poder de Polícia em sentido amplo: 1) atos normativos em geral e 2) atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, representado pela aplicação de medidas preventivas (**fiscalização, vistoria, ordem, notificação**, autorização, licença) com a finalidade de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

Celso Bandeira de Mello diz<sup>92</sup>: “...cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também **os atos fiscalizadores**, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares.” (gn).

<sup>89</sup> Georges Vedel e Pierre Devolve. *Droit Administratif*, Paris: PUF, tomo 2, 1990, p. 671.

<sup>90</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*; São Paulo: RT, 5ª ed, 1994, p. 410.

<sup>91</sup> Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Atlas, 13ª ed, 2001, p. 112.

<sup>92</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*; São Paulo: RT, 5ª ed, 1994, p. 401.

A fiscalização de pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas. O mesmo ocorre com a fiscalização de condições de higiene dos estabelecimentos e casa de pasto, a vistoria dos veículos automotores para as condições de segurança dentre outras atividades<sup>93</sup>.

## 4.2 O poder de polícia ministerial

O Estatuto do Idoso prevê que:

“Art. 52. As entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso serão **fiscalizadas** pelos Conselhos do Idoso, **Ministério Público**, Vigilância Sanitária e outros previstos em lei.” (gn)

O dispositivo está inserido no CAPÍTULO III do Estatuto do Idoso que trata “Da Fiscalização das Entidades de Atendimento”. As entidades serão fiscalizadas concorrentemente pelo Ministério Público e outros órgãos e estarão sujeitas às penalidades previstas no Artigo 55 que serão aplicadas pela autoridade judiciária através de procedimento administrativo<sup>94</sup> previsto (Artigo 65).

Observa-se, que o legislador atribuiu ao *Parquet* e a outros legitimados a função de fiscalizar as entidades governamentais e não governamentais de atendimento ao idoso, o que representa **atividade** inerente ao exercício de Poder de Polícia Especial como acima evidenciado.

A transformação operada pelo Estatuto do Idoso no que tange à atuação do Ministério Público em defesa dos idosos não parou por aí. Prosseguindo na disposição de instrumentar o Ministério Público de meio eficazes e céleres para a defesa do idoso, o legislador atribuiu-lhe também poder de polícia para **apurar** e **aplicar**, *quando cabível*<sup>95</sup>, as penalidades previstas em lei, uma vez constatada infração às normas de proteção ao idoso.

---

<sup>93</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo; São Paulo: RT, 5ª ed, 1994, p. 402.

<sup>94</sup>Art. 64. Aplicam-se, subsidiariamente, ao procedimento administrativo de que trata este Capítulo às disposições das Leis nos 6.437, de 20 de agosto de 1977, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 65. O procedimento de apuração de irregularidade em entidade governamental e não-governamental de atendimento ao idoso terá início mediante petição fundamentada de pessoa interessada ou iniciativa do Ministério Público.

<sup>95</sup>Art. 58. Deixar de cumprir as determinações desta Lei sobre a prioridade no atendimento ao idoso: Pena – multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 1.000,00 (um mil reais) e **multa civil** a ser **estipulada pelo juiz**, conforme **o dano sofrido pelo idoso**.

O exercício desse poder, contudo, não é ilimitado. O Ministério Público e os co-legitimados, p.ex, não podem aplicar **multa civil, determinar a interdição de entidade ou afastamento de dirigente**, vez que sua aplicação resta reservada ao Poder Judiciário através do procedimento previsto no artigo 64 que trata “Da Apuração Judicial de Irregularidade em Entidade de Atendimento” (Artigos 55, parágrafo 3º, 58 e 68, parágrafo 2º).

O Capítulo IV do Estatuto do Idoso elenca infrações administrativas nos Arts. 56 a 58. São elas:

Art. 56. Deixar a entidade de atendimento de cumprir as determinações do Art. 50 desta Lei:

Pena – multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais), se o fato não for caracterizado como crime, podendo haver a interdição do estabelecimento até que sejam cumpridas as exigências legais.

Parágrafo único. No caso de interdição do estabelecimento de longa permanência, os idosos abrigados serão transferidos para outra instituição, a expensas do estabelecimento interditado, enquanto durar a interdição.

Art. 57. Deixar o profissional de saúde ou o responsável por estabelecimento de saúde ou instituição de longa permanência de comunicar à autoridade competente os casos de crimes contra idoso de que tiver conhecimento:

Pena – multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais), aplicada em dobro no caso de reincidência.

Art. 58. Deixar de cumprir as determinações desta Lei sobre a prioridade no atendimento ao idoso:

Pena – multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 1.000,00 (um mil reais) e multa civil a ser estipulada pelo juiz, conforme o dano sofrido pelo idoso.

A possibilidade de aplicação de medida de proteção ao idoso (Artigo 44), a atividade fiscalizadora prevista no Artigo 52, a previsão de apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso (capítulo V) e a competência outorgada ao Ministério Público no Artigo 74, V, letra “a”, incs.VI, VIII, do Estatuto do Idoso, apontam que o legislador criou uma espécie de *polícia especial* em matéria de defesa dos *direitos dos idosos* atribuindo-lhe concorrentemente, o seu exercício ao Ministério Público que deve exercitá-lo com dinamismo, arrojo e mudança de personalidade de seus integrantes.

## 5. Do devido processo legal

O professor Marcelo Cunha de Araújo discorrendo<sup>96</sup> sobre o devido processo constitucional democrático, cujos fundamentos não se limitam ao processo judicial salienta que:

---

<sup>96</sup>Marcelo Cunha de Araújo. O Novo Processo Constitucional. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 98 e 99.

“...seria aquele conjunto mínimo de características, previstas constitucionalmente, que, estando presentes, conferem ao processo o título de direito-garantia fundamental do cidadão, vez que permitem a participação política do mesmo na aplicação do direito (jurisdição compartilhada).”

O legislador previu que uma vez verificada ameaça ou violação aos direitos reconhecidos no Estatuto do Idoso, o Ministério Público poderá aplicar medidas protetivas (Artigo 45). Esse foi o procedimento adotado pelo legislador. Um modelo simples que prioriza a rápida e eficaz defesa dos direitos dos idosos.

Marcelo Cunha de Araújo ainda lembra<sup>97</sup> que:

“...na conceituação do instituto ‘procedimento’, não se faz necessária qualquer menção aos vínculos subjetivos entre os sujeitos que, efetivamente, participarão do mesmo. As posições subjetivas em relação à norma, abordadas supra, por seu turno, são necessárias à verificação de características próprias desse complexo normativo que podem, se presentes conferir, a esse conglomerado de normas, a característica de direito-garantia fundamental, merecendo a denominação de ‘processo’ ”.

A lei foi silente acerca da necessidade da prévia oitiva do idoso para fins de aplicação de medida específica de proteção, na hipótese da ocorrência de alguma das situações elencadas no Artigo 43.

O intérprete do direito deve ser capaz de extrair da norma o seu sentido e alcance “utilizando-se dos processos de interpretação que se complementam reciprocamente para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça”<sup>98</sup>. Nesse contexto, observamos que o Estado e a sociedade estão obrigados por força do Artigo 10, a assegurar à pessoa idosa o respeito e a dignidade que também é princípio fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro (Artigo 1º, III, CF/88). O direito ao respeito, previsto no parágrafo 2º do Artigo 10, é realizável também pela inviolabilidade psíquica do idoso. O Artigo 17 garante ao idoso o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for mais favorável, desde que ele esteja em condições de manifestar a sua vontade (parágrafo 2º).

Em suma, a aplicação de medida protetiva balizada pela regra de hermenêutica estabelecida pelo *caput* do Artigo 44 do Estatuto recomenda a prévia oitiva da pessoa idosa, **quando possível**, a fim

---

<sup>97</sup>Marcelo Cunha de Araújo. O Novo Processo Constitucional. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 113.

<sup>98</sup>Carlos Maximiliano. Hermenêutica e Aplicação do Direito; Rio de Janeiro: Forense, 12ª ed, 1992, p. 127.

de imantar o enxuto e célere procedimento previsto no Artigo 45 e conseqüentemente o provimento estatal gerado com as características do Estado Democrático de Direito de que fala Marcelo Cunha<sup>99</sup>.

O Artigo 60 do Estatuto estabeleceu um outro procedimento (administrativo) a ser observado para a imposição de **penalidade administrativa** em razão de infração à norma de proteção do idoso que revela explicitamente (Artigos 61 e 64) esse conjunto mínimo de garantias.

O procedimento poderá iniciar-se-á mediante **requisição** do Ministério Público dirigido a qualquer um dos órgãos co-legitimados (Art. 52) encarregados da atividade de fiscalização das entidades ou **auto de infração** elaborado por servidor efetivo (dos órgãos encarregados da atividade de fiscalização), o que inclui também o *Parquet*.

A possibilidade de os servidores de o Ministério Público lavrarem auto de infração encontra-se em consonância com o modelo criado pelo legislador, não revelando nenhum impedimento teórico e novidade pelo menos, no estado de Minas Gerais<sup>100</sup>.

O modelo instituído pelo Estatuto do Idoso já foi testado com sucesso no Estado de Minas Gerais através do exercício do Poder de Polícia em matéria de Defesa do Consumidor atribuído ao Ministério Público<sup>101</sup> (Procon Estadual).

O Estatuto distinguiu as seguintes figuras: a) **a entidade de atendimento**, b) o **dirigente de entidade** e c) **os terceiros** que de alguma forma ameacem ou violem os direitos assegurados no Estatuto. Assim o fez, para fins de aplicação de penalidades de administrativas e medidas de proteção. O procedimento para aplicação de penalidade administrativa varia segundo o envolvimento dos personagens acima mencionados.

O legislador reservou ao Poder Judiciário a aplicação de multa, advertência (parágrafo 4º Art. 65) ou afastamento provisório ou definitivo (parágrafo 2º Art. 65) do **dirigente de entidade** de atendimento em razão de infrações que descumprirem as determinações da lei (Art. 55, parágrafo 1º combinado com Art. 68, parágrafo 2º) que deverá obedecer ao processo legal estatuído, a partir do artigo 64.

---

<sup>99</sup>Marcelo Cunha de Araújo. O Novo Processo Constitucional. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 113.

<sup>100</sup>Instrução Normativa nº 1, de 7 de maio de 2003 do Procon Estadual c/c Art. 35 Decreto federal n. 2.181/97.

<sup>101</sup>O Artigo 14 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais; a Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais- Lei Complementar n. 34/94- prevê que as atividades do Programa Estadual de Proteção e Defesa do consumidor são disciplinadas por ato do Procurador - Geral de Justiça e a Resolução nº 34/99, do PGJ/MG, atribuiu ao Secretário Executivo do Procon-MP expedir atos administrativos visando à fiel observância das normas de proteção e defesa do consumidor, bem como fiscalizar as relações de consumo (artigos 6º e 7º).

A apuração de irregularidade em entidade realiza-se judicialmente através de procedimento administrativo (Artigo 64) chamado de “Da apuração Judicial de Irregularidades em Entidade de Atendimento” - Capítulo VI.

O juiz apurará através desse procedimento infração praticada por **dirigente de entidade** ocorrida em entidade (Artigo 67). Havendo notícia de infração **praticada por entidade de atendimento** (pessoa jurídica), que coloque em risco os direitos assegurados no Estatuto ao Poder Judiciário competirá também apreciar eventuais pedidos de suspensão das atividades ou dissolução da entidade (Artigo 55, parágrafo 3º). Nessa hipótese, incumbirá ao Ministério Público promover, vale dizer, requerer a medida extrema, se esta já não tiver sido determinada, ex-offício pela autoridade judiciária (Artigo 55, parágrafo 1º c/c Artigo 68, parágrafo 2º). Durante o procedimento, o magistrado que dispõe de *poder geral de cautela administrativo*<sup>102</sup> (artigo 66) poderá utilizá-lo, sem a prévia obrigatoriedade de oitiva do Ministério Público, para decretar liminarmente o afastamento provisório de dirigente de entidade ou outras medidas que sejam necessárias para evitar ou prevenir lesão aos direitos do idoso.

O inovador Estatuto prevê que os órgãos co-legitimados mencionados no Artigo 52, serão responsáveis pela fiscalização das entidades de atendimento. Uma vez constatada irregularidade durante o exercício dessa atividade (Polícia dos Idosos), a entidade infratora será autuada pelo órgão fiscalizador (Artigo 60, segunda parte), ensejando a instauração de processo administrativo que tramitará sob órbita do órgão responsável pela atividade de fiscalização para fins de aplicação de penalidade administrativa (Artigo 60, caput), conseqüência lógica e compatível com o modelo instituído pelo legislador.

O procedimento não é estranho ao nosso ordenamento jurídico, exceto que ao Ministério Público faculta-se, a partir de agora, a possibilidade de requisitar de outro órgão co-legitimado a instauração do procedimento administrativo ou de determinar ex-offício a sua instauração.

O devido processo legal é extraído das disposições abstratamente prescritas no Estatuto que atribuem aos órgãos co-legitimados a atividade de fiscalização e do procedimento de imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção ao idoso previsto no Artigo 60. Os dispositivos estão em consonância com a competência estabelecida genericamente pelo legislador ao Ministério Público quando dispõe no Artigo 74, que compete ao Ministério Público “V- instaurar procedimento administrativo”, não fazendo qualquer restrição quanto aos objetivos desse procedimento e no inciso “VIII – inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e

---

<sup>102</sup>Art. 66. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade ou outras medidas que julgar adequadas, para evitar lesão aos direitos do idoso, mediante decisão fundamentada.

os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas”.

João Cândia de Melo Júnior discorrendo<sup>103</sup> sobre o dever de iniciativa do Ministério Público salienta que:

“urge que na qualidade de órgão controlador deva sempre que possível iniciar o processo de controle por si próprio, ou seja, atuar de ofício”.

O procurador de justiça mineiro corajosamente recomenda<sup>104</sup> que a instituição “deve ajustar sua postura rompendo com a tradição bolorenta de órgão de atuação reflexa, que só age mediante provocação”.

A inércia institucional, inerente aos órgãos de execução, é ainda acertadamente por ele criticada ao afirmar<sup>105</sup> que:

“tal compostura não mais justifica, cabendo buscar mediante implementação de métodos mais agressivos em razão da configuração constitucional assumida e do compromisso público de moralizar a Administração Pública.”

João Batista da Silva, um dos pioneiros de um Ministério Público dinâmico, antes da promulgação da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, apresentou durante o I Congresso Estadual do Ministério Público, realizado em Belo Horizonte, no período de 27 a 29 de março de 1992, tese em que já defendia uma atuação ministerial dinâmica. Naquela época, o visionário membro do Ministério Público já entendia<sup>106</sup> que:

“Para promover a efetiva proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, o Ministério Público **deve adotar uma nova postura procedimental**, agir mais como agente político do que como mero técnico jurista, ir ao encontro do fato social e não aguardar no gabinete a sua versão, relatada num inquérito policial ou administrativo.” (gn)

---

<sup>103</sup>João Cândia de Melo Júnior. A Função de Controle dos Atos da Administração Pública pelo Ministério Público, Belo Horizonte: editoria Líder, 2001, p. 234.

<sup>104</sup>João Cândia de Melo Júnior. A Função de Controle dos Atos da Administração Pública pelo Ministério Público, Belo Horizonte: editoria Líder, 2001, p. 234.

<sup>105</sup>João Cândia de Melo Júnior. A Função de Controle dos Atos da Administração Pública pelo Ministério Público, Belo Horizonte: editoria Líder, 2001, p. 234.

<sup>106</sup>João Batista da Silva. Direitos difusos e coletivos – controle extrajudicial da administração e o Ministério Público em face da carta política institucional, Jus-Revista Jurídica do Ministério Público 14/164.

Vislumbrando os novos desafios que surgiriam, a partir das atribuições outorgadas pela Constituição de 1988 ao Ministério Público, propunha<sup>107</sup> que:

“A tônica é agir *ex officio* e de preferência preventivamente, evitando mesmo que o ato ou o fato gere conseqüências nefastas no meio social.”

A instituição do Ministério Público deve adaptar-se aos novos desafios apresentados. O Estatuto do Idoso representa um importante avanço institucional que deve ser rapidamente assimilado e incorporado pelos órgãos de execução a rotina de trabalho.

A partir do Estatuto do Idoso, o *Parquet* deixa de ser um mero pedinte de providências e passa a ter a possibilidade de praticar atos administrativos dotados de carga decisória (auto-executoriedade) que lhe permitam exercer ativamente e dinamicamente o papel de autêntico defensor dos direitos dos idosos.

## 6. Conclusão

O legislador satisfeito com a atuação do Ministério Público na defesa e proteção dos direitos difusos, coletivos e indisponíveis, especialmente, a defesa das crianças e adolescentes realizado através do Estatuto da Criança e Adolescente, atribuiu ao *Parquet* a possibilidade de aplicar *ex officio* (administrativamente) medidas de proteção ao idoso (Artigo 45, Estatuto do Idoso).

O Estatuto do Idoso reservou ao Poder Judiciário a possibilidade de aplicar medida de proteção, quando requerido pelo Ministério Público. A inércia da jurisdição foi consagrada em matéria de proteção do idoso, procurando-se assim reservar a intervenção judicial a questões mais complexas.

A possibilidade de aplicação de medida de proteção ao idoso (Artigo 44), a atividade fiscalizadora prevista no Artigo 52, a previsão de apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso (capítulo V) e a competência outorgada ao Ministério Público no Artigo 74, V, letra “a”, incs. VI, VIII, do Estatuto do Idoso, demonstram que o legislador criou uma espécie de *poder de polícia especial* em matéria de defesa dos *direitos dos idosos* que foi atribuindo concorrentemente aos órgãos de fiscalização<sup>108</sup> e ao Ministério Público que o deve exercer com dinamismo, arrojo e mudança de personalidade de seus integrantes.

---

<sup>107</sup> João Batista da Silva. Direitos difusos e coletivos – controle extrajudicial da administração e o Ministério Público em face da carta política institucional, Jus-Revista Jurídica do Ministério Público 14/164.

<sup>108</sup> Artigo 52, Estatuto do Idoso.

A aplicação de medida protetiva, balizada pela regra de hermenêutica estabelecida pelo *caput* do Artigo 44 do Estatuto, recomenda a prévia oitiva da pessoa idosa, **quando possível**, a fim de imantar, o enxuto e célere procedimento previsto no Artigo 45, e o conseqüente provimento estatal gerado com as características inerentes ao Estado Democrático de Direito.

O Estatuto distingue as seguintes figuras: a) **a entidade de atendimento**, b) o **dirigente de entidade** e c) **os terceiros** que de alguma forma ameacem ou violem os direitos assegurados no Estatuto para fins de aplicação de providências administrativas.

A partir do Estatuto do Idoso, o *Parquet* deixa de ser um mero pedinte de providências e passa a ter a possibilidade de praticar atos administrativos dotados de carga decisória que lhe permitem exercer ativamente e dinamicamente o papel de autêntico defensor dos direitos dos idosos.

## ANEXOS

### PROMOTORIA JUSTIÇA TAL

#### DECISÃO

##### I – RELATÓRIO

Trata-se de apuração instaurada, a partir de representação firmada pela Pastoral dos Direitos Humanos noticiando prática de maus tratos contra TEREZINHA DE TAL, 74 anos, imputada a seu filho, Cláudio de tal, nascido em 10/10/63, qualificado nos autos. No dia 13 de janeiro de 2004, a Promotoria de Justiça tal realizou conjuntamente, com integrantes da Pastoral dos Direitos Humanos de Belo Horizonte diligência na residência da idosa- Rua de tal, bairro Y, comarca tal, ocasião em que foram constatadas as péssimas condições de higiene e saúde a que estava a idosa submetida. Foram identificadas testemunhas. O filho de Terezinha foi ouvido pela promotoria de justiça no dia 13 de janeiro de 2004. Nesta mesma data, foram expedidos ofícios à Senhora Secretária de Saúde Municipal noticiando os fatos e solicitando atendimento médico de urgência. No dia 22 de janeiro de 2004, este órgão recebeu ligação telefônica do senhor Valcídio, Presidente da Associação Comunitária da Vila Y comunicando que o estado de saúde da idosa havia se agravado e que segundo notícias, até aquela data, a idosa não havia recebido atendimento médico emergencial. Nesta mesma data, este órgão acionou o Serviço de Rádio-patrolhamento para comparecer à residência da idosa a fim de lavrar boletim de ocorrência. A senhora Meire DINIZ, assessora da Secretária Municipal de Saúde foi comunicada, via telefone, da situação, ocasião em que lhe requisitou ambulância para remoção da idosa para o hospital. No dia 22/01/04 foram ouvidas testemunhas sobre o fato. Lavrou-se a certidão nº 01/2004. Recebeu-se o ofício da Secretaria Municipal. É o relatório. **Passo a decidir.**

##### II - FUNDAMENTAÇÃO

A diligência realizada mostrou que a idosa estava com a saúde debilitada e apresentava escaras em diversas partes de seu corpo, o que demandou pedido de assistência médica imediata à Secretaria de Saúde. Constatou-se que Terezinha dormia sobre uma cama sem colchão e que a mesma estava sendo submetida aparentemente a maus-tratos diante das condições de higiene em que fora encontrada. Foi observado também que moscas posavam sobre as feridas de seu corpo. A idosa é portadora de *Mal de Parkeson*.

A investigação apurou que a idosa reside com o seu filho, Cláudio, 40 anos. Consta que a idosa recebe benefício previdenciário (R\$ 230,00) que é retirado por terceira pessoa que por sua vez o repassa ao filho de Terezinha chamado de Cláudio. Esta pessoa prestou depoimento informando que está desempregado e que vive às custas do benefício da mãe. Na oportunidade foi orientado a mudar de comportamento.

As testemunhas ouvidas apontaram que Cláudio de tal não mudou de comportamento, depois da visita das autoridades, o que resultou no agravamento do já abalado estado de saúde da idosa. Os autos mostram que mesmo tendo sido orientado a mudar de comportamento e tendo lhe sido oferecido apoio este não vem alimentando, nem limpando, nem zelando pelo bem estar da idosa. O debilitado estado de saúde e a situação em que a idosa foi encontrada são indícios de que a idosa estava sendo submetida a maus-tratos no mínimo por omissão. As informações preliminares colhidas apontam que Cláudio está praticando *maus tratos* contra a indefesa idosa. As testemunhas ouvidas pela promotoria confirmaram que Cláudio em outras oportunidades já agrediu a idosa com “tapas e murros”. Na data de ontem (22/01/04), a idosa foi retirada de sua residência completamente suja de fezes e urina confirmando o estado de abandono e violência a que a idosa estava submetida. Gize-se que a idosa não consegue se manifestar.

Não bastasse a violência perpetrada no seio da família, há notícias também de que até o dia 13 de janeiro de 2004, a idosa não havia recebido atendimento médico por parte da Secretaria Municipal de Saúde através do programa de saúde da família, fato este que caracteriza também, em tese, omissão do Poder Público e que está sendo objeto de investigação neste inquérito. A omissão do Poder Público no atendimento da idosa se revela especialmente grave, pois no dia 22 de janeiro de 2004, este órgão foi informado por testemunha que nenhuma equipe médica havia comparecido à residência da idosa até aquela data para prestar o atendimento médico de urgência que havia sido solicitado, após a diligência realizada no dia 13 de janeiro de 2004! O fato é que o estado de saúde da idosa é delicado segundo informações oficiais.

Na data de ontem, a idosa foi removida por equipe médica da Secretaria de Saúde Municipal e internada no Hospital MUNICIPAL JOSE LUCAS FILHO onde recebeu atendimento médico.

A violência covarde e regular praticada contra a idosa através de ação e omissão do dever de cuidado, cujos elementos apontam o senhor Cláudio, filho da idosa, como o responsável impõe a adoção de **medida administrativa cautelar de proteção**, a fim de que a integridade física da idosa seja protegida sob pena da mesma vir a falecer ou sofrer ainda mais nas mãos de seu filho.

As provas são suficientes para mostrar que a idosa não estará em segurança na companhia de seu filho, se retornar ao seu lar. Por estes motivos e provas, em juízo de cognição sumária, reconheço o estado de violação dos direitos fundamentais da idosa Terezinha de tal, 74 anos, por omissão e abuso de seu filho (art. 43 do Estatuto do Idoso), o que me autoriza adotar e o faço, sem demora, medidas protetivas em defesa da idosa nos termos do que prevê o art. 45 do inovador Estatuto do Idoso.

### III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, determino ao senhor administrador do Hospital José Lucas Filho providenciar o encaminhamento e o transporte da idosa, TEREZINHA DE TAL, 74 ANOS, ao LAR MARIA CLARA, entidade civil de assistência ao idoso, sediada na cidade tal, **logo após, seja-lhe concedida alta médica**, onde deverá permanecer provisoriamente até adoção de outras medidas, nos termos do art. 43 e 45, inciso VI do Estatuto do Idoso comunicando-se esta promotoria a data em que ocorrer o encaminhamento.

**Comarca XX, XX de XXXX de 200X, XXhXX.**

*Promotor(a) de Justiça*

## PROMOTORIA JUSTIÇA TAL

O **Ministério Público** através de seu Promotor de Justiça, abaixo-assinado, fundamentado no art. 129, IX da Constituição Federal e art. 45 da Lei federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) expede o presente **MANDADO MINISTERIAL** à senhora administradora do Hospital JOSÉ LUCAS FILHO ou quem lhe faça às vezes para que **providencie o encaminhamento** da senhora TEREZINHA de tal, 74 anos, pessoa internada neste hospital, à entidade civil LAR MARIA CLARA, sediada em tal cidade, assim que a referida paciente receber “alta médica”, onde deverá permanecer **em abrigo temporário** (art. 45, inciso VI) até que sejam adotadas medidas específicas de proteção em seu favor. A idosa deverá ser entregue aos cuidados do Senhor **José de tal**, Vice-Presidente da entidade, ou **à pessoa por ele designada** para recebê-la. Cumpra-se. Registre-se.

**Comarca XXXX, XX de XXXX de 200X.**

Promotor(a) de Justiça Titular

# A EXPANSÃO DAS AÇÕES COLETIVAS COMO FONTE DE RACIONALIZAÇÃO (E EFICÁCIA) DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

**Paulo Calmon Nogueira da Gama**  
**Procurador de Justiça**

---

## Sumário

---

**1** Introdução. **2** Ações coletivas, racionalização e efetividade da jurisdição. **3.** Um exemplo concreto: a tutela coletiva do contribuinte **4** Proposta de alteração na LOMP. **5** Reconsiderações à introdução. **6** Conclusões.

### **1. Introdução**

É voz corrente que o Poder Judiciário brasileiro encontra-se em linha de colapso, assoberbado com a magnitude do número sempre crescente de causas e recursos em tramitação em todos os foros e tribunais do país.

Se a efetividade do acesso à Justiça obteve um avanço inequívoco a partir da instituição e instalação dos juizados especiais constitucionais – em que se deu vazão à parte da demanda dita *reprimida* – o efeito de “desafogo” à jurisdição convencional logo se esvaiu em face do aumento crescente da necessidade de intermediação judicial nas relações jurídicas travadas em nossa tumultuada nação, reconhecida por seus contrastes sociais, desemprego, violência urbana e agrária, além de sua permanente instabilidade econômica.

Não por acaso, ao ensejo da Reforma do Judiciário, muitas fichas foram jogadas na aprovação da polêmica *súmula vinculante*, uma tábua de salvação destinada a aliviar o peso de outras tantas, essas, tábuas reais, que dão corpo às prateleiras onde se amontoam em pencas os autos processuais.

Também não por acaso, volta e meia nos deparamos com comoventes desabafos dos órgãos da judicatura, como aquele proferido pelo relator Marco Aurélio nos autos do AI n. 491478 (agravante o MPE/MG), onde esse eminente ministro do STF, após apontar que o apelo extraordinário supostamente se apoiaria em normas infraconstitucionais, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, fazendo questão de registrar na ocasião que “*este agravo somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria estar sendo utilizado no exame de processo da competência da Corte*”.

Mas será que o próprio Poder Judiciário não vem contribuindo para o seu martírio, agindo com timidez em relação aos verdadeiros, legítimos, modernos e eficazes instrumentos de racionalização já existentes no ordenamento?

## **2. Ações coletivas, racionalização e efetividade da jurisdição**

Atento à tendência mundial, sensível aos problemas decorrentes da massificação das relações jurídicas, e, também, à necessidade da proteção do patrimônio comum da sociedade, há mais de duas décadas nosso ordenamento jurídico absorveu, de modo amplo e sistematizado, as ações civis coletivas – em voga no Direito do mundo moderno – como sendo o instrumento hábil a compor, através da mediação judicial, as lides de interesse coletivizado.

Contudo, uma significativa parcela dos integrantes do Poder Judiciário nacional, enclausurada na escola clássica do Direito (centrada na noção de direitos absolutos do indivíduo), resiste em dar efetividade ao intento de nossa mais moderna legislação, terminando por receber refratariamente – quase que com má vontade – as ações civis públicas manejadas pelos entes legalmente legitimados.

Atira-se no próprio pé, olvidando-se, ainda, do escopo central da jurisdição. Qual seja, a pacificação das relações jurídicas instáveis.

Abrindo um parêntese, é proposto a seguir um exercício de imaginação.

Suponha-se a existência de dois magistrados dotados da mesma capacidade de trabalho, que acabam de assumir, em comarcas vizinhas, varas cíveis de idênticas proporções e características. Ambos se sabem bem atarefados, pois cada qual terá cerca de mil processos das mais variadas espécies sob sua presidência.

O primeiro juiz, muito ansioso, fica satisfeito ao encontrar linhas jurisprudenciais que lhe dão embasamento para extinguir, antecipadamente e sem julgamento de mérito, uma centena de ações civis públicas propostas pelas atuantes entidades não-governamentais da localidade e pelo também operoso promotor de Justiça em exercício nas curadorias da comarca.

O segundo, mais sábio, “perde” mais tempo estudando a fundo a legislação vigente, a jurisprudência mais moderna, o direito comparado (e mais tempo ainda instruindo as ações coletivas que, ao final, merecem seu julgamento de mérito).

Depois de uma semana, possivelmente o primeiro juiz tenha menos de mil feitos sob sua jurisdição; ao passo que o segundo, uns mil e poucos.

Decorrido um ano certamente o quadro se inverterá drasticamente. O primeiro se verá a instruir milhares de ações individuais, numa comarca conflituosa, com uma horda de jurisdicionados sem acesso efetivo ao Judiciário (existência de significativa *demanda reprimida*); enquanto o segundo, a tocar os seus mil processos (ou menos) se verá labutando em comarca “*juridicamente pacificada*”, onde os jurisdicionados (supostamente) lesados e ameaçados de lesão tiveram (e continuam tendo) acesso judicial, por si ou por seus substitutos processuais, retratando uma sociedade em que se desfrutam plenamente os atributos e direitos inerentes à cidadania.

Para rematar, o primeiro juiz certamente solicitará junto à administração de seu tribunal o auxílio de cooperadores, não lhe sendo difícil comprovar a quantidade sobre-humana de serviços sob seu ofício.

Noutro giro, observe-se que uma prática abusiva perpetrada por uma concessionária de serviço público, por exemplo, pode atingir alguns *milhões* de usuários. A “opção” pelo reconhecimento de óbices à invocação de tutela jurisdicional coletiva, certamente implicaria na propositura de vários milhares de ações individuais, sem contar a enorme demanda que permaneceria reprimida, a revelar a inacessibilidade prática à Justiça e uma alta carga de litigiosidade não mediada.

A partir dessas figuras de ilustração, pretende-se dizer que o estímulo às ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e demais co-legitimados é o instrumento juridicamente mais puro e honesto para impedir a pulverização de ações individuais repetitivas que, aos borbotões, assoberbam nossos fóruns e tribunais. Caminhássemos para efetiva coletivização de demandas atomizadas, tal como *já permite* nosso atual ordenamento jurídico, mesmo em áreas como a tributária e previdenciária, gerando a produção de julgados dotados de efeitos *erga omnes*, talvez os resultados, em termos de racionalização quantitativa de feitos e recursos, viessem a ser muito maiores até mesmo do que aqueles derivados da implantação de súmulas restritivas ou vinculantes (cujo fundamento, ao contrário da coletivização de demandas, é preponderantemente de ordem prática e não jurídica).

### **3. Um exemplo concreto: a tutela coletiva do contribuinte**

Em todas as discussões havidas ao longo da tramitação da Emenda Constitucional nº 45 (a chamada *Reforma do Judiciário*), sempre foi identificado o poder público como sendo o grande “culpado” pela incrível quantidade de demandas existente nos tribunais (especialmente nas cortes superiores).

Com efeito, muitas vezes foi dita, ouvida e repetida a seguinte frase: “o Estado é o maior demandista do país”.

Exemplos como os expurgos no FGTS, na Poupança e a revisão de benefícios previdenciários eram apontados como a fonte de um sem-número de ações judiciais que percorriam todas as nossas instâncias judiciais.

Cada uma dessas questões, em tese, poderia ser resolvida por uma só ação coletiva. Depois de decidida em última instância, a coisa julgada formada seria dotada de um vigoroso alcance, com efeito e eficácia diretos e imediatos, muito superiores àqueles eventualmente oriundos das fontes sumulares.

Também é igualmente estratosférica a quantidade de ações judiciais idênticas movidas individualmente pelos contribuintes tributários. Sabemos que a situação se encontra maximizada nos dias atuais pelo insaciável furor de arrecadação do poder público.

Mesmo assim, lamentavelmente, ainda há os que defendam que a ação civil pública não pode ser manejada para a defesa dos direitos de uma determinada categoria de pessoas (contribuintes), lesadas com cobranças indevidas de tributo.

Ora, é fácil constatar que os direitos dos contribuintes, quando violados, revelam prejuízos ou ameaças a toda uma coletividade dotada de um traço comum, eis que os mesmos fazem parte de uma categoria de pessoas ligadas à fazenda pública por uma relação-base.

É evidente que os contribuintes, embora não inseridos no conceito de consumidor a que se dirige a tutela da Lei 8.078/90 (CDC), também merecem proteção através da ação civil pública, sendo certo que a Constituição Federal (art. 129, III) e a Lei 7.347/85 (art. 1º, IV) incumbiram o especialmente Ministério Público, de modo amplo e explícito, de defender qualquer interesse difuso e coletivo.

Membro das comissões de elaboração do projeto de Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, o professor Kazuo Watanabe, desembargador aposentado do TJSP, ao situar os interesses ou direitos coletivos anota que *“os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, a adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida”* <sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> In Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Forense Universitária, 7ª ed., p. 743.

Na mesma linha, Milton Flaks diz que a ação civil pública transformou-se “em instrumento hábil para a defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros”<sup>110</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo ainda ziguezagueando sobre o tema, produziu recentemente um alvissareiro julgado, relator o Ministro Luiz Fux, ementado nos seguintes termos:

*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTALER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUINTES. 1. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24.08.2001. Legitimatio ativa ad causam. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela Lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STJ e no E. STF o entendimento acerca da legitimação do Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Iluminação Pública, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. 2. Deveras, a argüição, in casu, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. 3. Recurso Especial provido (RESP 574410/MG; recurso especial 2003/0145318-0; Relator Ministro LUIZ FUX, 1ª T., DJ 05.08.2004, p. 192).*

Ali se espancou, com acerto, a recorrente argüição sobre suposta impossibilidade de o *parquet*, por meio da ação civil pública, substituir os efeitos da declaração direta inconstitucionalidade de lei. É que o controle de constitucionalidade, *in casu*, ocorre de modo difuso, como em qualquer ação, sendo que os efeitos – muito embora

---

<sup>110</sup> Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 21, p. 239/259).

a tutela tenha alcance *erga omnes* – são distintos da ADin, já que adstritos à concretude determinada no pedido e na causa de pedir apresentados.

Observe-se, outrossim, que é absolutamente aberrante, à luz do ambiente constitucional vigente, pretender-se através da edição de medidas provisórias ou regras casuísticas conter ou inviabilizar o manejo de ações coletivas.

Há ainda outra questão. Quando se invoca a tutela coletiva de interesses de contribuintes, é comum ouvir daqueles que pretendem negar a legitimidade autoral, que os contribuintes, via de regra, posicionam-se como titulares de *interesses individuais homogêneos*, modalidade essa que, supostamente, apenas seria tutelável de forma coletiva no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se de equívoco palmar.

Primeiro, porque se ignora a reconhecida e expressa relação simbiótica existente – tanto preceitual como conceitualmente – entre a LACP (Lei 7.347/85) e o CDC (Lei 8.078/90)<sup>111</sup>. Não bastasse isso, *todas* as legislações orgânicas ministeriais são claras em cometer ao órgão de execução do *parquet* o mister de defender quaisquer direitos e interesses individuais homogêneos (Lei 8.625/93, art. 25, IV, “a”; Lei Complementar 75/93, art. 6º, VII, “d”).

Segundo, porque as ações que visam coibir a tributação indevida, além de zelar por *interesses individuais homogêneos* (eventuais ressarcimentos a contribuintes atuais), têm também, regra geral, índole *coletiva em sentido estrito* (fazendo cessar a fonte danosa que atinge a coletividade) e até mesmo *difusa*, se levado em conta o alcance temporal da tutela judicial pretendida, apta a beneficiar todo aquele que, no futuro, implementado o fato gerador respectivo, em tese vier a se colocar na posição de agente passivo tributário.

É dizer que tem natureza difusa a tutela judicial que declara a invalidade de determinada causa geratriz de dano, pois, protraindo-se no tempo, impede que novas pessoas sofram lesões ou ameaças de lesões nas mesmas circunstâncias.

---

<sup>111</sup> Art. 21 da LACP: *Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III [da defesa do consumidor em juízo] da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.* (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990); art. 90 do CDC: *Aplicam-se às ações previstas neste título [da defesa do consumidor em juízo] as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.*

Assim, a legitimação autoral para causa de tal jaez apresenta-se, à luz do pedido que se deduz na petição inicial, materialmente óbvia como sendo de *relevância social*, eis que sempre evidenciada a tutela a interesses coletivos em sentido amplo (individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos). Alguns rótulos conceituais oferecidos pela doutrina têm se prestado a equívocas limitações por parte de determinados intérpretes.

Em suma, a interpretação do alcance dos textos constitucionais e infraconstitucionais sobre a tutela coletiva a ser exercida pelo Ministério Público e demais co-legitimados não se prende a carimbos doutrinários restritivos; muito ao contrário, no caso específico do *parquet*, harmoniza-se com a noção de interesses e direitos coletivos em sentido lato, na toada dos interesses socialmente relevantes buscados no art. 127 da Carta da República.

Ou, conforme a sábia conclusão exposta pelo percuciente desembargador federal Antônio de Souza Prudente,

*em matéria tributária, os interesses individuais homogêneos, legalmente definidos, como aqueles decorrentes de origem comum, uma vez agredidos, coletivamente, em seu núcleo originário (hipótese de incidência tributária e conseqüente fato gerador, de natureza homogênea, a gerar obrigações tributárias e resultantes interesses individuais também homogêneos), sofrem, por força do impacto agressor, o fenômeno da atomização processual, em defesa de interesse coletivo e social, relevantes a legitimar a pronta atuação do Ministério Público, na linha de determinação institucional dos arts. 127, caput e 129, III, da Constituição da República, traduzidos nas disposições dos arts. 5º, II, a e 6º, incs. VII, a e d e XII, da Lei Complementar n. 75/93, mediante as garantias instrumentais da ação civil pública, evitando, assim, a pulverização dos litígios, com o conseqüente acúmulo de feitos judiciais nos tribunais do País, nessa seara histórica de abusos tributários, onde o contribuinte, individualmente considerado, sem recursos e órfão da assistência judiciária do Estado, queda-se inerte e vitimado, sem qualquer defesa, ante a brutal arrogância do Fisco. Com o devido respeito às opiniões contrárias, entendo que a única interpretação válida, nesse contexto, é aquela que brota do tecido constitucional e se mantém fiel e conforme a Constituição, no corpo da normativa legal, a ponto de não frustrar a vocação institucional do Ministério Público, essencial à função jurisdicional do Estado, feito guardião da ordem jurídica, do regime democrático, do sistema tributário nacional e dos interesses individuais homogêneos, coletivos e*

*sociais, no espaço tributário. A hermenêutica gestada nas entranhas da legislação ordinária, sem força bastante para alcançar os comandos constitucionais em referência, afigura-se insuficiente à garantia plena dos direitos do contribuinte e da Justiça tributária, no Estado democrático de Direito* <sup>112</sup>.

#### **4. Proposta de alteração da LOMP**

O fundamental nesse singelo estudo é apontar que o atual ordenamento jurídico *já permite* (e o assoberbamento de causas no Judiciário há muito *exige*) que se reconheça, sem parcimônia, a legitimidade ministerial (e das entidades civis apontadas nas legislações especiais em vigor) para a propositura de uma significativa gama de *class actions*, inclusive para a defesa dos contribuintes.

Contudo, como forma de se estimular o avanço do esforço interpretativo de nossos pretórios, parece conveniente se levar expressamente a redação do art. 5º da Lei Complementar 75 para o âmbito da Legislação Orgânica dos Ministérios Públicos estaduais (embora o art. 80 da Lei 8625 já aponte a subsidiariedade da referida Lei Complementar).

Dir-se-ia, então, especificamente, que entre os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tuteláveis pelo *parquet* estadual encontram-se aqueles titularizados pelos contribuintes tributários.

#### **5. Reconsiderações à introdução**

Em face do que foi acima expandido, parece oportuno que retornemos ao “desabafo” (apresentado no início deste texto) feito por um eminente ministro da Suprema Corte.

Antes de tudo, cabe registrar que, provavelmente obnubilado pelo excesso de serviço e deixando de lado momentaneamente o guia da humildade, desconsiderou o nobre ministro a conhecida máxima de CARNELUTTI: *o Ministério Público, como o juiz, não tem no processo um direito a exercer, mas um dever a cumprir* <sup>113</sup>.

Mas será mesmo que aquele recurso – que, como tantos outros, buscava o reconhecimento da legitimidade ministerial negada nas instâncias inferiores para uma

---

<sup>112</sup> *in* Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa dos direitos individuais homogêneos, *Revista do Conselho da Justiça Federal*, nº 9.

<sup>113</sup> *in* Sistema di Diritto Processuale Civile. v. I. Pádua: Cedam, 1936, pág. 387.

determinada ação coletiva em favor de uma categoria de lesados – somente serviria para abarrotar ainda mais nossa corte constitucional?

Ao que já foi visto, sugere-se que não.

O que realmente assoberba nossos tribunais é precisamente o avesso: a existência de decisões restritivas ao tramitar dos pleitos coletivos e que propiciam, num momento seguinte, um espocar de ações individuais pulverizadas, uma boa parte das quais, possivelmente, terminando por bater às portas do próprio STF.

Certamente teria sido melhor para a eficiência do Judiciário se o ministro-relator, naquela ocasião, expressasse algo mais ou menos assim: *interpretação restritiva à legitimidade para ações coletivas somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, gerando novos e repetitivos processos individuais para exame desta e de outras cortes.*

## 6. Conclusões

Em vista do exposto, pode-se concluir que:

1. Estão divorciadas do ordenamento vigente as interpretações restritivas à legitimação ativa do Ministério Público e de entidades civis para invocação de tutelas jurisdicionais coletivas. Tais restrições não atendem a contento às atuais diretrizes constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, resultando em assoberbamento desnecessário da máquina judiciária (em razão da pulverização de processos atomizados) e, ainda, dificultando o efetivo acesso à Justiça, o que gera a repressão de demandas e o enfraquecimento da paz jurídica.
2. O Ministério Público é legitimado a promover, inclusive judicialmente, a tutela coletiva dos contribuintes.
3. Tem natureza difusa o comando judicial que declara a invalidade de determinada causa geratriz de dano, posto que, protraindo-se no tempo, impede que novos sujeitos da relação jurídica enfocada sofram lesões ou ameaças de lesões nas mesmas circunstâncias.



## **Comissão Temática II**

### **Direito Público**

## **O Ministério Público na defesa do adolescente e da criança.**

### **André Luís Alves de Melo Promotor de Justiça em Estrela do Sul**

A Constituição Federal trouxe um novo perfil ao Ministério Público, mas ainda é não é aplicado efetivamente.

Na área da Infância e juventude infelizmente ainda temos uma atividade mais voltada para a repressão a atos infracionais, ou quando muito, para solução de casos familiares de desajuste já reinante. E este último comportamento já é um avanço e nem é praticado por muitos.

Apesar de a doutrina afirmar que a finalidade do ECA é meramente protetiva, a própria lei associa os atos infracionais ao tipo penal.

Muitas questões que poderiam ser resolvidas extrajudicialmente, são encaminhadas ao Judiciário sem necessidade. Outras vezes a própria lei o exige, como em guardas consensuais.

Também é muito raro o ajuizamento de ações coletivas na defesa da criança e adolescente. Em algumas Comarcas por onde passei, percebi que os Estagiários estavam ‘treinados’ para gritar e dar broncas nos adolescentes durante as audiências ministeriais, e isto provavelmente foi aprendido com os Promotores que os orientaram.

Um grande fator dificultador é o entendimento tácito dos Tribunais de que Vara da Infância e Juventude deve ser em conjunto com varas criminais, onde não há Vara específica. E o pior, é que este entendimento é seguido por muitos Ministérios Públicos. Assim, de forma inusitada, há diversos procedimentos de rito cível, inclusive de adoção, tramitando em varas criminais.

O sistema judicial está abarrotado de pedidos desnecessários, e que muitas vezes tumultuam o andamento das ações, como os fatídicos pedidos de “alvarás”, mesmo quando a lei não exige este requisito. E ainda que exija poder-se-ia questionar do ponto de vista da constitucionalidade, pois não é atribuição do Judiciário, pois a atividade jurisdicional deve ser restrita a conflitos entre partes.

Quando se emite alvarás para festa juvenis é de se esperar que o local foi inspecionado previamente, o que ocorre na quase totalidade dos casos. Em rigor, deveria apenas comunicar ao Judiciário e este até poderia também comunicar ao Conselho Tutelar e Ministério Público, bem como Polícia, para fiscalizarem no momento do evento, se entenderem que é o caso. Mas não expedir alvarás sem fiscalização prévia ou concomitante.

O Estatuto da Criança e Adolescente foi resultado de muita luta durante o processo legislativo, e tentativa de rompimento dos interesses de juízes menoristas, os quais à época, que não admitiam perda de poder. Em razão disso, foram feitas algumas alterações que não se adequam muito à lógica sistêmica, como exigir uma espécie de processo judicial para aplicar sanções administrativas.

Ou ainda, estabelecer que o Judiciário possa criar regras gerais, fiscalizar a sua aplicação e depois julgar o ato, em um evidente procedimento inquisitório, pois o magistrado é a parte mais interessada no cumprimento das normas que elaborou sem nenhuma limite legal.

Soma-se ainda a expedição de autorizações judiciais para viajar. Neste caso, é preciso ressaltar que a lei não exige a representação por advogado.

É de observar que pelo art. 95 o próprio Judiciário pode fiscalizar as entidades previstas no art. 90, e logo, pode julgar as mesmas, o que é um processo inquisitório.

De forma ainda mais estranha, o art. 262 do ECA afirma que enquanto não for criado o Conselho Tutelar na Cidade, a função deste será exercida pelo Juiz de Menores, o que viola toda e qualquer lógica do contraditório assegurado constitucionalmente.

Afinal, em suma, função jurisdicional não é fiscalizatória, mas sim resolver conflitos. E se fiscaliza, passa a ser parte, ou seja, parcial.

Paulo Lúcio Nogueira, in Estatuto da Criança e Adolescente Comentado, 4ª edição, p. 248, entende que o Estatuto procurou dar realce à figura do Juiz, pois é o sujeito proeminente na relação processual. É de ressaltar que há duas questões a serem observadas, primeiro que muitas das funções atribuídas ao magistrado seriam extrajudiciais e por isto inconstitucionais, pois não são processuais. E a questão da figura de proeminência é uma questão cultural, e que quando o processo era mais ligado às partes, como estimulando os acordos, os feitos eram mais rápidos. Esta tendência está voltando.

Em suma, esta suposta atividade administrativa do magistrado estaria em tese revestida de função jurisdicional, pois utiliza o mesmo sistema recursal e pode fazer coisa julgada material. Ou seja, se alguém descumprir alguma norma de natureza administrativa, seria processado com o mesmo rigor do processo judicial tradicional, mas tendo um Judiciário parcial, o que viola o princípio do contraditório.

Ademais, com relação à multa fixada por descumprir normas administrativas do ECA, é fato que aquele título seria judicial e gerado com base em fiscalização judicial, bem como “norma judicial” e com o título executado pelo próprio judiciário. É fato que a rigor, a lei não estabelece como se daria esta execução, mas pode até se defender que seja de ofício.

Desta forma é de se concluir pela inconstitucionalidade do art. 149 do ECA ao atribuir ao Judiciário função legislativa, ou no mínimo regulamentadora autônoma, pois refoge de sua função clássica e ainda torna o magistrado parcial e inquisidor, pois de ofício e sem limites pode fixar normas gerais.

E pior ainda, há julgados corporativistas que entendem que quem descumprir portarias judiciais comete crime de desobediência. (RT 427:426; 412:280) Ora, então quem descumprir a lei e os decretos também cometem crime de desobediência ??

Isto é típico da ditadura militar, sendo que algumas portarias judiciais são verdadeiros Ato Institucionais (AI-5).

E para agravar ainda mais, o Judiciário entende que o voluntário credenciado, bem como os servidores efetivos, previstos no art. 194, caput, são indicados pelo próprio órgão julgador e têm o poder de elaborar autos de infração genéricos e encaminhar à quem os indicou para aplicar penalidades, e que podem ter caráter jurisdicional, sentença (art. 197, parágrafo único). Isto é um atentado ao princípio do contraditório, o qual é inerente à imparcialidade judicial.

Alguns magistrados chegam a fixar normas de ocupação do solo e até invadir a atribuição dos pais, pois a norma do art. 149 no inciso I exige que seja apenas para desacompanhados dos pais.

Uma questão que observei também é que algumas Comarcas não vem sendo aplicado corretamente o art. 186, §2º do ECA, o qual prevê audiência em continuação (instrução) apenas para fatos graves que sejam passíveis de internação ou colocação em regime de semi-liberdade. Nestas Varas e Promotorias estaria fazendo audiências de instrução em fatos menos graves como furtos e com adolescente confesso e apreendido em flagrante.

Outra coisa muito simples e que facilitaria muito a agilização do procedimento administrativo seria requerer uma audiência de conciliação antes da contestação, dessa forma seria citado para audiência preliminar e se não comparecer é que a partir da data da mesma é que começaria a correr o prazo para resposta. Alíás, é muito burocrático que esta pena administrativa não possa ser feita na própria promotoria, pois é órgão estatal de atividade típica estatal e pode ter poder de polícia.

Causa estranheza que o próprio Conselho Tutelar possa aplicar penalidades, conforme art. 136, I e II, do ECA, sem procedimento judicial, enquanto o Ministério Público não.

É fato que a OAB pressiona para que haja processos tramitando pelo Judiciário, ainda que de natureza não judicial, pois faz aumentar o mercado jurídico clássico.

Um aspecto de omissão ministerial vem sendo observado no dever de propor a ação para destituição de pátrio poder. Esta não pode ser comodamente delegada aos pretendentes à adoção. Os adotandos já devem estar prontos quando os interessados aparecerem, estes não podem sofrer o desgaste de ajuizar em desfavor dos pais biológicos e que se arrastará por anos. Portanto, deve o Ministério Público verificar quais as crianças e adolescentes estão abandonados pelos pais biológicos ou sem situação de risco e ajuizar a ação para destituição de pátrio poder. Vejamos bem, a ação de destituição de pátrio poder (poder familiar atualmente) não retira o nome dos pais biológicos da certidão de nascimento, isto somente acontecerá quando ocorrer a adoção.

É preciso combater também as exigências absurdas feitas por alguns magistrados, principalmente para a inscrição no cadastro de pretendentes, principalmente acerca de autenticação de documentos, renda e exames médicos, pois estes se forem necessários, somente o serão no momento que aparecer um candidato à adoção.

Verifica-se aparentemente uma má vontade do Tribunal em fazer um cadastro estadual de crianças e adolescentes, bem como de pretendentes à adoção, inclusive usando a internet, mas preservando os nomes, colocando apenas as iniciais e as Comarcas onde estão, bem como alguns dados gerais. Pois isto é extremamente simples, basta criar um link constando as crianças e adolescentes, com iniciais, por Comarca, data de nascimento, sexo e cor. E em outro link haveria um banco com pretendentes inscrito por Comarca, com preferências e também por iniciais. Da forma atual, é preciso fazer uma inscrição em cada Comarca e o pior ao bel prazer das exigências documentais apresentadas por cada magistrado.

Uma questão muito prática é observar que a guarda excepcional prevista no art. 33, §2º, do ECA não exige a citação dos pais biológicos, como se vem exigindo, pois a guarda não faz coisa julgada e pode ser revista a qualquer momento. Logo, pode-se deferir em um procedimento de jurisdição voluntária e se os pais biológicos em algum momento sentirem-se prejudicados podem pedir a revisão, isto evita um longo processo de citação. Ademais, a guarda pode ser compartilhada entre várias pessoas, uma não exclui a outra. Esta medida simples agiliza o processo e sem prejuízo para as partes.

No campo da guarda o que deve ser analisado é se não está havendo fraude à previdência, quando se concede guardas de direito que não condizem com a realidade fática, principalmente em casos de parentes, como tios e avós, cujo objetivo é unicamente perpetuar o pagamento de pensões por morte, pois a guarda prevista no ECA é a única que concede efeitos previdenciários.

Apesar de estar previsto no ECA que a guarda concede efeitos previdenciários, nada impede que esta guarda seja concedida com exclusão do efeito previdenciário, pois é *conditio sine qua non*, mas apenas um efeito e pode não ser concedido na sentença.

Outro ponto de descumprimento do direito do cidadão também é que fizeram lei morta do art. 166 do ECA, o qual permite que se os pais biológicos forem falecidos, destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente, poderão fazer o pedido no próprio balcão em petição formulada pelos próprios requerentes. Este direito de petição está previsto até no art. 5º, XXXIV, da CF, mas o corporativismo da classe jurídica tem feito letra morta deste direito.

#### **Conclusões:**

- A) O Promotor da Infância e Juventude deve priorizar uma atividade preventiva e coletiva, tanto judicial como extrajudicialmente.
- B) Deve-se estabelecer como condição a exigência de que a área da infância e Juventude fique na seara cível, onde não for um ramo separado.
- C) É preciso caminhar no sentido de um Ministério Público deliberativo e com poder de polícia com atribuições administrativas de fiscalização e aplicação de penalidades no ECA, bem como possibilidade de homologação de acordos, como guardas consensuais.
- D) O art. 149 do ECA é inconstitucional ao atribuir *concomitantemente* ao Judiciário uma atividade legiferante, fiscalizatória, regulatória e executiva.
- E) Todo Promotor da Infância e Juventude deve fiscalizar as portarias judiciais da Vara da Infância e Juventude, propondo medidas saneadoras ou tomando medidas judiciais em caso de resistência do magistrado
- F) A indicação dos servidores efetivos e voluntários credenciados é atribuição do Conselho Tutelar ou do Ministério Público.
- G) Fere o princípio do contraditório a aplicação de penalidade cujo procedimento iniciou por auto de infração lavrado por pessoa indicada pelo próprio judiciário. A rigor, poder de polícia não pode ser delegado para particulares.
- H) A guarda provisória pode ser deferida sem citar os pais biológicos, os quais poderão a qualquer momento solicitar a revisão do julgado.
- I) Deve o Promotor verificar previamente se é o caso de destituição de poder familiar facilitando a futura adoção.

- J) É necessário criar um cadastro estadual de adotantes e adotandos, com dados genéricos na internet, para pesquisa.
- K) O art. 166 do ECA confirma ao cidadão o direito de se dirigir diretamente ao Judiciário.
- L) Somente há audiência em continuação, instrução, para fatos graves.
- M) Descumprir portarias judiciais genéricas não é crime de desobediência, pois não é uma ordem direta e atual.
- N) Nos procedimentos por infração administrativa é possível estabelecer Termos de Ajustamento de Conduta, e na fase judicial, também é possível requerer audiência preliminar antes de se apresentar a contestação.
- O) É inconstitucional a função fiscalizatória do Judiciário prevista no art. 95 do ECA, principalmente por aplicar as penalidades do art. 97 em sede procedimento com sentença.
- P) A guarda prevista no ECA pode ser concedida parcialmente, ou seja, sem os efeitos previdenciários, desde que haja justificável motivo.

# **DA NECESSIDADE DO CONTROLE DO ANDAMENTO PROCESSUAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Calixto Oliveira Souza**  
**Promotor de Justiça em Divinópolis**

## **SUMÁRIO**

- 1 – Introdução
  - 1.1 – A frustração Provocada pela Prescrição
  - 1.2 – A Inocuidade de Decisões Tardias no Cível
- 2 – Da Relativa Elasticidade dos Prazos Prescricionais
  - 2.1 – Prescrição no Processo de Falência
- 3 – A Recomendação de Fiscalização Feita pela Corregedoria Geral do Ministério Público e os Empecilhos
- 4 – O Controle de Carga Exercido pelo Judiciário
- 5 – O Acompanhamento Processual e de Inquéritos pelo Ministério Público
  - 5.1 – A Falta de Fiscalização é Abdicação de Poder
  - 5.2 – Possíveis Formas de Acompanhamento
- 6 – O Inevitável Aumento de Atribuições
- 7 – Conclusão

## **1 – Introdução**

Atento ao tema do VI Congresso Estadual do Ministério Público, que tem por objetivo aprimorar a defesa da sociedade através de uma análise crítica das atribuições ministeriais e propostas de alterações, tudo com observância da Lei 8.625/93, promovendo uma verdadeira transformação na Instituição, venho apresentar o presente trabalho, que tem por finalidade o aperfeiçoamento da atividade ministerial no que diz respeito ao acompanhamento processual com a finalidade de obtenção de uma prestação jurisdicional mais eficiente. Os casos em que a fiscalização é necessária serão abordados a seguir.

### **1.1 – A frustração provocada pela prescrição**

Os Promotores de Justiça têm entre suas maiores frustrações a ocorrência da prescrição, que é de modo geral considerada alta, tendo em vista os prazos previstos nos artigos 109 e seguintes do Código Penal, que o legislador considerou razoáveis.

Acredito que todos nós, quando estudantes, também considerávamos que os prazos existentes no Código Penal, ainda que com as exceções e casos especiais, eram suficientes para que as prescrições fossem raras exceções. A expectativa otimista, porém, transformou-se em frustração com o exercício das atividades ministeriais.

Considerando que os Promotores de Justiça, em sua esmagadora maioria, cumprem os prazos processuais, seja diretamente ou com a preciosa ajuda dos mutirões que vêm sendo realizados nos últimos anos a cada seis meses, durante as férias forenses, chega-se à conclusão de que os atrasos se dão na esfera do Judiciário e da Polícia.

Urge, destarte, que se encontre uma forma de diminuir a força do poderoso instituto da prescrição, o que certamente acontecerá apenas se os Promotores de Justiça encontrarem meios de fiscalizar o andamento processual.

### **1.2 – A inocuidade de decisões tardias no cível**

Aqueles que atuam na defesa dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou mesmo individuais, por permissivo legal, como nas ações de investigação de paternidade, decepcionam-se, também, com a lentidão do Judiciário, quando recebem autos com vista meses ou anos após o último requerimento. Uma perícia, audiência, sentença ou um simples despacho interlocutório muitas vezes são precedidos de uma longa estada dos autos nas prateleiras. Em muitos casos, quando se obtém a sentença, anos após a propositura da ação, a medida se revela inócua, restando apenas eventuais direitos a indenização, ou constata-se que ocorreram prejuízos irreparáveis aos beneficiados durante a tramitação. A situação dos inquéritos civis e procedimentos administrativos não tem sido muito diferente; os autos não raro permanecem paralisados enquanto o Promotor aguarda uma resposta que já deveria ter chegado e merecia, há muito, uma reiteração ou outra medida. As prorrogações de prazo concedidas pela Procuradoria Geral, publicadas no Diário Oficial, demonstram como pode ser lenta a tramitação de um inquérito civil ou de um Procedimento Administrativo. O acompanhamento de tais procedimentos mostra-se, também aqui, necessário.

## 2 – Da relativa elasticidade dos prazos prescricionais

Combinando os artigos 109, VI, e 115, ambos do Código Penal, conclui-se que o menor prazo prescricional é de 01 (um) ano, apenas para os menores de 21 anos e os maiores de 70. Para os demais, o tempo mínimo é de 02 (dois) anos. Para que ocorra a prescrição, portanto, é necessário que a tramitação do inquérito ou de fases do processo se dê em prazo superior a esses. Ressalte-se que para prazos menores de prescrição os inquéritos e os processos são menos complexos, salvo raras exceções.

São comuns, lamentavelmente, porém, prescrições também quando os prazos são maiores. Para uma pena fixada em 02 anos, por um crime de furto qualificado, por exemplo, dá-se a prescrição com 04 (anos), por força dos §§ 1º e 2º do artigo 110. Ora, é um prazo relativamente grande, mas é comum que entre a data do fato e a denúncia ou entre esta e a sentença esse prazo decorra, nada restando a ser feito.

### 2.1 – Prescrição no processo de falência

A Prescrição no Processo de Falência ganhou novos prazos com a Lei 11.101, de 09 de janeiro de 2005, que em seu artigo 182 determina que

“a prescrição dos crimes previstos nesta Lei reger-se-á pelas disposições do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.”

Assim, a partir de junho de 2005, com a entrada em vigor da nova Lei de Falências, não mais se aplicará, pelo menos para os casos novos, o prazo prescricional de dois anos a contar da data em que deveria ter sido encerrada a falência (a falência *deveria* estar encerrada dois anos após a data da decretação da quebra), com base no artigo 199 do Decreto-lei 7.661/45 e na jurisprudência. Os prazos prescricionais, considerando que há crimes apenados na nova Lei com até 06 anos de reclusão, e que serão aplicados de acordo com o Código Penal, tornaram-se significativamente maiores, o que, porém, somente diminui a possibilidade de prescrição. É salutar lembrar que em várias Comarcas esses processos têm como titulares Promotores que raramente atuam perante as Varas Criminais e promovem a ação penal nos crimes falenciais em razão da exceção contida na Lei (art. 194 do Decreto-lei 7.661/45 e arts. 183 e 187 da Lei 11.101/05).

Não se pode olvidar, ainda, a atuação criminal perante as Zonas Eleitorais, por Promotores que não oficiam, via de regra, perante Varas Criminais.

A necessidade de controle processual, em tais casos, não é diferente daquela que têm os Promotores que atuam originariamente perante Varas Criminais.

### **3 – A recomendação da Corregedoria Geral do Ministério Público e os empecilhos**

A Corregedoria Geral do Ministério Público há muito almeja que seus órgãos de Execução fiscalizem o cumprimento ou observância dos prazos processuais. O AVISO Nº 33/84, da lavra do então Corregedor Geral Marcelo José de Paula, após fazer tal recomendação, acrescenta que

“É por demais conhecida a feliz observação de que processo não deve penar como almas do purgatório ou arrastar sonos esquecidos, como preguiças do mato, em mãos de representantes do Ministério Público, Advogado, Escrivão ou Magistrado.”

A recomendação, como é sabido, no que diz respeito à fiscalização dos prazos processuais, raramente é cumprida pelos Promotores de Justiça, que limitam-se a cumprir seus prazos já com dificuldade, em face da grande quantidade de serviço que invariavelmente lhes é atribuída, e a aguardar a volta do processo.

A imensa maioria dos Promotores de Justiça admite que não acompanha os processos após o oferecimento da denúncia ou de qualquer outra peça, salvo se forem casos de maior repercussão ou comoção. O poder de impulsionar o processo ou não, destarte, acaba nas mãos do Judiciário, pois o Advogado, se não for Assistente da Acusação, nada faz pela celeridade, por razões óbvias. O mesmo ocorre nas ações civis públicas ou de investigação de paternidade.

Ressalte-se, a favor do Ministério Público, que enquanto o Advogado tem alguns processos para cuidar, o Promotor de Justiça tem geralmente milhares, não sendo possível manter fichas de todos e conferir todos os dias na Secretaria o andamento processual.

Como se verá a seguir, contudo, o Judiciário possui uma forma de controle.

### **4 – O controle exercido pelo Judiciário**

A Corregedoria de Justiça, órgão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, editou o Aviso nº 37/GACOR/2003 (DJ de 18/10/03), com base na Resolução 290/95, da Egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que determina o acompanhamento pelas Secretarias dos prazos processuais. A serventia, dessa forma, tem obrigação de acompanhar através do SISCOM o cumprimento dos prazos pela Polícia, pelos Advogados e Órgãos do Ministério Público, fazendo a cobrança quando os autos se encontram em poder de qualquer destes por mais de trinta dias e informando o fato às respectivas Corregedorias.

## **5 – O acompanhamento processual e de inquéritos pelo Ministério Público**

Seguindo o exemplo do Judiciário, poderá o Promotor de Justiça fazer o acompanhamento processual e de inquéritos, pessoalmente ou pelos servidores, detectando os atrasos, que muitas vezes chegam a ser de anos, na Polícia, na Secretaria, com o Juiz ou com o Advogado, evitando, através de requerimentos, recursos e até mesmo representações nas respectivas Corregedorias, que tais atrasos permaneçam.

### **5.1 – A falta de fiscalização é abdicação de poder**

A ausência de fiscalização pelo Ministério Público dá ao Judiciário e à Polícia o poder total sobre a velocidade do andamento processual e das investigações policiais. É uma verdadeira abdicação do poder ministerial de exigir o cumprimento da Lei. A Promotoria, ao deixar de exercer a fiscalização, fica a mercê da capacidade do Juiz, do Delegado, do Escrivão, do humor destes, de atrasos em razão de Varas desprovidas de Juiz titular, de Delegacias mal estruturadas etc. e até mesmo de eventual má-fé. A omissão resulta, não raro, em prescrições, no criminal, e em prejuízos ou até perdas de objeto, no cível. A qualidade do trabalho de Defensor da Sociedade, nesses casos, fica comprometida.

### **5.2 – Possíveis formas de acompanhamento**

Necessário, obviamente, que se dê ao Promotor de Justiça estrutura material para tão difícil mister. Uma das formas mais eficientes de fiscalização, salvo equívoco, seria através da conexão dos computadores dos membros do Ministério Público aos do SISCOM, utilizando o mesmo procedimento das Secretarias dos Juízos.

Nas Comarcas onde a conexão ainda não é possível, por absoluta carência material, poderá o Promotor usar de criatividade, estabelecendo, por exemplo, o acompanhamento nos meses pares dos processos com numeração par e nos meses ímpares dos processos com numeração ímpar. Se forem muitos, que se faça o acompanhamento, por rodízio, a cada seis ou até dez meses, seguindo, neste caso, o último dígito. Dessa forma, o Promotor somente verificará o andamento de parte dos processos por mês, o que parece razoável, tendo em vista que vários processos vão se tornando familiares ou tendo andamento normal, facilitando a tarefa. O que não é possível é que os processos permaneçam paralisados até por anos a fio, como acontece rotineiramente.

Quanto aos inquéritos policiais, cuja lentidão é a causa da maioria das prescrições, cabe ao Promotor de Justiça a fiscalização do cumprimento dos prazos, como responsável pelo acompanhamento da atividade policial. Para ter conhecimento das investigações, dispõe o Promotor de cópias dos Boletins de Ocorrência que devem ser obrigatoriamente remetidas pela Polícia Militar

exatamente para essa finalidade, conforme entendimento antigo entre a Procuradoria Geral de Justiça e a Polícia Militar. Creio que a organização desses BO's por data de chegada, possivelmente pelo mês, de forma acessível, daria ao Promotor a possibilidade de verificar os atrasos pelo menos nos casos em que o inquérito teve início após a confecção de BO, sem dúvida a grande maioria.

Quando se tratar de requisição, o próprio órgão ministerial dispõe de livro de controle, que deve ser atualizado e conferido pelo menos mensalmente.

Quanto aos processos instaurados no juízo cível, por iniciativa do Ministério Público, cabe também o acompanhamento, seja através de fichas de papel, por computador, ou por qualquer outro meio, a critério do Promotor de Justiça.

## **6 - O inevitável aumento de atribuições**

É evidente que o acompanhamento processual tornará mais trabalhosa a atividade ministerial. Não pode, porém, tal motivo ser óbice à consecução das tarefas ministeriais. Somente quem nunca foi Promotor de Justiça poderia imaginar que os membros da Instituição erigida guardiã da sociedade se furtariam à busca da aplicação justa da Lei por considerar mais trabalhosa esta ou aquela atribuição. A recompensa será a redução do número de prescrições e a obtenção de decisões ágeis no cível, não só em sede de liminares, mas também de mérito, que resultarão na melhora sensível da qualidade da prestação jurisdicional.

Trata-se de uma inarredável atribuição a mais, que não pode ser olvidada somente por falta de tradição ou por estarem as Promotorias já assoberbadas. O excesso de atribuições não justifica, por exemplo, que o Promotor deixe de apresentar uma denúncia ou de propor uma ação civil pública, assim como não deve ser óbice a uma medida de tamanha importância para a consecução a contento do que foi iniciado. Aqueles que já fazem o acompanhamento processual sabem que este deve merecer lugar de destaque entre as atividades ministeriais, pelos benefícios que traz.

### **6.1 – As atribuições podem ser delegadas**

A exemplo do que ocorre no Judiciário, que determina às Secretarias a fiscalização do cumprimento dos prazos pelo Ministério Público e outras instituições (Aviso nº 37/GACOR/2003, já citado), poderá o Promotor de Justiça delegar tão importante função aos seus servidores, que com a costumeira eficiência poderão, orientados pela Administração Superior do Ministério Público ou até mesmo usando a própria criatividade, desenvolver meios eficientes de detectar os casos em que é necessária a intervenção do Promotor para que o processo não caia na vala comum dos inutilizados pelo esquecimento nas prateleiras.

## **7 - Conclusão**

Para evitar que a Polícia e o Judiciário decidam sem interferência a velocidade de tramitação dos inquéritos e processos, o Promotor de Justiça deverá, a seu critério e com o apoio dos servidores e da Administração Superior do Ministério Público, desenvolver mecanismos de acompanhamento do andamento de inquéritos policiais e processos cíveis e criminais em que o Ministério Público é autor, evitando por todos os meios disponíveis a prestação jurisdicional pífia ou inócua, obtendo, dessa forma, julgamentos mais rápidos e eficientes.

# PROCESSO DE ADOÇÃO DE RECÉM-NASCIDO EM ESTADO DE ABANDONO E O ALCANCE TÉCNICO-JURÍDICO DAS EXPRESSÕES “INFANTE EXPOSTO” E “PAIS DESAPARECIDOS”

**Epaminondas da Costa**  
**Promotor de Justiça em Uberlândia**

## **Introdução**

Em determinado caso, a requerente fundamentou o pedido *restrito* de adoção no fato de que a adotanda havia sido deixada à porta de sua casa no 26º (vigésimo sexto) dia do nascimento, vindo a ser criada e educada desde então pela adotante.

À época da formulação de tal pleito, a criança contava com a idade de 09 (nove) anos.

Na petição inicial, foi informado ainda que a mãe biológica da infante se encontrava em lugar incerto e não sabido, embora fosse conhecido o seu nome verdadeiro.

Em síntese, a peça inaugural restringiu o pedido à simples colocação da adotanda em família substituta, nada falando sobre a decretação judicial da perda do poder familiar, pedido este que se impõe em muitos casos como uma espécie de questão prejudicial, da qual dependerá o deferimento da adoção (art. 45, § 1º<sup>114</sup>, do ECA<sup>115</sup>).

O questionamento que ora se coloca, portanto, é, se numa situação como esta e levando-se em conta o disposto no art. 1.624 do Código Civil<sup>116</sup>, seria dispensável a cumulação do pedido de adoção com o de perda do poder familiar, em procedimento contraditório,

---

<sup>114</sup> Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

<sup>115</sup> ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>116</sup> Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de 1 (um) ano.

por força do disposto no art. 24 do ECA<sup>117</sup>, seguindo-se, pois, a necessária citação da requerida para os termos da *ação* de adoção. Noutras palavras, a hipótese seria daquelas que dispensaria o consentimento da mãe no processo de adoção? Sob qual fundamento dar-se-ia essa dispensa: “infante exposto” ou “pais desaparecidos”? Em caso negativo, quais requisitos básicos deveria conter a petição inicial?

Com efeito, é forçoso definir a extensão semântica das locuções “infante exposto” e “pais desaparecidos” a que alude o citado art. 1.624 do Código Civil. Isto porque, quanto à frase “menor cujos pais sejam desconhecidos”, não há dúvida em relação ao seu alcance, ou seja, não se pode exigir o consentimento de alguém cujo nome não figure no assento de nascimento do adotando como seu ascendente (“pais desconhecidos”!).

Advirta-se, desde logo, que, em sentido técnico-jurídico, a expressão “infante exposto” a que se refere o art. 1.624 do Código Civil não é sinônima de “recém-nascido” enjeitado pela mãe, mas, sim, a criança vítima de *maus-tratos* permanentes, caracterizados, sobretudo, pelo desinteresse demonstrado pelos pais em proporcionar bem-estar material e moral aos filhos, ainda que lhes assegurando o mínimo necessário, haja vista o disposto nos arts. 19 e 23 da Lei nº 8.069<sup>118</sup>, de 13/07/1990. Neste caso, torna-se dispensável o consentimento do representante legal do *menor*, bem como a prévia decretação da perda do poder familiar para fins de adoção, numa espécie de presunção legal extraordinária de sua abdicação (poder familiar) pelos pais, inclusive em se tratando de adolescente, por força do sentido ampliativo que a expressão “infante exposto” deve assumir.

De resto, a expressão “pais desaparecidos” está relacionada com a chamada ausência, quer dizer, morte presumida. Em tal situação, tem-se por desnecessário o consentimento dos pais do adotando, diante da extinção factual e automática do poder familiar (art. 1.635, I, do Código Civil).

---

<sup>117</sup> Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

<sup>118</sup> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Por conseguinte, a presente discussão é relevante, à medida em que, sem a violação do princípio constitucional do devido processo legal<sup>119</sup>, possam ser garantidas maior celeridade e maior simplicidade ao processo de colocação em família substituta, sob a forma de adoção, com vistas a ser preservado prontamente o direito fundamental da convivência familiar (cf. art. 19 do ECA).

X-X-X-X-X-X-X-X

## Desenvolvimento da tese

Inicialmente, é importante destacar que o art. 282, inciso IV, do Código de Processo Civil estabelece como um dos requisitos obrigatórios da petição inicial justamente o pedido, com as suas especificações, ou seja, a pretensão da parte, em toda a sua extensão, deve ficar consignada explicitamente na petição de ingresso da ação.

De igual modo, a peça inaugural deve conter o pedido expresso de citação da parte ré ou do requerido, mesmo nos procedimentos de jurisdição voluntária, de regra.

Vê-se, pois, que numa *ação* de adoção, tendo por questão prejudicial a decretação da perda do poder familiar, tal pedido deverá estar inserto explicitamente na petição inicial, com a indicação, obviamente, do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III, do CPC<sup>120</sup>).

No caso aqui exemplificado, a causa de pedir estaria alicerçada no abandono da adotanda pela mãe, o que, nos termos do art. 1.638, II, do Código Civil, daria ensejo à perda do poder familiar por ato judicial, fazendo com que, só então, o consentimento da requerida em relação àquela adoção se tornasse dispensável.

É que, apesar de o art. 1.624 do Código Civil não exigir o consentimento dos pais quando se tratar de *infante exposto*, por exemplo, aperfeiçoando assim a redação do art. 45, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que não prevê esta hipótese, faz-se necessário compreender a verdadeira dicção da expressão “infante exposto”.

---

<sup>119</sup> O princípio do devido processo legal compreende, dentre outras coisas, a noção de ampla defesa e de contraditório, além do respeito aos cânones processuais, autoridade competente *etc.*

<sup>120</sup> CPC – Abreviatura de Código de Processo Civil.

De igual modo, é imperioso definir a extensão do sentido da locução “pais desaparecidos”, posto que na presente situação poderia ser cogitado, à guisa de ilustração, que, estando a requerida “desaparecida”, seria, então, desnecessário o seu consentimento. Noutras palavras, por essa linha de raciocínio, bastaria ser comprovado nos autos do pedido de adoção o paradeiro ignorado da suplicada, independentemente de sua citação para os termos do pedido ou da ação de perda do poder familiar, no processo de adoção ou em autos em apartado.

Para tanto, poder-se-ia argumentar que na sintaxe do comando normativo emergente do citado art. 1.624 do Código Civil foi dado ênfase ao adjetivo “provado”, seguido da conjunção condicional “se”, sem cogitação de maiores formalidades.

Entretanto, deve-se ter extremo cuidado, primeiramente, em relação à aceção em que a expressão “infante exposto” está empregada no texto legal, à qual se tem emprestado vários sentidos, até mesmo antagônicos ou ambíguos.

Na Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman, por exemplo, está anotado que “São considerados expostos os infantes até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja” [numa instituição, numa rua *etc*]. Logo, está afastada aqui a idéia de recém-nascido, deixado, literalmente, numa “lata de lixo” ou à porta da casa de alguém.

Em contrapartida, há quem sustente que a expressão “infante exposto” se refira a crianças cujo registro ilegal de paternidade tenha sido anulado, e desde que os pais biológicos não possam ser identificados (ascendência desconhecida!)<sup>121</sup>, ou seja, esta expressão não significaria, necessariamente, criança “abandonada”.

Vê-se, assim, que a locução “infante exposto” possui sentido ambíguo, sendo que, por essa última concepção (criança sem ascendência conhecida), ela não guardaria nenhuma relação com a idéia de maus-tratos, definida, segundo o Código Penal, como sendo:

## **Maus-tratos**

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer

---

<sup>121</sup> Cf. Adoções Irregulares. <http://www.mundomulher.com.br/mundomulher/mostra.asp?cod=1905>. Fonte: Amanda Dorian – Para o Jornal o Popular. Acesso em 06/12/2004.

sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

O Dicionário Aurélio<sup>122</sup>, por sua vez, registra que a locução *criança exposta* é sinônima de *criança enjeitada*, ou, ainda, “criança que foi abandonada pelos pais; exposto”.

Em sentido técnico-jurídico, a expressão “infante exposto” há de ser compreendida como veiculadora da noção de criança abrigada, posto que a institucionalização, em si, encerra a oficialização do abandono, mormente se os pais deixam de lutar para ter os filhos sob a sua guarda e criação, tomando *rumo ignorado*. Noutras palavras, somente na hipótese do *abandono qualificado* consubstanciado na institucionalização do *infante*, somando ao paradeiro incerto ou desconhecido dos pais tornar-se-á dispensável o seu consentimento para fins de colocação em lar substituto, nas hipóteses em que não tenha havido a prévia extinção do poder familiar.

De qualquer modo, os autos do *processo de acolhimento*<sup>123</sup> devem conter dados indicadores de que, efetivamente, os pais do infante estejam em lugar incerto e não sabido, especialmente diante do disposto no art. 92, I, II e VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo texto assim estabelece:

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

---

<sup>122</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário aurélio*. Versão eletrônica 2.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

<sup>123</sup> “Processo de acolhimento”: trata-se aqui do conjunto de atos e/ou de fatos oficiais relacionados com institucionalização/abrigamento de uma criança ou adolescente, ou seja, a expressão está sendo empregada na acepção do direito processual.

I - preservação dos **vínculos familiares**;

II - integração em família substituta, **quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem**;

VIII - preparação gradativa para o desligamento;

A rigor, se assim não fosse, ter-se-ia por inócua a previsão contida no art. 1.638, inciso II, do Código Civil<sup>124</sup>, bastando, portanto, ficar provado no processo “sumário” de adoção, por testemunhas, tratar-se de situação envolvendo “abandono” do adotando. Quer dizer, não haveria sentido algum de o abandono figurar como fundamento legal autônomo para a ação de perda do poder familiar por ato judicial, na qual, obviamente, será necessária a citação do(a/s) requerido(a/s), por envolver a idéia de litígio. Neste caso, vige o princípio constitucional do devido processo legal, ou seja, observância das formas processuais, contraditório e ampla defesa, autoridade judiciária competente *etc.*

Aliás, é tão verdadeira a premissa de que somente em caso de institucionalização (abrigamento) pode-se falar oficialmente em abandono, que nitidamente ressaí do texto da Lei nº 8.069/90 a idéia, segundo a qual, esgotadas as medidas seqüenciadas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>125</sup>, a penúltima delas deverá ser justamente o “abrigo em

---

<sup>124</sup>Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

<sup>125</sup> TÍTULO II - Das medidas de Proteção (artigos 98 a 102)

CAPÍTULO II - Das medidas Específicas de Proteção (artigos 99 a 102)

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 - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

entidade” e, como última medida, a “colocação em família substituta”, sendo a adoção uma de suas formas (art. 92, II, do ECA).

Em corroboração dessa tese, deve-se lembrar que o parágrafo único do citado art. 101 define o abrigo como “medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta”, trazendo subjacente, portanto, a noção de que a institucionalização se traduz em exposição a perigo ou em violação de direitos da criança ou do adolescente encontrados nessa situação (abrigamento), particularmente ofendendo o direito fundamental da convivência familiar: donde a colocação em família substituta, em caráter excepcional, sem que para isto haja a necessidade do ajuizamento da ação de perda do poder familiar, de regra.

Nesse diapasão, “*F. Pilotti afirma, finalmente, que ‘o ato da institucionalização é em si mesmo uma forma de abuso infantil’*”<sup>126</sup>.

Não obstante, há que se atentar para a existência de uma forma especial de institucionalização, transitória, de iniciativa dos pais da criança, diante de dificuldades econômicas, sociais e/ou psicológicas momentâneas suas, os quais, portanto, assim agem visando a evitar a exposição a perigo da vida ou da saúde do filho, quer o privando dos cuidados necessários, quer o privando de alimentação, por falta de condições econômico-financeiras.

Note-se que a exposição a perigo da vida ou da saúde de uma criança ou de adolescente, na conformação do art. 136 do Código Penal, se traduz em maus-tratos, o que, em certas condições, autoriza a colocação do “infante exposto” em lar substituto.

É evidente que a simples condenação pelo crime de maus-tratos não autorizará a colocação do paciente em lar substituto, sob pena de haver a violação do direito fundamental de toda criança ou adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, admitindo-se apenas em caráter excepcional o afastamento deste direito (cf. art. 19 do ECA). Logo, a teor do disposto no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>127</sup>, por exemplo, a família

---

<sup>126</sup> DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). *Direito de família e o novo código civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 147.

<sup>127</sup> TÍTULO IV - Das medidas Pertinentes aos Pais ou Responsável (artigos 129 e 130)

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

que tenha se omitido ou abusado no exercício do poder familiar deverá contar com a ajuda efetiva do Poder Público e da Sociedade no sentido de se colocar em condições de criar e educar os filhos, não podendo o descumprimento deste dever pela Sociedade ou pelo Poder Público ser ofuscado ou camuflado por meio do instituto da adoção.

Repita-se, então: os autos do *processo de acolhimento* devem conter dados concretos, tais como relatórios, ofícios *etc* reveladores do exaurimento sem sucesso das medidas de iniciativa da comunidade e/ou do Poder Público em prol do fortalecimento moral, psicológico ou sócio-econômico dos pais do infante exposto, bem como de estarem eles em lugar incerto e não sabido. Isto porque, sendo conhecido o seu paradeiro, vezes há em que eles não perdem o contato com os filhos institucionalizados, sempre na expectativa de retomar a sua guarda, criação e educação, devendo, portanto, serem sempre ouvidos acerca da medida, ou caso não concordem com ela, deverão ser citados na correspondente ação que tenha por objeto a decretação da perda do poder familiar.

Não se perca de vista, ademais, que a criança entregue a terceiro, parente ou não, e que não esteja institucionalizada, não pode ser considerada “infante exposto” para os fins do art. 1.624 do Código Civil.

É que, não raras vezes, os pais, sem desejar abandonar os filhos e por não possuírem as condições mínimas necessárias ao seu bem-estar, entregam-nos a pessoa idônea de sua confiança para criá-los momentaneamente, com a intenção de tê-los de volta futuramente. Passado algum tempo, o guardião de fato acaba se apegando à criança, não querendo devolvê-la aos pais, inclusive alegando o “abandono” dela, bem como o inverídico paradeiro ignorado dos genitores.

Numa situação como essa seria um contra-senso falar em “abandono”, isto é, em exposição do infante, porquanto estando o mesmo sob os cuidados de alguém, inexistiria o

---

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do pátrio poder.

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos artigos 23 e 24.

dano potencial à sua vida ou à sua saúde, tornando até mesmo atípica a conduta dos pais no campo penal (cf. art. 136 do Cód. Penal).

Note-se que, conforme já afirmado alhures, a locução “infante exposto” tem o sentido de pessoa deixada em perigo ou abandonada, segundo se extrai da Enciclopédia Jurídica Leib-Soibelman<sup>128</sup>.

Aliás, no dizer de Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>129</sup>, na fase final de tramitação do projeto do novo Código Civil, houve a supressão na Câmara dos Deputados da expressão “menor abandonado”, devido “à carga de preconceito que tem”, de tal sorte que o pré-requisito do abandono para fins de dispensa do consentimento na adoção de menor não-infante ficou apenas implícito ou nas entrelinhas da redação final do mencionado artigo de lei, conforme se vê: “(...) menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos...”.

No Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (“nº 634/75, na Casa de Origem”), o art. 1.643 possuía a seguinte redação:

“Art. 1.643. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se se provar que se trata de “infante exposto”, ou de “menor abandonado”, cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do pátrio poder, sem nomeação do tutor; ou do órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano” (sem grifos no original).

É fácil perceber, assim, que inicialmente o legislador quis estabelecer duas categorias distintas de vítimas do enjeitamento: a criança (infante) e o menor não-infante, abrangendo, pois, nesse caso, o adolescente.

A bem da verdade, na redação definitiva do art. 1.624 do Código Civil, apesar do aperfeiçoamento do texto, estabeleceu-se a dicotomia em relação a um mesmo fenômeno social que, antologicamente, é uno, ou seja, a expressão “menor abandonado” encerra a mesma realidade social cindida pelo legislador: a do “infante exposto” e a do “menor abandonado”, quer porque os pais sejam desconhecidos, quer porque eles tenham deixado o seu domicílio sem deles haver notícia, bem como sem a constituição de procurador ou representante a quem caiba administrar-lhes os bens.

---

<sup>128</sup> SOIBELMAN, Leib. *Op. cit.*

<sup>129</sup> FIUZA, Ricardo (Coordenação). *Novo código civil comentado*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 1.435-1.436.

Conseqüentemente, em sentido ampliativo, a expressão “infante exposto” compreende a noção de criança e de adolescente institucionalizados cujos pais sejam desconhecidos, estejam em lugar incerto ou não sabido ou estejam desaparecidos (morte presumida), de forma que seja prescindível o consentimento do representante legal do menor no processo de adoção.

A propósito, essa desnecessidade do consentimento do representante legal do menor (art. 1.624 do Código Civil) traz subjacente a dispensabilidade de sua citação para a medida (adoção) e, *a fortiori*, dispensável restaria, igualmente, o ajuizamento da ação de perda do poder familiar ou a cumulação deste pedido no processo de adoção.

É que, nesse caso, vigorará a presunção legal extraordinária da abdicação do poder familiar pelos pais, contanto que esteja o adotando institucionalizado e desde que seja incerto ou ignorado o paradeiro dos pais ou que eles sejam desconhecidos, vale dizer, a adoção não exigirá a prévia decretação da perda do poder familiar. Do contrário, haverá a necessidade da instauração do procedimento contraditório, à luz da disposição peremptória inserta no art. 24 da Lei nº 8.069/90, assim expresso:

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

• **Vide arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil.**

No caso de pais desaparecidos – morte presumida -, conforme será demonstrado adiante, a dispensa do seu consentimento para fins de adoção estará fundada na extinção do poder familiar consubstanciada no art. 1.635, I, do Código Civil.

Diga-se de passagem que o Professor JOSÉ DE FARIAS TAVARES chega a defender o ponto de vista, segundo o qual se os pais estiverem em lugar incerto e não sabido bastará a “extinção do poder-dever familiar, declarada pelo juiz nos mesmos autos do procedimento de adoção, por economia processual, concatenando-se, assim, as regras dos arts. 129, X, 155, 163, 22 e 24, do Estatuto, e 395, II, do Código Civil de 1916, e CC/2002, arts. 1.635, V, e 1.638, *caput*”<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> TAVARES, José de Farias. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4ª ed., rev. ampl. e atual. com dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 57.

Não obstante, é preciso atentar-se, em regra, para o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal, significando, portanto, que não se pode decretar a perda do poder familiar a torto e a direito, diante de uma simples alegação de que os requeridos estejam em lugar incerto e não sabido. As razões dessa cautela foram analisadas alhures.

Enfim, no que diz respeito à locução “pais desaparecidos” também constante do art. 1.624 do Código Civil, não significa que basta a demonstração de que eles tenham tomado rumo ignorado ou de que não se saiba o seu paradeiro. Isto porque aqui a expressão “pais desaparecidos” é sinônima de pais ausentes.

A ausência, como sabemos, está regulada nos arts. 22 e seguintes do Código Civil, dependendo, portanto, da verificação do prazo previsto em lei, bem como de sentença judicial passada em julgado que concede a abertura da sucessão provisória por motivo de **morte presumida** – a chamada ausência.

Observe-se que a palavra “ausência” vem do latim “absentia”. “Falta de comparecimento. Inexistência. Afastamento”<sup>131</sup>.

Ainda segundo LEIB SOIBELMAN:

“A própria lei emprega muitas vezes o termo ‘ausência’ em sentido comum de não-presença de alguém num lugar ou num ato. Só se pode considerar alguém juridicamente como ‘ausente’ depois de declarado como tal pelo judiciário”<sup>132</sup>.

Em síntese, fora das hipóteses de morte presumida (ausência) e de “abandono qualificado” (menor institucionalizado cujos pais estejam comprovadamente em lugar incerto e não sabido), a ausência da concordância inequívoca dos pais com a adoção, exigirá, então, a formulação do pedido de perda do poder familiar nos mesmos autos da adoção ou em autos em apartado, com a necessária indicação da causa de pedir, requerimento de citação *etc.*

Em termos práticos, a diferenciação aqui apontada visa a demonstrar que, embora ordinariamente seja indispensável o cumprimento de inúmeras formalidades legais no processo de colocação de criança ou adolescente em lar substituto, tais como a citação editalícia, nomeação e participação do curador especial em todos os termos do processo, inclusive requerendo a produção de provas em prol dos requeridos citados por edital, ou mesmo a busca de sua citação

---

<sup>131</sup> SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia Jurídica. Versão 3.0 - Eletrônica. Editora Elfez, 2004.

<sup>132</sup> *Ibidem.*

pessoal e direta, hipóteses há em que tais formalidades serão dispensáveis, à guisa de ilustração, no pedido de adoção de “menor” exposto.

De resto, não se pode esquecer da existência da corrente doutrinária que defende o ponto de vista, segundo o qual, estando a criança ou adolescente privado da representação ou da assistência legal dos pais ou do tutor ou do “guardião”, tal “(...) papel será desempenhado por um curador especial (Código de Processo Civil, art. 9º, combinado com o art. 152, do Estatuto), nomeado exclusivamente para isso pelo Juiz da Infância e da Juventude”<sup>133</sup>.

Nesse diapasão, aliás, o art. 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que:

Art. 142. Os menores de 16 (dezesseis) anos serão representados e os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará **curador especial** à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

### Conclusões:

- 1) Em sentido técnico-jurídico, a expressão “infante exposto” referida no art. 1.624 do Código Civil não é sinônima de “recém-nascido” enjeitado pela mãe, mas, sim, a criança vítima de maus-tratos permanentes (abrigo não-eventual), caracterizados, sobretudo, pelo desinteresse demonstrado pelos pais no curso da institucionalização (abrigo) em proporcionar bem-estar material e moral aos filhos, ainda que lhes assegurando o mínimo necessário, em respeito ao direito fundamental da convivência familiar e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Em suma, a institucionalização não-eventual encerra a oficialização do abandono, isto é, a exposição da criança assim encontrada. Daí a dispensabilidade do consentimento dos pais, bem como da prévia decretação da perda do poder familiar para fins de adoção, nesse caso.

---

<sup>133</sup> TAVARES, José de Farias. *Op. cit.*, p. 56.

- 2) A expressão “pais desaparecidos” não significa pais em lugar incerto e não sabido, tendo relação, isto sim, com a noção de morte presumida. Logo, sendo a morte causa legal de extinção do poder familiar, nos termos do art. 1.635, I, do Código Civil, tem-se por desnecessário o consentimento do representante legal do *menor* em relação à adoção. O mesmo raciocínio deverá ser empregado quanto à dispensabilidade da prévia decretação da perda do poder familiar.

Uberlândia, 07 de março de 2005

## ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

**Gisela Potério Santos Saldanha**  
**Procuradora de Justiça**

Dentre as inovações da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004 (Reforma do Poder Judiciário), está a argüição de relevância no recurso extraordinário, denominada agora de **repercussão geral das questões constitucionais discutidas** no caso concreto. A Emenda 45 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição de 1988, a saber:

"§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."

Embora com denominação diferenciada, a matéria não é novidade no Direito brasileiro. Na Reforma do Poder Judiciário de 1977, procedida por meio da Emenda Constitucional 7, de 13 de abril de 1977, a argüição de relevância foi introduzida na Constituição de 1967 nos seguintes termos:

"Art. 119. [...]"

"§ 1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo [recurso extraordinário – nota nossa], serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

(...)"

§ 3º O regimento interno estabelecerá:

(...)"

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal." (grifos nossos)

Outras variantes da argüição de relevância constatadas no direito pátrio são: a transcendência do recurso de revista (artigo 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Medida Provisória 2.226, de 4 de setembro de 2001) e a hipótese de argüição de

descumprimento de preceito fundamental constante do inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O Regimento Interno do STF - que tinha, sob a Constituição de 1967, força de lei - disciplinou a argüição de relevância em seus artigos 327 a 329. Tais dispositivos não estão mais vigentes. Isso porque o texto constitucional originário de 1988 não previa a argüição de relevância (o Regimento Interno do STF não foi, portanto, recepcionado no particular) e porque os artigos 327 a 329 não foram expressamente repristinados (revigorados) pela Emenda 45 (parágrafo 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Ainda assim, o Regimento Interno do STF ajuda a compreender o instituto em seu formato atual. Ademais, será útil na elaboração da lei reclamada pelo novo parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição de 1988.

O parágrafo 1º do artigo 327 do Regimento Interno do STF definia questão federal relevante:

"Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal."

A relevância atrelada aos "reflexos na ordem jurídica" da questão federal em julgamento (Emenda 7 à Constituição de 1967) parece corresponder a conseqüências *ultra partes* a fim de impor manifestação da Corte Suprema sobre a questão. Lado outro, conduz ao dever do recorrente de "demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (Emenda 45 à Constituição de 1988).

"Repercussão geral (...) nos termos da lei", é fórmula fluida, aberta. Desta forma, muito provavelmente, a sua regulamentação legal deixará ainda mais evidentes a subjetividade e a discricionariedade do STF ao apreciar o que é e o que não é relevante.

Tem-se, aí, norma coerente com o papel de uma Suprema Corte que exercita jurisdição constitucional. Competindo ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição (caput do artigo 102 da Constituição de 1988), é correto permitir-lhe decidir as causas que vai ou não julgar. É assim na Suprema Corte dos Estados Unidos e em boa parte dos Tribunais Constitucionais europeus.

Diga-se mais: trata-se, sim, de permitir ao STF decidir politicamente as causas em que prestará a tutela jurisdicional. Ora, sendo o STF o guarda da Constituição e sendo a Constituição um texto marcadamente político, é natural que as decisões do STF tenham, também, caráter político (o que não significa decisões ideológicas ou partidárias, mas, sim, decisões que concretizam os valores e os fins da Constituição).

O aspecto mais curioso da atual versão da arguição de relevância é que ela foi concebida ao avesso. Com efeito, trata-se de uma arguição de "irrelevância". Em princípio, parece, presume-se a relevância. A irrelevância somente será reconhecida se neste sentido se manifestarem dois terços dos Ministros (são necessários, no mínimo, oito votos para a configuração da irrelevância).

Na Emenda 7 a arguição estava acolhida (isto é, o recurso estava admitido) se neste sentido se manifestassem quatro ou mais Ministros (inciso VII do parágrafo 5º do artigo 328 do Regimento Interno do STF).

Por outro lado, no modelo da Emenda 45 basta a manifestação de quatro Ministros para que a arguição não seja rejeitada, isto é, seja acolhida.

A diferença é sutil: anteriormente exigia-se o reconhecimento da relevância da matéria; na atual versão, exige-se o reconhecimento da irrelevância da matéria.

No entanto, a maioria requerida para o reconhecimento da relevância é idêntica nos dois modelos, anterior e atual. Naquele, os votos de quatro ou mais Ministros determinavam a relevância. Nesse, os votos de quatro Ministros já são suficientes para impedir o reconhecimento da irrelevância, isto é, a matéria é considerada relevante e o recurso extraordinário é apreciado.

Outra questão interessante é a necessidade ou não da elaboração da lei a que se refere o parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição de 1988 para que possa ser manejada a arguição de relevância.

A Emenda 45 confia à lei os parâmetros iniciais do que é ou não relevante ("repercussão geral (...) nos termos da lei"), o que conduz à conclusão de que se trata de norma carente de regulamentação. O artigo 7º da Emenda 45 (que fixa prazo para a elaboração dos projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada) reforça esta conclusão. De toda sorte,

os parâmetros que a lei trazer serão paulatinamente desdobrados e concretizados pela jurisprudência do STF.

Tem-se, aqui, inovação constitucional importante e que deve ser compreendida juridicamente, sem paixões. Já existiu no Direito brasileiro. Foi abandonada quando da concepção da Constituição de 1988. Foi considerada -- equivocadamente -- um "entulho autoritário". Trata-se, isso sim, de norma comum e necessária ao bom desempenho da jurisdição constitucional.

Interessa o tema ao desempenho das atividades do Ministério Público na defesa da sociedade, a fim de que a repercussão, embora seja presumível a todas as causas, seja afastado o juízo de prelibação, de plano, nas ações civis públicas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para tanto necessária que a presunção da relevância ou repercussão geral da norma federal, nestes casos, ou seja, nas ações coletivas para defesa de interesses metaindividuais se opere *iure et de iure*

Tal defesa de interesses é inerente a toda a coletividade, são aqueles legitimados pelo próprio texto constitucional, sem necessariamente estarem inseridos como direitos subjetivos. Isto porque, a própria Carta Magna dispõe que há relevância na defesa do patrimônio público, social e do meio ambiente<sup>134</sup>, do patrimônio histórico e cultural<sup>135</sup>, da criança e adolescente<sup>136</sup>, do consumidor<sup>137</sup>, dos serviços de saúde<sup>138</sup> e demais direitos difusos<sup>139</sup> por meio das ações civis públicas, as quais o Ministério Público é um dos legitimados.

Outrossim, as normas que regem o micro-sistema da defesa dos interesses metaindividuais são em sua quase totalidade de ordem pública, portanto implícita a transcendência de sua aplicação.

## Conclusão

**Na defesa dos interesses da sociedade, a relevância das questões postas em ação civil pública transcende a própria lide, não só pelo efeito *erga omnes* que possui, como pela natureza das normas de ordem pública que a regem, mas pela importância reconhecida pela Constituição da República. Assim impróprio o exame em juízo de admissibilidade da *repercussão geral das questões constitucionais debatidas* nas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público e demais corpos intermediários.**

---

<sup>134</sup> Inciso III do art. 129 da CF

<sup>135</sup> Artigos 215 e 216 da CF/88

<sup>136</sup> art. 227 da CF/88

<sup>137</sup> artigos 5º inciso XXXII e 170, inciso V, ambos da CF/88.

<sup>138</sup> art. 197 da CF/88

<sup>139</sup> parte final do inciso III do art. 129 da CF/88.

## DA NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO “EM PERSPECTIVA” NA JUSTIÇA CRIMINAL

**Marcelo Cunha de Araújo**  
**Promotor de Justiça em Contagem-MG**

O tema da prescrição “em perspectiva” (ou virtual) da pretensão punitiva do Estado é matéria extremamente polêmica e geradora de debates acirrados na doutrina, jurisprudência e, principalmente, nos meios ministeriais. Esta modalidade de prescrição, apesar de não ter sustentação legislativa explícita, é aceita e aplicada por muitos operadores do Direito.

Diferentemente das modalidades legais de prescrição da pretensão punitiva, com base na pena em abstrato ou em concreto, que se diferenciam pela ocorrência do trânsito em julgado para pelo menos uma das partes, a prescrição virtual exige um raciocínio lógico em perspectiva; analisando-se as possibilidades de fixação da futura pena concreta.

Desta forma, caso alguém esteja sendo processado pela prática, em tese, de lesões corporais simples (art. 129 do CPB), cuja pena abstrata é de três meses a um ano, os cálculos da prescrição serão feitos, até o trânsito em julgado, com base na pena máxima; chegando-se ao prazo prescricional de quatro anos (art. 109, V do CPB).

Suponha-se que, neste mesmo caso, já se passaram três anos da ocorrência do delito, quedando-se, sem maiores explicações, o procedimento na Delegacia de Polícia. Ao ser remetido ao Juizado Especial Criminal, juízo natural da causa, é designada audiência preliminar, uma vez que não há a prescrição *in abstrato*.

Em audiência preliminar, sendo o autor do fato acompanhado de um causídico conhecedor da legislação e da praxis penal, o mesmo orientará seu cliente a recusar qualquer benefício legal (transação penal e, na AIJ, a suspensão condicional do processo), preferindo uma eventual sentença condenatória.

Esta, se vier, virá acompanhada de um enorme custo estatal. Uma denúncia terá sido ofertada, seguida de um ato formal de citação e intimação de várias testemunhas, tanto do Ministério Público como da defesa. Além disso, uma Audiência será designada para este fim, ouvindo-se a vítima, testemunhas de acusação, defesa, interrogatório, passando-se às alegações finais do *Parquet* e da defesa; só aí culminando-se com a almejada condenação. Aqui, além do tempo caro, pago pelos cofres do Estado, do Juiz, do Promotor de Justiça, dos Serventuários da Justiça e do Ministério Público, gasta-se com a infra-estrutura (água, luz, telefone, etc.) e com os materiais diretos do processo (carta com AR, papel, tinta para impressora, material de escritório, etc.), sem falar com os gastos acessórios e periféricos de toda sociedade (ex. contratação de advogado, dia não trabalhado para comparecer à justiça do réu e testemunhas, gasolina, alimentação, entre outros).

Ocorre que, como o delito possui a pena abstrata cominada de três meses a um ano; em sendo o réu primário, ainda que possua maus antecedentes e agravantes genéricas, é literalmente improvável e razoavelmente impossível que o mesmo seja condenado à pena máxima. Na verdade, o que se percebe na prática é que as condenações a penas ao menos próximas do máximo legal se dão apenas quando o réu é reincidente e existem, além de agravantes genéricas, causas gerais ou especiais proporcionais de aumento de pena. Fora deste caso específico, as condenações giram no

entorno da pena mínima e, quase nunca, chegam à metade do caminho entre os dois extremos abstratos.

Analisando-se nossa sentença condenatória hipotética, já transita em julgado, que condenou o cidadão à pena de quatro meses de detenção pelo cometimento de lesões corporais, verifica-se que a mesma, agora, encontra-se prescrita com base, retroativamente, na pena *in concreto*. No momento do oferecimento da denúncia assim já estava, em vista da passagem de lapso temporal maior que dois anos entre a ocorrência do fato e a primeira causa interruptiva da prescrição (cf. art. 110 *caput* e §§ *c/c* art. 109, VI do CPB). Não terá, assim, qualquer consequência civil, penal ou mesmo social a presente condenação. Tudo não passará de um monte de papel de custo elevadíssimo, que nunca sairá de nosso “mundinho” jurídico para integrar o mundo dos fatos.

A aplicação da prescrição em perspectiva seria, justamente, o operador do Direito, em todo momento processual, verificar a mínima viabilidade do processo, devendo, pelos princípios da moralidade e eficiência da administração da *res pública* (art. 37, *caput* da CR/88), evitar gastos completamente inúteis ao Estado e interferências na esfera privada do cidadão sem a possibilidade de eficácia social. Some-se a isto o fato, verificável a todo momento em nossas abarrotadas comarcas, que, se não houver uma racionalização do serviço do *Parquet*, o efeito contrário ocorrerá: a prescrição dos feitos criminais que necessitariam de punição para a geração de efeitos sociais benéficos.

Assim, não existe lógica racional e jurídica em prosseguir com um procedimento ou processo que se sabe, de antemão, ser absolutamente infrutífero a sair do mundo dos autos para o mundo dos fatos. Não é jurídico, nem muito menos ético, “jogar” com o acusado, esperando que o mesmo faça uso de benefícios, sendo que se sabe que, se preferisse a sentença, ainda que condenatória, já estaria prescrita. Deve o jurista, principalmente se seu intento for o de Promover a Justiça, verificar, em análise ainda que hipotética, a viabilidade real da causa, sem se apaixonar pela mesma.

Logo, o que se propõe é que o Promotor de Justiça deva aplicar a prescrição “em perspectiva” ou virtual da pretensão punitiva, paralisando o prosseguimento do feito e requerendo seu arquivamento definitivo pela extinção da punibilidade (art. 107, IV do CPB) em todos os casos em que a análise da futura pena, que poderia vir, já se apresentasse, no futuro, prescrita *in concreto*. Sugiro, ainda, adotar-se como parâmetro que, caso o cidadão não seja reincidente, ainda que possua maus antecedentes, e não existam causas gerais ou especiais de aumento proporcional de pena, a pena perspectiva deva ser considerada no mínimo legal (ou muito próxima a este). Caso contrário, não se enquadrando nestas hipóteses, não se encontra vedada a aplicação da prescrição virtual. Deve, entretanto, o operador analisar o caso concreto considerando que a dúvida, neste momento processual, deve impelir o feito adiante, pelo princípio *in dubio pro societate*.

### **Conclusões a serem colocadas à votação:**

1. O Promotor de Justiça deve aplicar a prescrição “em perspectiva” ou virtual da pretensão punitiva, requerendo a extinção da punibilidade do cidadão (art. 107, IV do CPB) nos casos em que o processo se mostra absolutamente inviável pela análise da pena que seria futuramente aplicada;

2. Deve ser considerada como pena futuramente a ser aplicada a pena mínima (ou próximo desta) se: i. não houver reincidência (ainda que existam maus antecedentes); ii. não houver causas gerais ou especiais de aumento proporcional de pena;

3. Nas demais hipóteses, que não se enquadrem nas da segunda conclusão, deve o Promotor de Justiça fazer uma análise individualizada do caso, podendo utilizar-se da prescrição “em perspectiva”, porém levando-se em consideração o princípio *in dubio pro societate*.

# **O PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE ATUAÇÃO EM DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL INDIRETA DE QUE CUIDA O CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE CRÍTICA**

**Marcelo de Oliveira Milagres  
Promotor de Justiça em Betim**

## **I – Introdução**

A propósito do VI Congresso Estadual do Ministério Público a ser realizado na sempre libertária e contemporânea Ouro Preto, mister reflexão sobre o caminho percorrido e a percorrer pelo *Parquet* na realização de sua vocação constitucional de promoção e garantia dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como diz o poeta, só se faz o caminho, caminhando. E, assim fazendo, não podemos ignorar a realidade, pois, como adverte Georges Ripert, quando a ignoramos, a realidade se vingará, ignorando o direito.

Nesse diapasão, propomos reflexão sobre a atuação do Ministério Público no processo civil, particularmente, em razão de relevante e instigante alteração no ordenamento jurídico pátrio introduzida pelo Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002; a denominada **desapropriação judicial indireta** prevista no art. 1228, parágrafo 4º do referido Diploma legal.

Trata-se de análise crítica da poder-dever do Ministério Público de contribuir para a realização da função social da propriedade, que não se cinge a mero enunciado constitucional, mas é um valor determinante, pressuposto de validade de exercício desse direito real. Diante deste novo mecanismo de desapropriação, que não deve ser considerado como prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo, cumpre ao *Parquet* a concreção do sentido social do direito de propriedade.

Nesse diapasão, não podemos descurar a análise conjunta da realidade de racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil com fulcro em sua missão constitucional, ressaltando o princípio da socialidade como valor do Código Civil de 2002.

## **II – Racionalização da atuação do Ministério Público no processo civil e o Código Civil de 2002**

É de trivial sabença que a presença da Fazenda Pública e suas entidades na relação processual, por si só, não demanda a ação ministerial.

Com efeito, o art. 82, III, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado à luz da Constituição da República, que atribui ao Ministério Público, dentre outros, a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O interesse social, como bem interpretado pela jurisprudência pátria, notadamente pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, não se subsume ao mero interesse patrimonial dos entes públicos.

Sufragando tal entendimento, a **Procuradoria-Geral de Justiça**, acolhendo parecer fundamentado do **Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, expediu a Recomendação n. 01/2001, publicada no Minas Gerais de 05.09.2001, pela qual busca racionalizar a ação ministerial, ou, noutro dizer, objetiva ressaltar a real vocação constitucional do *Parquet*, consubstanciada na promoção dos interesses manifestamente sociais.

A propósito de tal estudo, merece relevo a seguinte conclusão com fundamento em iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*“E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não parou por aí. **Nas demais ações de interesse patrimonial da Fazenda Pública, o mesmo Tribunal tem negado, sem qualquer divergência, a intervenção ministerial por fundamentos idênticos. Os exemplos são os seguintes:***

*a) **desapropriação:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 10042-AC (2<sup>a</sup> T - DJ 09.03.92); 33247-RS (2<sup>a</sup> T - DJ 20.02.95); 99124-PR (1<sup>a</sup> T - DJ 22.04.97); 162457-ES (2<sup>a</sup> T - DJ 1<sup>o</sup>.02.99); 114537-RO - DJ 19.05.97); 130420-PR (2<sup>a</sup> T - DJ 09.02.98);*

*b) **desapropriação indireta:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 91854-MG (1<sup>a</sup> T - DJ 02.09.96); 167894-SP (1<sup>a</sup> T - DJ 24.08.98); 197586-SP (1<sup>a</sup> T - DJ 05.04.99);*

*c) **despejo:** Recurso Especial n<sup>o</sup> 25700-SP (6<sup>a</sup> T - DJ 21.09.92);*

*d) **ação em que figure como parte pessoa jurídica de direito público:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 4991-DF (2<sup>a</sup> T - j. 15.10.90); 34143-SC (3<sup>a</sup> T - DJ 18.04.94); 134722-PR (2<sup>a</sup> T - DJ 09.06.97);*

*e) **ação de anulação de ato administrativo:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 142216-MG (6<sup>a</sup> T - DJ 13.10.98); 198292-DF (5<sup>a</sup> T - DJ 08.11.99);*

*f) **ação de cobrança:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 20123-PR (2<sup>a</sup> T - DJ 30.06.97); 263443-PE (5<sup>a</sup> T - DJ 06.11.00);*

*g) **ação de cobrança de reajuste salarial de servidor público:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 165468-DF (3<sup>a</sup> S - DJ 31.05.99); 265018-PE (5<sup>a</sup> T - DJ 27.11.00); 263447-PE (6<sup>a</sup> T - DJ 16.04.00); 265019-PE (5<sup>a</sup> T - DJ 02.04.01); 263441-PE (5<sup>a</sup> T - DJ 26.03.01);*

*h) **ação de reparação de danos:** Recursos Especiais n<sup>os</sup> 64073-RS (3<sup>a</sup> T - DJ 12.05.97); 126438-PE (2<sup>a</sup> T - DJ 09.03.98); 198514-ES (1<sup>a</sup> T - DJ 29.11.99); Ag 248240-SP (1<sup>a</sup> T - DJ 22.09.99);*

*i) **consignação em pagamento:** Recurso Especial n<sup>o</sup> 42124-PR (2<sup>a</sup> T - DJ 09.10.95);*

*j) **possessória:** Recurso Especial n<sup>o</sup> 28862-PR (4<sup>a</sup> T - DJ 13.03.95);*

*l) **precatório:** Recurso Especial n<sup>o</sup> 120479-DF (1<sup>a</sup> T - DJ 18.08.97);*

*m) **previdenciário:** Recurso Especial n<sup>o</sup> 166762-MG (6<sup>a</sup> T - DJ 17.08.98).” Grifamos.*

Diverso não é o entendimento esposado pelo Pretório Excelso, quando assevera que o simples interesse patrimonial do Poder Público não justifica a ação ministerial:

*“ o fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público ou entidade da administração indireta não significa, por si só, a*

*presença do interesse público, de modo a ensejar a obrigatória atuação do Ministério Público. O interesse público, aí, quer significar um interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculados aos fins sociais e às exigências do bem comum que a vontade própria e atual da lei tem em vista. Na espécie há simples ação de indenização, a envolver apenas o interesse patrimonial do Município, sem repercussão relevante no interesse público, de modo a justificar a intervenção prevista no inciso III do artigo 82 da lei adjetiva civil.” (STF. Min. Djaci Falcão, 2. Turma, RE 90286, de 28.09.79)*

Não divergimos desse relevante e bem elaborado entendimento. Interesse meramente patrimonial ou econômico não determina a atuação ministerial, sobretudo quando objeto de relação processual regularmente instaurada e validamente desenvolvida. Não há fundamento constitucional na ação do Ministério Público em ações de desapropriação sem repercussão no interesse social, noutro dizer, demandas que se limitam a valores de extração econômica.

Ocorre que o Código Civil de 2002, afastando-se da lógica oitocentista, da primazia do individualismo de outrora, possibilita nova reflexão sobre a atuação do Ministério Público em demandas envolvendo direitos reais, particularmente, propriedade coletiva de bens imóveis.

A posse e a propriedade, em sua evolução histórica, saem da esfera exclusiva dos indivíduos, para se inserirem, fundamentalmente, na ordem jurídico-econômico-social. Segundo Professor Miguel Reale, é constante o objetivo do Código Civil de 2002 em superar o manifesto individualismo do Código de 1916.

A função social se apresenta como pressuposto de validade do exercício do direito de proprietário<sup>140</sup>. Tanto que o atual Código Civil, em seu art. 1228, parágrafo 4º, inovou prevendo diversa forma de perda da propriedade imóvel:

*“ O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 ( cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”*

Trata-se de novel mecanismo de desapropriação que objetiva a concreção de direito indisponível, fundado na socialidade. Não se trata de procedimento do Poder Público, à luz da clássica definição dos administrativistas<sup>141</sup> de desapropriação, segundo os quais essa é um ato pelo qual o Estado, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, substitui-se ao particular no domínio de certa coisa, mediante indenização. Ao revés, trata-se de perda da propriedade em favor de possuidores que, concretamente, realizam a função social da propriedade. A atuação do Ministério Público, nessa hipótese, como se pode antever, afigura-se imprescindível.

<sup>140</sup> Relevante, nesse sentido, é o texto da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949, art. 14, alínea 2, que determina “ *A propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade.*”

<sup>141</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 711/750.

### III – Desapropriação judicial por interesse social. Poder-dever de atuação do Ministério Público

Como se observa, esse mecanismo de desapropriação, que não é consagrado em nenhuma outra legislação, inspira-se no sentido social da posse e da propriedade. A determinação de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante, que qualifica a posse coletiva do bem imóvel, cumpre, em última análise, ao Poder Judiciário à luz do caso concreto e de mandamentos que decorrem do próprio sistema jurídico. Ressaltamos, contudo, o direito social indisponível que fundamenta a aplicação desse mecanismo expropriatório. A propósito, merece relevo o magistério de REALE<sup>142</sup>:

*“Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho (...)*

*Vale notar que, nessa hipótese, abre-se nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.”*

A despeito da ausência de maior disciplina normativa desse mecanismo expropriatório, é manifesta a legitimidade ordinária dos possuidores, para formularem pretensão de desapropriação motivada pela posse qualificada sob o ponto de vista social, e a necessidade de intervenção do Ministério Público,.

A atuação do *Parquet* é indiscutível. Sobrelevando notar que o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, quando disciplina a usucapião especial coletiva de imóvel urbano, pelo mesmo fundamento da socialidade, em seu art. 12, parágrafo 1º, determina a obrigatória intervenção do Ministério Público. Cumpre ao Ministério Público, nessa situação processual, fiscalizar os pressupostos da modalidade de aquisição/perda da propriedade, particularmente, a concreção dos elementos fáticos que justificam a sua função social.

Não subsiste dúvida quanto tal legitimidade. Se a desapropriação se inspira no sentido social da propriedade, afastando o caráter meramente econômico, o interesse processual de agir tem fundamento no disposto no art. 127, *caput*, da Constituição da República.

Não há, ainda, como inquirir de inconstitucional tal mecanismo expropriatório. Pois, como justifica o Professor Luiz Edson Fachin<sup>143</sup>:

*“Não há qualquer eiva de inconstitucionalidade nas inovações aquisitivas imobiliárias chanceladas pelo novo Código Civil, com previsão expressa nos parágrafos 4º e 5º do art. 1228. De um lado, o modo de privação ali sancionado valoriza a boa-fé e o interesse ( econômico e social) relevante; do outro, ao reverso da hipótese que prevê, é uma garantia ao direito de propriedade com plena função social. Esses dois aspectos complementares explicitam o programa constitucional dirigido aos direitos fundamentais e à ordem econômica.”*

<sup>142</sup> REALE, Miguel. *Exposição de motivos da comissão revisora e elaboradora do Código Civil*. Janeiro de 1975. Publicação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. Brasília, 2003.

<sup>143</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. Ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 05.

Nem se diga, outrossim, que a primeira parte do art. 82, III, do Código de Processo Civil exclui a ação do Ministério Público em procedimentos expropriatórios com o fundamento sublinhado:

“ Art. 82. *Compete ao Ministério Público intervir:*

(...)

*III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”*

A toda evidência, a primeira parte do dispositivo não restringe a ação ministerial, tão-somente, enfatiza a necessidade de intervenção em litígios coletivos envolvendo disputa de posse de imóvel rural. Destarte, não afasta sua ação em demais relações jurídicas concernentes a interesses sociais indisponíveis, que tenham a função social, e não interesses meramente individuais, como questão determinante.

#### **IV - Conclusões**

- 1) O Ministério Público tem o poder-dever de atuação em pretensões de desapropriação formuladas com fundamento no art. 1228, parágrafo 4º, do Código Civil de 2002, tendo em vista o interesse social indisponível que justifica tal mecanismo de perda e, por consequência, aquisição da propriedade imóvel;
- 2) A ação do Ministério Público tem fundamento no art. 127, *caput*, da Constituição da República, e art. 82, III, do Código de Processo Civil, segunda parte.
- 3) Nas demais modalidades de desapropriação, que se evidenciam meramente interesses patrimoniais, não se justifica a atuação ministerial, devendo ser reconhecida a racionalização da sua ação, no processo civil, em proveito de sua vocação constitucional.

#### **V – Bibliografia**

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. Ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. IV. 18ª ed. Atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. v. 5. São Paulo: Atlas, 2003.



## **Comissão Temática III**

### **Direito Privado e Questões Institucionais**

# **MINISTÉRIO PÚBLICO, UMA NOVA POSTURA CULTURAL POR PARTE DE SEUS MEMBROS, COM BASE EM UMA VISÃO CRÍTICA E SEM DOGMATISMO, FUNDANDO-SE EM NOVOS PARADIGMAS, INCLUSIVE ACERCA DO PODER DE POLÍCIA E FUNÇÃO DELIBERATIVA.**

**André Luís Alves de Melo**  
**Promotor de Justiça em Estrela do Sul**

## **Introdução**

Com a Constituição Federal de 1988 foi delineado um novo perfil para o Ministério Público. Entretanto, esta mudança constitucional ainda é carece de efetivação não pela apenas pela legislação, mas pelo rompimento cultural dos paradigmas.

Um aspecto que provoca a demora no avanço institucional é estrutura verticalizada das carreiras jurídicas, provavelmente seguindo o modelo canônico. Onde há uma avaliação do conhecimento apenas na admissão pelo concurso, depois não há mais uma avaliação ou exigência de aperfeiçoamento formal.

Também não há um diálogo permanente e eficaz com a sociedade para estabelecer prioridades ministeriais. Sendo que, as eleições ministeriais internas dão um caráter *sindical*, onde a Instituição pertenceria a uma classe de servidores públicos (ou agentes políticos) e não necessariamente ao povo. Basta ressaltar que mediante pesquisa constata-se que em São Paulo e Minas Gerais nunca um candidato ao cargo de Procurador Geral, de verdadeira oposição, conseguiu obter a primeira colocação. Logo, se o Governador for obrigado a nomear o primeiro colocado, como almeja significativa parcela da classe ministerial, teríamos uma estagnação viciosa por ausência de mudança nos rumos da Administração. Exceto em Minas Gerais, quando tivemos o envolvimento do Procurador Geral em condutas suspeitas, e neste caso, ao pedir afastamento; todos eram oposição.

Apenas para reflexão; cobramos rigor para evitar o uso da máquina nas eleições Governamentais, mas é preciso estudar certas coincidências que ocorrem nas eleições ministeriais como a questão da maior abertura de editais para promoção e concurso de admissão, e até alguns pagamentos de verbas atrasadas.

A Constituição Estadual afirma categoricamente que apenas promotores vitalícios podem votar, mas simplesmente descumprimos este dispositivo com base no cômodo princípio da igualdade (um conceito político, e não jurídico). Então um Promotor com um dia de carreira pode votar em pessoas que nem conhece? Mas, curiosamente esta mesma igualdade não serve para permitir que promotores de entrâncias que não a especial, participem da Comissão de Concurso. Esta mesma igualdade não permite que promotores concorram ao Conselho Superior, ao cargo de Procurador Geral e cargo de Corregedor. Aliás, poucos ousam debater estes temas, pois são dogmas, e não devem ser questionados sob pena de ser considerado “herege”, os mesmos critérios da Inquisição que vigorou durante 300 anos.

O Ministério Público tem crescido demais, porém sem agilidade e medição de resultados, assim corre o risco de se tornar um dinossauro, grande demais, pesado e logo, caro e passivo de extinção. O que implicaria necessariamente, no mínimo, em redução de salários, talvez este argumento possa servir de estímulo para os menos vocacionados debaterem o tema dos paradigmas de gestão ministerial. O Ministério Público custa muito e produz pouco. Aliás, nem se

sabe quanto produz, pois não possui critérios de avaliação de produtividade, a qual não se confunde com acervo de processo, mas sim com resultados obtidos.

Quem tenta enxugar gelo trabalha muito, mas não tem resultado plausível, exceto quando a água evapora.

Por influência de nossa formação jurídica elitista acreditamos sermos porta-vozes da comunidade excluída, mas nem nos preocupamos em dialogar com esta, a qual não vive em “Palácios da Justiça”, mas sim nas vilas. Não temos nenhuma rádio comunitária, muito menos um canal de TV aberta para institucionalmente orientarmos esta comunidade. E quando raramente tenta-se falar para esta comunidade perde-se em jargão técnico incompreensível e questões meramente processuais (sexo dos anjos).

O direito legislativo é deixado de lado, mas seria um grande instrumento de inclusão social o aperfeiçoamento da legislação, entretanto queremos apenas criticar a lei, e não apresentamos solução aos legisladores, os quais estão ávidos por sugestões, pois não lidam diariamente com os problemas da aplicação. Apenas quando refere-se aos direitos pessoais é que procuramos o Legislativo para assegurar os nossos privilégios. Pois, ora somos agentes políticos, ora somos servidores públicos, depende do que for mais favorável. Queremos isonomia com o Legislativo, pois alegamos sermos agentes políticos, por exemplo o 14 e 15º salário. Contudo, também quando INTERESSA pleiteamos isonomia com os servidores públicos, quando queremos ter a absurda “férias-prêmio”, por ter comparecido ao serviço por cinco anos, o que é mera obrigação. E nem admitimos a substituição por “Licença para recapacitação”.

Por outro giro, função de agente político não pode ser exercida conferindo documentos em inventários consensuais e divórcios. Aliás, difícil não é entrar no sistema judicial, mas sim sair e com o direito. Portanto, uma função política não pode ter natureza meramente burocrática.

Em nome do corporativismo entendemos que para atuar em questões simples é necessário ter diploma de Direito, mas para administrar a Instituição, não precisa ter conhecimentos sobre Administração Pública.

## **Do desenvolvimento**

*Dentro desta nova visão é preciso caminhar de um Ministério Público opinativo para uma verdadeira função deliberativa e fiscalizatória.*

Considerando que o Judiciário está atolado de processos e exercendo funções atípicas, as quais não são jurisdicionais, e que a tendência atual seja redistribuir estas atribuições, é preciso destacar que o Ministério Público deve assumir parte desta responsabilidade.

Os divórcios consensuais e inventários consensuais, sem menores, já são objeto de projeto de lei pelo Ministério da Justiça para transferi-los para os cartórios extrajudiciais.

Dessa forma, é preciso ressaltar que as transações penais poderiam ser feitas em audiência ministerial com presença do advogado e do autor do fato e em seguida remetidos à homologação judicial.

É preciso ressaltar que há uma certa resistência da OAB em retirar atribuições do Judiciário, pois este é um mercado farto para a classe advocatícia. Afinal, a definição da consultoria jurídica é meio complexa, logo a tendência da advocacia é priorizar o acesso judicial, pois em geral, negam ao cidadão o direito de acesso pessoal ao Judiciário, mesmo que isto fira a Declaração dos Direitos Humanos, alegando que a função de administração da justiça é o mesmo monopólio de atuação em juízo, o que não é verdadeiro.

E este entendimento é mantido no Legislativo, pois a terceira maior bancada do Legislativo é a de advogados, e quase todos os Consultores Legislativos, de carreira ou

nomeados, exercem a advocacia. Logo, tendem a ser parcimoniais para atender à sua outra profissão.

Mas isto pode ser rompido com uma grande atuação por parte da Administração Superior e também das entidades de classe.

No entanto, há um problema dentro do próprio Ministério Público, que é a nossa segunda instância, esta somente tem atuação judicial e de uma maneira geral não tem interesse em mudar esta situação.

Outro exemplo de possibilidade de atuação ministerial seria na aplicação de multas com base no Estatuto da Criança e Adolescente, sem necessidade de requerimento judicial, pois o Ministério Público é órgão estatal de fiscalização e se a parte sentir-se prejudicada é que deveria requerer ao Judiciário. Afinal, a função jurisdicional restringe-se às hipóteses de conflito e somente há conflito quando a parte questiona.

Quando se fala em agilizar o andamento, logo surge a idéia de se criar mais Promotorias, mas este caminho está equivocado, e apenas é mantido por questões obscuras. Na verdade, soluções simples como reorganização administrativa, mudança na forma de gestão, informatização, medição de produtividade, e otimização, costumam trazer maiores resultados.

Reclamamos do Judiciário e algumas vezes até com razão, mas em outras é preciso reconhecer que a lentidão decorre do nosso comodismo. Muitos juízes tem comentado que promotores não renunciam ao prazo recursal, mesmo quando o magistrado acolhe integralmente a manifestação ministerial, e isto provoca um retardo no processo por mais de 30 dias. Contudo, não há impedimento legal e isto seria independência funcional. Ou seja, não vai recorrer, mas não tem coragem para escrever isto no processo.

É fato que quando a decisão judicial for contrária à manifestação ministerial, e se não houver recurso, no mínimo deveria haver uma justificação nos autos. Afinal, independência funcional não se confunde com livre convicção íntima dos jurados criminais. Mas neste caso nada se exige.

Outra questão curiosa é o argumento de que o promotor pode pedir a improcedência, mas não pode desistir da ação civil pública, pois estaria disponibilizando direito. Ora, disponibiliza direito é quando pede a improcedência e não quando desiste, pois esta não faz coisa julgada material. Ademais, o entendimento de que por analogia ao Código de Processo penal estaria vedada a desistência, é preciso destacar que precisamos andar para a frente e não para trás, ou apenas olhando pelo retrovisor. O Código de Processo Penal é de 1941 e nesta não havia uma organização ministerial forte e estruturada, hoje a situação é outra. Logo, a LACP e o CPC não podem ser limitados pelo CPP.

Particularmente, entendo que a independência funcional restringe-se às questões jurídicas, e não às administrativas, pois o membro do Ministério Público não tem conhecimento formal sobre questões administrativas, logo sua independência funcional deve ser restrita à sua área de conhecimento, ou seja, a jurídica.

O Direito clássico tem uma conotação liberal, patrimonialista e individualista, e até hoje os direitos coletivos são direito de segunda classe, apenas respeitados se não ferirem diretamente algum direito individual. Isto ficou claro na questão da previdência. Ora, temos uma quantidade 'X' de verba, muitos aposentaram-se sem contribuir, e depois alegam ter adquirido, ou seja, quem está de fora, que se arrume por outro lado. O nosso Direito não é, na prática, de inclusão social, pois raramente discutimos direito em abstrato. Ademais, tendemos a perceber os problemas dos que estão geograficamente perto de nós, os mais abastados. Assim, é muito mais comum ajuizarmos em defesa do "excluídos" usuários de telefone celular ou até telefone fixo, mas nada fazemos para a área de saúde pública ou até mesmo em desfavor do arcaico sistema de cartórios, pois dependemos de um fato concreto para atuar, não há uma atuação preventiva, até mesmo pelo fato de que o direito clássico exige esta concretude.

Esta postura individualista fica clara na maioria das atuações na área de saúde pública. Primeiro é preciso destacar que praticamente não há livros sobre os aspectos jurídicos na área de saúde pública, apenas escrevem sobre a área de saúde privada (convênios). A questão é simples, a classe de advogados não tem muito lucro na área de saúde pública, pois é utilizada pelos pobres, logo não se debate muito.

No Brasil, o consumidor é mais importante que o cidadão, afinal nem todo cidadão é consumidor, em razão da falta de renda suficiente para ser convertida em consumo. Este absurdo, ocorre no caso da saúde, onde na área pública é cidadão e não pode haver fiscalização pelo Procon. Mas se for para a área de plano de saúde (privado) passa a ser considerado consumidor e o Procon pode agir, ou seja, no mesmo hospital, se tiver com a área pública e de convênios, teremos situações diferenciadas. Pior ainda, é a situação dos cartórios, uma atividade privada por delegação, conforme art. 236 da CF, logo poderia ser fiscalizada pelo Procon, mas como somos sócios na arrecadação dos emolumentos por previsão legal, preferimos não debater este tema.

E infelizmente, a maioria das decisões judiciais acerca de saúde pública, e até por provocação ministerial, restringe-se à absurda “furação de fila”, ou seja, em lugar de se estudar o sistema como um todo (direito social) resolve-se a questão de um apenas, ainda que em detrimento de outro, pois este não será lembrado pela imprensa. E a concessão do direito individual aparecerá como um ato heróico.

Esta visão individual é fruto de um aspecto sociológico, pois realmente foi um avanço a garantia dos direitos individuais, afinal sobre o manto do direito social pode-se esconder o totalitarismo estatal. O desafio é conciliar estes conflitos. Um dos grandes meios para propiciar isto não sido debatido efetivamente, que é a forma de ingresso e de promoção. A rigor, tem-se priorizado a seleção pelas provas de marcar “X”, inclusive limitando o número de aprovados nesta prova. Também não se avalia questões fundamentais pela “nova” Portaria do MEC para cursos de Direito, a qual foi colocada em prática em 1994, como sociologia, filosofia, IED, história do Direito e economia política. Sem esta base a interpretação constitucional e das normas fica na base do “achismo” ou da memória de outras decisões.

A prova de títulos é considerada como prova de 2ª classe, apesar de a Constituição não a tratar dessa forma.

Desta feita, ao Ministério Público e a seus membros exige-se coragem para mudar; para atuar de forma responsável, **acabando com os excessos de acusação, promovendo arquivamentos quando for o caso, pois o processo por si só, já é uma pena. É preciso parar de delegar para o Judiciário questões que deveriam ser decididas pelo próprio Ministério Público.**

Afinal, agente de transformação social precisa transformar a si mesmo primeiro, e não se pode mais ficar manifestando, sem exercer o dever de recorrer quando necessário. É mais importante recorrer, poder de fiscalização, do que manifestar antes da sentença e se não acatadas não serão reforçadas em recurso.

Também é inconcebível ficar ajuizando ações, quando o dever de atuar já é ministerial.

Assim, passamos à análise do poder de polícia. ´

Muitas das ações encaminhadas ao Judiciário não têm necessidade efetiva, pois poderiam ser resolvidas pela própria atuação ministerial, principalmente em se tratando de particulares.

Este novo conceito de atuação ministerial demanda uma grande participação da Administração Superior, inclusive regulamentando este aspecto.

Por exemplo, ao se defrontar com um cidadão destruindo um casarão histórico devidamente reconhecido, não há necessidade de se ajuizar uma ação judicial para coibir o ato ilícito, basta dar a ordem para parar e se descumprida, seria seguida de requisição de força policial para decretar a prisão em flagrante por crime de desobediência. O ideal é que a ordem seja

oriunda de um procedimento administrativo previamente instaurado, mas nem sempre isto será possível, podendo ser formalizado em seguida.

Quanto à área pública haveria uma maior dificuldade de enquadramento no crime de desobediência, em razão do fato de se entender que apenas particulares cometem este crime.

Neste diapasão é preciso ressaltar que não há impedimento constitucional para que a lei conceda ao Ministério Público expressamente poder de polícia, inclusive para aplicar multas, como já ocorre na área de consumidor.

O Poder de Polícia é inerente à administração Pública, e o Ministério Público, faz parte da mesma, com atribuições fiscalizatórias, e não apenas assistenciais.

Outrossim, cresce também no país a tendência regulatória do Estado mediante Agências com autonomia, sendo necessário estudar a possibilidade de o Ministério Público seguir ou não por este caminho.

Para estas questões é preciso um trabalho efetivo junto ao Executivo e Legislativo, pois esta mudança de paradigma não costuma ser resolvida isto em processos judiciais, pois quase sempre tentarão arrumar uma desculpa processual para não ter que enfrentar o mérito..

## **Conclusão**

Ante o exposto, podemos concluir que os temas abaixo devem ser avaliados para inovarmos a atuação ministerial:

- 1) O Ministério Público precisa rever os seus paradigmas de gestão, atuação e seleção de profissionais para adequar à sociedade atual, sob pena de se tornar um peso estatal sem muita utilidade.
- 2) É preciso atuar junto ao legislativo para aperfeiçoar as leis promovendo o acesso da sociedade por este instrumento.
- 3) Estabelecer mecanismos de participação popular como audiências públicas, prestação de contas, consultas públicas e referendos antes do vitaliciamento.
- 4) Rever as regras dos concursos para membros, exigindo conhecimento sobre as matérias fundamentais previstas no MEC e justificando as notas, evitando uma avaliação meramente judicialista e processual.
- 5) Estabelecer meios para se tornar efetivamente um Ministério Público deliberativo e fiscalizatório, assumindo funções extrajudiciais de caráter decisório, inclusive debatendo os limites do Poder de Polícia e de eventual função regulatória.
- 6) Relembrar que desobedecer à ordem ministerial caracteriza o crime do art. 331 do CP, além do crime previsto no art. 10 da lei 7347/85, sendo que não se tem constado estas advertências nos escritórios, mesmo quando reiteração.
- 7) Priorizar a atuação coletiva, mesmo a partir de casos individuais, e defendendo não apenas o consumidor, mas o cidadão, o que exige uma atividade mais abstrata.
- 8) O direito não é exclusivamente judicial, sendo necessário estabelecer mecanismos de interação com Organizações Sociais e Estatais para efetivar o acesso ao direito.

- 9) Com base no princípio da independência funcional o membro do Ministério Público pode desistir da ação civil pública, bem como renunciar aos prazos recursais, desde que fundamentadamente.
- 10) Quando a decisão judicial for contrária à manifestação ministerial haverá necessidade de justificar resumidamente nos autos o motivo de não recorrer.
- 11) Os cartórios extrajudiciais são atividade privada conforme art. 236 da CF e podem ser fiscalizados pelo PROCON, logo podem ser multados pelo Ministério Público.
- 12) A Administração Superior deve distribuir manual de gestão para os órgãos de execução, onde estarão definidas as principais regras administrativas, bem como formas de aumentar a produtividade e eficácia, além dos limites de atribuição de cada cargo de apoio.
- 13) O Procurador Geral deverá publicar anualmente na internet a sua produtividade como quantidade de Ajuizamento de ADIns, Ações Penais Originárias, Aplicação de artigos 28 do CPP, bem como recursos. Além disso, também informará os arquivamentos promovidos, tanto na área civil como criminal, além de registrar o acervo, mostrando entrada e saída. E inclusive publicando ementas ou inteiro teor das decisões de arquivamento, na internet.
- 14) A Corregedoria publicará na internet os mapas de produtividade remetidos periodicamente *por cada órgão de execução*, bem como a quantidade de representações e o resultado das mesmas.
- 15) O Conselho Superior e a Câmara de Procuradores deverão cadastrar na internet os andamentos dos procedimentos em trâmite perante os mesmos.
- 16) Definir a atribuição para atuação por dano regional ou estadual, em caso de ações coletivas.
- 17) Criar meios de combate à utilização da máquina nas eleições ministeriais, cujo controle não ser apenas o afastamento do candidato por 30 dias.
- 18) Considerando o novo perfil ministerial sugere-se que se evite expressões como “É o parecer, sub censura”, não utilizando nada, ou utilizando simplesmente a expressão “É a manifestação ministerial”

## **A HIPERTROFIA DA FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES (EC 45/04)**

**Rogério Sanches Cunha (MP/SP)**

**Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira**  
**Promotor de Justiça em Cláudio/MG**

O destaque apresentado pelo Senador Demóstenes Torres referente à federalização dos crimes contra os direitos humanos foi, lamentavelmente, rejeitado pelo Plenário, permanecendo o texto do relator que foi à promulgação com a seguinte redação:

*Artigo 109, § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.*

Os requisitos explícitos para “federalização dos crimes”, conforme novo comando constitucional, são:

- (1) **Incidência:** grave violação dos direitos humanos – “grave” no sentido de massificação, de repercussão no âmbito coletivo.

Neste primeiro requisito existem duas correntes:

- 1.1 – pode ser tanto na esfera criminal, quanto na cível (ilícitos de maneira geral que importam em violação de direitos humanos);
- 1.2 - somente pode tal instituto incidir na esfera criminal.

(2) **finalidade:** assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos. Aqui necessário recordar o papel dúplice da União, que representa uma parte do Estado-federal, mas também representa o Estado federal, pois quem celebra contratos é a União. Aqui existe um argumento sofista: existe uma obrigação assumida pelo ente federal e a União que será responsabilizada se não tomar providência. Será ? Não, pois o TPI somente pode atuar nos crimes tipificados e em jurisdição complementar.

**(3) oportunidade:** “em qualquer fase do processo ou Inquérito”(e note que a lei não fala em “Inquérito Policial”, podendo para alguns ser Inquérito Civil;

**(4) legitimidade:** Procurador-Geral da República apenas. Neste ponto, sustentam os adeptos do instituto que algo muito mais sério do que o Incidente de Deslocamento de Competência(IDC), que é a ADIN Interventiva, que atinge o cerne do pacto federativo, que é a intervenção federal, é feita pelo PGR, desde a CF/34, com mais força com a CF/1946, permitindo que este entre no STF quando houver violação dos “princípios sensíveis”

**(5) competência:** do STJ. Por que o STJ e não o STF, já que envolve questão de natureza federativa ? Porque ele é responsável por dirimir os conflitos de competência. Contudo, isso não inibe o uso de recurso extraordinário ao STF, o que pode provocar prescrição do crime ou causa em que se discute a federalização, eis que somente se o STF exigir “repercussão geral”(EC 45/04) do recurso extraordinário é que poder-se-á inibir o Recurso Extraordinário, lembrando que o mecanismo de repercussão geral não é auto-aplicável, depende de uma regulamentação dos casos onde objetivamente deve ser exigido tal instituto.

Cumpram ressaltar que o artigo 34, VII, “b” já permite o PGR pleitear no STF a intervenção federal no caso de violação de direitos da pessoa humana.

E, de forma implícita (construção do Direito Internacional e do Direito Constitucional de alguns países), mais um requisito:

**(6) princípio da subsidiariedade** – somente ocorre a “federalização” se houver uma omissão grave do Estado-membro ou fundado receio de impunidade. Este requisito leva a conclusão de que tal instituto fica similar com a intervenção federal, sendo uma forma de “intervenção federal branca” como forma de burlar uma intervenção no Estado que impede o processamento de emendas constitucionais pelo Legislativo.

Desta forma, o princípio da subsidiariedade esbarra na chamada “jurisdição complementar”, ou seja, somente se atua no caso de omissão grave do Estado ou receio de impunidade.

Sabemos que o TPI também é forma de jurisdição complementar no Processo Penal, logo, somente atua nos casos de omissão do Estado nacional e somente nos crimes previstos no Estatuto de Roma(genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão).

Então, qual a diferença entre intervenção federal(critérios objetivos – por exemplo, o PGR no caso de violação de direitos da pessoa humana – artigo 34, VII, “b” da CF/88) de “federalização dos crimes”(critério subjetivo)?

**A federalização dos crimes se mostra como uma oportunidade de evitar uma intervenção nos Estados-membros, porém, feita por critérios subjetivos do PGR, em que pese a intervenção do STJ.**

A mudança recém-aprovada da federalização dos crimes configura perigosa válvula de escape para o deslocamento das grandes causas da esfera estadual para a federal. Poder-se-ia neste País, como exemplos, federalizar o importante caso “Celso Daniel”, “exploração sexual na cidade de Porto Ferreira”, “massacre do Carandiru”, “abuso policial na Favela Naval”, “crimes do Maníaco do Parque”, “massacre do Carajás”, “morte da missionária Dorothy Stang” e tantos outros, bastando uma análise perfunctória e subjetiva de nexos de violação de tratados internacionais, aos quais o próprio STF sempre conferiu natureza jurídica de lei ordinária (famoso tratado da Costa Rica – Pacto San José da Costa Rica ou Convenção Interamericana de Direitos) e que mesmo com a Reforma do Judiciário permaneceu com essa mesma natureza, salvo se aprovado no Congresso pelo mesmo processo de emenda constitucional (artigo 5º, §3º da CF/88 com a redação da EC 45/04).

De início, o artigo 109, §5º (que deve ser combinado com o artigo 109, V-A da Carta Magna) se mostra inconstitucional, pois viola o pacto federativo entre o MP da União e o MP dos Estados.

Uma ilustração: o que ocorre quando houver conflito de atribuição entre um membro do Ministério Público Federal e outro do Ministério Público Estadual?

No conflito entre MP estadual e MP federal, a competência para dirimir o conflito é polêmica. Divide-se entre: 1. STF; 2. STJ; 3. Procurador-Geral da República. Nenhum destes é aceito pelo STF ou STJ. Ademais, o PGR não é chefe do MP Estadual, logo, não tem ingerência sobre o PGJ.

O MP é uno, porém, em cada unidade estadual e federal, ou em face do pacto federativo.

O Promotor de Justiça Thales Tácito desenvolveu, em sala de aula, uma nova teoria sobre o caso: O correto será imaginar a necessidade de um ato complexo entre o PGR(e não a Câmara de Coordenação e Revisão, por questões técnicas e práticas) e o PGJ (do Estado envolvido, porque não existe hierarquia entre eles). Não havendo consenso, deve-se provocar um conflito de competência(a ser resolvido no STJ), caso os juízes mantenham as respectivas posições dos membros do MP. Essa mesma solução (ato complexo) deve ser imaginada para a situação de conflito de atribuições entre membros do MP de dois Estados distintos(no caso, os PGJ's de cada MPE resolvem o conflito e não resolvendo, passa para os juízes).

Todavia, para surpresa de todos, no 21º Concurso do MPF, agosto de 2004, questão 116: Por entender que carece de titularidade para o exame de quadro investigatório que lhe chegou por *delatio criminis*, o PGR envia os autos respectivos ao PGJ de determinado Estado-membro. O PGJ, ao discordar da orientação do PGR, há de propor:

- ( ) conflito de jurisdição a ser decidido pelo STF;
- ( ) conflito de jurisdição a ser decidido pelo STJ, pela incidência do artigo 105, I, g, da CF/88;
- ( ) conflito de atribuições a ser decidido pelo próprio PGR;
- ( ) conflito de atribuições a ser decidido pelo STF.

A resposta correta apontava como o PGR a solução do conflito, o que não é correto, pois não pode obrigar o PGJ a denunciar e tampouco iniciar abertura de IP.

Os atos que desprestigiam o Judiciário Estadual e os Ministérios Públicos dos Estados, agora reforçados com a Reforma do Judiciário, demonstram-se verdadeiros sofismas, pois o Ministério Público Federal e a Justiça Federal, ao contrário do alegado pelo senador Aluísio Mercadante, não é superior às Justiças Estaduais, conforme muito bem destacado pelo Senador Demóstenes Torres e, sim, a questão é de mera distribuição de competência, em respeito ao juiz natural.

Assim se pronunciou a Juíza de Direito Maria Lucia Karam, quando ainda se cogitava na “federalização dos crimes”:

*"Esta excepcional modificação da competência territorial, consubstanciada no desaforamento, poderia solucionar outros casos, não necessariamente limitados a processos de competência do júri, em que igualmente comprometido o bom funcionamento da máquina judiciária, especialmente pela ocorrência de pressões que possam afetar a imparcialidade do julgador, casos que ensejaram a apresentação de proposta de emenda constitucional, enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo (PEC 368/96), em que, mediante o acréscimo de dois incisos ao artigo 109 da Carta de 88, visa-se estabelecer a competência da Justiça Federal, para o conhecimento de causas em que deduzidas pretensões punitivas fundadas em alegada prática de, no dizer da regra que se propõe constitua o inciso XII do artigo 109, "crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos". Com esta pretendida (in)definição, estar-se-ia pretendendo indicar o interesse da União, autorizador da intervenção dos órgãos jurisdicionais integrantes da Justiça Federal comum.*

*Quais seriam, no entanto, estes bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos?*

*Pense-se no maior de todos os bens – a vida. Será que a vida só estaria sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos, quando fosse atingida coletivamente, como em episódios como o ocorrido em Eldorado dos Carajás, que parecem motivar esta e outras propostas de atribuição de competência à Justiça Federal para o conhecimento de causas que se dizem concernentes aos direitos humanos?*

*Uma vida individual não estaria sob aquela tutela?*

*Mas, mais grave do que a indefinição proposta no pretendido inciso XII, é a regra que se propõe venha no sugerido inciso XIII.*

*Com esta, pretende-se estabelecer que sejam da competência da Justiça Federal "as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse", pretendendo-se dar, assim, a órgão do Poder Executivo ou ao Procurador-Geral da República o poder de definir a competência da Justiça Federal, em detrimento da Justiça local, ao sabor de interesse só por estes mesmos identificado, permitindo-se que órgão do Poder Executivo interessado, ou, pior, que o Chefe do Ministério Público – isto é, alguém que, no processo penal, está identificado, na unidade de que se reveste o Ministério Público, como uma das partes – escolha o órgão jurisdicional perante quem deverá se desenvolver o processo, o que, decerto, não se compatibiliza com o conteúdo garantidor de que se reveste o princípio do juiz natural, a concretização de uma tal regra, decerto, configurando hipótese de emenda constitucional que estaria a incidir em violação à Constituição originária.*

*Ao invés de uma artificial competência, que se pretende atribuir à Justiça Federal – e, caberia indagar por que razão se deveria supor que os órgãos dela integrantes deveriam ser mais imparciais do que os órgãos integrantes das Justiças estaduais, nas eventuais hipóteses de concreto comprometimento da imparcialidade dos juízes atuantes na localidade onde teria ocorrido a alegada infração penal "afetadora dos direitos humanos", o desaforamento sim se mostraria a medida mais apropriada para, respeitada a devida e inafastável observância das regras concretizadoras do princípio do juiz natural, restabelecer a viabilidade de um julgamento imparcial".*

*Não bastasse, importa indisfarçável intervenção no estado federado, só admissível nos casos restritos do artigo 34 da Lei Maior, observadas as exigências*

*do artigo 36, sob pena de grave ofensa ao sistema federativo, que não pode sofrer redução ou limitação por meio de emenda constitucional”.*

Ademais, o Ministério Público Federal não tem a estrutura toda que alega, pois existem procuradorias da República pendentes de investimentos e, do ponto de vista de elemento humano, não tem condições de resolver todos os grandes problemas nacionais, bastando o exemplo de drogas nas fronteiras do País e a delegação de atribuições da seara eleitoral aos Promotores de Justiça.

A presente figura, que não é *declinatio fore*, não é advocatória (pois não se trata de um mero ato unilateral do Procurador-Geral da República, eis que tem a interferência do STJ, tem rótulo mais bonito – “suscitar”), não é desaforamento (como ocorre no Júri) e sim lembra “incidente de deslocamento de competência”.

Sendo o promotor mineiro Thales Tácito membro da CONAMP e visitando com o promotor paulista Rogério Sanches todos as lideranças do Senado, percebemos, nos bastidores, que o objetivo da “federalização dos crimes” não é dar uma resposta a comunidade internacional dos graves fatos ocorridos no País e sim, um sofisma levado inclusive na TV Senado de que “a Justiça Federal é superior a Justiça Estadual”, ou seja, desconhecem muitas regras de competência.

Por isto, sabendo disto, a Magistratura Estadual e o Ministério Público Estadual estão se unindo, pois o que está por detrás disto é algo, no mínimo, assustador., já que a resposta para a comunidade internacional foi dada com a ratificação no Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional, consagrado pelo Brasil na Reforma do Judiciário com a EC 45/04 (artigo 5º, § 4º da CF/88).

Outro sofisma é acreditar que a cláusula aberta “grave violação de direitos humanos” está por consagrar a competência geral da Justiça Comum Estadual e somente “num caso concreto” o PGR analisaria o deslocamento.

O critério do instituto, a cargo de exclusividade do Procurador-Geral da República é *subjetivo* e fere os princípios do promotor natural (artigo 5º, LII, primeira parte, da CF/88) e juiz natural (artigo 5º, LII, segunda parte e LIV da CF/88), pois o Ministro Celso de Melo, no HC 67.759/RJ (06/08/92) já dizia que “*não viola o juiz natural quando o deslocamento não é arbitrário, fundado em critérios subjetivos*”.

Assim, o critério do deslocamento é eminentemente subjetivo, pois permite a um único membro (PGR) a análise da cláusula aberta. Sabemos que o Chefe do MP da União (PGR), atualmente, sequer é escolhido em lista tríplice (o que está sendo discutido na Reforma do Judiciário, em retorno à Câmara Federal), e sim, pelo Presidente da República, destituído pelo Senado e, ainda, antes de 1988, era a única pessoa que podia ajuizar ADIN, sendo que após 1988 a CF/88 ampliou o rol.

Desta forma, e como conciliar o poder nas mãos de um único agente político, se a própria CF/88 não consagrou isto para o mesmo na ADIN, como era antes desta época ?

Cumprе registrar ainda que a nova redação não tratou de recurso do deslocamento da competência. Evidente que por ferir matéria constitucional(juiz natural, promotor natural), cabe Recurso Extraordinário no STF, o que pode ensejar uma delonga na definição da competência, gerando prescrição em alguns casos ou incertezas jurídicas em outros o que contradiz a própria Reforma do Judiciário, que no seu artigo 5, LXXVIII expressa:

*“ a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004)*

Por outro lado, contrariando o Pacto Federativo, não permite o contraditório, ou seja, o Procurador-Geral de Justiça(que será futuramente denominado de Promotor-Geral de Justiça), não pode sustentar junto ao STJ que o processo de um de seus membros deve permanecer na instituição, por não ofender a comunidade internacional de direitos humanos, o que somente reforça a tese absurda que o PGR é chefe institucional dos Promotores-Gerais de Justiça.

Aliás, neste aspecto, o nome “federalização” é equivocado, pois federalizar permite participação dos Estados, enquanto o instituto busca, ao contrário, a unificação do processo para União, retirando o mesmo do promotor e juiz naturais da causa, gerando perplexidade e criando um aparente Tribunal de Exceção(artigo 5, XXXVII da CF/88), eis que não lastreado em regras prévias e objetivas de julgamento.

Por outro lado, outro sofisma é acreditar que o excelente trabalho da Polícia Federal no País tem relação com o Ministério Público Federal e a distribuição de competência entre Justiça Federal e Estadual, já que os casos de corrupção no País, como também se noticia, são localizáveis em todas as instituições, pois isto independe desta e sim do homem que se esconde atrás da mesma, bastando, neste caso, a intervenção da Corregedoria e do Conselho Nacional da Magistratura e do MP. Ademais, a atividade policial já está autorizada no sentido de “federalizar investigação”, o que é completamente diferente de violar regras de atribuições do *parquet* ou do juiz natural(competência).

## **Conclusões**

A presente tese não é fruto de corporativismo, leia-se, uma luta do Ministério Público Estadual contra o Ministério Público Federal e sim uma tentativa de integrar, este é o tema, e não

a superfetação ou hipertrofia do Ministério Público Federal sobre os Ministérios Públicos dos Estados ou da Justiça Federal sobre a Justiça dos Estados.

É necessário um respeito ao juiz natural e aos Ministérios Públicos dos Estados, num país democrático, é a sobrevivência das independências institucionais.

Outras situações poderiam ser ventiladas de total desrespeito as instituições estaduais como ex:-Procuradores da República investigando Procuradores Gerais de Justiça; Ministério Público do Trabalho investigando contratações irregulares pelos Municípios etc), porém, ao invés de lamentar, preferimos solicitar a união de esforços, criando-se comissão ministerial estadual para reverter este quadro, que muito desanima aqueles que ingressaram numa carreira que aos poucos se desmorona, beirando a terceira classe.

Some-se a isto a composição do Conselho Nacional do Ministério Público, que resultou em 4 membros do Ministério Público da União e 3 do Ministério Público dos Estados-membros, novamente quebrando o Pacto Federativo, onde os Ministérios Públicos dos Estados encontram-se em todos os Estados-membros, em número superior aos membros do MPU.

E para piorar o contexto, surge uma grande dúvida, mais absurda ainda: a Federalização, em nenhuma hipótese fala “de crimes” ou seja, o *artigo 109, V-A e o §5º não falam de crime, no máximo em Inquérito(podendo ser Inquérito administrativo ou cível). Cabe então “federalização de causas cíveis” que violam os direitos humanos, já que, repito, a CF não cuida de crimes e há quem sustente que o caso é de “federalização de causas e não de crimes”?* Se a resposta for positiva poderemos nos deparar com a seguinte situação: federalização do meio ambiente, do consumidor, do eleitoral, da Infância e Juventude, do patrimônio histórico e cultural(mesmo que de um município), improbidade administrativa etc.

Seria realmente um grande retrocesso histórico, rasgar por completo o princípio do juiz natural.

Qual o verdadeiro propósito do Legislativo em criar este instituto ?

Primeiro, criam o foro pela prerrogativa de função vitalício (Lei nº 10.628/02), depois de uma tentativa frustrada de criar o elefante-branco do “senador-vitalício”.

Em seguida, pensam como poderia dar esse mesmo foro para determinados tipos de pessoas, através de medida provisória, como no cargo de Presidente do Banco Central.

Em seguida, com diversas operações da Polícia Federal, tentam iludir que a “federalização da atribuição e competência é importante”, com argumentos sofisticas.

Então, depois de enfraquecer os Ministérios Públicos dos Estados e de uma tentativa frustrada de “amordaçá-lo”, tentam investir no Conselho Federal de Jornalismo, como forma de

evitar que o Ministério Público dos Estados e a sociedade sejam “fontes” da imprensa, que não é obrigada a revelá-los.

Depois deste, aguardam no STF a decisão se o Ministério Público pode investigar, para, em caso de derrota jurídica, buscarem, quem sabe, uma Emenda Constitucional ou lei infra constitucional para passar por cima do próprio STF, fazendo do Legislativo uma espécie de “supertribunal de exceção”, como já vimos na questão da anistia eleitoral, da tentativa de emenda contra a verticalização das coligações etc.

Criam, ainda, uma quarentena de início para dificultar o acesso de jovens ao Ministério Público, quebrando a ideologia inicial na carreira e, no final da carreira, aprovam anterior emenda criando a aposentadoria com teto do Regime Geral de Previdência Social ao invés de últimos vencimentos

Por fim, sem a força dos Ministérios Públicos dos Estados, sem imprensa livre e forte, sem Judiciário realmente reformado, resta perguntar:

– De qual reforma estamos falando ?

– De que futuro estamos esperando ?

A resposta da inaceitável “federalização de crimes ou causas” encontra-se, sem dúvida, em interesses onubilizantes, em prejuízo da sociedade, além de servir como uma “intervenção branca nos Estados”, já que a intervenção federal paralisa no Legislativo o processo de emenda constitucional.

Não justifica mencionado instituto, eis que o sistema jurídico pátrio conta com a “federalização das investigações pela Polícia Federal”, no Júri, o “desaforamento” e ainda a “intervenção federal nos Estados-membros”(em especial o artigo 34, VII, “b” da CF/88, em situação até mais favorável – “basta para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana”, sem a necessidade de “grave violação de direitos humanos”).

Aos olhares do povo, sem conhecimento jurídico, cria a falsa sensação de que os Ministérios Públicos dos Estados e o Poder Judiciário dos Estados são ineficientes e inoperosos; cria a sensação de uma produção “hollywodyana” onde uma única pessoa, leia-se, o PGR pode afastar, com auxílio de uma Turma do STJ(e não o plenário), a jurisdição do Estado e a atribuição do MPE.

**Ao contrário do que se alegou para justificar tal instituto, a influência política do Poder Central sobre a esfera federal é muito maior do que nos Estados-membros, o que não pode, também, levar a um sofisma neste particular. A Justiça Federal foi criada no período de exceção(ditadura) e neste início já sofria a influência do Poder Moderador. Deslocar a**

**competência hoje para esfera federal, quando existe institutos próprios e autônomos é retrocesso histórico , é possibilitar(não que seja realmente efetivo, mas simples potencial) a ingerência do Poder Central(Presidente da República) junto ao PGR do qual ele escolhe, sem lista tríplice.**

Ademais, referido instituto está sendo apelidado de “instituto da operadora”, ou seja, o Presidente da República, em caso de interesse político, pega o telefone, usa a operadora de sua preferência e contata com o PGR para “federalizar tal crime ou tal causa”, o que contamina todas as instituições sérias do País, caso o PGR realmente não seja totalmente isento de ingerências políticas, como se espera num Estado Democrático de Direito, o que reforça o perigo em deixar nas mãos de um único ser humano, falível e sujeito a pressões, o subjetivismo na escolha deste instituto.

A banalização do instituto não demorou a chegar:

### ***OAB-SP quer federalizar crimes contra advogados***

*A Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP) pretende iniciar um debate sobre a federalização dos crimes cometidos contra advogados, quando vinculado à atividade profissional, e o aumento da pena para esses crimes. A comissão especial de acompanhamento de inquéritos de advogados vítimas de homicídio da OAB-SP já elaborou um anteprojeto de lei que acrescenta um parágrafo único ao artigo 71 do Estatuto da Advocacia, fixando a competência Justiça Federal para julgar crimes desta natureza.*

*De acordo com o presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D'Urso, a proposta será ainda submetida à apreciação da seccional. Se aprovada, a medida será encaminhada ao Conselho Federal da OAB. No ano passado, nove advogados associados à seccional paulista foram mortos a tiro no Estado de São Paulo. Por este motivo, a OAB-SP criou a comissão especial, composta por especialistas em áreas vitais da investigação criminal, para auxiliar nos trabalhos da polícia Segundo D'Urso, todos os casos trazem características de execução.*

### **OAB**

**Fonte:** [www.juristas.com.br](http://www.juristas.com.br)

**28.03.05 [10:36]**

### **Proposições da tese:**

(1) A “**FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES**” é **inconstitucional por ferir cláusula pétrea do promotor e juiz natural(artigo 5, LIII e LIV da CF/88)**, eis que estabelecido por critério subjetivo(conceito de "violação de direitos humanos");

(2) A “**FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES**” é **inconstitucional por ferir cláusula pétrea do "Pacto Federativo"**, eis que trata-se de uma “**intervenção federal nos Estados**” de “**forma branca**”, já que a verdadeira intervenção federal(artigo 36 da CF/88) impede votação de emenda constitucional;

(3) A “**FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES**” é **inconstitucional por criar uma espécie oblíqua de “Chefia do PGR sobre os PGJ's”**, lembrando que a figura é o retorno com outro rótulo da antiga advocatória<sup>144</sup>(em que pese o controle pelo STJ, porém, por uma Turma ao invés do Plenário), abolida pela legislação, sendo que consagra o Estado unitário ao invés do Estado Federado(aliás, o próprio nome do instituto já mostra o equívoco do assunto), **já que não se está “federalizando”(leia-se, não se está criando uma força-tarefa ou litisconsórcio entre MPF e MPE perante a Justiça Estadual competente) e sim unificando todo o feito para União(leia-se, retirando o feito do Estado-membro)**;

(4) A “**FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES**” gera “**discriminação odiosa**” pois desconfia de instituições do Estado-membro(MPE e Justiça Estadual), quando o critério é meramente de competência(delimitação da jurisdição pela Carta Magna);

(5) A “**FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES**” é figura totalmente desnecessária no Estado democrático de Direito, eis que existem instrumentos já consagrados como:

**5.1 - "federalização(leia-se - unificação) das investigações"(a Polícia Federal pelo artigo 144, parágrafo primeiro da CF/88 com regulamentação da Lei 10.446/02, artigo 1, III já consagra a atuação da milícia federal em casos de violação de direitos humanos);**

**5.2 - desaforamento no rito do Júri, onde os jurados sejam suspeitos ou comprometidos(artigo 424 do CPP) ou na Justiça Castrense(artigo 109 do CPPM).**

Neste contexto, o caso "Dorothy"<sup>145</sup>, missionária assassinada no Pará, demonstra que a maioria dos casos sujeitos à federalização são de crimes dolosos contra a vida, como tantos outros

---

<sup>144</sup> Na antiga advocatória havia uma discricionariedade, era uma instância administrativa quem o fazia. O rótulo mudou, pois apesar de ser atualmente uma provocação do STJ, que dirá se há ou não necessidade de deslocamento, não deixa de ser uma advocatória com rótulo distinto, pois não existe critério objetivo para o deslocamento, além de burlar, em casos realmente graves, a intervenção federal nos Estados-membros e criar um perigoso precedente político de ingerência do Poder central no Judiciário. Ademais, na maioria dos casos de grave repercussão sendo da competência do Júri, não existe povo federal ou estadual, pois quem julga é este e não juiz federal, de forma que se mostra os verdadeiros bastidores do instituto: buscar a federalização de outras causas cíveis.

<sup>145</sup> Houve um relatório feito pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e Ministério do Trabalho em agosto de 2003 relatando os desmandos no Pará e o domínio do que se chama de “terra do meio” pelo crime organizado, em relação de grilagem de terra, questão ambiental e especificamente da exploração do mogno. Em abril de 2004 o Ministério Público Federal fez uma recomendação ao Secretário de Estado da Defesa Social e no mês seguinte pediu proteção. O PGR encaminhou para o Ministério da Justiça e para Polícia Federal encaminhando todos esses fatos. Dizia

delitos que ofendem tratados e nestes casos, quem julga são membros do povo, seja no Tribunal do Júri Estadual ou Federal, o que prova a inconstitucionalidade da norma por retirar do Tribunal do Júri local o princípio da imediatidade e identidade física, por critério subjetivo, além de ofender a própria ampla defesa(artigo 5, LV), eis que com o “sensacionalismo da mídia”, muitos casos podem levar ao “pré-julgamento”.

Não existe “povo estadual” ou “povo federal” nos crimes dolosos contra a vida, o que demonstra que o deslocamento de competência para a Justiça Federal em tais situações é inaceitável, pois a norma consagra a competência do juiz federal(artigo 109, V-A) para o julgamento da “federalização”, ofendendo a cláusula pétrea da competência do Tribunal do Júri (artigo 5, XXXVIII, “d” da CF/88).

Ainda que por **interpretação sistemática** se desloque o julgamento para o Tribunal do Júri Federal, a norma viola o princípio da imediatidade e identidade física, além de violar a rápida solução do feito(artigo 5, LXXVIII) e ampla defesa novamente(artigo 5, LV), na medida que a Justiça Comum Federal não se encontra totalmente alocada no interior dos Estados-membros, gerando a necessidade de precatórias ao Distrito da Culpa e impossibilitando a condução coercitiva de testemunhas para depoimento em plenário, diante da legislação processual penal proibir tal situação.

**5.3 – Intervenção federal no Estado-membro, quando a gravidade do assunto comprometer todas autoridades locais/Estadual na omissão de violação de tratados internacionais - artigo 36 da CF/88.**

Neste aspecto, o STF em uma ação interventiva no Estado do Pará(artigo 34, VII, “b” – descumprimento dos direitos da pessoa humana), ajuizadas pelo Dr. Aristides Junqueira de Alvarenga, ex Procurador-Geral da República, negou a intervenção por motivos jurídicos. **Na cidade de Matupá, a intervenção nº 114 foi pedida porque a população revoltada com a impunidade, pegou 3 réus e os queimou. O STF negou a intervenção também.**

Nesta ocasião, se realmente houvesse a intervenção, haveria o massacre de Eldorado de Carajás ? Havia a justiça com as próprias mãos de réus queimados vivos ? Haveria a morte da missionária ?

Todas estas indagações demonstram que o foco dos problemas sociais do Governo, da ausência de Reforma Agrária no Estado do Pará, dos constantes conflitos de terras, na ausência de estrutura policial adequada e investimentos sociais serão todos justificados num instituto que em

---

*que a irmã Dorothy estava sendo processada pela Justiça do Estado por fornecer alimentação aos acampamentos dos sem-terra. O juiz estadual, com tanta preocupação, que em outubro 2004, ao fazer o interrogatório da irmã, oficiou a Polícia Militar e Civil do Estado para que dessem garantia de proteção à sua integridade. Discute-se, assim, que houve uma omissão tanto da União quanto do Estado do Pará, pois não houve resposta destes, segundo comentam a imprensa e juristas.*

nada contribuirá para as constantes omissões no Estado do Pará e em outros Estados da Federação, sendo mais um caso de “pão e circo”.

Se existe “federalização das investigações”, “desaforamento no Júri” e “intervenção federal nos Estados”, qual o papel da “federalização dos crimes”? Qual hipótese realmente poderia justificar uma violação do promotor e juiz natural, da ampla defesa, da razoável duração do processo, da imediatidade e identidade física, fora dos casos já previstos ?

(6) A “FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES” é inconstitucional por violar a ampla defesa, eis que a mídia, com a federalização, pode provocar o "pré-julgamento" do caso, o que demonstra um aparente "Tribunal de Exceção", já que o juiz natural encontra-se completamente comprometido com um critério subjetivo feito por apenas uma única pessoa;

(7) A “FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES” é inconstitucional pela ausência de contraditório com o Procurador-Geral de Justiça do Estado, que sequer será respeitado como Chefe do MPE, eis que basta o PGR, que não é Chefe do MPE, desejar a suscitação e o STJ concordar que tudo estará comprometido, inclusive "causas cíveis", eis que a CF/88 não fala de "causas criminais", de sorte que pode haver comprometimento político com a medida em total desrespeito a regras objetivas e prévias de competência para evitar Tribunal de Exceção. A unidade do MP do artigo 128 da CF/88 resulta em cada ente da Federação, pois a instituição está toda disciplinada no Estado Federal, de forma que não pode o PGR agir como Chefe dos PGJ's dos Estados-membros.

(8) A “FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES” é inconstitucional porque resulta na quebra da razoável duração do processo(nova redação do *artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*), eis que cabendo Recurso Extraordinário da "federalização" dos crimes(ou "das causas") pelos advogados do réu ou mesmo pelo PGJ do Estado questionado, o processo demorará até julgamento no órgão competente, podendo, em crimes de penas relativamente médias, ensejar prescrição.

(9) O argumento da “FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES” para evitar a jurisdição do TPI é completamente falso, eis que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil é signatário no Tratado de Roma, é complementar, ou seja, o TPI somente atua no caso de falha da Justiça nacional, face o princípio da soberania dos Estados adeptos, e somente atua nos crimes tipificados expressamente no mencionado tratado, como crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e atentado, leia-se, todos objetivamente previstos e realmente de grave violação do Direito Público Internacional.

Neste particular não procede a “federalização do crime de homicídio da missionária Dorothy Stang, Pará”, eis que jamais o TPI poderá receber a jurisdição complementar deste feito,

a uma por ausência completa de tipificação, ou seja, o critério para o TPI não é “mera repercussão nacional do delito” e sim critério objetivo dos crimes ali previstos, pois do contrário “um furto na carteira do Presidente da República iria para o TPI”; a duas, porque não existe falha da Justiça Brasileira(do Pará) na condução da *persecutio criminis* no caso do Pará, o que justificou uma moção da CONAMP em apoio ao excelente trabalho dos Promotores e juízes do Pará, além de repúdio a “federalização” neste crime.

**O Governo Federal busca tangenciar o problema social, em especial do Pará, colocando a Justiça Estadual e o Ministério Público Estadual como “cobaias ou bodes espiatórios” da incompetência de políticas sociais que resolvam as questões sérias que o País enfrenta. Ora, o STF não resolveu até hoje a competência de pessoas com foro pela prerrogativa de função e o caso do juiz Nicolau dos Santos Neto (escândalo do TRT de SP, em face de eventual conexão com o ex-senador Luiz Estevão). Da mesma forma, o STJ não consegue resolver com agilidade os processos.**

**Então, ao invés de se fazer uma reforma agrária no Pará, evitar a grilagem de terra, evitar o conflito armado, busca-se a solução do papel: finge que “federalizar o crime” resolverá a questão social do País.**

**E pior: em muitos casos (crimes dolosos contra a vida) quem julgará será o povo, que não é federal e estadual.**

**Ora, o caso não seria de “federalizar o Pará” ao invés de “federalizar o crime da Missionária”, leia-se, o caso de ausência de políticas sociais da União não seria de intervenção federal ?**

**A “federalização dos crimes” é , sem dúvida, o desvio de atenção de problemas sociais e ainda uma forma de burlar a necessária intervenção federal nos Estados-membros ou responsabilizar a União por sua omissão.**

**Sabemos que o “manto de virgindade” não casa bem com a Justiça Federal e com a União. Aliás, em nenhuma instituição, pois o ser humano é dotado do livre-arbítrio(*free will*). Por isto, o que se deve buscar é regras de competência objetiva e previamente estabelecidas, evitando *panis et circense* para fugir dos verdadeiros problemas sociais.**

**(10) Corolário, restará a CONAMP, por seus cultos patronos, restabelecer o equilíbrio federativo e a constitucionalidade dos institutos afetos ao Estado Democrático de Direito, em necessária ADIN, para que o País não assista, com o passar do tempo, incrédulo, Justiça de “*todos iguais, todos iguais, mais uns mais iguais que os outros...*”**

**Fontes e Anexos:**

Artigo Consulex de Rogério Sanches Cunha e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, EDIÇÃO NATALINA(dezembro de 2004)

Artigo Comunidade Jurídica do Complexo Damásio Evangelista de Jesus do renomado jurista Hugo Nigro Mazzilli, citação no corpo do texto – [www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)

EC 45/04(Reforma do Judiciário) e proposições no Congresso Nacional

Enquetes, notícias e artigo do Promotor Thales Tácito e Rogério Sanches Cunha no site [www.juristas.com.br](http://www.juristas.com.br) e [www.thales.tacito.nom.br](http://www.thales.tacito.nom.br)

Incidente de Deslocamento de Competência número 1/05 no STJ(anexo)

Karam, Maria Lúcia. Competência no Processo Penal, 3ª edição, 2002, RT

Moção da CONAMP em favor do excelente trabalho dos membros do MP do Pará e nota de repúdio contra a federalização – [www.conamp.org.br](http://www.conamp.org.br)

Nota de repúdio da AMB contra à federalização dos crimes.

Parecer feito pelo Promotor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira para CONAMP - [www.conamp.org.br](http://www.conamp.org.br) e [www.thales.tacito.nom.br](http://www.thales.tacito.nom.br)

**ANEXO – Incidente de Deslocamento de Competência no Pará**

PGR Nº 1.00.000.002128/2005-75

*INTERESSADO: PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO PARÁ*

*ASSUNTO: OF/Nº 022/04/PR/PA – INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA*

**Excelentíssimo Senhor Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça:**

O Procurador-Geral da República, com base no § 5º, do **artigo 109**, da Constituição Federal, ajuíza **Incidente de Deslocamento de Competência** pelo que expõe:

1. Preceitua o § 5º, do **artigo 109**, da Carta Constitucional, **verbis**:

**§ 5º** - “Nas hipótese de **grave** violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, **com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte**, poderá suscitar perante o

Superior Tribunal de Justiça, **em qualquer fase do inquérito** ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

2. Portanto, com clareza o texto constitucional erige **dois requisitos** a amparar o pleito de deslocamento de competência:

a) a **grave** violação de direitos humanos; e

b) a **garantia** de que o Brasil cumpra com as obrigações decorrentes de pactos internacionais, firmados sobre direitos humanos.

3. No caso do assassinato da irmã Dorothy Stang, **fato a que se volta o pleito ora deduzido**, completam-se, sem dúvida, esses requisitos.

4. Raifran das Neves Sales **o pistoleiro contratado ao assassinato, com frieza, descreve sua conduta, e a do parceiro Eduardo, no eliminar a vida da irmã Dorathy, verbis:**

“Que, por volta das 7h30min, RAIFRAN e EDUARDO encontraram com IRMÃ DOROTHY há aproximadamente 150 metros do barraco de CÍCERO, no local exato onde foi encontrado o corpo da freira; Que, EDUARDO iniciou uma discussão com IRMÃ DOROTHY nos termos relatados no depoimento prestado na Polícia Civil em Altamira na data de hoje; Que **após IRMÃ DOROTHY ter lido o trecho da Bíblia, retirando-se do local e falando que “se tivesse de morrer morreria ali, pelo pessoal (referindo-se aos assentados do PDS)”**, QUE, IRMÃ DOROTHY virou as costas e prosseguiu em direção ao barraco onde seria realizada uma reunião;

Que tendo em vista que CÍCERO estava próximo a IRMÃ DOROTHY e estava ouvindo os últimos trechos da discussão travada entre EDUARDO e IRMÃ DOROTHY o interrogado piscou para EDUARDO objetivando a confirmação se era para desferir os disparos mesmo na presença de CÍCERO; QUE, EDUARDO balançou a cabeça respondendo positivamente a pergunta do interrogado e **em seguida chamou IRMÃ DOROTHY**; Que, **quando a freira virou de frente para o interrogado o mesmo efetivou o disparo no meio do corpo da vítima**; Que, IRMÃ DOROTHY **caiu ao chão de costas, tendo o interrogado aproximado o revólver de uma distância de 20 cm e efetuado mais um disparo nas costas e outros quatro na cabeça da freira**; Que, todos os disparos foram efetivados do revólver calibre 38 fornecido por TATO para o interrogado, Que, quem haveria de efetivar os disparos seria EDUARDO mas na sexta-feira à noite passou a arma para o interrogado, afirmando que não teria coragem de atirar.” (vide: **fls. 79** do Anexo, grifei)

5. Clodoaldo Carlos Batista, também conhecido como Eduardo, confirmou, **verbis:**

“Que antes de o interrogado e RAIFRAN saírem do barraco TATO falou para RAIFRAN “não é pra falhar dessa vez, que é pra fazer o serviço”; Que, encontraram IRMÃ DORATHY, tendo o interrogado sentado sobre o tambor e RAIFRAN permanecido de pé; Que, a freira cumprimentou os dois e falou que não poderiam plantar capim porque estavam cometendo crime ambiental e aquilo iria ser tirado porque seria uma área do PDS; Que, falou ainda sobre direitos da terra e que entendia a posição do interrogado e de RAIFRAN pois os mesmos eram apenas “soldados mandados”; Que, em certo momento IRMÃ DOROTHY ainda ficou de cócoras e mostrou alguns mapas da região e que no ramal onde estavam seria aproveitado os dois lados para fins de criação de PDS (Projeto de Desenvolvimento Sustentável); Que, IRMÃ DOROTHY fez alguns comentários sobre procedimento que respondia pro supostamente oferecer armas para colonos acrescentando que **“a única arma que possuía era essa aqui”, puxando a Bíblia de dentro de sua bolsa**; QUE, o interrogado recorda que o trecho da Bíblia lido por IRMÃ DOROTHY falava

sobre direitos a um pedaço de terra e que Deus deixou as coisas para todo mundo utilizar; QUE, RAUFRAN piscou para o interrogado quando a IRMÃ DOROTHY ainda estava abaixada querendo confirmação do interrogado sobre a execução do crime, tendo o mesmo balançado a cabeça respondendo negativamente; QUE RAIFRAN piscou uma segunda vez quando IRMÃ DOROTHY terminou de ler a Bíblia, tendo o interrogado novamente sinalizado de forma negativa; QUE, neste momento CÍCERO já estava no local aproximadamente um metro e meio do interrogado, de RAIFRAN e a IRMÃ DOROTHY; QUE, após ter lido o trecho da Bíblia e de ter se despedido do interrogado e de RAIFRAN, **este falou "pois é dona, desse jeito vai ficar difícil", tendo logo após sacado seu revólver calibre 38 e efetuado um primeiro disparo na direção do peito da IRMÃ DOROTHY**, que caiu de bruços ao chão; QUE, no momento do primeiro disparo a freira possuía uma pasta branca, de plástico com algumas letras azuis ou pretas, tendo levantado as mãos antes de ser atingida; QUE, logo em seguida **RAIFRAN efetuou outros disparos em IRMÃ DOROTHY**, tendo o interrogado corrido para dentro do mato logo após o primeiro disparo, seguido de RAIFRAN, após ter efetuado todos os disparos; (fls. 88/89 grifei)

6. E irmã Dorothy, o que fez para ser, assim, **tão brutal e covardemente assassinada?**

7. Ela mesma o respondeu – **resposta que não foi contraditada** - em absurdo processo-crime contra ela movido na Justiça paraense, quando interrogada, **verbis:**

"Que reside no Brasil há 38 anos; **Que há 22 anos reside no município de Anapu**; Que por 18 anos residiu no Km 95, onde funcionava o Centro Pastoral da Prelazia do Xingu; Que no ano 1997 passou a residir na sede do município de Anapu, no endereço que reside até a presente data; Que atualmente trabalha com o projeto de desenvolvimento sustentável junto aos trabalhadores rurais; **Que este projeto é novo de reforma agrária do Incra, e a finalidade do trabalho da depoente serve para manter a sustentabilidade da natureza na região amazônica e oferecer ao povo a oportunidade de viver dentro da mata sem degradá-la, além de oportunizar que o trabalhador rural viva de seu próprio trabalho, usufruindo de seu próprio suor e para sustentar sua família, para que viva em paz, com sustentabilidade permanente;**" (fls. 165, grifei)

8. A própria magistrada estadual, no encerramento da audiência, acontecida aos 26 de outubro do ano passado, deixou por expresso que, **verbis:**

**"Oficie-se ao Superintendente da Polícia Civil Regional do Xingu, Dr. Pedro Monteiro, e ao Coronel responsável pelo 16º BPM, a fim de que seja garantida a integridade física da acusada DOROTHY STANG, face as declarações prestadas a este Juízo."** (fls. 169 in fine grifos do original)

9. Mas já a Procuradoria da República no Estado do Pará, desde **1º de abril de 2004, seguidamente** advertia o Sr. Secretário Especial de Defesa Social, Dr. Manoel Santino, sobre, **verbis:**

"Cumprimentando-o, venho dar-lhe conhecimento acerca da grave situação de conflito, envolvendo a disputa pela posse de terras no Município de Anapu. O clima está ficando vez mais tenso entre posseiros e fazendeiros, com registro de ameaças, torturas e morte, de trabalhadores rurais, vítimas da ação de pistoleiros e grupos armados, a serviço de interesses econômicos de latifundiários, grileiros e pessoa envolvidas na extração ilegal de madeira.

O citado município transformou-se em campo de batalha entre as comunidades tradicionais que vivem na região e dependem dos recursos naturais para sua sobrevivência e os grupos econômicos que invadiram a área com ou sem aprovação oficial do governo.

Ressalte-se, por oportuno que este órgão ministerial recebeu diversos depoimentos prestados junto a Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Anapu, em anexo, noticiando a prática das mais variadas atrocidades e violências.

Segundo os relatos, há indícios de partição de Policiais Civis e Militares, em conjunto com seguranças da Fazenda Rio Anapu, em operação com a manifesta intenção de intimidar os trabalhadores rurais.

De acordo com os depoimentos, as incursões realizadas resultam em destruição e queima de barracos, utensílios domésticos, ferramentas de trabalho, mantimentos, ameaças e agressão física, inclusive contra pessoas doentes e mulheres grávidas.

As narrativas indicam a partição de gerentes da Fazenda Rio Anapu, sob o comando de seu Proprietário Yaquim Petroal, na oitiva de depoimentos no interior da Delegacia do Município, também como forma de intimidação.

Vislumbra-se na região, um verdadeiro barril de pólvora prestes a explodir, exigindo a imediata ação do poder público, bem como a imperiosa necessidade de ações efetivas para dirimir os conflitos e restabelecer paz social.

Posto isto, solicito a instauração de Inquérito Policial para a identificação e responsabilização dos autores das ações delituosas relatadas, bem como sejam adotadas as ações cabíveis para coibir a prática de crimes na região, mediante o envio de uma equipe de policiais da estrita confiança de Vossa Excelência." (vide: **fls. 6/7**)

10. **Seguem-se os ofícios de fls. 8; 10 e 14.**

11. Nesse derradeiro ofício, de **fls. 14**, o Procurador da República Felício Pontes Jr. é textual, **verbis**:

**"Merece destaque, ainda, a situação de risco em que entra a vida da missionária, naturalizada brasileira, Dorothy Stang, em meio ao fogo cruzado, proveniente dos litígios, o que demonstra, a toda evidência, a imperiosa necessidade de uma participação afetiva e antecipada do poder público, com vistas a evitarmos novas tragédias, para que não sejam ceifadas outras vidas, em decorrência da omissão das autoridades constituídas." (fls. 11 grifamos)**

12. **O ofício está datado de 15 de junho de 2004!**

13. Também o Dr. Ophir Cavalcante Júnior, Presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, no Pará, em ofício que me encaminhou, aos 15 de fevereiro próximo passado, fez registrar, **verbis**:

"Honrado em cumprimentá-lo, venho solicitar que V. Exa. requeira perante o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 109, § 5º, da Constituição Federal, o deslocamento da competência para a Justiça Federal da apuração do crime que vitimou a missionária norte-americana, Dorothy Mae Stang, no Município de Anapu, Estado do Pará.

É que o crime se constituiu, inegavelmente, em grave violação dos direitos humanos, atraindo a aplicação das disposição constitucional em destaque, na medida em que o trabalho da Irmã Dorothy Stang era conhecido mundialmente pela defesa intransigente que fazia do direito de colonos ao acesso à terra, lutando contra toda a sorte de dificuldades e injustiças. Aliás, em reconhecimento a essa atuação, em dezembro de 2004 a OAB-Pa conferiu à irmã Dorothy o prêmio "José Carlos Castro" de Direitos Humanos.

Por outro lado, de há muito a OAB vinha denunciando a iminência de conflitos naquela localidade envolvendo colonos e grileiros de terras, que ali estão explorando as riquezas da região, especialmente madeira. Essas denúncias não foram convenientemente apuradas pelo Estado, o que se tivesse acontecido poderia ter evitando a morte da Irmã Dorothy.

Aliás, é deficiente o contingente de segurança naquele Município, tendo, apenas, um Delegado, dois agentes e alguns poucos policiais militares.

Como se não bastasse, também a pedido da OAB-Pa, o INCRA procedeu um levantamento na área (anexo), constando a existência de sérias irregularidades fundiárias e denunciando o descaso dos órgãos de segurança pública no auxílio àquela instituição.

Também é importante frisar que a morte aconteceu em virtude de o INCRA anunciar a breve implantação do Plano de Desenvolvimento Sustentável 9PDS) naquela região, como medida concreta do sonhado projeto de desenvolvimento agrário em benefício dos colonos ali residentes, reivindicação antiga da Irmã Dorothy, o que mereceu pronta resposta dos grileiros que disputam com o Poder Público o direito sobre a terra, ceifando a vida de sua idealizadora, em ostensiva demonstração para o Estado de que ali o que vale é o poder deles, poder paralelo que se impõe, pela violência, ao poder estatal.

Como se vê, Senhor Procurador, há elementos bastantes para pedir o deslocamento, neste caso, da competência para a Justiça Federal, pois os órgãos de segurança pública do Estado não têm sido suficientes para garantir a vida dos cidadãos, especialmente daqueles que desenvolvem a luta em favor dos Direitos Humanos, de quem a Irmã Dorothy foi exemplo emblemático." (fls. 197/8)

14. Não há só o quadro de omissão, como enfatizado, mas o que se viu, inicialmente, **no apuratório instalado no âmbito estadual**, foi Raifan apontar como mandante do crime, pessoa estreitamente relacionada à irmã Dorothy, o Chiquinho do PT. Lê-se nas declarações de Raifran.

"QUE nesta ocasião EDUARDO propôs ao declarante que atirasse e matasse a freira ocasião em que lhe mostrou uma arma tipo revolver calibre 38 cabo em borracha preto (oxidado), com seis balas pedindo que atirasse nela porque CHIQUINHO do PT, pessoa que conhecia apenas por fotografia a qual viu colocada na parede onde o mesmo encontrava-se ao lado do Presidente da

República tendo o declarante dito a EDUARDO que aceitava a empreitada, tendo ficado estabelecido que se o serviço executado esse CHIQUINHO DO PT, que inclusive EDUARDO falou tinha sido aluno e amigo de DOROTHY e a explicação para morte dela seria a de que CHIQUINHO DO PT assumira a liderança do PDS e posteriormente daria dois lotes a escolha de cada um e mais dez vacas e arrumaria R\$ 50.000,00 e nessa ocasião aceitou e disse que faria e nesse momento mostrado a arma para o serviço;" (fls. 72/73)

15. Todavia, **no mesmo dia**, e pela intervenção do Dr. Procurador da República Gustavo Nogami (vide: fls. 3, **in fine**), Raifran presta o verdadeiro depoimento nas dependências da Polícia Federal, com a assistência da representação da OAB; da Promotoria de Justiça, e mesmo do Delegado de Polícia Civil, que colhera seu depoimento anterior nas dependências da Delegacia da Polícia Civil, da qual é titular (vide: fls. 77/81).

16. No tópico, vale destacar trecho do Relatório a mim endereçado pelo Dr. Gustavo Nogami, Procurador da República, **verbis**:

"Após a captura e remoção para o Município de Altamira, em depoimento prestado perante a Polícia Civil, já na segunda-feira (21/02/05), RAYFRAN confessou ter assassinado Dorothy Stang, juntamente com Eduardo, sob encomenda do Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Anapú, Francisco de Assis dos Santos Souza, conhecido como Chiquinho do PT (depoimento em anexo). A versão dada por RAYFRAN, nada obstante ilógica e lacunosa – pois Chiquinho era maior colaborador, amigo e confidente da Missionária Dorothy – **passou a ser considerada linha de raciocínio pela Polícia Civil.**

DE fato, Chiquinho do PT é um dos principais denunciadores dos desmandos perpetrados por fazendeiros, grileiros e madeiros na região, possuindo, inclusive, ordem do Ministério da Justiça para sua inclusão no serviço de proteção à testemunha, haja vista as constantes ameaças de mortes sofridas. De acordo com as declarações do próprio Chiquinho, **a versão teria sido plantada pela Polícia Civil local**, que teria interesse em proteger a elite regional (matéria jornalística acostada ao relatório). No mesmo sentido, **a testemunha Geraldo Magela recorreu ao subscritor, por meio telefônico, para denunciar o esquema viciado da estrutura estadual.**

Em face das informações coligadas, **o Procurador da República subscritor requereu à autoridade da Polícia Federal (Dr. Ualame Fialho Machado) a realização de oitiva de RAYFRAN perante a Polícia Federal.** O Delegado Federal, após conversa com a família do investigado salientando os benefícios legais advindos da colaboração com as investigações (causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 9.807/99 para o réu colaborador), **permitiu que seus familiares tivessem uma visita íntima com o investigado. Depois de alguns instantes, o Delegado Federal e o subscritor forma chamados pela família para que RAYFRMA descrevesse com minúcias o homicídio de Dorothy Stang.**

Nesse novo interrogatório, agora perante a esfera federal de apuração, com a garantia de proteção policial, RAYFRAN reafirmou ser o autor do assassinato, entretanto apresentou nova versão inocentando Chiquinho do PT e indicando como mandante o investigado AMAIR FEIJOLI DA CUNHA (TATO), pela quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme interrogatório em anexo. Na madrugada do dia 21.02.2005 (segunda-feira), EDUARDO foi capturado pela Polícia Federal na localidade de Belo Monte, sendo de imediato removido para a Delegacia de Polícia Federal em Altamira. Em seu depoimento na DPF no dia 22/02/05 (terça-feira), EDUARDO, na verdade chamado CLODOALDO CARLOS BATISTA, ratificou as informações prestadas por

RAYFRAN, acrescentando detalhes importantes que implicam não somente AMAIR FEIJOLI DA CUNHA (TATO), bem como VITALMIRO MOURA BASTO (BIDA), na execução de Dorothy Stang.(**fls. 54/55**, Grifei)

17. Aliás, **em momento de passado recente, a polícia estadual**, em relatório conclusivo sobre tiroteio ocorrido em **27 de fevereiro de 2004**, na fazenda Rio Anapú, já indiciava a irmã Dorothy, por este modo, **verbis**:

""IR. DOROTHY", americana, solteira, religiosa, filiação desconhecida residente em Anapú (Conforme depoimento do indiciado em tela teria fornecido alimentação para as pessoas que cometeram a emboscada e segundo a vítima EVERTON LUIZ MOTA DE OLIVEIRA e a testemunha CARLOS EDUARDO LIMA DA SILVA (Flagrante nº 004003769 esta senhora teria sido também mentora da emboscada)." (vide: **fls. 176**)

18. Em **28 de junho de 2004**, a Promotoria de Justiça do Pará aditava a denúncia antes apresentada, para nela incluí-la a irmã Dorothy, sob o seguinte fundamento, **verbis**:

"Segundo o apurado nos presentes autos, a denunciada Irmã Doroti, era a integrante da quadrilha que fornecia alimentação aos denunciados e invasores da fazenda, conforme o depoimento da vítima Everton e da testemunha Carlos Eduardo, tendo o denunciado Júnior Alves afirmado que a irmã Doroti foi incumbida de fornecer a alimentação aos criminosos que agiram de emboscada para tomar a fazenda." (vide: **fls.190/191**)

19. Por certo que, **situações claras, assim demonstradas, de desacreditar o trabalho daqueles que se dedicam, indiscutivelmente, à defesa dos direitos humanos implica no comprometer** “o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos” a que o Brasil se obrigou.

20. Sem dúvida, outrossim, que a **dupla nacionalidade da vítima, covarde e brutalmente assassinada, diga-se sempre**, é indicador real da responsabilização do Brasil em Cortes internacionais, a que aderimos na proteção dos direitos humanos, justo por seu caráter universal, a ter-se o quadro retro-descrito, como propício.

21. Ainda, e por essa linha de argumentação, é notório que **a Federação deslocou contingente real do Exército brasileiro, e delegados e agentes da polícia federal para o combate diuturno e incessante** ao quadro de criminalidade constante e crescente, que, na área, as autoridades estaduais não lograram debelar.

22. Pede, portanto, o Procurador-Geral da República que a teor do **artigo 1º**, da Resolução nº 6/2005 seja o presente autuado como Incidente de Deslocamento de Competência, sendo **distribuído** na forma do **Parágrafo único**, do aludido **artigo 1º**.

23. Pede, a final, que seja o incidente **conhecido e deferido** para que a investigação, o processamento, e o julgamento dos mandantes, intermediários e executores do assassinato da irmã Dorothy Stang aconteça na Justiça Federal, no Estado do Pará.

Brasília, 03 de março de 2005.

*CLAUDIO FONTELES*

**PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

## A “COMARCA ESPECIALÍSSIMA” E SEUS REFLEXOS NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**Sérgio Gildin**  
**Promotor de Justiça em Divinópolis**

O VI Congresso Estadual do Ministério Público propõe aos participantes, com total pertinência, a consideração atenta sobre os temas: Ministério Público, o Caminho Para a Transformação - Lei Federal nº 8.625/93 - Atuação na Defesa da Sociedade, Análise Crítica das Atribuições e Propostas de Alterações. Nesse sentido é que se torna imperioso, a fim de se discutir a efetividade da atuação de nossa instituição na defesa da sociedade, refletirmos a respeito da nossa própria estrutura de cargos e carreira, envolvendo o acesso dos Promotores e Procuradores de Justiça às diversas e relevantes atribuições afetas aos cargos de nossa instituição, para que, viabilizando e fomentando a atuação Ministerial, o Ministério Público, cada vez mais, preste relevantes serviços ao povo mineiro e demais brasileiros.

O Ministério Público tradicionalmente, quiçá por estratégia política, vem adotando para o plano de carreira de seus integrantes, quase que integralmente, o modelo que a Magistratura adota para seus membros. Nessa direção, a criação da denominada “Comarca Especialíssima”, questão efervescente nos meios do Ministério Público e da Magistratura Mineiros, vem sendo tema de acalorados debates e, se adotada, trará importantes repercussões na carreira dos Promotores de Justiça e Juízes de Direito de nosso Estado, refletindo diretamente no agir coletivo dessas instituições.

As opiniões a respeito da pertinência da criação da “Comarca Especialíssima”, algumas, *vênia concessa*, tecnicamente equivocadas, são variadas. Porém a oportunidade que ora se apresenta da classe do Ministério Público, reunida em importante e organizado Congresso Estadual, manifestar sua posição sobre o tema é ímpar e de extrema validade prática.

Inicialmente, para a melhor compreensão do tema, é importante verificar os aspectos gerais e específicos das estruturas das carreiras do Ministério Público e da Magistratura para, após, analisarmos os diversos ângulos da controvertida questão da criação da “Comarca Especialíssima”.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, no art. 93, estabelece que a Magistratura se organizará por meio de Lei Complementar, observados, dentre outros, os princípios: de ingresso na carreira como Juiz Substituto, através de concurso público de provas e títulos; promoção de

entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento; e acesso aos tribunais de segundo grau por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância.

Especificamente quanto ao princípio de acesso aos tribunais de segundo grau, este sofreu recente alteração, advinda da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, que, dando nova redação ao inc. III do art. 93 da CF, suprimiu a previsão de que a apuração da antiguidade ou merecimento se desse para o Tribunal de Justiça, onde existisse, no Tribunal de Alçada. A referida Emenda Constitucional acabou por suprimir, em âmbito Nacional, os Tribunais de Alçada.

Em Minas Gerais, nossa Constituição Estadual, em seu art. 98, prevê que compete ao Tribunal de Justiça a iniciativa da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado e de suas alterações, observados, dentre outros, os seguintes princípios: ingresso na carreira, cujo cargo inicial é o de Juiz Substituto, mediante concurso público de provas e títulos; promoção de entrância para entrância, por antigüidade e merecimento, alternadamente e acesso ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça Militar, alternadamente por antigüidade e merecimento, apurados, respectivamente, entre os Juízes de Direito da entrância mais elevada e entre os Juízes Auditores;

A exemplo do que ocorreu na Constituição Federal, e até antes mesmo desta, especificamente quanto ao princípio de acesso ao Tribunal de Justiça Mineiro, este sofreu recente alteração, advinda da Emenda Constitucional nº 63, de julho de 2004, que, dando nova redação ao inc. III do art. 98 da Constituição Estadual, eliminou a previsão de que a apuração da antiguidade ou merecimento se desse no Tribunal de Alçada, para promoção para o Tribunal de Justiça. A referida Emenda Constitucional, coadunando-se com a Constituição Federal, acabou por suprimir, no âmbito estadual, o Tribunal de Alçada Mineiro.

Destarte, para o acesso aos tribunais de segunda instância, agora nos Estados unicamente os Tribunais de Justiça, o juiz deve cumprir com o requisito objetivo de ser magistrado em comarca de mais elevada entrância de seu Estado.

A anterior Lei de Organização Judiciária definia apenas a Comarca de Belo Horizonte como sendo de entrância especial, no entanto a atual Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais, Lei Complementar nº 59/01, prevê que as comarcas de primeira instância sejam classificadas em três entrâncias, assim distribuídas segundo ordem ascendente: comarcas de primeira entrância, comarcas de segunda entrância e, por último, comarcas de entrância especial. Em um quadro anexo à Lei Complementar 59/01, as comarcas do Estado estão uma a uma nominalmente classificadas, sendo que na última entrância, a especial, em razão do referido quadro

e da previsão populacional contida no artigo 8º da referida Lei Complementar, temos treze comarcas de Entrância Especial, que totalizam trezentos e oitenta cargos de Juízes de Direito de entrância especial. Todos esses cargos de Juízes de entrância especial possibilitam ao magistrado, caso queira, concorrer a promoção para a segunda instância.

O Ministério Público Mineiro, por força da Lei Complementar Estadual nº 34/94, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar Estadual nº 61/01, classifica seus quadros e cargos de lotação de maneira igual à da Magistratura. Assim são duas as instâncias. Já as comarcas de primeira instância estão divididas em primeira entrância, segunda entrância e entrância especial, sendo que apenas os Promotores de entrância especial podem concorrer ao cargo de Procurador de Justiça.

O quadro abaixo demonstra as Comarcas consideradas de entrância especial, o número de Promotorias criadas e o número de instaladas em cada uma destas Comarcas.

**QUADRO 3**  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**ENTRÂNCIA ESPECIAL <sup>146</sup>**  
**COMARCAS E PROMOTORIAS**  
**2003**

COMARCAS	ENTRÂNCIA	TOTAL DE	TOTAL DE	PROMOTORIAS
		PROMOTORIAS CRIADAS ATÉ L.C.Nº 61/01	PROMOTORIA AS INSTALADAS ATÉ	NÃO INSTALADAS ATÉ
1 BELO HORIZONTE	Entrância Especial	196	167	29
2 BETIM	Entrância Especial	12	11	1
3 CONTAGEM	Entrância Especial	30	19	11
4 CORONEL FABRICIANO	Entrância Especial	5	3	2
5 GOVERNADOR VALADARES <sup>147</sup>	Entrância Especial	16	14	2
6 IPATINGA	Entrância Especial	10	8	2
7 JUIZ DE FORA <sup>2</sup>	Entrância Especial	27	23	4
8 MONTES CLAROS <sup>2</sup>	Entrância Especial	18	13	5
9 RIBEIRÃO DAS NEVES	Entrância Especial	9	8	1
10 SANTA LUZIA	Entrância Especial	5	3	2
11 TIMÓTEO	Entrância Especial	4	2	2
12 UBERABA <sup>2</sup>	Entrância Especial	20	14	6
13 UBERLÂNDIA <sup>2</sup>	Entrância Especial	28	24	4
<b>TOTAL</b>		<b>380</b>	<b>309</b>	<b>71</b>

Ocorre, porém, que, fazendo surgir o tema central do presente trabalho e inaugurando a polêmica, a mesma e já referida Emenda Constitucional nº 63, que tinha como objetivo apenas

<sup>146</sup> Histórico Comparativo acerca do número de vagas existentes nos quadros do Ministério Público e Magistratura (Secretaria dos Órgãos Colegiados), Lei Complementar N.º 34/94 e Lei Complementar 61/01.

<sup>147</sup> As comarcas de Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberaba e Uberlândia, classificadas como de Segunda Entrância conforme o Lei Complementar 61/01, foram consideradas como de Entrância Especial pelo Conselho Superior do Ministério Público.

reunir as instâncias recursais do Judiciário estadual, acrescentou um parágrafo único ao art. 98 da Constituição Mineira, com a seguinte redação:

“Art. 98 –(...)”.

(...)

Parágrafo único – Para o acesso ao Tribunal de Justiça, a última entrância, prevista no inciso III deste artigo, será integrada pelos Juízes de Direito titulares de varas do juizado comum e pelos Juízes Auxiliares da Comarca de Belo Horizonte.”.

Pois bem, diante do comando estabelecido no parágrafo único do art. 98 da Constituição Mineira, o juiz titular na carreira, para ter acesso ao Tribunal de Justiça, necessariamente teria de passar pela Comarca de Belo Horizonte. Por conseguinte, a Comarca de Belo Horizonte, diversamente do que hoje ocorre, seria única de primeira entrância a permitir a promoção ao Tribunal de Justiça, razão pela qual atingiria o *status* de “Comarca Especialíssima”.

Traduzindo em números essa redução de Comarcas de entrância Especial, haveria uma diminuição do número de 380 (trezentos e oitenta) cargos de entrância especial para 196 (cento e noventa e seis) cargos, ou seja, uma forte expressiva redução de quase 50% (cinquenta por cento).

Ao nosso sentir, efetivada a adoção da mediada prevista no parágrafo único do art. 98 da Constituição Estadual, tanto na Magistratura quanto no Ministério Público, inúmeros seriam os problemas decorrentes desse novo critério de classificação. Porém, limitamo-nos aqui, solicitando permissão aos autores, a transcrever os pontos descortinados pelo Promotores de Justiça da Regional da Associação Mineira do Ministério Público com sede na Comarca de Contagem, que indicam, em missiva dirigida ao Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça, com exatidão, razões de fato suficientes para a revogação de tal dispositivo.

Dizem os referidos colegas que “até a reforma constitucional mineira, além de Belo Horizonte, também eram de Entrância Especial as comarcas de Contagem, Betim, Santa Luzia, Ipatinga, Coronel Fabriciano, Timóteo, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberaba e Uberlândia. Eles, bem como os Juízes dessas comarcas, entendem que a Reforma Estadual, além de reintroduzir uma entrância ‘especialíssima’ (Belo Horizonte) para acesso ao Tribunal de Justiça, acabou provocando o ‘rebaixamento’ das comarcas do interior.”

Os referidos Promotores de Justiça alegam, ainda, que o “dispositivo representa um retrocesso do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do Ministério Público, pois vai contribuir para o esvaziamento das comarcas do interior e para a constante alternância de Juízes e Promotores

titulares e ainda uma grande movimentação para a comarca de Belo Horizonte, em busca de promoção, sob pena de sofrerem prejuízos na carreira.”

No documento, os mesmos Promotores de Justiça afirmam por fim que “a promoção de Juízes e Promotores das comarcas do interior para a Capital vai causar transtornos à administração da Justiça e aumentar a morosidade e, também, interromper a necessária experiência para enfrentar problemas nas referidas comarcas do interior, relegadas a segundo plano. Completam, ainda, que seria intensificada a já conhecida dificuldade para o preenchimento dos quadros do Ministério Público, bem como o risco de colapso no atendimento à sociedade nas Promotorias de Justiça do interior.”<sup>148</sup>

Aliás, se não bastassem os argumentos acima transcritos, verifica-se que o parágrafo único do art. 98 da Constituição de nosso Estado acaba por exorbitar o poder legiferante Estadual e padece de flagrante inconstitucionalidade em face da Constituição Federal, mormente por vício de iniciativa.

Nesse diapasão e para o nosso parcial alento, tramita em fase final na Assembléia Legislativa de Minas Gerais, a denominada PEC 80 (Projeto de Emenda Constitucional número 80/2004), que tem como aspecto principal a singela proposição de revogar o parágrafo único do art. 98 da Constituição Mineira.

Ao emitir parecer sobre a PEC 80, a Comissão Especial da Assembléia Legislativa, composta pelos deputados: Elmiro Nascimento, Dalmo Ribeiro Silva, Durval Ângelo e Paulo Piau, manifestou-se pela aprovação do projeto, argumentando que “o domínio de atuação legiferante do poder constituinte estadual encontra limites bem delineados na Constituição da República, a qual prevê, de modo expresso, que o instrumento normativo próprio para dispor sobre as entrâncias constitutivas da Magistratura é a Lei de Organização e Divisão Judiciárias, cuja iniciativa é privativa do Tribunal de Justiça. Veja-se, a propósito, o disposto no “caput” e no § 1º do art. 125 da Lei Maior:

“Art. 125 - Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a Lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

---

<sup>148</sup> Informativo do Ministério Público, ano IV, n 136.

Por seu turno, a Constituição do Estado, dando cumprimento aos dispositivos transcritos, estabeleceu, em seu art. 66, o seguinte:

“Art. 66 - São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:

...

IV - do Tribunal de Justiça, por seu Presidente:

...

c) a organização e a divisão judiciárias e suas alterações”.<sup>149</sup>

A nosso ver, é de todo acertado o judicioso parecer dessa ilustrada comissão de Deputados.

Para os opositores da criação da “Comarca Especialíssima”, indubitavelmente, seria de extrema relevância a aprovação da PEC 80, que, ao menos no plano da Lei Maior do Estado de Minas Gerais, a hipótese estaria eliminada.

Por outro lado, mesmo que aprovada a PEC 80, ao contrário do que alguns têm afirmado, a criação de “Entrância Especialíssima” não ficaria obstaculizada, até porque, conforme acima consignado, a sede adequada para se definir a classificação das comarcas é a Lei de Organização Judiciária.

Destarte, se existir interesse dos componentes da cúpula do Poder Judiciário, e, ao que tudo indica, isso realmente existe, nada impedirá que, mesmo revogado o parágrafo único do art. 98 da CE, haja na futura Lei de Organização Judiciária previsão de que, para o acesso ao Tribunal de Justiça, a última entrância seria integrada pelos Juízes de Direito titulares de varas do juizado comum e pelos Juízes Auxiliares da Comarca de Belo Horizonte. Tal previsão, agora em sede adequada, faria ressurgir a “Comarca Especialíssima”.

A bem da verdade, a questão que envolve a criação da Comarca Especialíssima, pelo que nos chegou ao conhecimento, envolve duas vertentes. A primeira tem natureza orçamentária/remuneratória e a segunda está ligada à política de estímulo que o Tribunal quer imprimir quanto à progressão na carreira.

Expliquemos melhor.

Quanto à questão de natureza orçamentária, há notícias de que seria necessário, para viabilizar a unificação da segunda instância, criar-se alguma forma para que não fosse suprimido o

---

<sup>149</sup> Parecer da Comissão Especial da Assembléia Legislativa Mineira para o 1º turno da Proposta de Emenda à Constituição nº 80/2004

degrau remuneratório ocupado pelo extinto Tribunal de Alçada, o que ficou entabulado com a equipe que gerencia a economia de nosso Estado.

Conforme se sabe, a fixação dos vencimentos do Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre no Ministério Público, é feita de cima para baixo, tendo como teto o salário do Desembargador. Assim, os Juízes do Tribunal de Alçada ganhavam 95% (noventa e cinco por cento) do salário-base dos Desembargadores; os juízes de entrância especial, 90% (noventa por cento) do salário base dos Desembargadores e assim por diante, num decréscimo de 5% (cinco por cento) em 5% (cinco por cento), até chegar aos Juízes de primeira entrância e substitutos que perceberiam o equivalente a 80% (oitenta por cento) do vencimento base dos Desembargadores.

Pois bem, com a simples supressão do Tribunal de Alçada, haveria, a partir dos juízes de entrância especial, e em efeito cascata, até os juízes de primeira entrância e substitutos, uma majoração em seus vencimentos da ordem de 5% (cinco por cento), que faria com que o vencimento base do juiz de primeira entrância ou substituto ficasse em 85% (oitenta e cinco por cento) da remuneração dos Desembargadores. Tal fato traria, segundo os técnicos do Estado, forte impacto orçamentário. Diante disso, a opção seria a criação da “Comarca Especialíssima”, que supriria o degrau remuneratório antes ocupado pelo Tribunal de Alçada, evitando o aumento salarial dos magistrados de primeira instância.

O outro viés da questão, que inegavelmente deflui da vertente remuneratória, cinge-se ao fato de que, com a fixação dos novos subsídios que esta por vir, o juiz de primeira entrância, ou seja, de comarca com apenas uma vara judicial e assim obviamente, salvo impedimento legal, também juiz eleitoral, desconsideradas as vantagens de natureza pessoal, perceberia, somados o vencimento regular e a verba eleitoral, valor inferior aos vencimentos regulares de um Desembargador. Portanto haveria, nesse aspecto, estímulo para que o juiz progredisse na carreira, a fim de buscar melhor remuneração.

Todavia, pensamos que os dois argumentos expostos não justificam a criação da “Comarca Especialíssima”.

Sob o aspecto econômico, o argumento do desequilíbrio das contas do Estado não pode servir para, por meio de manutenção do já presente arrocho salarial, sustentar-se a criação de um forte gargalo na carreira da Magistratura e do Ministério Público. Além disso bastariam os argumentos de ordem prática lançados pelos colegas da Regional de Contagem da Associação do Ministério Público, acima transcritos, para demonstrar que a economia pretendida é de todo perniciosa para a sociedade Mineira.

Noutro giro, se a questão se limitasse à manutenção da diferença de 10% (dez por cento) entre os vencimentos dos Desembargadores e os dos Juízes de entrância especial, bastaria, conforme já autoriza a Lei de Organização Judiciária, a previsão de que entre a segunda instância e a mais elevada entrância da primeira instância, houvesse um degrau de 10% (dez por cento) entre tais vencimentos, mantida a diferença de 5% (cinco por cento) entre as demais entrâncias.

Quanto à alegação de fortalecimento do estímulo na progressão na carreira em busca de melhores subsídios, isto não se afiguraria como verdadeiro e eficaz, na medida em que a verba remuneratória pelo exercício das funções eleitorais corresponderia a algo próximo dos 18% (dezoito por cento) do salário-base do juiz de primeira entrância. Destarte, somada a verba percebida pelo exercício de funções eleitorais ao vencimento regular do juiz de primeira entrância, que, por seu turno, corresponde a 80% (oitenta por cento) do salário dos Desembargadores, a remuneração final daquele corresponderia a 98% da remuneração destes.

Ora, não parece razoável que alguém, considerando o menor custo de vida de uma pequena cidade do interior, optasse por ascender na carreira para, após longos anos, chegando ao cargo de Desembargador, passasse a receber 2% (dois por cento) a mais do que recebia no início de sua carreira. Não há, meramente sob o aspecto econômico, qualquer lógica no argumento esposado, pois ninguém estaria estimulado a fazer longa carreira, inclusive abrindo mão da verba eleitoral pelo período em que estivesse em comarcas maiores, para no final da carreira receber 2% (dois por cento) a mais do que antes recebia. Aliás, talvez nem desse mais tempo de recuperar o numerário não obtido pela não participação nas funções eleitorais durante a jornada pelas instâncias.

Com o perdão pela imprudência que talvez possamos estar cometendo, acreditamos que alguns, por mera vaidade ou apego ao simbolismo, pretendem evitar que um juiz substituto possa ganhar mais do que ganha um Desembargador. É verdade que isso é uma grave distorção e deve ser corrigida, porém não através da perniciosa criação da “Comarca Especialíssima”, mesmo porque 2% (dois por cento) não é diferença salarial suficiente para emblemar a honradez do mais alto cargo da Justiça Estadual.

Nesse contexto e meramente a título de sugestão, talvez fosse interessante, respeitada a irredutibilidade de vencimentos, pensar-se na alteração, em todos os níveis de promoção na carreira, do percentual de aumento salarial, quiçá de 5% (cinco por cento) para 10% (dez por cento), produzindo-se assim na vontade dos Promotores de Justiça, a importante emulação para progredir na carreira. Todavia, esse tema merece melhor e aprofundada reflexão, não sendo objeto da presente exposição.

Importante nesta altura da narrativa nos determos mais em seu tema central, agora sob o eixo exclusivo do Ministério Público, uma vez que, conforme dito nas linhas inaugurais deste trabalho, a nossa nobre Instituição tem optado por acompanhar a Magistratura quanto à classificação das instâncias e entrâncias, mantendo, em nossa Lei Orgânica, anexo isonômico aos quadros de pessoal e lotação da Magistratura.

A análise deste tema, focado apenas sob o prisma da Instituição Ministério Público, comporta nuances e particularidades que merecem nossa reflexão para que a classe, reunida neste entusiasmante Congresso Estadual, diga se pretende ou não a alteração em nossa carreira igualmente àquela que a Magistratura, ao que tudo indica, em breve imporá a seus membros.

Encetando esta linha da discussão é mister dizer que os Ministérios Públicos dos Estados, através de Lei Complementar Estadual de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, possuem autonomia para determinar normas específicas de organização e atribuições, tudo conforme o § 5º do art. 128 da Constituição da República e art. 2º da Lei 8625/93.

Dispõe o § 4º do art. 129 da Constituição Federal que ao Ministério Público aplica-se, no que couber, o disposto no art. 93, inc II, do mesmo Estatuto Maior. Este dispositivo se refere ao princípio da promoção na carreira por antiguidade e merecimento, alternadamente, estabelecendo outras regras relativas à ascensão na carreira.

Por seu turno, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece no art. 122, inc. II, que ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe expedir, nos termos da Constituição, ato de provimento de cargo inicial de carreira e dos serviços auxiliares, de promoção, de remoção, de readmissão e de reversão. O art 125, inc I, letra b, desse mesmo Diploma Estadual, prevê que é facultada ao Procurador-Geral de Justiça a iniciativa de Lei Complementar que disponha sobre a organização, atribuições e Estatuto do Ministério Público, observada a possibilidade de promoção, por antigüidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria, e da entrância mais elevada para o cargo imediato de Procurador de Justiça, aplicado, no que couber, o disposto no art. 98, II, do mesmo Estatuto.

Ainda na esteira da análise da legislação, a Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais, em seu art. 177, estabelece os princípios da promoção na carreira de forma harmônica com os textos acima elencados.

Segundo o exame de tais normas, o Ministério Público possui absoluta autonomia para definir sua carreira, não havendo qualquer vinculação, salvo as de ordem histórica, com o Poder

Judiciário quanto a classificação das comarcas. Conforme visto, nesse aspecto, o único ponto de interseção com a Magistratura determinado pela Constituição Estadual é a aplicação para o Ministério Público do disposto no art. 98, inc II dessa mesma carta legislativa, que, por sua vez, se refere aos princípios básicos da promoção por antiguidade e merecimento na carreira, sem, contudo, referir-se, nem mesmo de forma subliminar, à classificação das comarcas.

Desse modo o parágrafo único, do art. 98, da Constituição Estadual, qual seja, o que criou a “entrância especialíssima”, não vincula e nem tem imediata aplicação ao Ministério Público.

Caso a nova Lei de Organização Judiciária, aprovada ou não a PEC 80, venha a prever a “Comarca Especialíssima”, o Ministério Público a ela não estará vinculado.

Desta forma, a única maneira de se criar a “Comarca Especialíssima” no âmbito Ministerial seria através de nossa própria Lei Orgânica.

Todavia, as razões, acima alinhavadas, que, inobstante improcedentes, vêm sendo expostas para justificar a criação da “Comarca Especialíssima” na Magistratura, não se aplicam ao Ministério Público.

Vejamos.

No órgão de atuação de segunda instância do Ministério Público, desde o fim da distinção que havia entre os denominados Procuradores de Justiça A e B, tornando-os apenas Procuradores de Justiça com atuação perante as instâncias recursais, não há qualquer diferenciação entre os Procuradores de Justiça de nosso Estado.

Portanto, há mais de uma década, não há diferença entre a remuneração dos Procuradores com atuação perante o Tribunal de Alçada e os Procuradores com atuação perante o Tribunal de Justiça, razão pela qual a carreira do Ministério Público possui três degraus e níveis remuneratórios, enquanto a Magistratura possuía, até antes da extinção do Tribunal de Alçada, quatro degraus e, assim, quatro níveis remuneratórios. Por assim ser, a manutenção de nossa carreira em três níveis remuneratórios não representa qualquer impacto aos cofres do Estado.

Nesse aspecto a inserção de uma “Comarca Especialíssima” representaria para o Ministério Público, evidente retrocesso histórico, pois não haveria sequer aumento remuneratório para seus membros e, ao contrário, salvo direito adquirido a irredutibilidade de vencimentos, os Promotores de Justiça lotados nas Comarcas classificadas abaixo da “Comarca Especialíssima” é que

experimentariam diminuição salarial em 5% (cinco por cento), relativa ao novo degrau remuneratório.

Por outro ângulo não se discute no vanguardista Ministério Público Mineiro a necessidade de se achatar os vencimentos dos Promotores mais recentes na Instituição, para fomentar-lhes a promoção na carreira ou forçá-los a perceber menos do que os honrados Procuradores de Justiça.

Assim cabe-nos a decisão de continuarmos a seguir os critérios de classificação das Comarcas que vêm sendo postos na Lei de Organização Judiciária, inclusive com a eventual adoção da “Comarca Especialíssima”, ou adotarmos classificação própria com a exclusão dessa especial Comarca.

Acreditamos que historicamente, em razão da tradição das instituições, foi importante para o Ministério Público seguir os modelos da Magistratura. Tal postura sustentou por várias vezes o *status* de nossa Instituição, mantendo-se assim com as mesmas prerrogativas da Magistratura. Continua sendo importante, não mais em razão de *status*, mas sim pelos inegáveis pontos de contato entre o Ministério Público e a Magistratura que os seus Estatutos Orgânicos guardem a necessária e indiscutível parença.

Porém, não seria irresponsabilidade romper-se com algumas reproduções, mormente aquelas que se mostram inoportunas e inconvenientes. Aliás, tal postura já foi antes adotada não só quanto à classificação das Comarcas mas como também em outros aspectos, como por exemplo: na unificação entre Procuradores de Justiça A e B; na elevação antecipada das Comarcas de Uberlândia, Uberaba, Montes Claros, Juiz de Fora e Governador Valadares; no pagamento das diferenças da URV; na indenização pela cassação de férias etc.

**Diante das considerações acima, articulamos as seguintes conclusões:**

- a) É inconstitucional o parágrafo único do artigo 98 da Constituição do Estado de Minas Gerais;
- b) É conveniente a aprovação da PEC 80;
- c) É interessante a manutenção, na medida do possível, de carreiras correlatas entre o Ministério Público e a Magistratura, desde que esta não crie, por meio de sua Lei de Organização Judiciária a aqui denominada “Comarca Especialíssima”;
- d) O Ministério Público detém autonomia legislativa para organizar sua carreira, prevendo seus quadros e cargos de lotação;

- e) Fincado na crença de que o Ministério Público já criou raízes fortes o suficiente para assumir a plenitude de sua autonomia, devemos quebrar a exatidão da cópia do paradigma e organizarmos nossa carreira de primeira instância, de forma independente, com a rejeição de qualquer proposta que signifique um retrocesso em nosso plano de carreira, decorrente de um estreitamento no acesso à segunda instância, representado, *in casu*, pela criação da Comarca Especialíssima;

Para tanto, caso aprovada a tese, propomos:

- a) Envio ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça de moção de repúdio a inserção de previsão, na Lei Orgânica do Ministério Público, que de qualquer forma estabeleça a criação de “Comarca Especialíssima”.
- b) Envio aos Deputados Estaduais de manifestação de apoio à aprovação da PEC 80, acompanhada do envio de nota de ciência da aprovação das conclusões da presente tese.
- c) Envio de nota de ciência da aprovação das conclusões da presente tese aos Excelentíssimos Presidente do Tribunal de Justiça e da Associação dos Magistrados de Minas Gerais.