



## VII CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

21 A 23 DE MARÇO DE 2007 - TIRADENTES/MG

# CADERNO DE TESES

## MINISTÉRIO PÚBLICO: REALIDADES E DESAFIOS

*Patrocinador*

**SINDIEXTRA**

Sindicato da Indústria Mineral  
do Estado de Minas Gerais

*Patrocinador Especial*



GERDAU  
AÇOMINAS



FURNAS  
FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S.A.



*Apoio*



*Apoio Institucional*





21 A 23 DE MARÇO DE 2007 - TIRADENTES/MG

### COMISSÃO ORGANIZADORA

**José Silvério Perdigão de Oliveira**, Presidente da AMMP  
**Edson Ribeiro Baêta**, 1º Vice-Presidente da AMMP  
**Antônio José Leal**, 2º Vice-Presidente da AMMP  
**Marcos Tofani Baer Bahia**, 1º Diretor Administrativo da AMMP  
**Adalberto de Paula Christo Leite**, Procurador de Justiça  
**Daniel de Sá Rodrigues**, Promotor de Justiça

Comissão Temática I – Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Indisponíveis

Comissão Temática II – Direito Público

Comissão Temática III – Direito Privado e Questões Institucionais

## ***Apresentação***

Colegas associados da AMMP,

É com imensa satisfação que fazemos chegar às mãos de nossos colegas os ***Anais do VII Congresso Estadual do Ministério Público***, cujo tema central foi: "Ministério Público - Realidade e Desafios".

Este é o resultado do profícuo trabalho intelectual de mais de 400 membros dessa grandiosa Instituição democrática, que participaram de mais um magnífico evento de nossa AMMP, realizado na cidade de Tiradentes, no período de 21 a 23 de março de 2007, trazendo a lume as teses que mais se ajustaram ao temário proposto, voltadas para o desenvolvimento e aperfeiçoamento institucional.

A Comissão Organizadora e Científica procurou elaborar uma pauta jurídica de grande amplitude, enfatizada pelos maiores valores da sociedade, para proporcionar o debate em profundidade de todas as matérias pertinentes à nossa atuação e ampliar o universo de nosso conhecimento, focalizando a realidade atual e os desafios que são enfrentados pelo Ministério Público, nessa missão árdua de promover os ideais da cidadania plena.

Além disso, buscou-se destacar a interdisciplinaridade, inserindo exposições que envolveram outras áreas do conhecimento, agregando valores culturais, sem perder de vista o aspecto lúdico do aprendizado.

Todo trabalho científico que foi produzido pelos congressistas, aprovado primeiramente, nas comissões temáticas e, a seguir, na Plenária final, encontra-se agora definitivamente consignado nestes ***Anais do VII Congresso Estadual do Ministério Público***, firmando o registro histórico do pensamento dogmático desta que é, certamente, a Instituição mais consentânea com o espírito republicano do nosso Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte, março de 2007

José Silvério Perdigão de Oliveira  
Presidente da AMMP

## Carta de Tiradentes

Os participantes do VII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, reunidos, em Plenária final no dia 23 de março de 2007, na cidade de Tiradentes, tendo em vista a votação da PEC 358-5, que está sendo realizada no âmbito da Câmara dos Deputados e que cuida da introdução do denominado "foro privilegiado" para agentes e ex-agentes políticos, após sua aprovação no Senado Federal no apagar da luzes do período legislativo de 2006, aprovaram por unanimidade a seguinte carta, que será encaminhada ao Congresso Nacional e aos setores representativos da sociedade civil:

"Sabemos que o Ministério Público, por força dos mandamentos da Carta da República de outubro de 1988, deve promover uma luta sem tréguas para eliminar a corrupção na administração pública. E o meio mais eficiente para ta

nto, além de promover as ações criminais contra os agentes públicos que violam o dever funcional, é dar ênfase ao emprego das normas da lei de improbidade administrativa. No entanto, a aprovação da PEC do "foro privilegiado" para agentes e ex-agentes públicos, caminha no sentido oposto ao clamor social da moralidade e probidade administrativa, na medida em que concentra todas essas ações nos Tribunais de Justiça e no STF, sem que os aludidos órgãos colegiados possam suportar a plethora de processos que ali aportarão.

Não se pode deixar de destacar que um dos maiores fatores que trazem descrédito à Justiça no país é a demora na tramitação processual e a falta de efetividade das decisões judiciais. Para amenizar essa questão, a emenda constitucional 45/04 estabeleceu técnicas processuais com o objetivo de impor tramitação mais célere aos processos. No entanto, a questionada PEC, também por esse aspecto, caminha na contramão das reformas do Judiciário, na medida exata em que sobrecarrega e congestionam os Tribunais com os intocáveis processos de improbidade administrativa, causando um terrível impacto negativo no combate à impunidade. É preciso, portanto, que estejamos unidos nesse momento, com os demais setores representativos da sociedade civil, para que possamos conscientizar os membros da Câmara dos Deputados, sobre os danos irreparáveis que a aludida emenda pode causar ao País.

Assim, reunidos em plenária, externamos o repúdio e a indignação dos membros do Ministério Público de Minas Gerais pela proposta legislativa em apreciação no Congresso Nacional, já que a mesma é contrária aos princípios republicanos de nosso País".

Tiradentes, 23 de março de 2007

## SUMÁRIO

### Comissão temática I INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

A FAMÍLIA DO MENOR INFRATOR – ASSISTÊNCIA E PUNIÇÃO COM A FINALIDADE DE INTERRUPTÃO DE UMA CARREIRA CRIMINOSA EM SEU NASCEDOURO	
Calixto Oliveira Souza.....	8
A BUSCA E APREENSÃO NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE	
Epaminondas da Costa .....	11
EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E IMPUTABILIDADE PENAL SUPERVENIENTE	
Epaminondas da Costa .....	17

### Comissão temática II DIREITO PÚBLICO

A EXIGÊNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL A LONGO PRAZO COMO ALTERNATIVA	
Calixto Oliveira Souza.....	21
CONTRATAÇÕES ILEGAIS DE SERVIÇOS JURÍDICOS POR ADMINISTRADORES PÚBLICOS MUNICIPAIS	
Cristiano Cassiolato .....	25
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI: DA NECESSIDADE DE SE QUESITAR A TENTATIVA QUANDO O CONSELHO DE SENTENÇA NEGA O NEXO DE CAUSALIDADE EM JULGAMENTO DE HOMICÍDIO CONSUMADO	
Herman Lott.....	37
DESCABIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA PESSOA JURÍDICA	
Paulo Calmon Nogueira da Gama .....	39

DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO  
PENAL DEFLAGRADO POR DENÚNCIA ANÔNIMA

Rodrigo Iennaco ..... 48

TIPIFICAÇÃO CONTRAVENCIONAL DA “POSSE DE DROGA ILÍCITA  
PARA CONSUMO PESSOAL” NA LEI N. 11.343/06: *NOVATIO  
LEGIS IN MELLIUS*

Rodrigo Iennaco ..... 74

**Comissão temática III**  
**DIREITO PRIVADO E QUESTÃO INSTITUCIONAIS**

O PLANO GERAL DE ATUAÇÃO – PGA: VIABILIDADE DAS METAS,  
RESULTADOS PARCIAIS E FINAIS, SUBSÍDIOS E SEQÜÊNCIA

Calixto Oliveira Souza ..... 83

DA FUNÇÃO SOCIAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Gisela Potério Santos Saldanha ..... 86

AS ATRIBUIÇÕES E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS

Gregório Assagra de Almeida ..... 93

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO À MORADIA: REALIDADE E  
DESAFIOS

Marcelo de Oliveira Milagres ..... 105

DA INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO, NO PÓLO PASSIVO, AO PODER  
DE RECOMENDAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcus Paulo Queiroz Macêdo ..... 110

A NECESSIDADE DO VELAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELAS  
ATIVIDADES DAS ORGANIZAÇÕES DE DIREITO PRIVADO SEM FINS  
LUCRATIVOS, INCLUSIVE DAS ASSOCIAÇÕES

Tomáz de Aquino Resende ..... 115



*Comissão temática I*

***INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS  
E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS***

# ***A FAMÍLIA DO MENOR INFRATOR – ASSISTÊNCIA E PUNIÇÃO COM A FINALIDADE DE INTERRUÇÃO DE UMA CARREIRA CRIMINOSA EM SEU NASCEDOURO***

---

**CALIXTO OLIVEIRA SOUZA**

Promotor de Justiça da Comarca de Divinópolis/MG

## **1 INTRODUÇÃO**

O tema do VII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais – Ministério Público – Realidade e Desafios – é provocador. Instiga o participante a elevar o pensamento às mais tormentosas questões, ousando nominar os desafios a enfrentar. É um dos maiores desafios dentre aqueles que se situam na realidade diária do Ministério Público encontra-se inserido na questão do menor infrator. A matéria, registre-se, vem deixando os meios forenses para situar-se entre os mais acalorados debates sociais e legais.

Um ponto, pelo menos, pode ser considerado de consenso nesses debates: os estudos psicossociais são muito parecidos, eis que retratam, em quase sua totalidade, famílias desestruturadas. São conhecidos os casos de menores que não estudam e, se o fazem, apenas freqüentam a escola, na maioria das vezes em séries aquém de suas idades e com notas baixas, além de pais despreparados, usuários de bebida alcoólica ou omissos e de mães que criam sozinhas seus filhos, sem autoridade sobre eles. O objetivo do presente trabalho é o de propor a tentativa de mudança desse quadro, obviamente no que se refere aos reflexos de tais situações sobre a realidade das famílias.

A tarefa aqui proposta é árdua. Trata-se de um dos grandes desafios a ser enfrentados pelo Ministério Público.

## **2 A NECESSIDADE DE AÇÃO IMEDIATA**

É do conhecimento geral que grande parte dos menores comete uma infração análoga a crime isolada e não mais volta a fazê-lo; é provável que a grande maioria desses menores seja constituída de crianças e adolescentes que cometeram um deslize em vidas bem direcionadas e que continuam recebendo o apoio de suas famílias.

Há uma parcela, porém, muito significativa, que comete grandes quantidades de atos infracionais, chegando em muitos casos a dezenas de infrações; esses, em sua maior parte, não têm o respaldo de uma boa estrutura familiar.

É possível, destarte, que melhoradas minimamente as condições sociais e psicológicas da família ou exigida desta o cumprimento das obrigações pertinentes ao poder familiar, o menor venha a ser mais bem orientado e vigiado e redirecione sua vida.

As medidas, para que não se espere pelo pior, deverão ser tomadas com rapidez.

## **2.1 O momento adequado de se iniciar a abordagem da família**

O presente trabalho propõe que o primeiro estudo da família (social ou psicossocial) seja feito logo após a apresentação da representação ou da remissão pelo Ministério Público, para a verificação da existência de motivos que tenham levado o menor a cometer o ato, seja por ausência de autoridade dos pais, falta de frequência à escola, carência de educação em razão de falta de suprimento das necessidades básicas etc.

Detectado o problema, passa-se à fase de busca de sua resolução ou redução.

## **3 A ORIENTAÇÃO E O APOIO À FAMÍLIA**

### **3.1 Busca de soluções materiais**

Diz o senso comum que deve-se buscar primeiro o caminho mais fácil para a solução de problemas; no caso em foco, devem ser buscadas primeiro, se necessárias, as soluções materiais previstas em lei, que não dependem de mudança de atitude nem de convencimento pela persuasão ou pela coerção.

Segundo o inciso I do artigo 129 da Lei 8.069/90, os pais ou responsáveis poderão ser encaminhados a programas oficiais ou comunitários de apoio à família, como o Bolsa Família, o Bolsa Escola, assistência médica, orientação para obtenção de vagas em escolas para os filhos, creches etc., viabilizando alguma melhora social. Obtida essa melhora, eleva-se a auto-estima da família e melhora-se as condições para que os pais possam redirecionar suas preocupações, acrescentando à luta pelas condições mínimas de sobrevivência a educação e a retomada da autoridade.

### **3.2 Verificação da necessidade de medidas judiciais contra os pais ou responsáveis**

O mesmo estudo deverá apontar a necessidade de aplicação de uma ou mais das medidas previstas nos incisos II a X do mencionado artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a ser aplicadas imediatamente após a detecção de sua necessidade. Assim, poderão os pais ou responsáveis ser convencidos ou compelidos judicialmente a frequentar programas de tratamento de alcoolismo ou de dependência de outras drogas, a acompanhar os estudos do filho, incluindo frequência e aproveitamento, além de ser advertidos a respeito da possibilidade de perda da guarda ou do poder familiar, que poderão eventualmente ocorrer, para o bem do filho.

Feitas as recomendações ou as determinações judiciais, passa-se ao acompanhamento da família, cientes os pais ou responsáveis de que qualquer das medidas acima mencionadas poderá ser-lhes aplicada no caso de descumprimento das obrigações afetas ao poder familiar, o que deverá efetivamente ser posto em prática, tudo na forma preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **4 A EXPECTATIVA DE RESULTADOS**

O que ora se propõe não constitui um projeto totalmente novo. Há vários exemplos de iniciativas da sociedade e do Ministério Público no sentido de se incluir o jovem, dando-lhe ocupação e lazer, inclusive com a abertura de escolas aos domingos para o lazer e cursos alternativos, todas de sucesso. A novidade consiste em dirigir novo foco às famílias que já apresentam

dificuldades na criação e educação das crianças e adolescentes, buscando-lhes eventuais condições materiais negligenciadas e exigindo dos pais ou responsáveis o cumprimento de suas obrigações legais. Os resultados deverão ser conhecidos em médio prazo, após as comparações entre os índices de recidiva dos menores em práticas infracionais com os de anos anteriores. Somente se obterá sucesso, porém, se houver a tentativa.

## 5 CONCLUSÃO

Diante da notícia de prática de ato infracional por criança ou adolescente, deverá o Promotor de Justiça, a seu critério e observada a independência funcional, requerer a realização de estudo social ou psicossocial com a finalidade de detectar as dificuldades materiais e a necessidade de aplicação de medidas judiciais aos pais ou responsáveis, tomando, após o resultado do estudo, as iniciativas necessárias para orientar a família ou exigir do Estado eventuais direitos previstos em lei e que não estejam sendo por ela usufruídos, além da aplicação de medidas judiciais aos pais ou responsáveis para que estes passem a cumprir suas obrigações legais, sob pena de sujeitarem-se às sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

# A BUSCA E APREENSÃO NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

EPAMINONDAS DA COSTA  
Promotor de Justiça em Minas Gerais

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, procurar-se-á compatibilizar a exigência constitucional do contraditório e da ampla defesa com a regra estatutária infraconstitucional, por meio da qual se admite excepcionalmente a quebra de tal garantia, dada à natureza peculiar (protetiva, mas essencialmente transitória) e à urgência imanente a essa espécie de busca e apreensão, aliado à sobrelevação do interesse superior da criança e do adolescente que ela visa a resguardar de pronto. Isto será feito com o objetivo de concretizar o princípio constitucional da “prioridade absoluta”.

## 2 JUSTIFICAÇÃO

É muito comum, na seara da infância e da juventude, o recebimento de denúncias graves consubstanciadas em notícias anônimas, além do endereçamento ao Juízo de representações do Conselho Tutelar, envolvendo atos de maus-tratos contra crianças e adolescentes por parte de membros da família, ressaltando-se espancamentos, abusos sexuais ou a privação dos cuidados necessários.

Naqueles municípios onde haja Conselho Tutelar em funcionamento, geralmente o referido órgão é instado a agir, quer por populares, quer por familiares da vítima, de sorte que, conforme a situação concreta, o referido órgão costuma proceder diretamente ao abrigo de tal vítima, podendo ainda, eventualmente, entregá-la a alguém da família, sob termo de responsabilidade: tudo de acordo com o disposto no art. 136, I, c/c o art. 101, I e VII, da Lei n. 8.069/90.

É curioso notar que esse mesmo art. 101,<sup>1</sup> ao especificar e vincular as *medidas específicas de proteção* às hipóteses do art. 98, dentre as quais, aquela relativa à ameaça ou à violação

---

1 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;

de direitos legalmente reconhecidos à criança e ao adolescente, “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”, deixou implícito, ao mesmo tempo, que as medidas de natureza administrativa e que não modificarem o “status quo ante” de maneira *irremediável*, poderão ser aplicadas sem maiores formalidades por outra autoridade que não seja a judiciária, mais especificamente por membros do Conselho Tutelar.

Não é sem razão, portanto, que o legislador tenha usado no citado art. 101 a expressão “autoridade competente”, de forma a englobar nesta locução os conselheiros tutelares, devendo os mesmos serem compreendidos como “autoridade administrativa” com a missão institucional de agir direta e prontamente na proteção integral de crianças e de adolescentes cujos direitos estejam sendo violados ou ameaçados por quem quer que seja, ressalvados, obviamente, os casos de competência exclusiva da autoridade judiciária.

Cite-se a esse propósito a colocação em família substituta (art. 101, VIII, do ECA),<sup>2</sup> porquanto aqui poderá haver a modificação irremediável do “status quo ante”, vale dizer, inexistirá remédio jurídico para o restabelecimento da situação anterior. É o caso da adoção – uma das formas de colocação em família substituta –, a qual, segundo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez deferida, se tornará irrevogável.

Então, a medida em causa (adoção) somente poderá ser tomada em sede de procedimento específico, em que sejam observadas fórmulas sacramentais, com destaque para a exigência de petição inicial, iniciativa de quem possua legítimo interesse, contraditório, ampla defesa e decisão proferida pela autoridade judiciária competente.

De fato, em se tratando de *medidas específicas de proteção*, os arts. 24 e 169 da Lei n. 8.069 restringem a exigibilidade do procedimento contraditório à colocação em família substituta, excluindo, tacitamente, a guarda, enquanto medida excepcional, deferida fora dos casos de adoção e de tutela.

É que tal espécie de guarda, de natureza transitória e, segundo a lei, “para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” (art. 33, § 2º, do ECA), mantém similitude com a situação prevista no art. 101, incisos I e VII, do ECA, em que, neste último caso, outra pessoa, por iniciativa do Conselho Tutelar, se encarregará transitoriamente de velar pela proteção da vítima, criança ou adolescente.

Com efeito, inexistirá aí a obrigatoriedade da observância do contraditório e da ampla defesa, assim como ocorre nos procedimentos em geral de competência do Conselho Tutelar. Sem contar que o art. 35 do Estatuto prescreve expressamente que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.<sup>3</sup>

Por conseguinte, não será criada uma situação imutável para os pais ou responsável, o que fez com que o legislador tenha dispensado tacitamente o procedimento contraditório na espécie, exigindo-o apenas e de forma expressa, conforme afirmado alhures, em relação à ação de suspensão ou de perda do poder familiar, e bem assim quando se tratar de apuração de irregu-

---

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.

2 ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 9.069, de 13/07/1990.

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

laridades em entidades de atendimento (arts. 191 a 193) e apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 197).

Daí, pois, falar o legislador em “autoridade competente” (art. 101 do ECA), que tanto pode ser administrativa quanto judiciária, a depender das circunstâncias de cada momento. E mais, a regra de fixação de competência territorial de uma autoridade e outra está positivada no art. 147 da Lei n. 8.069/90.

Enfim, podendo o Conselho Tutelar, legitimamente, retirar dos pais ou responsável crianças e adolescentes vítimas de sérios maus-tratos e encaminhá-los a abrigo, não exigindo o legislador, para isso, procedimento específico, tampouco a observância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de ser inviabilizada a atuação eficaz do órgão, é forçoso concluir que, por idêntica lógica, o juiz da infância e da juventude está autorizado a determinar a busca e apreensão nos autos de *procedimento verificatório*, nos autos de *medida de providência* ou nos autos de *sindicância judicial*, cuja medida, via de regra, tem por objetivo o abrigamento de vítimas de maus-tratos, até que seja apurada a possibilidade de seu retorno ao convívio com os pais ou responsável.

Note-se que o magistrado poderá ainda, nos mesmos autos, deferir a guarda de que cuida o art. 33, § 2º, do ECA, com vistas, portanto, a evitar o dano maior, ou seja, a institucionalização do paciente dos maus-tratos, até que ele possa retornar ao seu lar.

Vê-se, assim, que, em princípio, a medida (busca e apreensão) terá caráter essencialmente transitório (art. 101, parágrafo único, do ECA), mesmo porque, do contrário, deverá ser proposta a ação de perda do poder familiar, conforme o caso, dando ensejo ao contraditório e à ampla defesa.

A propósito, como se sabe, é freqüente na prática e, especialmente por força de lei (art. 19 da Lei n. 8.069/90), que a criança ou adolescente submetidos à busca e apreensão sejam devolvidos à família de origem, tão logo haja a constatação da possibilidade de seu retorno ao lar, não sem antes da realização de estudos pelas equipes técnicas do Juizado.

Por outro lado, a busca e apreensão poderá estar fundamentada nas disposições dos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei n. 8.069/90. Isto porque não se determina a medida sem que esteja devidamente evidenciada a ocorrência de situações deveras graves, configuradoras, em tese e paralelamente, de infrações penais. Então, cuidando-se de situação configuradora de ameaça ou de lesão a direitos de criança ou de adolescente, colocando-os na condição de pacientes de delitos, o ato em questão (busca e apreensão) passa a ser da competência do Juízo da Infância e da Juventude, por força do disposto no art. 148, IV, do Estatuto, subsidiariamente.

Não bastasse isso, o art. 153 da Lei n. 8.069/90, de forma taxativa, outorga amplos poderes à autoridade judiciária, para, ouvido o Ministério Público, investigar diretamente os fatos e adotar as providências pertinentes, dentre elas – diga-se de passagem –, a busca e apreensão, se necessária, “não estando [o juiz] sujeito ao princípio dispositivo”, como muito bem está destacado em acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, senão vejamos:

Ementa:

MEDIDA DE PROVIDÊNCIA - MENOR - BUSCA E APREENSÃO - PROCEDIMENTO RESPALDADO NO ART. 153 DO ECA - AUSÊNCIA DE PERDA DO PÁTRIO PODER - MEDIDA DE PROTEÇÃO - DECISÃO MANTIDA. Poderá ser adotado pelo Juiz da Infância e Adolescência, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado, não estando sujeito ao princípio dispositivo, respaldado pelo art. 153 do Estatuto

da Criança e do Adolescente. Admite-se iniciativa do magistrado de instaurar procedimento e investigar os fatos, culminado na busca e apreensão e medida de abrigo dos menores em instituições especializadas, sem que haja perda do pátrio poder. Recurso a que se nega provimento. AGRAVO N. 000.253.875-9/00.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Comarca: BELO HORIZONTE

Agravante: DALVA LEVI CRUZ – Agravado: (S) JD DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO.

Acórdão:

(SEGREDO DE JUSTIÇA) Vistos etc., acorda, em Turma, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO. Belo Horizonte, 08 de agosto de 2002. DES. KILDARE CARVALHO - Relator

Fonte “on-line”: <http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/frmDocumento> [Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 08/08/2002 (base TJMG – Inteiro Teor) – Acesso em 13/03/2007.

Enfim, o princípio constitucional da *prioridade absoluta*<sup>4</sup> propicia que certas medidas protetivas no âmbito da infância e da juventude possam ser tomadas legitimamente fora dos paradigmas ortodoxos de atuação da autoridade judiciária e mesmo da autoridade administrativa<sup>5</sup>.

### 3 CONCLUSÃO

Na seara da infância e da juventude, a busca e apreensão de crianças e de adolescentes cujos direitos legalmente reconhecidos estejam sendo ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, poderá ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, nos autos de *procedimento verificatório*, nos autos de *medida de providência* ou nos autos de *sindicância judicial*; portanto, sem que para isso sejam necessárias a existência nos autos de petição inicial, bem como a instauração de relação processual (art. 153 do ECA, c/c o art. 227, “caput”, da CF,<sup>6</sup> dentre outros dispositivos legais). Enfim, a natureza jurídica da medida tratada na presente tese é essencialmente *protetiva* em termos materiais, isto é, vinculada à doutrina da proteção integral que permeia as normas do Estatuto da Criança e do

4 Art. 227 [Constituição da República Federativa do Brasil]. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

5 Vide, à propósito, decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estabelecendo que, apesar da separação clássica das funções estatais, o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo que assegure o atendimento em creche, em número suficiente à demanda.

6 CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil.

Adolescente, não se confundindo, pois, com a medida cautelar disciplinada nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil.

Anexo

NOTAS TAQUIGRÁFICAS [do acórdão referido nesta tese]

O SR. DES. KILDARE CARVALHO

Voto:

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por DALVA LEVI CRUZ contra decisão proferida pela MM<sup>a</sup> Juíza da Vara da Infância e Juventude de Belo Horizonte que, no procedimento verificatório ou medida de providência, determinou-se a busca e apreensão dos menores Charles Alves da Cruz e Davi Alves da Cruz, sobrinho e filho da agravante, que foram levados a instituições especializadas. Insurge-se a agravante contra a decisão, alegando que o procedimento foi iniciado através de denúncia anônima, sem petição inicial, não tendo sido instaurada a relação jurídico-processual. Aduz, ainda, que não há citação, não há contraditório e ampla defesa, requerendo assim a nulidade dos atos praticados. Por fim, menciona que a medida adequada seria a ação de suspensão do pátrio poder. Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão. O procedimento de pedido de providência foi instaurado em razão de denúncia de que o menor Charles Alves da Cruz estava sendo utilizado por sua genitora, irmã da agravante, para a prática da mendicância na cidade de Belo Horizonte, sendo o mesmo abrigado em instituição nesta cidade. Realizado estudo social juntamente com a família do menor, apurou-se a deficiência mental dos adultos, a péssima condição de higiene na residência, sendo determinado também a medida de abrigo de outro menor, filho da agravante. Primeiramente, não vejo qualquer irregularidade no procedimento adotado. A MM. Juíza, na decisão combatida, menciona o respaldo do art. 153 da Lei 8069/90, que dispõe: “Art. 153 - Se a medida judicial a ser adotada não corresponde a procedimento previsto nesta ou em outra Lei, a autoridade judicial poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”. Comentando o referido artigo, leciona Kazuo Watanabe: “À inexistência de procedimento específico, a regra não é a da aplicação subsidiária do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Poderá ser adotado pelo juiz, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado. Por outro lado, não está ele sujeito ao princípio dispositivo na instrução da causa, não tendo aplicação estrita, no regime do Estatuto, o princípio da iniciativa das partes em matéria de prova (“judex secundum allegata et probata patium judicare debet”). Cabe ao magistrado adotar a iniciativa para “investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias”, como é explícito o dispositivo comentado, o que bem revela que o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel mais ativo no processo. Isso conduz, por outro lado, à atenuação do formalismo processual”. (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coord. Munir Cury, 3<sup>a</sup> edição, Ed. Malheiros, p. 482). Destarte, o procedimento instaurado pela MM<sup>a</sup> Juíza encontra-se respaldado no acima transcrito, e a medida adotada, de abrigo dos menores, foi tomada tendo em vista tudo o que foi apurado pelo estudo social junto à família deles e os relatórios

que atestam a necessidade de que fossem mantidos em instituições especializadas. Ainda, ressalte-se que não se trata de medida que implica em perda do pátrio poder ou mesmo suspensão deste, visto tratar-se de medida de cunho transitório, visando o bem estar e proteção dos menores. Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Sem custas. O SR. DES. ISALINO LISBÔA: VOTO De acordo. O SR. DES. SCHALCHER VENTURA: VOTO De acordo. SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO.

Data do Documento: Belo Horizonte, 08/08/2002.

Fonte “on-line”: <http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/frmDocumento> [Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 08/08/2002 (base TJMG – Inteiro Teor) – Acesso em 13/03/2007.

# EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E IMPUTABILIDADE PENAL SUPERVENIENTE

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça em Minas Gerais

## 1 INTRODUÇÃO

Razões de ordem prática costumam, não raro, ditar a necessidade de o Juízo da Infância e da Juventude exonerar-se do dever legal de persistir no acompanhamento de ex-adolescentes em conflito com a lei, cuja máquina judiciária muitas vezes passa a ser movimentada sem qualquer utilidade, a não ser meramente *pro forma*.

Refere-se aqui mais especialmente às situações em que o então adolescente, ao se tornar imputável por ocasião do cumprimento da liberdade assistida, por exemplo, passe a cometer crimes, inclusive com a possibilidade da decretação de sua prisão preventiva.

A rigor, os tribunais e a doutrina pátrios têm ensinado que o simples fato de o autor do ato infracional se tornar imputável não constitui motivo legítimo para a extinção da medida socioeducativa, mormente à luz do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante disso, tem sido usual a concessão de remissão ulterior com vistas à extinção do processo de execução da correspondente medida socioeducativa, o que, aparentemente, encontra óbice no art. 188,<sup>1</sup> parte final, da referida Lei. A solução, então, há de ser buscada na aplicação **analógica** da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.<sup>2</sup>

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

A imposição de medida pedagógica/socioeducativa ou “protetiva” em relação a representado que tenha se tornado imputável se afigura, em certo sentido, inócua, porquanto a hipótese não mais estará a envolver a apreciação da condição peculiar de adolescente como pessoa em desenvolvimento. Isto constitui um dos fatores justificadores da imposição da medida socioeducativa, e não o seu caráter “retributivo” ou sancionatório, como querem alguns; tanto assim que o art. 121, “caput”, do Estatuto da Criança e do Adolescente condicionou que a opção judicial pela medida mais grave – a de internação –, leve em conta

1 Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

2 Súmula 611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. Em DJUSTF DE 29/10/1984.

justamente o princípio da brevidade e da excepcionalidade da medida, o que não se coaduna com a idéia de retributividade.

Ademais, não é sem razão que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.069, de 1990 prescreve que somente nos casos expressos em lei, aplica-se **excepcionalmente** o Estatuto da Criança e do Adolescente a pessoas com idade superior a dezoito anos, e até vinte e um anos, no máximo.

A propósito, um desses casos se refere à possibilidade de aplicação, em caráter **excepcional**, da medida de internação até a idade de 21 anos, ficando implícito, porém, no § 5º do art. 121 do ECA<sup>3</sup>, a noção de que o autor do ato infracional esteja em cumprimento da medida privativa de liberdade no momento do advento da imputabilidade, sendo então posto em liberdade compulsoriamente nessa idade-limite. Tal situação, portanto, é diversa daquela em que o representado esteja cumprindo a medida em meio aberto e porventura tenha que retornar a um centro de internação, por causa do descumprimento reiterado e injustificável da liberdade assistida, à guisa de ilustração.

Não bastasse isso, a “regressão” da medida de meio aberto para a de internação, dentre outros aspectos negativos que daí podem surgir, importará o comprometimento inexorável do trabalho pedagógico e psicoterápico de ressocialização dos adolescentes em cumprimento da medida privativa de liberdade, os quais passarão a conviver com agentes maiores, normalmente de intensa periculosidade e sem perspectivas de recuperação moral; estes últimos, portanto, agirão no sentido de corromper os seus colegas de alojamento.

É que, normalmente, não há espaço físico adequado para a necessária separação entre adolescentes e ex-adolescentes autores de atos infracionais, e bem assim em razão da natureza do ato cometido.

De mais a mais, o então adolescente que passe a cometer crimes, especialmente infrações penais graves, naturalmente estará sujeito à constrição de sua liberdade de maneira mais vigorosa, havendo assim manifesta incompatibilidade fática entre as medidas do Juízo da Infância e da Juventude e as do Juízo Criminal.

Alie-se a isso o fato de que a medida socioeducativa de internação, por força de lei, deve ser aplicada apenas em caráter excepcional e sob os auspícios da brevidade, diferentemente do que ocorre na esfera criminal, cujos princípios legais são obviamente outros. Sem contar a existência do princípio jurídico, segundo o qual, no concurso de infrações/sanções mais leves com infrações/sanções mais graves, estas últimas absorverão aquelas, de regra.

Deve-se considerar ainda que os estabelecimentos destinados ao cumprimento da medida de internação caracterizam-se, normalmente, pela precariedade de seu espaço físico, bem como em termos de recursos humanos e do efetivo cumprimento da proposta pedagógica, não bastassem as freqüentes superlotações em muitos deles. Isto faz com que somente em situações muito excepcionais a internação possa ser aplicada na prática, mesmo que haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta em relação a agentes inimputáveis.

Noutros termos, a realidade administrativa vigente em nosso País tem determinado a prioridade da aplicação da medida privativa de liberdade em relação a jovens cuja “personalidade ainda não tenha sido formada totalmente”, de tal sorte que a extinção da execução de medidas socioeducativas em relação a ex-adolescentes tem o condão de impedir que o Judiciário seja desafiado a “regredir” medida de meio aberto, sem a menor condição material de fazê-lo efetivamente.

---

3 ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 1990.

Ora, a falsa expectativa gerada no meio social quanto à aplicação da medida mais grave acaba ensejando o recrudescimento do sentimento de impunidade, desmoralizando assim todo o sistema de justiça e/ou de segurança pública.

Por outro lado, conforme sublinhado anteriormente, o parágrafo único do art. 2º, bem como o art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente desautorizam, “a contrario sensu”, que haja a extinção da medida socioeducativa pelo simples fato de o autor do ato infracional ter se tornado imputável.

A remissão, por sua vez, segundo o texto legal, poderá ser concedida, de regra – repita-se, enquanto não houver nos autos sentença determinando a extinção ou a suspensão do processo; neste último caso, para o cumprimento da medida socioeducativa imposta pelo Juízo (art. 188 do ECA).

Com efeito, a opção vislumbrada neste trabalho, e levando-se em conta que já haja nos autos sentença judicial impondo o cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto, consiste, pois, na aplicação **analógica** do enunciado da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, o qual admite que na fase de execução da pena haja a aplicação de lei mais benigna, superveniente. E se trata de aplicação analógica, justamente porque presentemente, em lugar de pena, tem-se uma medida socioeducativa.

O raciocínio é bastante simples, ou seja, a remissão ulterior extintiva do feito, ditada por fatos supervenientes, dentre os quais, o advento da imputabilidade penal e a manifesta falta de utilidade do acompanhamento judicial do representado, passa a ter feição de lei nova, sobretudo se for considerado que ela, efetivamente, será mais benéfica ao autor do ato infracional.

A rigor, da mesma forma que a lei nova, a remissão em causa estará fundamentada em necessidades sociais relevantes, sobrevindas à situação até então vigente.

Finalmente, o enunciado da citada Súmula 611 fala em “lei nova”, considerada, assim, capaz de rescindir decisão judicial pretérita com trânsito em julgado. A remissão ulterior, diante do disposto no art. 468<sup>4</sup> do Código de Processo Civil, subsidiariamente, “tem força de lei” *nova*.

### 3 CONCLUSÃO

Não obstante os ditames do art. 188, parte final, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível a concessão de remissão ulterior, para fins de extinção do processo de execução de medida socioeducativa, quando isso se afigurar recomendável na situação concreta.

---

4 Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.



VII CONGRESSO ESTADUAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

21 A 23 DE MARÇO DE 2007 - TIRADENTES/MG

*Comissão temática II*  
**DIREITO PÚBLICO**

# ***A EXIGÊNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL A LONGO PRAZO COMO ALTERNATIVA***

---

**CALIXTO OLIVEIRA SOUZA**

Promotor de Justiça em Divinópolis/MG

## **1 INTRODUÇÃO**

Fiel ao tema central do VII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, o presente trabalho ousa abordar um dos maiores desafios apresentados aos Ministérios Públicos de todo o País. Diante do evidente descumprimento da Lei de Execução Penal, negligenciada desde o início de sua vigência, vem propor uma tomada de decisão no sentido de se buscar a aplicação da Lei n. 7.210/84, não obstante as conhecidas dificuldades e resistências.

A execução penal é sempre tema dos mais espinhosos, em face das polêmicas que suscita, principalmente diante da atual necessidade da escolha entre o cumprimento das penas de prisão legalmente impostas e a aplicação da Lei de Execução Penal, irmã gêmea da Lei que alterou o Código Repressivo atual em 1984.

Vemo-nos, assim, diante da necessidade de prevenir e de punir, através da aplicação das leis penais, mas cientes de que uma dessas leis está sendo insistentemente descumprida.

O que se pretende aqui é chamar a atenção para a inobservância de uma lei federal, de capital importância, intimamente ligada à tão evidente questão da violência em nosso País, embora ousando contrariar aqueles que ainda preferem se manter indiferentes às determinações da Lei n. 7.210/84, jamais aplicadas desde sua entrada em vigor, no já longínquo ano de 1985.

## **2 A PENA DE PRISÃO AINDA REINA**

É frustrante saber que apesar de toda a tecnologia e o conhecimento disponíveis no Século XXI, a prisão, lamentavelmente, é ainda o que temos a oferecer para dissuadir, punir e educar os criminosos, ressaltando que as penas alternativas têm como sustentáculo a possibilidade da aplicação da pena de prisão (a exceção fica a cargo da pena de multa). Não se pensou ainda em algo novo, melhor, mais eficaz e capaz de melhores resultados.

Creemos ser consenso que à exceção de pequenas comarcas, onde são poucos e conhecidos os presos, o que impera é um sistema falido, arcaico, no qual os condenados, despidos de sua individualidade, são tratados como seres inferiores, infantilizados e rotulados como irrecuperáveis e desprovidos de qualidades suficientes para sua reinserção no meio social. O condenado, ao contrário de um dos objetivos da pena, se deteriora, tornando-se em regra pior do que era quando iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade.

### 3 UMA LEI EM VIGOR E AINDA NÃO APLICADA

Por outro lado, há de se ter em mente que a pena de prisão, que é onde deságua o sistema punitivo atual, não foi ainda devidamente testada, pelo menos em nosso País. A afirmativa parece a princípio despropositada, mas basta uma leitura perfunctória da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) para se concluir que o que ela determina não é cumprido.

A Exposição de Motivos da LEP é repleta de boas idéias. É dito ali que um dos objetivos da pena é a “reincorporação do autor à comunidade” (item 14). A Lei tem por objetivo, segundo a Exposição de Motivos, “impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do direito penal” (item 19). Fala-se ali em “exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal” (27), chegando a distinguir entre exame criminológico e de personalidade, considerando ambos obrigatórios (34). O trabalho é obrigatório (49 a 62); ademais, traz benefícios para o preso, como uma pequena renda e a remição. Os presos, ao contrário do que pensa a população, querem trabalhar na prisão; e, por mais inacreditável que possa parecer, o Estado, que também se beneficiaria do trabalho do condenado (art. 29, § 1º, da LEP), não dá condições para isso.

Os direitos descritos na LEP, principalmente no item 75 da Exposição de Motivos, são básicos, porém ignorados. A Seção VIII da LEP (arts. 25 a 27), que prevê a assistência ao egresso, determinação simples e não muito custosa, não existe de fato. A medida poderia evitar novos crimes, cujos custos para a sociedade são muito superiores ao da assistência ao egresso. Segue sendo considerada utópica.

#### 3.1 A Lei de Execução Penal não é opcional

Verifica-se facilmente na prática forense o rigor de interpretação que é dado ao Código Penal e às demais leis penais, mantendo-se um cuidado cirúrgico na elaboração da denúncia, da queixa, das alegações finais e da sentença, além das razões de recurso e dos acórdãos, sempre com a finalidade de se adequar rigorosamente a capitulação penal e as determinações contidas na parte geral do Código Penal ao caso concreto. As qualificadoras, as circunstâncias judiciais, as agravantes, as atenuantes, as causas de aumento ou de diminuição de pena, são todas analisadas à exaustão para se chegar à decisão definitiva. As peças processuais seguem fielmente o que determina a lei, chegando-se à decisão considerada justa.

Passa-se, então, à execução da pena. Cessa, nesse momento, o cuidado com cada artigo da Lei, passando-se a uma aplicação precária e com ares de provisória da Lei que regula a execução penal. De modo geral, restringe-se a execução à segregação dos condenados, dando-lhes o mínimo para viver, e à análise dos pedidos dos próprios sentenciados de progressão de regime, saída temporária e livramento condicional. O que falta aos condenados não é supérfluo; falta-lhes simplesmente um rol de direitos e até mesmo de deveres previstos em Lei, nada mais. Enquanto os mais básicos direitos não são observados, como se pode ver facilmente diante das celas superlotadas, são dados outros aos presos, não previstos em lei, a exemplo das visitas íntimas, que acabam funcionando como uma espécie de compensação.

### 4 O COMBATE AO DESINTERESSE GERADO PELA FRUSTRAÇÃO

Não se está tratando aqui de um sonho, de uma idéia ou de um desejo. O que está sendo posto sob holofotes é o reiterado descumprimento de uma Lei Federal umbilicalmente ligada ao Código Penal e que regula a execução da pena. Não se concebe, no mundo jurídico,

sentença sem execução; inaceitável, da mesma forma, a execução de forma simplória, sem observância da decisão e da Lei. No caso sob estudo, simplifica-se a decisão, aplicando-se a sentença parcialmente, assim como observando-se apenas parcialmente a Lei que dita regras rígidas e claras para o cumprimento dessa decisão. Nada há, todavia, que torne materialmente impossível a aplicação da Lei n. 7.210/84. Necessária, no entanto, a quebra do preconceito contra o condenado, gerado pelos casos rumorosos de indivíduos notoriamente irrecuperáveis e pela reincidência gerada pelo próprio encarceramento inadequado e totalmente alheio às normas técnicas e às garantias previstas na Lei cuja aplicação aqui se almeja. Esse rompimento com o preconceito somente poderá acontecer após o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal; a experiência poderá contribuir para a obtenção de pelo menos parte dos resultados imaginados pelo legislador de 1984, diminuindo a frustração dos responsáveis pela execução penal e despertando o interesse pela aplicação da Lei, criando um círculo virtuoso.

## 5 A FORÇA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Falou-se aqui em leis gêmeas. Para dar vigência a uma delas, que normatiza a execução do que foi decidido com base na outra, é necessária uma terceira, quase gêmea, e que entrou em vigor no mesmo ano de ambas: a Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, a ser aplicada na defesa de interesse difuso ou coletivo (artigo 1º, inciso IV). Ora, a execução penal constitui não apenas interesse coletivo, mas interesse difuso; não apenas interesse dos condenados, mas de toda a sociedade.

Cabe ao Ministério Público velar, portanto, pela correta aplicação da Lei de Execução Penal, por dever constitucional e por imposição do Código de Processo Penal, valendo-se da legitimação dada pela Lei da Ação Civil Pública.

O artigo 127 da Constituição Federal dá ao Ministério Público a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 257, confere ao Ministério Público o poder e a obrigação de promover e fiscalizar a aplicação da Lei.

A Lei n. 7.347/85, na mesma esteira, em seu artigo 5º, legitima o Ministério Público para a ação civil pública.

Compete ao Parquet, destarte, cumprir sua vocação histórica e constitucional, pondo em prática os meios de que dispõe para exigir o cumprimento da Lei de Execução Penal, sem hesitar diante da grandeza do desafio.

### 5.1 O cumprimento da Lei pode ser exigido em parcelas

Foi observado acima que a Lei de Execução Penal entrou em vigor em 1985 e até meados da primeira década do Século XXI somente foi cumprida uma pequena parte de suas determinações. Trata-se de uma lei de difícil aplicação, por ter custo elevado no que se refere a suas exigências materiais e por cuidarem estas de condenados a penas de prisão; seus resultados, lamentavelmente, somente poderão vir a ser colhidos a médio ou longo prazo, desestimulando aqueles que consideram haver outras prioridades, não obstante o fato de que progressos na área de segurança constituam atualmente um dos maiores anseios da população.

A realidade, *in casu*, deve ser reconhecida, devendo os órgãos ministeriais responsáveis pela exigência da aplicação da Lei de Execução Penal terem consciência de que nada obterão se pleitearem o cumprimento imediato de um diploma legal que vem sendo olvidado há mais de vinte anos. Os resultados poderão ser conseguidos paulatinamente, sem onerar excessivamente

o Estado, criando uma despesa imediata que acabaria por inviabilizar o objetivo. A solução para o impasse existente há tantos anos, que contrapõe a aplicação da Lei n. 7.210/84 à sempre alegada falta de verbas, seria o escalonamento das exigências. Diante dos pedidos de interdição de cadeias públicas a que atualmente assistimos em várias Comarcas e do caos permanente na Execução Penal, não é excessivamente grande a espera por soluções definitivas em longo prazo. Podem-se pleitear obras físicas e contratação de pessoal especializado em parcelas, que poderiam resultar no cumprimento total da LEP no prazo de vinte anos. Parece muito, mas se a estratégia aqui proposta houvesse sido iniciada em 1985, esses vinte anos já haveriam se passado.

### 5.1.2 Medidas que podem ser tomadas

Deixando de lado o desejo de obter o cumprimento imediato de uma lei há anos negligenciada, pode-se iniciar pela propositura de ação civil pública contra o Estado para a concessão ao egresso de seus direitos, o que poderia evitar crimes contra o patrimônio por absoluta falta de recursos, a construção de uma casa do albergado simples, que evite o contato entre presos em regimes diferentes ou a prática de condenados em regime aberto pernoitando em suas próprias casas, a oferta de trabalho intramuros, para que os condenados tenham uma fonte de renda e também para que custeiem parte de suas despesas, a separação dos condenados por periculosidade e antecedentes etc. A lista é grande e deverá ser elaborada pelo órgão de execução, a seu critério e de acordo com a realidade de sua Comarca. O objetivo é fazer com que a cada período planejado a execução se aproxime um pouco mais do que determina a Lei n. 7.210/84.

## 6 CONCLUSÃO

Cabe ao Ministério Público o dever constitucional e legal de manejar a ação civil pública para exigir do Estado o cumprimento da Lei de Execução Penal, ainda que de forma escalonada e a médio ou longo prazo, aumentando as possibilidades de bons resultados na área de segurança pública com o devido cumprimento da pena imposta no processo penal.

# CONTRATAÇÕES ILEGAIS DE SERVIÇOS JURÍDICOS POR ADMINISTRADORES PÚBLICOS MUNICIPAIS

CRISTIANO CASSIOLATO

Promotor de Justiça em Carmo do Rio Claro/MG

## 1 INTRODUÇÃO

Em tema de *realidades e desafios* para o Ministério Público, desponta diariamente a importância da fiscalização em torno dos gastos públicos mormente aqueles relacionados às administrações municipais, Prefeituras e Câmaras, contrastados com a Constituição da República, a Lei de Licitações e tantos outros diplomas legais.

Por força ou não de Planos Gerais de Atuação – PGA's – com os quais ainda estamos nos familiarizando, fato é que vez ou outra os Promotores de Justiça com atribuição na defesa do patrimônio público são provocados, dada a legitimidade ostentada nos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, pela Administração Superior do Ministério Público à instauração de investigações voltadas ao acompanhamento de aquisições de bens e serviços; muito embora a comunidade invariavelmente esteja presente às Promotorias de Justiça noticiando os mais variados fatos relacionados ao tema.

Nessas apurações passou a despertar interesse as constantes contratações de serviços jurídicos tanto por Prefeituras quanto por Câmaras Municipais com inexigibilidade de licitação, muito embora dispusessem de corpo jurídico próprio, ditas Procuradorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas. Chamou atenção os vultosos valores pagos por tais serviços, a natureza hodierna dos trabalhos, a continuidade no vínculo com as administrações e a incrível coincidência entre as pessoas físicas e jurídicas contratadas, a maioria relacionada a serviços particulares ou de campanha política aos detentores do Poder que os contratavam.

Invariavelmente, a conclusão que se obtém com o estudo dos contratos e dos fundamentos para a inexigibilidade de licitação é a de que as administrações estão constantemente contratando, e pagando caro, por assessorias e trabalhos jurídicos que são próprios de suas Procuradorias. São serviços rotineiros desprovidos de excepcional complexidade e prestados por profissionais que se distinguem pela ausência de notória especialização ou notória especialização para desenvolvimento de trabalhos que não a requerem.

Então, sob o pretexto do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93<sup>1</sup> as Prefeituras e Câmaras Municipais contratam prescindindo de licitação empresas ou profissionais sem notória especia-

1 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

lização ou não sendo esta exigida para prestação de serviços jurídicos que não são singulares, o que conduz à frustração da regra geral de licitação, leva à prática de atos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e muitas vezes dissimula verdadeiro crime de lavagem de dinheiro.

Propõe-se, com o presente trabalho acalorar as discussões acerca dessas ocorrências e despertar atenção para a importância do aprofundamento da análise pelo Ministério Público sobre os gastos que cercam referidas contratações.

## 2 SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS E LICITAÇÃO

O art. 13 da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre os serviços técnicos profissionais. De interesse para o presente estudo, encontram-se os *pareceres* (inciso II); *assessorias ou consultorias técnicas* (inciso III) e o *patrocínio e a defesa de causas judiciais ou administrativas* (inciso V), atividades essas mais frequentemente desenvolvidas pelos advogados ou escritórios contratados pela administração pública.

O art. 37, XXI, da Constituição da República estabelece que, “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”. Assim, a contratação do gênero serviço, cuja espécie em análise é a jurídica, dito *técnico-profissional*, deve necessariamente ser precedida de licitação sempre que não se enquadre nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade tratadas como exceção nos artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93.

No primeiro caso, impera o objetivismo, isto é, situações pré-determinadas que possibilitem ao administrador prescindir do certame, como no caso de contratações que não excedam determinado valor (inciso II), guerra ou grave perturbação da ordem (inciso III) ou mesmo nos casos de emergência ou calamidade pública (inciso IV), dentre outros.

As situações de dispensa não são objeto deste trabalho na medida em que se baseiam em situações de cunho bem delimitado e que são demonstradas por meios cabais ou que têm por base acontecimentos plenamente capazes de justificá-las. Evidentemente que de abusos e ilegalidades não estarão isentas e, se assim for, merecedoras de toda atenção necessária.

Quanto às hipóteses de inexigibilidade de que cuida o art. 25 a situação é bem diferente. Aqui, ressalvado o inciso I, impera o subjetivismo como de plano se constata da redação de seu inciso II, ponto crucial deste estudo, ao tornar inexigível a licitação “*para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização*”.

É exatamente neste dispositivo em que se fundamentam os administradores públicos para toda e qualquer contratação de serviços jurídicos em tema de inexigibilidade. De qualquer forma, as hipóteses permissivas da contratação direta previstas em lei são as exceções e como tais, por princípio básico de hermenêutica, devem receber tratamento restritivo. Nesse sentido, Adilson de Abreu Dallari:

“É um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer que a regra geral é a exigibilidade, e que a exceção é a dispensa. A legislação vigente cuida, em artigos separados, da dispensa e da inexigibilidade. Os casos de inexigibilidade são aqueles onde, logicamente, não exis-

te possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles onde, havendo possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza uma discriminação.”<sup>2</sup>

Mas, conforme se exporá, não é porque o serviço prestado pelo advogado é de natureza técnica que automaticamente estará franqueada a inexigibilidade de licitação. O que se tem, na prática, é verdadeira distorção do permissivo para encampar as hipóteses mais corriqueiras que não se confundem com a exceção, tornada regra, onde residem as irregularidades e as suspeitas acerca do favorecimento de profissionais e empresas próximas aos administradores.

## 2.1 Inexigibilidade de licitação: inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93

A redação do supracitado artigo 25, inciso II da Lei de Licitações, assevera dois requisitos para que se prescindia do certame: natureza *singular* dos serviços contratados e *notória especialização* do prestador.

### 2.1.1 Singularidade do objeto contratado

Singular<sup>3</sup> para os fins da exceção à licitação é o trabalho de excepcional complexidade e que pela própria natureza conte com exclusivo ou restrito número de profissionais capacitados, ou, como preferem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves,<sup>4</sup> “entende-se por serviço de natureza singular aquele que, em razão de sua complexidade, exija habilidade ou criatividade que ultrapasse aquela ordinariamente empregada. Enfim, singular é aquilo que pressuponha o emprego de técnicas outras que não aquelas utilizadas na generalidade dos casos.”

Então, para que a licitação se torne inexigível o objeto deve ser de natureza tão incomum que a competição reste infrutífera ou mesmo inviável. É a opinião de Adilson Abreu Dallari<sup>5</sup>

“Dada sua importância, cabe aqui uma palavra adicional sobre a contratação de serviços técnicos especializados, para esclarecer que, neste caso, a realização do certame licitatório deve ser a regra e sua dispensa a exceção. Isto é, não basta que um serviço seja técnico e especializado para que, automaticamente, ocorra a impossibilidade material de licitar.

2 MARQUES, Sílvio Antônio. Apud Ação civil pública contra José Roberto Medeiros da Rosa e outros. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: [www.mp.sp.gov.br/escolasuperior/Acao\\_Honorarios.htm](http://www.mp.sp.gov.br/escolasuperior/Acao_Honorarios.htm)). Acesso em: 10-3-2003.

3 [Do lat. *singulare*.]

Adj. 2 g.

1. Pertencente ou relativo a um; único, particular, individual.

2. Que não é vulgar; especial, raro, extraordinário: 2 &

3. Diferente, distinto, notável.

4. Excêntrico, extravagante, esquisito, bizarro.

5. E. Ling. Diz-se do número (11) que indica apenas um ser.

6. Lóg. Que se aplica a um só sujeito. [Cf., nesta acepç., particular (6).]

7. Lóg. Que convém a um só dos indivíduos da espécie.

Cf. dicionário Aurélio Século XXI, edição eletrônica.

4 *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2006. p. 361.

5 *Ibidem*.

Nem todo serviço técnico especializado enseja a pura e simples dispensa de licitação. Existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente. A dispensa de licitação somente pode ocorrer quando um serviço técnico se tornar singular, ou seja, quando o fator determinante da contratação for o seu executante, isto é, quando não for indiferente ou irrelevante a pessoa, o grupo de pessoas ou a empresa executante.”

Daí que a singularidade de que cuida a norma deve ser interpretada como restritiva à prestação do serviço pela grande maioria dos profissionais pertinentes ao ramo exatamente pela altíssima complexidade, o que inviabilizaria, assim, qualquer competição e enseja, por isso mesmo, sua inexigência.

### 2.1.2 Notória especialização do contratado frente à singularidade do serviço

A par do objeto *singular*, deve-se demonstrar de plano que o profissional estará altamente capacitado para prestá-lo, ao que se denominou de *notória especialização*.

Conforme José Cretella Júnior<sup>6</sup>

“notoriedade não se confunde com habilitação profissional. Esta é autorização legal obtida por pessoas físicas ou jurídicas para o exercício profissional; aquela é o reconhecimento público e generalizado da alta capacidade técnica no desempenho da profissão e, em particular, da especialidade. Todo profissional dispõe de habilitação de sua atividade, mas nem todos têm notoriedade na profissão.”

Trata-se da demonstração do sobressalto técnico-profissional que capacite o interessado à prestação de serviços *singulares* extraído da literalidade do art. 25, §1º, da Lei n. 8.666/93:

“Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Dessa forma, justificar-se-ia a inexigibilidade quando o serviço tido por *singular* só pudesse ser prestado por profissionais de *notória especialização*, ou seja, a concorrência seria despicienda porque somente seletíssimo grupo profissional reuniria condições de exercer o serviço incomum.

## 2.2 Indevida extensão do permissivo

Conforme ressaltado, as administrações municipais vêm se pautando por modelos ilegais na inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados e escritórios. Isso se deve à

---

6 *Das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 245.

banalização do conceito de *singularidade* e à ausência de parâmetros para aferição da *notória especialização*.

De outro lado, também ilegalmente vêm pagando a peso de ouro outros profissionais que são notoriamente especializados para a prestação de serviços corriqueiros, medíocres, que cabem na verdade a servidores que, conquanto técnicos, são de hierarquia inferior na estrutura administrativa contratante e, pois, poderiam ser prestados a custo bastante reduzidos. A título de ilustração, apurou-se na comarca de Carmo do Rio Claro contratação pelo período de 12 meses com prescindibilidade de licitação de determinado escritório de advocacia ao custo de R\$ 4.500,00 mensais, além de indenização por quilômetro rodado, diárias de viagem e outras despesas para prestação de serviços de assessoria hodierna, ao passo que nos quadros da Prefeitura a remuneração de assessor jurídico para o exercício das mesmas funções era de R\$ 1.295,79 mensais.<sup>7</sup>

Referidas contratações, como no exemplo acima, fazem às vezes de assessores jurídicos, procuradores municipais ou assemelhados, mas com pagamentos que extrapolam, e muito, aquilo que seria devido caso os contratados fossem chamados a integrar os quadros da administração. Isso resulta, inegavelmente, na frustração à licitação:

“No que concerne à inexigibilidade, a sua razão de ser é evitar a infrutífera e dispendiosa realização de um procedimento licitatório nos casos em que, a priori, seja divisada a inviabilidade de competição, tal ocorre no elenco exemplificativo do art. 25 da Lei de Licitações. A inexigibilidade será ilegal, dentre outras hipóteses, quando o administrador realizar a contratação direta de serviços que não sejam técnicos e especializados, ou mesmo que o sejam, que não tenham natureza singular, estando ausente a inconveniência da licitação e a necessidade técnica da administração em contratá-los, afrontando o art. 25, II, da Lei n. 8.666/93 (ex.: contratação de renomado advogado para ajuizamento de execuções fiscais; de consagrado engenheiro para construção de prédio básico da estrutura administrativa etc.).”<sup>8</sup>

Essa ocorrência pode ser observada na maioria das Prefeituras e Câmaras Municipais. Serviços afetos à assessoria jurídica ou à procuradoria jurídica do ente estão entregues a profissionais ou escritórios contratados com inexigibilidade de licitação, mas que quase sempre se relacionaram ou se relacionam política ou pessoalmente com o administrador. Referidos profissionais poderiam perfeitamente integrar os cargos existentes na estrutura dessas administrações, ainda mais em se considerando que a maioria deles é de provimento amplo, mas são brindados com contratos ensejando remuneração infinitamente maior para prestar serviços idênticos àqueles que prestariam se engajados na estrutura administrativa.

Da mesma forma, Waldo Fazzio Júnior<sup>9</sup> reportando-se à Apelação de n. 147.807-1/0 e aos Embargos Infringentes de n. 121.513-1 apreciados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao dispor acerca inexigibilidade de licitação que tem cabimento apenas quando da necessidade de serviços altamente especializados que só podem ser prestados por determinados profissionais, o que não se confunde com seu emprego em situações corriqueiras:

7 *Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa*. Auto do Processo n. 014403001745-9.

8 GARCIA, Emerson. PACHECO ALVES, Rogério. *Op. cit.*, p. 360-361.

9 *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 150.

“Não basta a existência de profissional de notória especialização para afastar-se o processo licitatório. É preciso demonstrar, ainda, a presença da necessidade técnica da administração contratar os serviços, tendo em vista a natureza do objeto pretendido. Se, ao contrário, dor demonstrada a desnecessidade, não se pode aceitar a contratação, com dispensa do processo licitatório, por mais especializado que seja o profissional.

Da mesma forma, não é suficiente que, subjetivamente, a empresa contratada seja apta, preparada tecnicamente e especializada nos serviços que presta. É absolutamente imprescindível para a satisfação da exigência legal de dispensa de licitação que a Administração Pública tenha necessidade daquela especialidade.”

Pior é que muitas vezes além da contratação divorciada dos requisitos legais, há ainda provimento de cargos na procuradoria ou assessoria jurídica pelos simpatizantes da administração persistindo o administrador, contudo, nas contratações que prescindiram de licitação. Primeiro distribui cargos aos correligionários, depois passa a privilegiar determinados profissionais ou empresas com os referidos contratos chegando ao paradoxo de que os ocupantes daqueles cargos de assessoria e procuradoria não seriam os mais preparados, tornando o serviço ineficiente em descumprimento ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, tanto que realizadas ditas contratações para as mesmas funções.

Essa prática é de conhecimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais e por ele condenada. Em consulta de n. 652069 formulada pelo Município de São Sebastião do Paraíso, na sessão do dia 12/12/01, tendo como Relator o Eminentíssimo Conselheiro Elmo Braz, respondeu-se às indagações do consulente quanto à aplicação do disposto nos artigos 13 e 25, II, da Lei de Licitações para a hipótese em tela:

“1a. Questão: Os serviços técnicos profissionais especializados, relacionados no art. 13 da Lei n. 8.666/93 justificam, automaticamente, a inexigibilidade da licitação? Não, porque inexigibilidade da licitação fundamenta-se na premissa de inviabilidade da competição, seja porque só um agente é capaz de realizar os serviços pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça a administração. Além do que, para ocorrer a inexigibilidade prevista no mencionado art. 25, na contratação de serviços técnicos, relacionados no art. 13, além da inviabilidade da competição, premissa fundamental, impõe-se, ainda, que o serviço apresente singularidade, que seja realizado por empresa ou profissional de notória especialização e que não se trate de serviços de publicidade e divulgação. Desta feita, se houver possibilidade de competição, ou seja, se existir mais de uma pessoa ou empresa que possa realizar os serviços deverá haver o procedimento licitatório.

.....  
3a. Questão: A confiança da Administração pode ser admitida como critério de inexigibilidade?

Não. O art. 25 da Lei n. 8.666/93 dispõe que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Assim, a confiança do administrador em relação ao contratado para realização de um serviço não pode ser usada como critério para fundamentar a inexigibilidade da licitação. Cabe ao administrador definir os aspectos da contratação exclusivamente à luz do interesse público justificado sob os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade. Deve-se lembrar que o interesse público não admite preferências pessoais.”

Note-se, ademais, que o parecer do Tribunal de Contas à consulta formulada (art. 13, X, da Lei Complementar Estadual n. 33/94) tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese levantada (parágrafo único) consubstanciando, pois, o pensamento da Corte notadamente acerca do item que integrará a prestação de contas afeta a esta Administração.

Constata-se ainda que os critérios pessoais do administrador não devem ser levado em conta para fins de aplicação do disposto no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, nos exatos termos da resposta dada à consulta acima, uma vez que não deve ficar a seu alvedrio único e exclusivo a manutenção de contratos com prestadores de ditos serviços.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já indeferiu a pretensão de prestação de serviços por escritório de advocacia ante a inexistência de demonstração que a procuradoria do órgão público interessado não seria capaz de desempenhar o mesmo serviço:

“RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SUPERINTENDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA (APPA) – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO – PRÉVIA AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL – INEXISTÊNCIA – 1. Direito líquido e certo é o que se manifesta de plano, através de prova pré-constituída repelindo a dilação probatória. 2. Ato governamental posterior não constitui prévia autorização à contratação de advogado sem a necessária licitação. 3. Por outro lado, não convencem os argumentos expendidos pelo recorrente quanto à singularidade dos serviços profissionais a serem executados, nem que não pudessem ser atendidos pelos integrantes do serviço jurídico da APPA. 4. Recurso ordinário improvido” (STJ – ROMS 5532 – PR – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 23.04.2001 – p. 00123).

### 3 TIPICIDADE

Visto que os serviços técnicos descritos pelo art. 13 da Lei n. 8.666/93 comportam inexigibilidade de licitação apenas e tão-somente nas hipóteses de *singularidade* e *notória especialização*, resta contemporizar acerca da tipicidade da conduta que culmina com a contratação em desacordo com esses requisitos.

#### 3.1 Crime

Tipifica como crime o art. 89 da Lei n. 8.666/93 a conduta de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.”

Trata-se da situação descrita nos itens anteriores, ou seja, quando o administrador deixa de observar os critérios de singularidade e notória especialização que devem ser cabalmente apurados em procedimento próprio de inexigibilidade. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n. 513747/MG, publicado no Diário de Justiça em 01/12/2003, p. 395, reformando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não atentou para o requisito da inviabilidade da competição a legitimar contratação direta decidiu:

“CRIMINAL. RESP. CRIME COMETIDO POR PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO MUNICÍPIO. INEXI-

GIBILIDADE DE LICITAÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. OMISSÃO NO JULGADO CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Ofende o art. 619 do Código de Processo Penal, o acórdão que, no julgamento dos embargos de declaração, se limita a transcrever a decisão embargada, deixando de analisar as teses lançadas pelo Ministério Público, para manter a rejeição da denúncia, com base na ausência de dolo na conduta do Prefeito acusado, porque o mesmo teria se valido de prévio processo de inexigibilidade de licitação.

II - A inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada, o que não ocorreu in casu.

III - Nulidade do acórdão recorrido, por apresentar relevante omissão, devendo ser devolvido ao Tribunal a quo, para que se proceda à apreciação das questões levantadas nos embargos de declaração.

IV - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator”

Ainda, especificamente quanto à ausência de demonstração acerca da inviabilidade da competição, o Superior Tribunal de Justiça, no último mês de dezembro/2006 igualmente reformatando Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (REsp 848549/MG RECURSO ESPECIAL 2006/0068990-2. Relator (a) Ministro Gilson Dipp. Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 07/12/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 05.02.2007 p. 363.) decidiu:

“CRIMINAL. RESP. CRIME COMETIDO POR PREFEITO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I. A inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada.

II. Os casos de inexigibilidade de licitação ocorrem quando não há qualquer possibilidade de competição, diante da existência de apenas um objeto ou pessoa capazes de atender às necessidades da Administração Pública.

III. Hipótese em que a Administração Pública, a pretexto de utilização do seu poder discricionário, contratou advogado sem procedimento licitatório, com base em sua “experiência profissional”, através da simples menção de que o causídico teve seu currículo aprovado pela comissão de licitação e pelo fato de que já prestara serviços a outras municipalidades.

IV. Não demonstrada a inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, e nem a licitude na utilização de serviço público.

V. Não obstante a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido da necessidade de verificação do dolo para o recebimento da inicial acusatória nos crimes de responsabilidade de prefeito municipal, no presente caso tal entendimento não se mostra aplicável, se a apontada ausência de dolo na conduta do Prefeito não veio acompanhada de fundamentação suficiente a respaldar tal conclusão.

VI. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.”

Nesse caso, a conduta do prefeito foi enquadrada no disposto pelo mencionado art. 89 da Lei n. 8.666/93 diante da imperfeição da redação contida no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/67: “são crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei.”

Note-se que em relação à *realização de serviços* – como os jurídicos abordados neste estudo – as elementares encerradas no tipo penal são “*sem concorrência ou coleta de preços*”, de modo que, por exemplo, em relação à exigibilidade de convite, mas sua não realização, os fatos seriam atípicos sob o prisma da citada norma especial pela simples ausência dessa elementar. Nesse sentido, Tito Costa:<sup>10</sup>

“Na análise do inc. XI do art. 1º. Do Dec.-lei 201/67, convém assinalar desde logo que o mesmo refere-se tão-somente a duas modalidades de licitação: a concorrência e a coleta de preços (deveria dizer tomada de preços, para usar a terminologia correta). É curioso observar-se o desajuste de linguagem usada por dois diplomas legais, da mesma época. O primeiro deles – o Dec.-lei 200/67 – alterando e modernizando os nomes das várias espécies de licitação; o segundo – o Dec. 201/67 – posterior, mantendo ainda uma denominação ultrapassada. Mas o Dec. -Lei 201/67, como lei penal especial, há de ser lido e interpretado rigorosamente de acordo com o que nele vem expressamente fixado, sob pena de ferir-se o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*. Assim, se o preceito legal não se refere ao convite, é evidente a conclusão segundo a qual o legislador não quis erigir à categoria de crime de responsabilidade a aquisição de bens, ou a realização de serviços e obras sem convite. Esta é a mais simples das três modalidades principais de licitação e se destinam às aquisições ou contratações de pequeno valor. Daí, por certo, a sua não inclusão no texto do inc. XI do art. 1º. Do Dec.-lei 201/67.”

Por óbvio, todavia, que o tipo genérico do art. 89 da Lei n. 8.666/93 subsidiariamente deve ser eleito em situações como essa a exemplo do caso concreto supra.

Haverá que se cogitar ainda de possível prática de crime de lavagem de dinheiro na forma do art. 1º, §2º, inciso I da Lei n. 9.613/98 em relação ao beneficiado com a prática, sem prejuízo de possível participação da autoridade responsável pela contratação, na medida em que as condutas acima descritas são voltadas contra o patrimônio público bastando, para a esta última tipificação, a utilização na atividade econômica ou financeira, dos bens, direitos ou valores que o autor sabe serem provenientes daquele crime anterior.

### 3.2 Improbidade administrativa

“A licitação justifica-se. Seu objeto é sua própria razão de existir, uma vez que consiste num conjunto de atos administrativos em seqüência dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública. Por

10 *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. São Paulo : RT, 1998. p. 83-84.

isso, revela-se fundamentalmente, como um certame competitivo afetado por uma finalidade pública.”<sup>11</sup>

Na seara cível pacífica é a ocorrência da improbidade administrativa pela expressa disposição do art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92 que tipifica a conduta de “*frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente*”, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, em dezembro de 2005 referida Corte apreciou questão envolvendo a contratação de advogado sem o necessário certame enfocando a improbidade administrativa, reafirmando o pensamento da corte acerca do tema seja quando os serviços técnicos se destinam a tarefas não singulares; seja quando a exigência não aponta para a inviabilidade da competição:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.
2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.
3. Recurso especial não-provido” (REsp 436869/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0054493-7. Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 06/12/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 01.02.2006 p. 477).

### 3.3 Rejeição da petição inicial nas ações de improbidade administrativa: descabimento frente à necessidade de aquilatação dos termos da contratação

Dispõem os §§ 7º e 8º do art. 17 da Lei n. 429/92:

“§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”

As alterações legislativas instituíram no processo civil fase de prelibação acerca dos termos e requisitos da petição inicial. Nesse momento, somente o convencimento acerca da

11 FÁZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.* p. 132.

*inexistência do ato*, da manifesta *improcedência da ação* ou da *inadequação da via* permitiriam a rejeição, de plano, da petição inicial.

Nessa esteira, questões de fundo, que se confundem em verdade com o mérito, devem ser resguardadas ao momento oportuno, isto é, para após a instauração da lide, verificação do contraditório realização da instrução.

Mas, lamentavelmente, em alguns juízos<sup>12</sup> tornou-se regra o indeferimento da petição inicial nas ações de improbidade administrativa promovidas pelo Ministério Público pelos mesmos fundamentos que as administrações municipais contratam advogados e escritórios com inexigibilidade de licitação: seriam serviços técnicos na esteira do art. 13 e o permissivo adviria do art. 25, II, da Lei de Licitações.

Entretanto, na esteira do princípio da *inafastabilidade da jurisdição* insculpido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República,<sup>13</sup> não é dado ao Poder Judiciário a superficial atenção ao tema, mormente em se considerando que, da mesma forma em que a inexigibilidade têm previsão legal, a ausência dos requisitos da *singularidade* do serviço e a *notória especialização* do profissional contratado leva à regra do certame e à tipicidade criminal e cível dos envolvidos.

De qualquer forma, o convencimento quanto ao acerto ou não da contratação não se afigura possível na estreita via do art. 18, §8º, da Lei n. 8.429/92. Primordial que se perquirir, investigue e instrua o processo com profunda análise acerca do tipo de serviço requisitado e das próprias qualidades de quem o presta.

Aliás, diariamente os integrantes do Poder Judiciário exercem essa mesma análise quando aplicam quanto ao labor do advogado nas mais variadas lides o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil,<sup>14</sup> apontando o grau de complexidade do serviço desempenhado, o tempo dedicado, etc. Destarte, se exercem jurisdição para aquilatar todo o trabalho desenvolvido pelos causídicos quando da aplicação dos ônus da sucumbência, com maior razão e zelo deveriam fazê-lo na apreciação das ações de improbidade administrativa acerca deste tema, ainda mais em se considerando que, ao contrário das lides particulares, aqui impera o interesse público manifestado pela lesão ao patrimônio público que é bem de natureza difusa.

Por conta disso, inconcebível que se negue a instauração da lide mediante invocação dos simplórios argumentos do serviço especializado e da previsão de inexigibilidade sem ao menos inteirar-se acerca do que realmente se contratou, se prestou e se o requeria este o aquele profissional quando, na realidade, somente a instrução seria capaz de fornecer juízo de valor

12 Exemplos são as reiteradas decisões da 3ª. Vara Cível da Comarca de Passos, como no caso da Ação Civil Pública autuado sob nº 479 06 118952-4.

13 A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

14 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

...

§ 3º. Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

...

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.

quanto ao acerto ou não na aplicação da regra de prescindibilidade do certame. É o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>15</sup>

“Ao aludir o §8º. à “rejeição da ação” pelo juiz quando convencido da “inexistência do ato de improbidade”, institui-se hipótese de julgamento antecipado da lide (julgamento de mérito), o que, a nosso juízo, até pelas razões acima expostas, só deve ocorrer quando ‘cabalmente demonstrada’, pela resposta do noticiado, a inexistência do fato ou a sua não-concorrência para o dano ao patrimônio público. Do contrário, se terá por ferido o direito à prova do alegado no curso do processo (art. 5º., LV), esvaziando-se, no plano fático, o direito constitucional de ação (art. 5º., XXXV) e impondo-se absolvição liminar sem processo. Relembre-se, mais uma vez, que o momento preambular, antecedente ao recebimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da ‘causa petendi’ exposta pelo autor em sua vestibular, servindo precipuamente, como já dito, como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias. Poderíamos afirmar, sem medo, que, tal como se verifica na seara processual penal, deve o Magistrado, neste momento, servir-se do princípio ‘in dubio pro societate’, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial.”

## 4 CONCLUSÃO

**4.1** É dever do Ministério Público investigar as circunstâncias e todos os termos em que ocorrem as contratações de serviços jurídicos pelas administrações municipais, Prefeituras e Câmaras, o que poderia ser incluído constantemente nos Planos Gerais de Atuação.

**4.2** Nessa análise, deve perquirir, dentre outros pontos, se a contratação foi precedida ou não de licitação.

**4.3** Em caso de inexigibilidade, devem ser contrastados o objeto e a qualificação do profissional ou empresa frente aos primados da *singularidade* e da *notoriedade*.

**4.4** Não se tratando ser serviço singular ou se as credenciais do contratado não acudirem ao objeto ou mesmo se a contratação for desnecessária face à hodiernidade, presentes atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública, além da prática de lavagem de dinheiro, como decorrência da indevida inexigibilidade de licitação.

**4.5** Em tema de ação de improbidade administrativa é descabido o indeferimento da inicial pela só alegação de que os fatos se encerram no permissivo do art. 25, II combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666/93 diante da imperiosa necessidade de se perquirir a fundo o tipo de serviço, sua necessidade e as credenciais de quem o prestará.

---

15 *Op. cit.*, p. 724-725.

# COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI: DA NECESSIDADE DE SE QUESITAR A TENTATIVA QUANDO O CONSELHO DE SENTENÇA NEGA O NEXO DE CAUSALIDADE EM JULGAMENTO DE HOMICÍDIO CONSUMADO

HERMAN LOTT

Promotor de Justiça

## JUSTIFICATIVA I

### a) Considerando:

1. que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVIII, “d”, assegurou à instituição do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

2. que a ausência de nexo causalidade entre conduta e resultado em nenhuma espécie de crime exclui a tentativa porque não afeta o elemento subjetivo (dolo) que, desde a maior aceitação da teoria de Welzel, é tido como integrante da conduta;

3. que “a tentativa é crime em si mesma, mas não constitui crime *sui generis*, com pena autônoma: é violação incompleta da mesma norma de que o crime consumado representa violação plena, e a sanção dessa norma, embora minorada, lhe é extensiva. Subjetivamente, não se distingue do crime consumado (isto é, não há elemento psíquico distintivo da tentativa, em cotejo com o crime consumado) e, objetivamente, *corresponde a um fragmento da conduta típica do crime* (g.n.) (faltando-lhe apenas o evento condicionante ou característico da consumação.)”<sup>1</sup>

4. Assim, a imputação de tentativa já está contida na peça acusatória, pois é evidente que quem está sendo acusado, por exemplo, de matar dolosamente está também sendo acusado de tentar matar pois, na consumação de um delito, ocorre mera consunção da fase tentada ou, na lição de Carrara: “...uma tentativa pode ser em si mesma um delito punível quando não foi seguida pela consumação, é certo que, quando esta a seguiu, todos os atos executivos que a prepararam e a facilitaram se compenetraram com o delito consumado, e permanece delito único.”<sup>2</sup>

5. que, no dizer de Saulo Brum Leal “...a desclassificação própria ocorre quando o júri afasta a figura penal acolhida na pronúncia e desclassifica para *outro tipo penal...*”<sup>3</sup>(g.n.);

6. que em qualquer Juízo, verificando-se, por qualquer razão, que o delito não se consumou a despeito de o agente haver visado o resultado com a prática de atos de execução, a única solução aceitável é a desclassificação para a forma tentada.<sup>4-5</sup>

1 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 1953, p. 74.

2 JESUS, Damásio E De. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo, 1991, Saraiva, p. 99.

3 LEAL, Saulo Brum. *Júri Popular*. Livraria do Advogado, 1992, p. 52.

4 Tome-se como exemplo um hipotético caso de tentativa de lesão corporal no qual o vizinho A, visando lesionar o vizinho B, arremessa uma pedra por sobre o muro que divide as duas moradas acreditando que atingirá B. B,

7. que ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, negado o nexo de causalidade entre conduta e resultado morte, é vedado concluir que ocorreu tentativa de homicídio em função da competência exclusiva do Júri;

8. que, no caso, negando-se também ao Conselho de Sentença a possibilidade de analisar o *conatus*, conforme sempre praticado no Tribunal do Júri, exclui-se da apreciação pelo Poder Judiciário possível lesão a direito, em evidente afronta ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal;

### b) Propõe

1. que, negado o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o resultado morte, antes de transferir-se a competência para o Juiz-Presidente, deve ser formulado quesito referente à tentativa, porque a análise do fato, por comportar ainda a possibilidade da tentativa de homicídio contra a vida, continua sendo de competência do Conselho de Sentença;

2. tal quesito pode ser assim redigido: “Agindo conforme afirmado no quesito 1º, o réu Fulano de tal deu início a um crime de homicídio que não se consumou (como resultado daquelas lesões) por circunstâncias alheias à sua vontade?”;

3. que, afirmado tal quesito pelo Conselho de Sentença, prossegue a votação dos demais quesitos formulados referentes às teses da Defesa, qualificadora e outras circunstâncias, dando-se por prejudicados os quesitos referentes a eventual tese de homicídio culposo;

4. que, negado tal quesito, ocorre a desclassificação própria, deslocando-se a competência para o Juiz-Presidente;

## JUSTIFICATIVA II

Tal solução:

– melhor se adapta à moderna concepção de ação, que reconhece como integrante da conduta o dolo;

– retrata mais fielmente a realidade forçando à análise de todas as possibilidades fáticas, afastando a praxe atual que suprime a análise da tentativa e provoca um hiato na aplicação da lei penal;

– pode ser mais favorável ao réu quando, por exemplo, na possibilidade de o Juiz-Presidente entender que o crime remanescente seria o de lesões corporais seguidas de morte,<sup>6</sup> cuja pena mínima cominada é superior à tentativa simples e se iguala à pena da tentativa qualificada.

---

percebendo tudo o que ocorreu, porém, sem ser atingido, auto lesiona-se e aciona a polícia, tornando-se o fato, depois de esgotadas todas as outras possibilidades processuais, objeto de ação penal na qual o juiz competente, através das provas periciais e testemunhais produzidas, verifica a ausência de nexo de causalidade entre a conduta de A e as lesões sofridas por B. Pergunta-se. Qual a única solução aceitável quanto à conduta de A? Por óbvio que a desclassificação para a forma tentada, acrescente-se, sem cogitar-se qualquer possibilidade de afronta ao Devido Processo Legal.

5 Sobre a admissibilidade de tentativa no crime de lesões corporais, ver HUNGRIA, Nelson, 1953, p. 86.

6 Conforme admitido pelo STF (Rhc 62.383-MG – Rel. Néri da Silveira – j. 23.10.84 – DJU 10,04.85, p. 5.455), FRANCO, Alberto Silva. *CPP e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, São Paulo, 1999, p. 2.500.

# DESCABIMENTO DO HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA PESSOA JURÍDICA

---

PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Procurador de Justiça

## 1 INTRODUÇÃO

O novo ambiente jurídico trazido pela vigente Constituição da República – em especial no seu artigo 225, §3º – possibilitou, entre nós, a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Não apenas as responsabilidades pessoais, subjetivas, de seus administrados por *condutas* ilícitas penais, mas, agora também, a responsabilidade do ente moral em razão de *atividade* delituosa.

Em sua missão de detahar o novo ambiente constitucional, o legislador ordinário editou a Lei n. 9.605/98 em que são estabelecidas as sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas em razão de atividades criminosas.

É óbvio – por incompatibilidade jurídico-natural – que a pena corporal não pode ser aplicada às pessoas jurídicas que infringem preceitos penais.

Por outra: dentre os entes que titularizam direitos e obrigações, somente podem ter sua liberdade ambulatorial cerceada ou ameaçada *as pessoas físicas*. Estas – e somente estas – que são protegidas pelo *Habeas Corpus*, remédio heróico com assento constitucional, assim balizado (art. 5º, LXVIII, CR/88):

“Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua *liberdade de locomoção*,<sup>1</sup> por ilegalidade ou abuso de poder” (grifei).

## 2 *HABEAS CORPUS* NÃO É PANACÉIA

A jurisprudência tem rechaçado o abuso do *HC* sempre que dele se pretende extrair uma panacéia destinada a sanar todos os males passíveis de acometer a ação, o processo ou o procedimento.

---

1 O sentido etimológico da palavra locomoção – leciona Heráclito Antônio Mossin – tal como quer a Carta Magna, “implica no ato de a pessoa deambular livremente, ou seja, ir, vir e ficar. Enfim, quer se trate de locomoção, quer se cuide de ir, vir e ficar, tanto uma como outra expressão traduzem o mesmo significado: liberdade física ou corpórea do indivíduo” (*Habeas Corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 7. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2005).

O Ministro Eros Grau, por exemplo, decidiu de modo paradigmático o RHC 85105 / PA:

“DECISÃO: Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC n. 33.951-PA, assim ementado: “PROCESSO PENAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SINDICÂNCIA. TRANCAMENTO. HABEAS CORPUS. DIREITO DE IR, VIR E FICAR. AMEAÇA. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. A sindicância é procedimento de natureza administrativa, sem qualquer conotação ou implicação penal que nenhum obstáculo impõe ao direito deambulatório do sindicato, de sorte que o pedido que busca trancar seu prosseguimento não logra amparo na via do habeas corpus. Precedentes do STJ. Writ não conhecido.” 2. As razões recursais visam, em síntese, sustentar o cabimento do habeas corpus para trancar sindicância administrativa. 3. O inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição do Brasil dispõe: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Vê-se logo que a tutela contra a ilegalidade e o abuso de poder está relacionada diretamente com o direito de ir e vir. Dar amplitude ao writ para trancar procedimento administrativo de sindicância, ao argumento de ilegalidade ou de abuso de poder, é desbordar da destinação constitucional desse precioso instrumento de proteção do direito de ir e vir. Aliás, esta Corte tem restringido o uso de habeas corpus quando evidenciada a ausência de violação ou ameaça à liberdade de locomoção, conforme se observa das seguintes Súmulas editadas recentemente: “693 – Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.” “694 – Não cabe habeas corpus contra a imposição de pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.” “695 – Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena de liberdade.” Ante o exposto, nego seguimento ao recurso ordinário, por ser manifestamente incabível (RISTF, artigo 21, § 1º). Publique-se. Brasília, 7 de junho de 2005. Ministro Eros Grau – Relator” (despacho publicado em 14.06.2005).

Em outras ocasiões, já tive oportunidade de externar que, a meu juízo, a extensão do alcance do instituto do *Habeas Corpus*, a partir de uma desarrazoada ampliação, ao contrário do que se pensa, *enfraquece* o caráter protetivo próprio às normas de reserva, as nobres e raras matérias-primas que visam ao reequilíbrio jurídico, revelando indevida banalização de um instrumento que – se utilizado para a proteção de toda e qualquer situação processual dita irregular – terminará por não defender eficazmente aquilo para o quê deveria estar reservado: a proteção do direito ir e vir frente a constrangimentos ilegais. Ou seja: a ferramenta rara e excepcional, para ser eficaz em seu objetivo constitucional, há de ser utilizada com parcimônia, apenas nas hipóteses extremas em que se evidencie risco à liberdade ambulatorial do indivíduo por força de ato constritivo ilegal.

Prócere da magistratura criminal de Minas Gerais, o Desembargador Gudesteu Biber, da 1ª Câmara Criminal do Eg. TJMG, invocando o ex-Ministro Célio Borja do STF, não se cansa de advertir em seus votos:

“O *habeas corpus* não é sucedâneo de recurso, muito menos panacéia universal capaz de curar todos os males processuais. Ele, como remédio constitucional que é,

tem função específica prevista na própria Carta Magna e se destina apenas a conjurar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção da pessoa (STF – HC 66.529-2-SP, Rel: Min. CÉLIO BORJA, DJU de 7/10/88, pág. 25.711)” (confira-se, entre outros, no julgamento do HC 1.0000.00.176262-4/000(1), acórdão p. em 25/2/2000).

É evidente que a banalização do *HC* poderá até mesmo trazer dificuldades na administração e processamento dos *writs* junto aos juízos e tribunais mais asoberbados, colocando em risco a preferência, a relevância, a celeridade e a efetividade que devem constituir os principais atributos de seu procedimento.

### 3 POSIÇÃO DÚBIA DA CORTE MINEIRA

Vê-se, pelo que já foi exposto, que o não cabimento do *HC* para trancamento de ação penal proposta em desfavor de pessoa jurídica revela um tema singelo, aparentemente sem campo a qualquer distúrbio interpretativo.

Mas não é o vem ocorrendo, especialmente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde são vistos alguns julgados que, *data maxima venia*, por completo desvirtuam – em afronta a seus contornos constitucionais – o remédio libertário excepcional, buscando trazer-lhe ao alcance objeto estranho à sua natureza. Nega-se, enfim, a própria razão de existir do *HC*, além de colocar em risco sua eficácia enquanto processo especialíssimo.

Com efeito, embalados, ao que me parece, pela idéia da necessidade curativa de todo e qualquer suposto constrangimento ilegal praticado na seara criminal pelo Poder Público contra o particular e animados com a possibilidade de utilização do *writ* para trancamento da ação penal desamparada de justa causa, tiveram origem arestos como o proferido nos autos 1.0000.05.428561-4/000(1) (pub. em 16/12/2005) e 1.0000.06.432313-2/000(1) (pub. em 19/4/2006), ambos da relatoria da eminente Des. Jane Silva, identicamente ementados:

“Ementa: *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – INDÍCIOS DE AUTORIA – INÉPCIA DA DENÚNCIA. Impossível se falar em trancamento da ação penal por falta de elementos mínimos para seu exercício quando os documentos acostados nos autos apontem para o contrário. *Deve ser trancada a ação penal intentada em face de pessoa jurídica, por suposta prática de crime ambiental, quando a denúncia deixa de identificar seu representante legal ou contratual ou a decisão colegiada que determinou a prática de conduta, em tese, delituosa. Súmula: CONCEDERAM A ORDEM*”.

Tive oportunidade de oficiar no segundo processo, aquele cujo julgado foi publicado em 19/4/2006, manifestando-me, em parecer, pelo não-conhecimento do *writ*. Entendendo que a tese ministerial não fora devidamente apreciada, após o julgamento, manejei embargos nos seguintes termos:

“(…)

2. Reportando-me ao relatório produzido em fs. 180/181, complemento-o para aduzir que em sessão de julgamento realizado no dia 7 de março deste ano de 2006, essa Egrégia Terceira Criminal, à unanimidade de votos, concedeu a ordem de habeas corpus determinando o trancamento de ação penal proposta em desfavor

da COPASA – Cia. de Saneamento de Minas Gerais, pessoa jurídica a quem se imputou responsabilidade penal pelo ilícito tipificado no art. 54 da Lei 9.605/98. 3. Embora sem adentrar ao mérito da r. decisão referida, creio que, data maxima venia, remanesceram pontos omissos na v. decisão colegiada.

4. Ora, o habeas corpus tem natureza jurídica de ação, e, em seu fecho, necessário que a decisão proferida apresente-se formal e materialmente fundamentada (nos termos do art. 93, IX, CF), enfrentando todas as postulações e teses que guardem pertinência com a causa em questão.

Lembro que:

“A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial.” (HC 74.073, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/06/97)

5. Sob tal prisma, tendo sido apresentada, nos autos presentes, por esta Procuradoria de Justiça, a tese de que a ação proposta seria incabível, violando o balizamento conceitual previsto constitucionalmente para este writ; e considerando que tal posição vem encontrando amparo jurisprudencial, penso que, data maxima venia, para a inteireza da jurisdição nesta Instância, mister seria que o v. acórdão abordasse a quaestio em referência. O contrário, a meu juízo, caracteriza omissão relevante sanável, por complementação, a partir do presente pleito aclaratório.

6. Nestes autos, registro que, com efeito, em fs. 181/183 tive oportunidade de levantar o seguinte ponto:

“Creio que não mereça ser conhecida a presente impetração.

Ora, o Habeas Corpus não representa uma panacéia constitucional destinada a corrigir injustiças ou suprimir qualquer tipo de ilegalidade: seu objeto está constitucionalmente vinculado à questão da liberdade ambulatorial do indivíduo.

Eventual constrangimento suportado por pessoa jurídica derivado de ato do poder público – ainda que na seara da responsabilização penal – jamais, nem potencialmente, coloca em risco o direito de ir e vir de quem quer que seja.

Não por acaso, o Egrégio STF editou a Súmula 693 com a seguinte diretriz:

“Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.” Entender o contrário, ou seja, estender quase que indefinidamente o alcance da ação mandamental para fins de correção de qualquer suposta ilegalidade (sem nenhum reflexo, sequer indireto, na liberdade ambulatorial), é ferir de morte o assento constitucional do Instituto (CF, art. 5º, LXVIII):

“conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação *em sua liberdade de locomoção*, por ilegalidade ou abuso de poder” (grifei).

Para temas de tal jaez – suposto ato ilegal e abusivo oriundo de autoridade pública – sem qualquer reflexo na liberdade ambulatorial do cidadão, existe remédio constitucional próprio e típico, qual seja, o mandado de segurança.

6. É evidente, à luz da pré-citada súmula 693, que o Excelso Pretório inadmite a discussão, pela via da ação liberatória, de temas que *sequer em tese* possam levar à *restrição ambulatorial* de alguma pessoa. E este, precisamente, retrata o caso dos

autos, em que a pena abstratamente cogitada na Petição de Ingresso, jamais poderia redundar em pena privativa de liberdade, até porque o réu na lide penal é a COPASA, pessoa jurídica, e, por isso, insusceptível de submissão ao cárcere.

7. Para os questionamentos buscados pela impetrante existe aberta a via mandamental própria, sem falar na ampla defesa passível de ser exercida na lide penal (...).

8. Não por acaso o legislador infraconstitucional foi fiel aos limites da Carta Magna, não desnaturando, por restrição ou ampliação, o alcance do writ. Daí porque o v. acórdão recorrido terminou por violar, também, o que vem preceituado no art. 647 do Código de Processo Penal Brasileiro:

“Art. 647 – Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

9. Destarte, requeiro a Vossas Excelências sejam conhecidos e acolhidos os presentes EMBARGOS DECLARATÓRIOS, para efeito de suprir a omissão apontada.

Os embargos foram rejeitados com base no seguinte raciocínio:

“Examinei cuidadosamente os pontos abordados pelo embargante e entendo, como sempre foi entendido nesta Câmara e demais Tribunais, que, havendo o constrangimento do processo por meio de ação penal, cabível é o habeas corpus para o seu trancamento.

De fato, os diretores da ora embargada sofriam constrangimento, ainda que indireto, em razão da referida ação penal e, na hipótese, tal fato desafiava o manejo do habeas corpus para que fossem analisados os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, tal como realizado. Essas questões já foram devidamente valoradas pelo Supremo Tribunal Federal, em habeas corpus:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. DIREITO CRIMINAL AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DE DIRIGENTES DE PESSOA JURÍDICA. ART. 2.º DA LEI 9.605/1998. Rejeitado pedido de trancamento de ação penal, dada a expressa previsão legal, nos termos da legislação ambiental, da responsabilização penal de dirigentes de pessoa jurídica e a verificação de que consta da denúncia a descrição, embora sucinta, da conduta de cada um dos denunciados. Habeas corpus indeferido. (HC 85190 / SC – SANTA CATARINA. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 08/11/2005. DJ 10-03-2006 p. 00053 EMENT VOL-02224-01 p. 00135.).

Assim, o acórdão embargado enfrentou suficientemente a matéria alegada e, diante de toda a fundamentação nele contida, e parcialmente repetida aqui, desnecessárias se tornam maiores considerações a respeito” (HC n. 1.0000.06.432313-2/001(1), Re. Des. Jane Silva, publicação: 11/08/2006)

Considerando que a inicial daquela ação penal necessitava realmente de ajuste (já que não indicava a pessoa física responsável pelo ato e seu vínculo com a pessoa jurídica increpada), não havia qualquer recurso eficiente a ser manejado – a discussão remanescente apropriava-se apenas ao campo acadêmico –, embora seja de se registrar que a decisão dos embargos se manteve questionável em seus pontos fundamentais.

Com efeito, em primeiro lugar, esqueceu-se o Órgão Julgador de que o constrangimento sanável pela via restrita do HC não é qualquer um, há de ser *qualificado*. É que não basta mero desconforto, angústia ou aborrecimento do paciente; o ato coativo da autoridade há que repercutir em sua *liberdade de locomoção*, cerceando-a ou ameaçando-a.

Foi seguindo essa trilha que o STF editou a súmula 693, *in verbis*:

“Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.”

Ademais, no feito penal ambiental que deu origem ao HC referido, a denunciada era exclusivamente a COPASA (Cia de Água e Saneamento S/A), ou seja, *era ré a própria pessoa jurídica*. Na impetração do HC, ela é quem foi colocada a figurar como *paciente*.

Daí porque totalmente descabido o precedente buscado na decisão do STF proferida no HC 85190/SC (em que, aliás, foi *denegado* o pedido de trancamento), o qual tratava expressamente da *responsabilização penal de dirigentes de pessoa jurídica*, ou seja, de pessoas naturais; não da própria pessoa jurídica.

Sendo ré a pessoa jurídica, não há como aceitar que os “*diretores da ora embargada sofriam constrangimento, ainda que indireto*”. Em relação a eles, trata-se a ação penal (da qual não são *partes*) de um expediente como outro qualquer (por exemplo, cível ou administrativo) em que a eles compete representar judicial ou extrajudicialmente a Empresa.

Ainda que assim não fosse, há que se evoluir da cultura da existência de constrangimento pelo só fato do processo. Cumpre aos operadores do Direito (e à mídia), a partir do princípio constitucional da presunção de inocência, desmistificar a submissão de quem quer que seja a uma ação penal. De todo incogitável, ademais, que apenas o tramitar de um processo criminal, em que não haja previsão de sanção corporal, seja apto a oprimir a liberdade ambulatorial de alguém. A propósito, ao denegar um de pedido liminar em HC, o Ministro Carlos Mário Veloso, destacava a ausência de *periculum in mora* naquele feito, “dado que a simples tramitação da ação penal não implica prejuízo à liberdade de locomoção” (HC 77502 MC / RJ, p. em 19/8/1998).

Não poderia deixar de registrar, contudo, que há julgados do mesmo Eg. TJMG, inclusive recentes, que reconhecem a adequação do mandado de segurança para questionamentos tais.

Confira-se o voto condutor do seguinte julgado, da lavra do eminente Desembargador Edival José de Moraes, em que se conheceu, mas denegou, a pretensão mandamental de trancamento de ação penal movida em desfavor de pessoa jurídica:

“(…)

Conheço do pedido, pois presentes as condições de admissibilidade e processabilidade.

No entanto, quanto ao mérito, razão não assiste ao requerente, pois, da análise dos autos, não se constata lesão a seu direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder da autoridade tida como coatora.

(…)

É cediço que o mandado de segurança não se presta a exame detalhado dos elementos de convicção, colhidos fora do crivo do contraditório, a fim de ensejar o trancamento de eventual ação penal que se destina justamente a elucidar fatos delituosos imputados a alguém.

No caso em comento, não se verifica, de plano, a atipicidade da conduta, com base nos elementos constantes dos autos, sendo imprescindível a colheita de provas na instrução criminal para o deslinde da questão.

Neste sentido, como o delito que se apura configura crime permanente, não é possível afirmar, de forma inequívoca, que a captação de água, sem devida licença ambiental, tivesse cessado na data da autuação administrativa (20.02.2004), restando, portanto, inviável a análise de eventual prescrição da pretensão punitiva estatal.

O fato de ser ou não a atividade de exploração de águas realizada pela empresa, potencialmente poluidora, também é questão a ser analisada no mérito da ação penal, não cabendo tal investigação pela via eleita.

Outrossim, a alegada omissão do Ministério Público quanto à possibilidade de se firmar termo de ajustamento de conduta não pode ser entendida como sendo constrangimento ilegal, considerando que tal procedimento administrativo é mera faculdade do órgão ministerial.

É de se considerar, sobretudo, que a denúncia sequer foi oferecida, motivo pelo qual não há que se falar em trancamento da ação penal.

Falta, então, à pretensão suscitada a liquidez e certeza necessárias à concessão da segurança”. (trecho do voto do Relator, Desembargador Edival José de Moraes proferido no MS Criminal n. 1.0000.06.442452-6/000, impetrante CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, acórdão unânime, publicado em 9/12/2006).

#### 4 POSIÇÃO DAS CORTES SUPERIORES

Creio que a Suprema Corte não veja maiores dificuldades no enfrentamento do tema.

A matéria específica – *cabimento ou não de HC para trancamento de ação penal que tem pessoa jurídica no pólo passivo* – restou fortemente cimentada nessa decisão recente da lavra do Ministro Cezar Peluso, proferida nos autos do HC 88747/ES (pub. em 22/5/2006):

“DECISÃO: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANTONIO CARLOS DA SILVA, contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC nº 43.751, que lhe foi denegado: “HABEAS CORPUS . CRIMES AMBIENTAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. EXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”. RESPONSABILIDADE SOCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 225, §3º, DA CF/88 E DO ART. 3º DA LEI 9.608/98. POSSIBILIDADE DO AJUSTAMENTO DAS SANÇÕES PENAS A SEREM APLICADAS À PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE MAIOR PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. Descabe acoimar de inepta denúncia que enseja a adequação típica, descrevendo suficientemente os fatos com todos os elementos indispensáveis, em consonância com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. A alegação de negativa de autoria do delito em

questão não pode ser apreciada e decidida na via do habeas corpus, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via eleita. Ordem denegada” (HC nº 43.751, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 17.10.2005)”. Alega o impetrante que o paciente está sendo processado pela prática dos delitos previstos nos arts. 42 e 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41 e art. 54, caput e § 3º, c.c art. 56, caput, Lei 9.605/98, em razão de a denúncia, reputada de genérica, atribuir a ele responsabilidade objetiva por tais ilícitos. Diante disso, requer a concessão de liminar para suspender o andamento da Ação Penal nº 049.03.000109-0, em trâmite na 2ª. Vara Criminal da Comarca de Venda Nova do Imigrante/ES e, no mérito, pleiteia o seu trancamento. 2. Incognoscível o writ. A denúncia, que deu origem à mencionada ação penal, foi oferecida exclusivamente contra Rodrigo Sgaria Zandonadi e Roncar Indústria e Comércio Exportação Ltda. (anexo 1 – fls. 21-23). O ora paciente, que se afirma representante legal da Roncar Indústria e Comércio Exportação Ltda., apenas foi citado para que, nos termos do art. 12, inc. I, do Código de Processo Civil, representasse a pessoa jurídica denunciada, porque não pode esta, como é óbvio, apresentar-se por si mesma em juízo para a realização dos atos processuais. É o que se extrai da denúncia (anexo 01): “Requer o Ministério Público Estadual a citação dos denunciados, para serem interrogados, a segunda na pessoa de seu representante legal e nos termos do artigo 12 inciso VI do Código de Processo Civil, apresentarem suas defesas, pena de revelia, com oitiva das testemunhas de acusação abaixo arroladas para finalmente serem condenados o primeiro acusado nas penas dos artigos 42 e 65 do Decreto Lei 3688/41 e artigo 54 da Lei 9605/98 c/c 29 e a segunda denunciadas nas penas dos artigos 42 e 65 do Decreto Lei 3688/41 e artigos 54, caput e § 3º c/c artigo 56, caput, da Lei 9605/98, e, artigo 29 na forma do artigo 71, ambos do Código Penal” (fls. 22. Grifei). Assim, a ação penal não foi instaurada contra o paciente, mas, sim, contra a pessoa jurídica de que ele é representante legal e que, nos termos dos incs. do art. 21 da Lei nº 9.605/98, somente poderá ser punida com multa, pena restritiva de direitos e/ou prestação de serviços à comunidade. Dessa forma, não vislumbro interesse que legitime o paciente ao uso de habeas corpus, pois inexistente risco de constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção em razão da Ação Penal nº 049.03.000109-0, em trâmite na 2ª. Vara Criminal da Comarca de Venda Nova do Imigrante/ES. 3. Isto posto, não conheço deste habeas corpus, nos termos dos arts. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Int. Brasília, 12 de maio de 2006. Ministro CEZAR PELUSO Relator” (grifei).

Não discrepa o STJ:

‘(...) Além disso, a Lei nº 9.605/98 – conquanto disponha sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica – não prevê, para elas, pena privativa de liberdade, como exsurge do disposto nos artigos 21 a 24, aspecto que, a um só tempo, firma a diferenciação havida entre os sujeitos dos crimes ambientais e afasta, de pronto, a pretensão de amparo do pedido aqui formulado por intermédio do ajuizamento de habeas corpus. Com efeito, ainda quando se trata de pessoa física, tenho afirmado que “o pressuposto do habeas corpus é o risco ou a atualidade de uma coação sobre a liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física” (STF – HC 72.844/

MG, 2ª Turma, Relator o Min. Francisco Resek, DJ de 11.04.1997). Destarte, inexistente coação ilegal a sanar mediante habeas corpus. A questão meritória, relacionada com a inépcia da denúncia e ausência de justa causa para a persecução penal deverá ser objeto de exame na ação de conhecimento, no momento processual adequado, observado o contraditório. Posto isso, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90 e nos arts. 34, XVIII e 210, do RISTJ, NEGO SEGUIMENTO ao pedido. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 16 de junho de 2006. MINISTRO PAULO MEDINA Relator” (HC 059012 – p. em 03/08/2006).

## 5 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Como a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica estreou em nosso ordenamento há menos de duas décadas, os clássicos monografistas pátrios – destaque para o insuperável Pontes de Miranda – não tinham como cogitar desse tema.

Em relação à doutrina contemporânea nacional, pode-se colher, em sua essência, a lição do criminalista gaúcho Lúcio Santoro Constantino:

“...questiona-se se o paciente poderia ser pessoa jurídica. Espanca-se a questão ratificando que o habeas corpus tutela exclusivamente a liberdade ambulatoria, liberdade esta que falta à pessoa jurídica. (...) Ora, a pessoa jurídica não se locomove, destarte não pode ser paciente em sede de habeas corpus. O remédio correto, em caso de ilegalidade ao direito líquido e certo, seria o mandado de segurança.”<sup>2</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Em vista do exposto, respeitados os contornos constitucionais da ação de *Habeas Corpus*, é incabível, nos limites deste *mandamus*, a pretensão de trancamento de ação penal proposta em benefício de pessoa jurídica, que não se compatibiliza com a figura de *paciente*, uma vez que a liberdade ambulatorial constitui direito titularizado exclusivamente pelas pessoas naturais.

A banalização do *HC* enfraquece o caráter protetivo excepcional da norma de reserva, podendo trazer dificuldades na administração e processamento dos *writs* em abarbados órgãos judicantes, colocando em risco a preferência, a relevância, a celeridade e a efetividade que devem constituir os principais atributos de seu procedimento.

---

2 *Habeas Corpus*: liberatório, preventivo, profilático. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

## DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL DEFLAGRADO POR DENÚNCIA ANÔNIMA

---

RODRIGO IENNACO\*

Promotor de Justiça de Sete Lagoas/MG\*

**Resumo:** A investigação criminal, para que sirva de legítima fundamentação ao exercício da ação penal, deve submeter-se aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes. A Constituição Brasileira assegura a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, prevendo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88). O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno da validade constitucional do procedimento criminal deflagrado por *denúncia anônima*, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

**Palavras-Chave:** *denúncia anônima* – legalidade e legitimidade – teoria da prova ilícita por derivação – princípio da proporcionalidade

**Abstract:** The Brazilian Constitution assures the free manifestation of the thought, however prohibition the anonymity. Is anonymous denunciation of crime constitutional? This article intends to debate the parameters of constitutional validity of the criminal proceeding derivated of anonymous denunciation and to establish concepts for the Brazilian Supreme Court's jurisprudence of the subject.

**Key-Words:** *anonymous denunciation* – legality and legitimacy – theory of the fruits of the poisonous tree – principle of the proportionality.

**Resumé:** L' investigation criminelle, pour qu' elle serve de fondement légitime, doit se soumettre aux principes et aux garanties constitutionnelles – et légales résultantes. La constitution brésilienne garantit la libre manifestation d' opinion, mais elle interdit l' anonymat (art. 5º, IV, CF/88) et déclare inviolable l' intimité, la vie privée, l' honneur et l' image des personnes tout en prévoyant l' indemnisation pour dommage matériel ou moral découlant de sa violation (art. 5º, X, CF/88). Le présent travail prétend rendre plus profond, le débat au tour de la validité constitutionnelle de la procédure criminelle déflagrée par dénonciation anonyme, tout en cherchant à établir des critères à partir de la systématization et de l' abordage jurisprudentiel de la matière.

**Mots-Clés:** “dénonciation anonyme” – légalité et légitimité – théorie de l' épreuve illicite pour dérivation – principe de proportionnalité.

---

\* Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFJF. Coordenador do site [www.direitopenalvirtual.com.br](http://www.direitopenalvirtual.com.br).

## 1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E ESTADO DE DIREITO: INÍCIO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO

A característica principal do Estado de Direito é a submissão do Poder Público às suas próprias normas, instituídas na estruturação do Estado, como expressão do princípio da legalidade. São normas constitucionais estabelecidas como autêntica garantia e limitação ao poder, de acordo com a divisão de competências institucionais que funciona num sistema de *freios e contrapesos*. As noções de governo republicano e regime democrático se complementam, instrumentalmente, na consagração do processo como conjunto de princípios e garantias que disciplinam a resolução judicial de conflitos. Em matéria de responsabilidade criminal, ninguém será privado de seus direitos sem a observância do devido processo penal,<sup>1</sup> aí referenciados seus corolários: o contraditório e a ampla defesa.

Na persecução penal que se desenvolve no Estado de Direito Democrático, a dignidade da pessoa humana expressa seu valor fundamental. Todas as regras que se referem à investigação preparatória, à ação penal e ao procedimento judicial devem ser interpretadas nessa ótica garantista<sup>2</sup> em que o respeito à Constituição não representa interesse individual em face do interesse público violado com o crime, mas interesse coletivo de respeito à democracia, à humanidade e à cidadania.<sup>3</sup>

A investigação criminal, assim, como fase preparatória ao exercício da ação penal, está submetida, como condicionante de sua legitimidade, aos princípios e garantias constitucionais – e legais decorrentes.

A investigação das infrações penais é atribuição, em regra, das polícias judiciárias, consubstanciada no inquérito policial. A outras autoridades a Constituição remete, outrossim, o poder investigatório, sobretudo relacionado às respectivas funções administrativas (parlamentar, fiscal, previdenciária, tributária, disciplinar etc.), cujos fatos tenham repercussão também na esfera penal, sem prejuízo da atuação da polícia judiciária (art. 4º, CPP).

Igualmente tem assento constitucional a legitimação do Ministério Público (art. 129, VI e VIII, CR/88; arts. 7º, 8º e 38, LC 75/93; Lei n. 8.625/93) e da Magistratura (art. 33, parágrafo único, LC 35/79) para a investigação de infrações penais.

A presidência do inquérito policial é atribuição da autoridade policial. Por outro lado, a Polícia Judiciária não detém, nem de longe, o monopólio do poder investigatório do Estado. O inquérito policial, no regime jurídico-constitucional inaugurado em 1988, é apenas uma das várias espécies de procedimentos administrativos investigatórios.

O Ministério Público, como titular do direito de ação penal pública condenatória, está legitimado para proceder a investigações administrativas, no âmbito do inquérito civil público (inclusive quanto a fatos que tenham repercussão na responsabilidade civil, administrativa e criminal), bem assim para instaurar, em caráter excepcional, procedimentos administrativos investigatórios criminais, disciplinados, no Estado de Minas Gerais, pela Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 2, de 14/9/2004,<sup>4</sup> e em âmbito nacional pela Resolução n. 13, de 2/10/2006, do

1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 269-271; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 42.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*.

3 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 13-14.

4 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 248-257; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 37-43.

Conselho Nacional do Ministério Público. Até porque o inquérito policial não é expediente imprescindível à propositura da ação penal.<sup>5</sup>

Em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa pública (incondicionada), tanto o inquérito policial quanto o procedimento administrativo investigatório ministerial devem ser instaurados de ofício. Com efeito, as autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação formal ou de assentimento de outrem (princípio da *oficiosidade* ou *oficialidade*)<sup>6</sup> – art. 5º, I, CPP.

Ciente da prática de um crime, a autoridade policial tem o poder-dever de instaurar o inquérito policial ou confeccionar procedimento correlato nas infrações de pequeno potencial ofensivo (TCO); na mesma medida, o órgão de execução do Ministério Público está obrigado a requisitar a instauração de inquérito policial ou, se as circunstâncias o recomendarem, instaurar o competente procedimento administrativo investigatório criminal.

Nesse caso, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência da infração penal poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (art. 5º, §3º, CPP).

Embora noticiar o crime seja mera faculdade conferida ao cidadão interessado em colaborar com a atividade repressiva do Estado,<sup>7</sup> toda pessoa pode (e deve) ser testemunha, embora, em determinadas circunstâncias, algumas possam apresentar recusa (art. 206, CPP), estejam proibidas (art. 207, CPP) ou impedidas de depor (arts. 252, II, 258 e 564, I, CPP e art. 405, §2º, CPC). Há lei prevendo regras para organização e manutenção de programas especiais de proteção a testemunhas ameaçadas (Lei n. 9.807/99, regulamentada, no plano federal, pelo Decreto n. 3.518/00). A testemunha, dado o valor probatório de seu depoimento (título VII do Livro I do CPP), deve ser identificada (art. 205, CPP), constituindo a recusa de fornecimento dos dados pessoais contravenção penal (art. 68, LCP). Aquele que, sendo testemunha, não diz o que sabe, omitindo-se (“negar ou calar a verdade”), pratica o crime de falso testemunho (art. 342, CP). Ademais, quem dá causa à instauração de investigação contra pessoa sabidamente inocente, imputando-lhe crime, incide nas sanções do art. 339 do CP.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal que assegura a livre manifestação do pensamento, *veda o anonimato* (art. 5º, IV, CR/88) e declara inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito indenizatório decorrente de dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CR/88).

Do confronto entre o dever legal de servir como testemunha, a todos imposto (salvo exceções), e a inviolabilidade da vida privada, surge a indagação sobre a validade e legitimidade, perante a ordem jurídico-constitucional, da notícia anônima de crime.

De um lado, a Constituição veda expressamente o anonimato, limitando a livre manifestação do pensamento individual. No mesmo passo, a legislação infraconstitucional impõe o

5 Conforme entendimento pacífico no STF, a instauração de inquérito policial é prescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção (HC 70.991, Min. Moreira Alves; RE 233.072, Min. Nelson Jobim). Da mesma forma, não há impedimento para que o Ministério Público efetue colheita de depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merece ser elucidado (HC 83.463/RS, j. em 16.03.2004, Segunda Turma). No mesmo sentido o entendimento do pleno do STF (inquérito 1.957-7/PR, j. 11.05.2005).

6 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 22; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 201; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 50.

7 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 217-218; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

dever de testemunhar e identificar-se como testemunha. De outro, a autoridade que recebe notícia de crime de ação penal de iniciativa pública tem o dever de verificar a procedência das informações e, confirmada esta, de instaurar procedimento investigatório.

Aquilo que a Constituição parece vedar é estimulado pelas instituições oficiais de Defesa Social, sobretudo as vinculadas à Segurança Pública: a “denúncia” anônima.

A notícia anônima de crime é constitucional? Pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório? Pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal de bens, arts. 125 e 134, CPP), de busca e apreensão domiciliar (art. 240, §1º, CPP c/c art. 5º, XI, CR/88) ou de quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou comunicações (Leis n. 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5º, XII, CR/88)?

O presente trabalho pretende aprofundar o debate em torno dessas questões, buscando estabelecer critérios a partir da sistematização e da abordagem jurisprudencial da matéria.

### 1.1 A notícia de crime: variações

Já vimos que a legitimação para a ação penal influi, também, no procedimento a ser adotado pelos órgãos oficiais incumbidos da fase pré-processual da persecução penal. No caso de notícia de crime em que se procede mediante ação penal pública incondicionada, a investigação deve ser iniciada de ofício, desde que a autoridade competente tome ciência da ocorrência da infração, por conhecimento próprio e direto, ou mediante comunicação de qualquer do povo, independentemente de representação de eventual ofendido ou representante seu. Se for caso de ação pública condicionada à *representação* (do ofendido) ou *requisição* (do Ministro da Justiça), a investigação somente poderá ser formalizada a partir da satisfação da condição de procedibilidade (pelo ofendido, seu representante ou Ministro da Justiça, conforme o caso). O mesmo sucede nos casos de ação penal de iniciativa privada, em que o procedimento investigatório somente pode ser iniciado se houver requerimento de instauração por parte do legitimado (art. 5º, §5º, CPP).<sup>8</sup>

Em todas as situações, desde que satisfeitas as condições nos casos cabíveis (crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada), tem-se indisponível poder-dever da autoridade em providenciar a apuração mediante o instrumento investigatório adequado (inquérito policial, a cargo da Polícia Civil, ou Procedimento Administrativo Investigatório Criminal, no caso de investigação capitaneada pelo Ministério Público).

A instauração do inquérito policial, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, pode se dar de ofício ou por provocação consubstanciada em *notícia de crime*. Neste caso, a *notitia criminis* pode se revestir de: a) requisição do Ministério Público;<sup>9</sup> b) representação ou requerimento<sup>10</sup> do ofendido ou seu representante legal; c) delação por terceiro, qualquer do povo (*delatio criminis*).<sup>11</sup>

8 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 26-27.

9 A possibilidade de instauração de inquérito policial a partir de requisição do Juiz de Direito (art. 5º, II, CPP), com o advento da CF/88, tornou-se controvertida. Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 220; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 27-28.

10 A doutrina costuma reservar o termo *representação* exclusivamente para os casos de crimes cuja ação penal depende de representação, utilizando-se requerimento para as hipóteses em que o ofendido pleiteia a instauração de procedimento para apuração de crimes de ação penal privada ou pública incondicionada (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p.

Do ponto de vista formal, a doutrina costuma apontar como peças inaugurais do inquérito policial: a) portaria (no caso de instauração de ofício); b) auto de prisão em flagrante; c) requerimento ou representação do ofendido; d) requisição do Ministério Público; e) requisição do Ministro da Justiça.<sup>12</sup> No Estado de Minas Gerais, o art. 8º da Instrução Normativa n. 01/95, do Conselho Superior de Polícia, determina que os inquéritos policiais sejam iniciados por Auto de Prisão em Flagrante ou, nos demais casos, por Portaria. Na Portaria, quando não se tratar de instauração *ex officio*, a autoridade policial fará constar que se trata de requisição do Ministério Público, do Ministro da Justiça etc.

Interessante notar que, no Estado de Minas Gerais, a Polícia Civil não disciplina a postura que deve assumir o Delegado de Polícia diante de recebimento de notícia anônima de crime. Porém, os arts. 1º e 2º da Portaria 005, de 24/9/2004, da Corregedoria-Geral de Polícia, que estabelece critérios sobre procedimentos investigativos a serem adotados em face de denúncias anônimas contra policiais civis, prevê que a Corregedoria não deve receber representação denunciatória que contrarie o art. 144, da Lei n. 8.112/90, determinando, portanto, o arquivamento da delação que não permita a identificação do representante, que, sendo assim, não poderá servir de base ao início de procedimento administrativo ou penal em desfavor de policial civil representado.<sup>13</sup> A conjugação dos arts. 4º e 5º do mencionado ato administrativo normativo, entretanto, autoriza a Câmara Disciplinar do Conselho Superior de Polícia Civil Mineira, em casos excepcionais, havendo indícios de verossimilhança das alegações que consubstanciam a

---

221) Em essência, não há distinção formal ou substancial, pois há crimes em que a lei condiciona a adoção de providências da autoridade à representação do ofendido, o que não significa que, nos casos em que não há exigência de tal condição (crimes de ação penal pública incondicionada), não possa ela (a representação) ser oferecida.

- 11 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 220-222. A delação, quando apresentada por terceiro ou qualquer do povo, é espécie de *notitia criminis*, podendo converter-se em prova se o seu signatário for arrolado e ouvido como testemunha. No caso de delação de autoria apresentada por co-réu durante a fase pré-processual ou na instrução do feito, após a instauração de inquérito baseado em autêntica *notitia criminis*, para que a delação tenha força probatória, imprescindível a incidência do contraditório ao interrogatório do co-réu delator. Não se pode admitir conteúdo probatório a manifestação de vontade que permaneça incólume ao princípio da bilateralidade, ainda que diferida e incidente *a posteriori*.
- 12 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 80-81; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221.
- 13 Nas considerações que motivaram a edição do ato normativo, a Corregedoria-Geral da Polícia Civil destaca que “dar azo à ilegalidade da delação anônima [diante da vedação constitucional ao anonimato] pode causar intolerável constrangimento e mesmo danos morais ao servidor e à própria dignidade do cargo público, porquanto os agentes públicos poderiam sofrer influências nocivas ao bom desempenho de suas atribuições funcionais, sendo inadmissível que o servidor submeta-se à ação irresponsável e leviana de denúncias anônimas, às vezes originadas a partir de interesses pessoais ou políticos, quicá de deliberada corrupção de particulares desejosos de afastar um bom e honesto funcionário do Estado para, com a ausência da mão proba do injustamente denunciado, poder satisfazer seus propósitos, justamente contra o princípio da moralidade e do interesse público falsamente invocados como motivos das peças denunciatórias apócrifas.” Aduz ainda que “não raras vezes, acusações contra servidores públicos apresentam-se sem um mínimo de respaldo de veracidade, desacompanhadas de quaisquer provas ou indícios, constituindo-se em meras alegações, engendradas na maledicência e, quase sempre, com o único propósito de macular o servidor policial que, no exercício de seu mister, involuntariamente desagrada e gera eventuais desafetos”. E conclui, citando jurisprudência da 5ª turma do TRF 2ª região (proc. n. 2002.02.01.006435-0): “o inquérito instaurado a partir de denúncia anônima causa aos acusados constrangimento ilegal, previsto pela legislação penal, uma vez que os indiciados não têm como argumentar contra eventuais vícios que possam estar contidos na acusação.”

delação anônima, a deliberar sobre o retorno do expediente à Corregedoria para levantamento preliminar, reservado e sigiloso, acerca da veracidade da notícia anônima.

Já a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais não possui ato que discipline a questão, quer se trate de denúncia anônima endereçada ao Promotor de Justiça, quer de notícia anônima de infração disciplinar ou penal praticada por Promotor apresentada ao órgão corregedor.<sup>14</sup> Cumpre notar, entretanto, que a Resolução CNMP n. 13, de 2/10/2006, que regulamenta o art. 8º da LC 75/93 e o art. 26 da Lei n. 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, prevê, na conjugação dos arts. 3º, *caput*, parte final, e 4º, que a identificação do autor da representação que dá origem ao procedimento investigatório constará, “sempre que possível”, da portaria inicial. Vale dizer, a Resolução do Conselho Nacional do *Parquet* admite, *contrario sensu*, o início do procedimento baseado em denúncia anônima, a despeito da ausência de tratamento expresso a respeito do tema.

## 1.2 Notícia de crime, delação ou denúncia anônimas: indefinições terminológicas na teoria e na *praxis*

A terminologia adotada nos temas que cercam o presente estudo nem sempre é clara, do ponto de vista técnico-jurídico. Alguns conceitos necessitam de maior atenção.

*Notícia de crime* é o conhecimento de um fato criminoso pela autoridade, de maneira espontânea ou provocada.<sup>15</sup> A *notitia criminis* pode ser: a) de cognição imediata (art. 5º, I, CPP); b) de cognição mediata, por expediente escrito (art. 5º, II, CPP); c) de cognição coercitiva, por condução do preso em flagrante (art. 302, CPP).

*Delatio criminis*, por seu turno, é espécie do gênero *notitia criminis*. O que caracteriza a delação é a comunicação por terceiro, qualquer do povo, excluído o ofendido ou seu representante legal (art. 5º, §3º, CPP).<sup>16</sup> A delação (*delatio criminis*), assim, tanto pode ser de cognição imediata quanto mediata, conforme se trate de fato comunicado diretamente à autoridade, no exercício rotineiro de suas atividades, ou mediante documento produzido por escrito e a ela encaminhado.<sup>17</sup>

14 O art. 292 da Lei Complementar Estadual n. 59/2001, que estabelece a organização e a divisão judiciárias de Minas Gerais, dispõe que, para fins de sindicância e processo disciplinar no âmbito da Magistratura, a denúncia sobre irregularidade será objeto de apuração desde que contenha a identificação e o endereço do denunciante e seja formulada por escrito.

15 FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 132; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 207; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 26; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 86; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 76.

16 Cf. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 222. Fernando Capez, ao contrário, inclui no conceito de *delatio criminis* a comunicação feita pela vítima. Para o professor paulista, a delação simples ocorre quando há mero aviso da ocorrência de um crime, sem qualquer solicitação; a delação postulatória se dá com a comunicação do fato, acompanhada de requerimento de instauração da persecução penal (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78; no mesmo sentido: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*, p. 124). Na classificação adotada por Capez, são expressões sinônimas indicativas da *notitia criminis* de cognição imediata: cognição direta, espontânea ou “inqualificada”. E de cognição mediata: indireta, provocada ou qualificada. (ob. cit. p. 76). No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 18.

17 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 86; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 221-222.

No contexto e nos limites do presente estudo, podemos estabelecer a seguinte definição: *denúncia anônima* é a *delatio criminis* formulada por qualquer do povo, sem identificação, mediante expediente apócrifo de cognição mediata (telefonema, e-mail, carta etc.).<sup>18</sup>

Deve-se frisar que o termo *denúncia anônima* deveria ser evitado, por causar perplexidade de técnica no cotejo do instituto da denúncia (propriamente dita), usado como indicativo da petição inicial nos crimes de ação penal pública, apresentada pelo Ministério Público em juízo, nos termos do art. 41, do Código de Processo Penal. Teríamos, tecnicamente, *delação anônima*.

Com efeito, a *denúncia anônima* “não é uma denúncia no significado jurídico do termo”, como advertem Aloisi e Mortara, citados por Tourinho Filho.<sup>19</sup> Porém, a teoria deve, nesse caso, buscar a conciliação com a *praxis*. Em fenômeno semelhante ao que ocorre com a “queixa”, já se consagrou, no senso comum, a figura da “denúncia anônima”, propalada por instituições oficiais de Segurança Pública e Defesa Social como mecanismo de fomento à participação da comunidade na elucidação dos crimes, sem necessidade de identificação ou sob promessa de sigilo.

Portanto, na técnica processual penal brasileira, denúncia (*stricto sensu*) “significa a peça inaugural da ação penal, promovida pelo Ministério Público.”<sup>20</sup> Porém, o próprio Código Penal utiliza o termo denúncia em sentido lato, para designar a comunicação de fato criminoso à autoridade, conforme se vê na rubrica do tipo de injusto capitulado no art. 339, em que se adjetiva de caluniosa a “denúncia”. *Denúnciação* como expressão do ato de denunciar, noticiar fato criminoso à autoridade, dar causa a instauração de procedimento oficial. Quando se fala em denúncia anônima, então, tem-se a expressão tomada *lato sensu*.<sup>21</sup> Denúncia anônima não é denúncia propriamente dita, mas modalidade de *notitia criminis*.

## 2 PONDERAÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM CONFLITO: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Por um lado, a Constituição Federal veda o anonimato – e o faz ao consagrar a liberdade de manifestação do pensamento. Por outro, há o interesse coletivo e o dever das autoridades estatais no sentido de que os crimes sejam apurados e seus autores punidos. A denúncia anônima traz em si, portanto, aparente colisão de princípios constitucionais.

A denúncia anônima, ao transmitir à autoridade imputação de prática criminosa, instaura uma tensão dialética entre valores constitucionalmente agasalhados. Surge, com a apresentação da *delatio criminis* anônima, estado de colisão de direitos, confrontando-se li-

18 A doutrina se limita, sem maiores considerações, a reproduzir a lição de José Frederico Marques, que a classifica como *notitia criminis* inqualificada. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 87; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*, p. 222; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

19 *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 218.

20 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 365.

21 A denúncia, *stricto sensu*, quando apócrifa, é ato processual inexistente, por ausência de imputação válida pelo órgão de execução ministerial que não assina a peça inicial veiculadora da pretensão punitiva estatal. Denúncia apócrifa, nesse sentido, equipara-se a denúncia assinada por quem não é Promotor (ou Procurador, conforme o caso) de Justiça, embora se admita o suprimento da irregularidade, com a ratificação dos termos da denúncia oferecida pelo *Parquet* e, por descuido, não assinada. A denúncia anônima, *lato sensu*, é o expediente utilizado por qualquer do povo, que intencionalmente não se identifica, para levar ao conhecimento da autoridade notícia da prática de crime: *delatio criminis* anônima, cuja validade jurídica é objeto de discussão deste trabalho. Com entendimento semelhante, porém evitando falar em “denúncia” fora da hipótese de petição inicial: VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*, p. 124, nota 66.

berdades revestidas de envergadura jurídica equivalente. Necessário, pois, definir a primazia de uma delas, sem que a outra seja completamente esvaziada. A superação do conflito entre direitos essenciais, cujos titulares são sujeitos diversos, deve-se basear em critérios que afastem o aparente antagonismo, com a utilização do método da ponderação proporcional de bens, em atenção a cada caso concreto, sem que isso importe no esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.<sup>22</sup>

Lá, há a norma que veda o anonimato (art. 5º, IV, CF/88), buscando preservar, na liberdade de expressão, a incolumidade dos direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade). Aqui, postulados básicos, igualmente consagrados constitucionalmente, buscando conferir efetividade à exigência de que os comportamentos sociais se ajustem à lei, dentro de determinados padrões ético-jurídicos agasalhados pelo próprio sistema constitucional, donde se extrai o dever de atuação das instâncias formais de controle da criminalidade.

Na exegese constitucional, tendente à superação do conflito axiológico – adverte Alexandre de Moraes, citando Canotilho –, deve-se buscar a concordância prática (ou harmonização) dos interesses colidentes, coordenando-se e combinando-se os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.<sup>23</sup>

Sobre o tema, os Tribunais estão divididos.

A 5ª Turma do STJ já decidiu, por unanimidade, que não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, sobretudo quando a investigação e o inquérito sejam conduzidos sob sigilo.<sup>24</sup> No voto do Relator, Min. Gilson Dipp, consignou-se que se tratava de investigação da Polícia Federal (“Operação Albatroz”), deflagrada por denúncia anônima que deu origem a inquérito policial. Instaurado o procedimento, foram determinadas diversas diligências (entre elas a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico), que, renovadas, fundamentaram a prisão temporária dos investigados e busca e apreensão (domiciliar e nos locais de trabalho). Para fundamentar a constitucionalidade do procedimento instaurado a partir da delação anônima, o Min. Gilson Dipp entendeu que a base para a instauração do inquérito não teria sido simplesmente a “denúncia anônima”, mas sim o resultado das investigações conduzidas sob sigilo pela Polícia Federal a partir daquela. Afirmou o relator, por fim, que “a referida carta anônima não contaminou o restante do acervo probatório”, relativizando o alcance da *teoria dos frutos da árvore venenosa*.

Já em outro feito, a Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu que uma carta anônima não pode movimentar polícia e justiça sem afrontar a norma constitucional do art. 5º, IV. Cuidava-se, nesse caso, de inquérito policial instaurado com base em delação anônima de supostos crimes praticados por Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Seguindo o voto do Relator, Min. Ari Pargendler, determinou-se o arquivamento dos autos do inquérito policial.<sup>25</sup>

No julgamento de ação penal de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal admitiu, por maioria, a legitimidade de procedimento investigatório e ulterior processo

22 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 661; BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, p. 363-366; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 193-203.

23 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 42.

24 HC n. 38.093/AM (2004.0126445-4); DJ 17.12.2004. No mesmo sentido: RO em HC n. 7.329/GO; Rel. Min. Fernando Gonçalves; DJ 04.05.1998.

25 Agravo Regimental no Inquérito n. 355/ RJ (2002/0132706-7); DJ 17.05.2004.

penal inaugurados por delação anônima, observados alguns parâmetros em cada caso concreto. Ao suscitar questão de ordem no julgamento do inquérito 1.957-7/PR, o Min. Marco Aurélio se posicionou radicalmente contrário à validade do procedimento assim deflagrado, invocando, ao lado da vedação constitucional, o disposto nas Leis n. 8.112/90 e 8.429/92 (art. 14) e art. 4º, II, da Resolução 290/2004 que dispõe sobre os procedimentos da Ouvidoria do STF, diplomas que também vedam a instauração de procedimentos a partir de delação anônima. Para Marco Aurélio, o denunciante que se esconde sob o anonimato não exerce um direito inerente à cidadania e deixa de assumir responsabilidade que possa, em um passo seguinte, impropriedade a imputação, desaguar na denúncia caluniosa. A carta anônima, como defeito inicial, contaminaria toda a persecução a partir do inquérito.

Assim, a questão de ordem levantada pelo Min. Marco Aurélio, que acabou sendo rejeitada por maioria, discutia a viabilidade da seqüência do próprio inquérito, em que o elemento básico desencadeador da apuração de certos dados iniciais é uma carta anônima:

“Vivemos em um Estado Democrático de Direito e, no caso, a Carta da República só prevê o sigilo quando ele é inerente à própria atividade profissional desenvolvida. Não podemos imaginar a inauguração de uma época que se faça a partir do denunciamento irresponsável. Não podemos imaginar uma verdadeira época de terror em que, a partir de uma postura condenável, chegue-se à persecução criminal.”

No mencionado julgado, o Min. Marco Aurélio diferenciava *notícia de materialidade de imputação*. Por exemplo, se há um telefonema anônimo comunicando à polícia que, em tal lugar, há um cadáver ou está sendo praticado tráfico de drogas, evidentemente a polícia teria de verificar a procedência da informação, indo ao local (notícia anônima de materialidade). Por outro lado, se há uma carta anônima atribuindo atos criminosos a determinada pessoa (imputação anônima de autoria), haveria o prejuízo de tudo mais que fosse levantado a partir dela, não podendo a *delatio criminis* gerar efeitos jurídicos válidos, tal como fundamentar a instauração de inquérito para apuração dos fatos.

Acompanhando o entendimento, o Min. Eros Grau execrou a validade de delação anônima.

Raciocínio análogo foi encampado pelo Min. Cezar Peluso, para quem seria inadmissível a abertura de procedimento investigatório a respeito de um fato típico baseado em documento ilícito, que não deveria gerar nenhuma consequência jurídica. Uma denúncia anônima não poderia ganhar forma como figura de juízo para dar início a uma investigação de caráter formal, pois assim se proclamaria a irresponsabilidade civil e penal do delator, que não responderia por acusação falsa. Sua conclusão é que o ordenamento abomina e excomunga o anonimato, considerando-o um desvalor jurídico que, como tal, não poderia ser considerado para nenhum efeito. E cita o próprio Código Penal, que mostraria reprovabilidade máxima ao anonimato ao agravar a pena da denúncia caluniosa em tal circunstância. No exemplo citado, se o cadáver é encontrado, começaria investigação válida. Abrir, porém, inquérito baseado em carta anônima seria conferir valor jurídico a um objeto que nem documento pode ser considerado.

O Min. Gilmar Mendes, embora concordando com o Min. Cezar Peluso no sentido de restringir-se a eficácia da denúncia anônima, defendeu que a situação deveria ser analisada em cada caso concreto. Noutro exemplo: há um contrato administrativo; se se informa à autoridade, em carta anônima, a existência de irregularidades em procedimentos licitatórios, a informação, em suma, é da existência de contrato publicado no Diário Oficial. Lembra o Ministro que a lei de licitação determina que haja a publicação da síntese ou extrato do convênio ou

contrato, que poderá, a qualquer tempo, ser objeto de investigação ou questionamento, inclusive mediante ação popular. Nesse caso, não se poderia concluir pela ilegalidade das investigações deflagradas por delação anônima. É que, no caso, o inquérito instaurado prescinde da carta anônima, haja vista que os atos (objeto de investigação) são públicos.

Já o ex-Min. Nelson Jobim defendeu que não se formulasse, sobre o tema, tese *in abstracto*, decidindo-se caso a caso, em atenção às particularidades de cada situação concreta. Para Jobim, a denúncia anônima pode desencadear atividades de investigação. O que não se admite é que seja autuada como documento lícito capaz de, ao gerar conseqüências jurídicas, originar um procedimento formal de investigação. Ou seja, não admite a abertura de inquérito com base em carta anônima.

Para o Min. Carlos Britto, pode haver investigação a partir de denúncia anônima; embora não se possa admitir uma denúncia, peça inicial do processo penal, exclusivamente baseada numa *notitia criminis* anônima – admitindo que a cidadania, como ponto de partida, pode manifestar-se anonimamente, em colaboração para com o Poder Público no desvendamento de atos ilícitos, devendo-se analisar em cada caso concreto.

O Min. Sepúlveda Pertence, a seu turno, formulou indagação sobre a ação que se espera da polícia diante de telefonema anônimo em que se comunique haver um cadáver ou ocorrência de seqüestro em determinado lugar. Estaria a polícia impedida de verificar a informação? Partindo de tal questionamento, demonstra que o princípio da vedação do anonimato, posto que nobilíssimo, não pode ser levado às últimas conseqüências. Se uma carta anônima informa a existência de contratos administrativos celebrados sem licitação, é como se dissesse que há um cadáver em determinado lugar. A materialidade do crime seria, em tese, a documentação dos contratos. Embora não se possa intimar o delator anônimo, pode-se verificar se existe o fato material noticiado, cujo resumo é de publicação obrigatória no órgão oficial de imprensa. Para Pertence, a delação anônima não tem validade nem como prova, nem como elemento de informação da persecução penal, caso contrário haveria violação aos princípios constitucionais do processo. Por outro lado, defende que a delação anônima não isenta a autoridade que a tenha em mãos dos cuidados para apurar sua verossimilhança e, a partir daí, instaurar o procedimento formal. Até porque – argumenta – se o art. 339, §1º, do CP prevê causa de aumento de pena para o denunciante que se vale do anonimato, é que a delação anônima pode, sim, dar margem à deflagração da investigação – embora não seja prova nem informação confiável por si só.

Carlos Velloso, para ilustrar seu ponto de vista, reproduz exemplo dado, noutra oportunidade, por Sydney Sanches: mediante interceptação telefônica não-autorizada, descobre-se um cadáver de mulher, que estava desaparecida; numa das mãos há cabelos; a mulher morrera lutando; faz-se exame de DNA e localiza-se o assassino. As investigações poderiam prosseguir? Para o ex-Min. Carlos Velloso sim, por aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que ocorreria, *mutatis mutandis*, nos casos de denúncia anônima contra criminosos perigosos, narcotraficantes etc. A notícia do crime seria inicialmente tratada sob sigilo, propiciando investigações válidas, com a observância do princípio da proporcionalidade.

O voto do Min. Celso de Mello merece maior atenção e destaque. Observa o ilustre Ministro que a proibição constitucional do anonimato busca impedir abusos no exercício da liberdade de expressão, aí incluída a denúncia anônima. Ao se exigir a identificação, busca-se a possibilidade de responsabilização do delator pelos excessos. Cuida-se de norma positivada no sistema constitucional brasileiro desde a primeira Carta Republicana (art. 72, §12, CR/1891), que tem como único escopo permitir que o autor de escrito ou publicação possa submeter-se às conseqüências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo, em defesa do patrimônio moral

das pessoas agravadas.<sup>26</sup> A vedação do anonimato, assim, traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que poderiam decorrer gravames a terceiros, desrespeitados em sua esfera de dignidade.

Nesse contexto, sustenta o Min. Celso de Mello que nada impede que a autoridade, recebendo denúncia anônima, adote medidas informais, “com prudência e discrição”, destinadas à apuração prévia e sumária da notícia de crime, com o objetivo de posterior instauração do procedimento penal. Desse modo, haveria a desvinculação da delação formulada por autor desconhecido, que não é ato de natureza processual, da investigação estatal (*informatio delicti*). Disso resultaria a impossibilidade de o Estado dar início à persecução criminal tendo por “único fundamento causal” a denúncia anônima. A exemplo do que sucede na Itália, sustenta, com apoio no magistério de Giovanni Leone, que “os documentos e escritos anônimos não podem ser formalmente incorporados ao processo, não se qualificam como atos processuais e deles não se pode fazer qualquer uso processual”:

“... após reconhecer o desvalor e a ineficácia probante dos escritos anônimos, desde que isoladamente considerados, admite, no entanto, quanto a eles, a possibilidade de a autoridade pública, a partir de tais documentos e mediante atos investigatórios destinados a conferir a verossimilhança de seu conteúdo, promover, então, em caso positivo, a formal instauração da pertinente *persecutio criminis*, mantendo-se, desse modo, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas que forem encaminhadas aos agentes do Estado, salvo [...] se os escritos anônimos constituírem o próprio corpo de delito ou provierem do acusado.”<sup>27</sup>

Conclui, então, diante de revelação anônima de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, pela possibilidade do Estado adotar medidas sumárias de investigação, destinadas a esclarecer a idoneidade e verossimilhança da delação, que, se confirmada, dará ensejo à instauração do procedimento formal, diante da observância do postulado da legalidade e do dever da autoridade, consideradas razões de interesse público, de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de fatos criminosos. Os escritos anônimos não justificam, só por si, isoladamente considerados, a instauração da *persecutio criminis*, eis que não podem ser incorporadas formalmente ao processo – salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (solicitação de resgate na extorsão mediante seqüestro; cartas que evidenciam ofensas à honra, veiculam ameaças ou corporificam o *crimen falsi* etc.).

No âmbito do STF, há ainda processo emblemático, pendente de julgamento. Cuida-se do HC 84.827/TO, impetrado em desfavor do relator da notícia crime 359 do STJ, ao argumento de ilegalidade do procedimento deflagrado por denúncia anônima. Em votação da 1ª Turma, o Min. Sepúlveda Pertence apresentou pedido de vista, após a ordem ser concedida nos votos dos Ministros Marco Aurélio, relator, Eros Grau e Cezar Peluso, e denegada pelo Min. Carlos Britto.

Não só na orientação pretoriana; também na doutrina há divergência. Há quem negue validade jurídica à denúncia anônima. Tourinho Filho argumenta que:

26 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 713; MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 128; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 238.

27 Cf. LEONE, Giovanni. *Il Codice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*, p. 562-564.

“... se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os ‘denunciados’ chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingança entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas ‘Bocas dos Leões’ suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno.”<sup>28</sup>

Em sentido oposto, na esteira do magistério de Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, manifestam-se Mirabete e Capez, respectivamente:

“No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na *notitia criminis*, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente.

Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricção, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido *notitia criminis* inqualificada.”<sup>29</sup>

“Não deve haver qualquer dúvida, de resto, sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente à autoridade pública [...].

[...] constitui dever funcional da autoridade pública destinatária da notícia do crime, especialmente a policial, proceder, com a máxima cautela e discricção, a uma investigação preambular no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva. E isto, como se a sua cognição fosse espontânea, ou seja, como quando se trate de *notitia criminis* direta ou inqualificada.”<sup>30</sup>

“Nada impede [...] a notícia *anônima* do crime [...]. Na hipótese, porém, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, especialmente a policial, pro-

28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 218.

29 FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 147.

30 TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, prisão e liberdade*, p. 34-35.

ceder, com a máxima cautela e discricção, a uma investigação preliminar no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva.”<sup>31</sup>

“A delação anônima (*notitia criminis* inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.”<sup>32</sup>

Quanto ao argumento de direito material, temos a lição de Nelson Hungria:

“Segundo o §1º do art. 339, ‘A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto’. Explica-se: o indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um *plus* de pena.”<sup>33</sup>

Percebe-se, claramente, que a melhor interpretação não é encontrada na visão de um único dispositivo constitucional, isoladamente, mas no cotejo do entrelaçamento de valores que defluem do texto constitucional, sistemática e principiologicamente orientado.

## 2.1 A denúncia anônima e a vedação constitucional ao anonimato

A Constituição Federal consagra a liberdade de pensamento e expressão, mas veda, expressamente, a manifestação anônima. Historicamente, a vedação do anonimato parece se dirigir, em especial, à liberdade de crítica, de imprensa, de opinião, viabilizando a responsabilização em face de excessos que atinjam direitos de terceiros: dignidade, honra, imagem, vida privada etc.

Não se pode negar à notícia de crime, endereçada à autoridade por qualquer instrumento de comunicação (telefone, correspondência manuscrita, impressa ou eletrônica etc.), a qualidade de manifestação do pensamento. A rigor, o cidadão que faz uso da prerrogativa da delação, deve-se identificar. Essa é a regra. Não se pode negar, todavia, que em situações peculiares ou excepcionais, o cidadão pode contribuir com a autoridade pública, na defesa dos interesses sociais de controle da criminalidade, sob o anonimato. É o que sucede, por exemplo, nos casos em que a revelação de sua identidade poderia comprometer concretamente sua própria segurança, não havendo efetividade, nesses casos, dos programas oficiais de proteção de testemunhas.

Há situação de colisão de interesses jurídico-constitucionais, que deve ser afastada pelo critério da *proporcionalidade*. Nesse caso, a limitação a direito individual do delatado só tem razão de ser se a delação materializar valores igualmente relevantes do sistema constitucional.

No processo de elaboração e conceituação do princípio da proporcionalidade, consagrou-se a idéia de que o exercício do poder-dever estatal é limitado, justificando-se restrições a

31 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 87.

32 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 78.

33 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 466.

direitos individuais somente por razões de *necessidade, adequação e prevalência do valor* a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido. Além disso, a medida restritiva deve ser imposta, quando a lei o exigir, por decisão judicial, sempre motivada, em qualquer caso, pelas circunstâncias concretas.<sup>34</sup>

Daí se pode registrar, numa primeira análise, que a notícia anônima de crime viola, em tese, o disposto no art. 5º, IV, da CR/88 e, como tal, não pode fundamentar, isoladamente, a instauração de inquérito policial ou a determinação judicial de medida que restrinja direito constitucionalmente assegurado (inviolabilidade do domicílio, do sigilo fiscal, bancário, das comunicações telefônicas, de dados etc.). Isso não significa, embora possa parecer paradoxal, que toda e qualquer notícia anônima de crime seja desconsiderada pela autoridade destinatária. Ao contrário, recebendo delação anônima, a autoridade tem o dever de verificar seu conteúdo e sua procedência – leia-se, verossimilhança das informações –, mediante a utilização de recursos ordinários de investigação que não violem frontalmente as liberdades públicas instituídas constitucionalmente. Confirmada a fidedignidade da delação, o procedimento formal será deflagrado, desvinculando-se a instauração e os conseqüentes elementos de convicção da notícia anônima original.

Com essa interpretação, o princípio da proporcionalidade não esvazia o conteúdo garantista das liberdades constitucionais. Ao contrário complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito, harmonizando os interesses constitucionais aparentemente conflitantes.<sup>35</sup>

### 3 A DENÚNCIA ANÔNIMA E A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À OBTENÇÃO ILÍCITA DE PROVAS

O art. 5º, LVI, da CF/88, proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A vedação alcança tanto as provas obtidas com violação à norma de direito material (prova ilícita propriamente dita) quanto de direito processual (prova ilegítima). O sistema consagrado entre nós, no processo, é o do livre convencimento motivado, em que não há hierarquia prévia dos meios de prova. A liberdade probatória e o livre convencimento encontram na Constituição, porém, a limitação de seu alcance.

Uma prova, embora tomada e considerada em si mesma como lícita, *a priori*, não se reveste de idoneidade jurídica como meio de convencimento válido do Julgador, se a ela se chegar por intermédio de outra prova, sendo esta, a precedente, obtida ilicitamente. Nesses casos, ainda que em prejuízo da verdade material, mas na afirmação do interesse coletivo de respeito às liberdades públicas, deve ser descartada e repudiada – por mais relevantes que sejam os fatos nela consubstanciados.<sup>36</sup>

Embora com repúdio de setor significativo da jurisprudência pátria,<sup>37</sup> advoga-se a aplicação do princípio da proporcionalidade para que a prova obtida por meio ilícito seja considerada, em hipóteses de caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao argumento de que nenhuma liberdade pública é absoluta. Seria possível, portanto, excepcionalmente, ponderar

34 A doutrina aponta dois pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um, formal, o da legalidade; outro, material, o da justificação teleológica (a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional) Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 53-54.

35 Cf. Suzana de Toledo Barros apud idem.

36 STF, Ação Penal 307-3/DF, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 13.10.1995. No mesmo sentido o voto do Min. Celso de Mello.

37 STF, HC 74.678/DF, 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, Informativo n. 75.

bens em conflito, prestigiando-se interesses de maior envergadura social em detrimento de individuais mais estreitos, como intimidade, sigilo de dados, liberdade de comunicação etc.<sup>38</sup> Essas garantias são estabelecidas para o exercício de direitos, não para instrumentalização de crimes.

Várias “inviolabilidades” são previstas na Constituição como garantias de resguardo de direitos fundamentais: intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5º, XII e XLIX), domicílio (art. 5º, XI), sigilo das comunicações e dos dados (art. 5º, XII). A violação dessas garantias, se empreendida na persecução penal, renderia ensejo à formação de prova ilícita. Antônio Scarance Fernandes, sobre o tema, comenta:

“Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos.”<sup>39</sup>

Do confronto entre a vedação da prova obtida por meio ilícito e a proibição do anonimato, ambas erigidas ao plano constitucional, conclui-se que à delação anônima não se pode emprestar qualquer valor probatório. O raciocínio contrário representaria o aniquilamento do conteúdo da norma constitucional e, conseqüentemente, de garantia individual fundamental, o que não se admite, ainda que ao argumento da proporcionalidade.

De outra banda, não se pode olvidar que, em casos excepcionais, o cidadão não pode contribuir com a apuração de crimes, alguns com severa danosidade social, identificando-se. O Estado não pode, a seu turno, prescindir dessa cooperação.

Nesse sentido, aí sim com a aplicação legítima do princípio da proporcionalidade, a despeito de não possuir, propriamente, valor probatório, a denúncia anônima é instrumento válido para deflagração do poder investigativo do Estado. Sem que, a partir dela, isoladamente, determine-se a abertura de inquérito, autorizem-se medidas judiciais restritivas de garantias constitucionais ou formule-se em juízo a pretensão punitiva.

Se a delação anônima não tem valor probante, também não se submete, por outro lado, ao crivo da vedação à obtenção ilícita de provas. Noutras palavras, a conjugação dos incisos IV e LVI do art. 5º da Constituição Federal impede a consideração da delação anônima para a

38 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 124.

39 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 83-84.

formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo. Obviamente, as provas reunidas durante a investigação serão tomadas desvinculadas da delação anônima, portando analisadas em si mesmas quanto à sua licitude.

### 3.1 Obtenção ilícita de provas e nulidade derivada

O problema que surge da admissibilidade da investigação deflagrada por denúncia anônima diz respeito à aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). Vimos que a denúncia anônima não possui, por si só, força probatória. Não pode fundamentar, isoladamente, sem o apoio em outros elementos de informação – ainda que dela decorrentes – instauração de procedimento formal de investigação criminal sem contrariar o mandamento constitucional que veda o anonimato.

Se a considerássemos prova obtida por meio ilícito, porque contrária à Constituição, ainda assim deveríamos delimitar a consequência da sua imprestabilidade, definindo se haveria contaminação de todas as demais provas dela resultantes.

É pertinente a indagação: incidiria, na hipótese, a comunicabilidade da ilicitude das provas, aplicação do princípio da *consequencialidade* em matéria probatória?

Embora a posição majoritária do STF seja no sentido de que a prova ilícita originária, sendo nula, contamina as provas dela decorrentes,<sup>40</sup> que seriam nulas por derivação, a questão da denúncia anônima deve ser resolvida sob o prisma da ponderação proporcional dos bens conflitantes. Sabemos que as liberdades públicas não podem ser usadas como “escudo protetor” para acobertar a prática de atividades ilícitas.<sup>41</sup>

Não há uma causalidade (ou consequencialidade) inexorável entre a denúncia anônima e as provas produzidas no procedimento investigatório por ela deflagrado. Isso se dá também porque a denúncia anônima não traduz, em si mesma, modalidade probatória. Há, nela, apenas notícia de fato em tese criminoso que pode ser comprovado pelos meios idôneos previstos na legislação. Na denúncia anônima, não temos ofensa direta a qualquer das inviolabilidades públicas asseguradas constitucionalmente (casa, comunicações telefônicas, dados bancários ou fiscais etc.), para além da esfera de intimidade individual.

A denúncia anônima, sobretudo quando traz notícia de fatos de significativa nocividade social, não possui qualquer valor processual em si mesma. Apenas traduz, para a autoridade, o dever de diligenciar, em apuração perfunctória, superficial e sumária, a verossimilhança da informação. Ou seja, implica o dever de averiguar a existência do crime para posterior comprovação de sua materialidade e autoria em sede de investigação criminal formal. O inquérito policial decorrente será instaurado com base nos elementos de informação colhidos nessa “apuração prévia” – *verificação de procedência das informações*, na dicção do Código de Processo Penal.

Essa desvinculação das provas em relação à denúncia anônima originária se estabelece axiologicamente, numa exegese constitucional teleologicamente orientada para a consagração dos valores constitucionais que têm por fundamento a supremacia do interesse público sobre o

40 STF, HC 69.912-0/RS, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.12.1993, DJU 25.03.1994. QO no MS 21.750, 24.11.93, Rel. Min. Carlos Velloso. HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.06.1996, Informativo n. 35. HC 73.351/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 09.05.1996, Informativo n. 30. HC 73.510-0/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 12.12.1997, p. 65.565.

41 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 127.

privado – sem que isso represente, no caso da denúncia anônima, esvaziamento do conteúdo de quaisquer garantias individuais. Noutras palavras, tal hermenêutica se fundamenta no princípio da proporcionalidade, que, no caso, opera a desvinculação – a quebra da causalidade (ou consequencialidade) –, impedindo a contaminação das provas legitimamente reunidas no inquérito policial.<sup>42</sup>

Afinal, não se pode ignorar a existência de um fato ilícito somente em função da procedência do seu conhecimento.<sup>43</sup> A denúncia anônima não é prova, mas notícia de fato criminoso que se pode (ou não) validamente comprovar. Não há vício de origem capaz de contaminar toda a persecução.

A verificação da procedência das informações autoriza o descarte da delação, substituindo-a por completo, de modo que as investigações formalmente instauradas nascem desvinculadas, normativamente (à luz da proporcionalidade), da notícia inaugural, em homenagem ao interesse social de apuração dos fatos criminosos.

No que diz respeito à denúncia anônima, desde que respeitados determinados parâmetros e observados certos critérios, de acordo com o raciocínio que vem sendo estruturado até aqui, não há o risco de sua aceitação constituir estímulo à violação de garantias individuais fundamentais, como ocorreria, por exemplo, na admissão de confissão obtida por tortura, de prova testemunhal prestada em escuta telefônica clandestina etc.

A prevalecer tese contrária, bastaria que o criminoso providenciasse sua denúncia anônima ou formulasse, ele próprio, auto-acusação anônima para impedir o sucesso da investigação contra sua pessoa, pois tudo que viesse a ser produzido seria considerado ilícito em virtude de contaminação – no caso, forjada.<sup>44</sup>

Por fim, vale lembrar que o nexos que une a notícia de crime, os elementos de formação da *opinio delicti* no inquérito e as provas no processo é normativo. Da mesma maneira, na teoria do Direito Processual, o liame entre uma prova e outra, dela derivada, não é ontológico. O princípio da proporcionalidade, assim, atua como elemento de aperfeiçoamento e interpretação axiológica do nexos entre as provas, desvinculando, normativamente, a notícia de crime das provas produzidas na persecução penal.

Há, assim, no tema da denúncia anônima, uma relativização da teoria dos frutos da árvore venenosa, não sua negação. Com isso estabelecemos, no plano teórico, o princípio da incomunicabilidade normativa da ilicitude das provas em referência à notícia do crime, por atuação do postulado da proporcionalidade.

#### 4 CRITÉRIOS DE VALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES ORIGINADAS DE DENÚNCIA ANÔNIMA

##### 4.1 Necessidade de registro e controle da notícia anônima pelos órgãos de Defesa Social: anonimato ou sigilo?

Quem delata (apresenta *notitia criminis*), dando causa à abertura de inquérito policial, exerce um direito (art. 5º, II e §§1º e 5º, CPP), e exercendo regularmente esse direito, não

42 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134.

43 STJ, HC 38.093, rel. Min. Gilson Dipp.

44 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 89.

pratica crime, sendo suficiente a verdade subjetiva para afastar o dolo, como leciona Bitencourt.<sup>45</sup> Com efeito, o legislador não poderia incriminar conduta identificada pelo exercício regular do direito de petição.

Por outro lado, quando o agente dá causa a instauração de inquérito em desfavor de sujeito passivo determinado, conhecendo sua inocência e imputando-lhe a prática de crime, pratica infração contra a administração da justiça. A norma constitucional que veda o anonimato é concretizada, no plano infraconstitucional, para os fins do direito penal, com a responsabilidade do denunciante caluniador, assim entendido, na dicção do art. 339 do Código Penal, quem dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente. Se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto, a pena é aumentada (§1º).

Isso nos leva à conclusão de que a autoridade pública que recebe notícia de crime deve providenciar o registro da qualificação do delator, quando se identificar, ou dos dados acessíveis quando da transmissão da notícia, para a hipótese de necessidade futura de identificação, de acordo com o meio utilizado para a comunicação do fato.

Se o Poder Público fomenta a participação da comunidade na apuração de crimes e identificação de seus autores, mediante serviços especiais (disque-denúncia, sítios na internet etc.), deve estruturá-los em obediência à legislação. Vale dizer, primeiro deve informar ao cidadão se a notícia anônima de crime será admitida e verificada. Deve, além disso, diferenciar entre as hipóteses em que não é necessária a identificação do delator e as que sua identificação será mantida sob sigilo. Finalmente, nos dois casos, deve manter registro da origem da notícia, de acordo com os recursos tecnológicos compatíveis (como endereço eletrônico do remetente de e-mail, número de telefone identificado e gravação da chamada originada etc.).

Essas providências mínimas, de um lado, permitiriam a comprovação de que a notícia do crime foi espontaneamente apresentada por qualquer do povo, desestimulando a produção de prova ilegal e clandestina pelo aparato policial (como escutas telefônicas desautorizadas etc.), que poderiam ser artificialmente transformadas em denúncias anônimas. De outro, possibilitariam investigações futuras de identificação do delator, para a hipótese de sua responsabilidade por denúncia caluniosa.

Caso contrário, a norma do §1º do art. 339 do CP seria letra morta.

#### 4.2 Necessidade de verificação de procedência das informações

A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria.

Embora a regra seja a publicidade dos atos processuais, aí incluído o inquérito policial, é da essência da investigação ser ela sigilosa. A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade de investigação, ressalvadas as hipóteses constitucionais de “inviolabilidades”. Ou seja,

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 517.

a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas etc., mas poderá efetuar levantamentos de campo, infiltrar agentes, realizar campanhas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes.

Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.

#### **4.3 Denúncia anônima como fundamento de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados bancários ou fiscais e medidas assecuratórias**

O ordenamento jurídico-constitucional protege de violação vários interesses, erigidos, então, ao ápice da hierarquia das normas. É o que acontece com a casa, com a privacidade das comunicações, com os dados bancários, fiscais, patrimoniais etc. Algumas encontram disciplina legal específica, outras se incluem na previsão genérica da proteção da vida privada e da intimidade (art. 5º, X, CR/88). Esses interesses ou bens, integrantes do patrimônio jurídico do cidadão, não são protegidos de maneira absoluta, a despeito da inclusão no nível constitucional.

Sempre que houver necessidade de preservar outro bem de maior valor, também amparado constitucionalmente, a aferição da justa causa para violação será apreciada em cada caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A própria Constituição autoriza a busca e apreensão domiciliar precedida por ordem judicial e executada durante o dia, embora a casa seja o asilo inviolável do indivíduo. A interceptação telefônica, admitida pela Constituição Federal nos termos da lei (art. 5º, XII, CR/88), tem suas hipóteses de admissibilidade reguladas pela Lei n. 9.296/96.

Em todos os casos em que a Constituição assegura determinado interesse com a cancela da inviolabilidade, a denúncia anônima não pode fundamentar decisão judicial em sentido oposto, ressalvadas hipóteses excepcionadíssimas. É que a busca e apreensão cumprida em domicílio, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados de uma maneira geral, exigem um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa.

Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o Juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição de mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo. O mesmo raciocínio se aplica à interceptação telefônica, mormente porque a lei não admite, por disposição expressa (art. 2º, Lei n. 9.296/96), a determinação judicial da medida quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham a inviolabilidade constitucionalmente assegurada.

Também às medidas assecuratórias previstas no art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal se aplica a assertiva da impossibilidade de deferimento com base em notícia

anônima, exclusivamente. Tais medidas são autênticas *cautelares*, que reclamam, por isso, demonstração *in concreto* de sua necessidade. Necessidade que se apóia na presença de indícios veementes (art. 126, CPP) ou, na expressão genérica aplicável às medidas instrumentais correlatas, “fumaça do bom direito”. O regime das medidas acautelatórias, por isso, é incompatível com a determinação judicial apoiada apenas em denúncia anônima.

#### 4.4 Denúncia anônima e prisão provisória

Denomina-se prisão provisória a prisão de natureza cautelar, decretada durante a persecução criminal; não se pode confundir, aqui, a privação provisória da liberdade com a “pena” privativa de liberdade (a prisão como sanção jurídica prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora). A finalidade da prisão provisória, em suas diversas modalidades, é de índole processual, devendo ser examinada, portanto, mediante fundamentos e princípios próprios, fora da teoria da pena, que é aspecto atinente à parte geral do Código Penal.

O Código de Processo Penal de 1942, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória. Com as alterações posteriores, entre elas as decorrentes do advento da CR/88, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a prisão.

A doutrina aponta cinco modalidades de prisão provisória:<sup>46</sup> flagrante (art. 301 e segs., CPP); preventiva (art. 311 e segs., CPP); em virtude de pronúncia (art. 408, § 1º, CPP); decorrente de condenação recorrível (art. 393, I, e 594, CPP); e temporária (Lei n. 7.960/89). As duas primeiras (flagrante e preventiva) encontram-se previstas no título IX do Código de Processo Penal. Todavia, ainda àquelas previstas fora do título IX (“da prisão”), aplicam-se as disposições gerais do capítulo I do Título IX.

A prisão pode ser cumprida a qualquer momento (dia ou noite), respeitadas as normas sobre inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF/88): a casa é asilo inviolável, salvo hipóteses de flagrante, desastre, socorro e ordem judicial (durante o dia).

Pode a prisão provisória ocorrer com apoio exclusivo em denúncia anônima?

##### 4.4.1 Denúncia anônima e prisão em flagrante

A Constituição Federal prevê a prisão em flagrante, sem, contudo, explicitar-lhe o conteúdo. A elaboração do *tipo processual*, portanto, é deixada a cargo do legislador infraconstitucional – sendo recepcionado, então, o art. 302 do CPP. O elemento temporal é essencial à configuração do estado de flagrância que autoriza a prisão. Verifica-se que os incisos do art. 302 do CPP dilatam, progressivamente, o limite temporal caracterizador do flagrante delito.<sup>47</sup>

Presente a tipicidade processual, ou seja, se a situação de fato se amolda à descrição abstrata da lei processual, a prisão será legal; do contrário, ilegal, independente dos elementos de convicção coletados por ocasião da confecção da lavratura do respectivo auto pela autoridade poli-

46 Prisão provisória é o gênero que tem como espécies as cinco modalidades aqui expostas. Deve-se observar que “prisão especial” é uma modalidade não de prisão provisória, mas de cumprimento de prisão provisória. Pode ser acolhida, ainda, como sucedâneo da prisão provisória, e está prevista no art. 295, do CPP, (além de outras leis extravagantes), em dispositivo de duvidosa constitucionalidade.

47 Não é supérfluo frisar que o limite de 24h consolidado na cultura popular não corresponde à apreciação técnica do flagrante.

cial. Da mesma forma, se a seqüência procedimental prevista no art. 304 do CPP for desrespeitada, a prisão em flagrante também será viciada,<sup>48</sup> em ofensa ao princípio da legalidade das formas.

Se a autoridade recebe denúncia anônima de que um crime está sendo cometido em determinado lugar, acessível ao público, deve comparecer ao local, verificando a procedência das informações. Constatada a prática de crime e presente o aspecto temporal do flagrante, caracterizado por qualquer dos incisos do art. 302 do CPP, a prisão será válida. Idêntico raciocínio se aplica no caso de denúncia anônima de prática de crime no interior de residência, haja vista que a própria Constituição autoriza a violação do domicílio quando há situação de flagrante delito.

Na prática, porém, a autoridade deve atuar com redobrada cautela, pois não terá como verificar a procedência das informações ingressando na residência contra a vontade de seu morador. Na hipótese corriqueira, por exemplo, de denúncia anônima de tráfico ilícito de drogas em residência, deve a autoridade certificar-se de que há indícios de mercancia no local, por meio de diligências sigilosas nas imediações, materializando-os *a posteriori* (comunicação de serviço circunstanciada dos investigadores, registro em boletim de ocorrência policial de busca pessoal em supostos usuários etc.). Com apoio nesses indícios concretos, recomenda-se que represente pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar. Ainda que pudesse ingressar na residência para efetuar prisão em flagrante dos responsáveis pelo tráfico, no caso de não ser apreendida a droga, prejudicada a materialidade, prejudicada estaria também a legalidade da medida, acarretando inclusive responsabilidade por abuso de autoridade.

#### 4.4.2 Denúncia anônima e prisão preventiva

Nos limites estritos do CPP, instrução criminal é o lapso compreendido entre o recebimento da denúncia e a audiência das testemunhas arroladas pela defesa (art. 394, CPP). Como a prisão preventiva é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou “da instrução criminal”, para os fins da prisão preventiva, o entendimento acerca da instrução criminal é alargado, passando a compreender todo o processo criminal.

Para que seja validamente decretada, devem-se atender certos *requisitos legais* (art. 313, CPP): a) crime *doloso* apenado com reclusão; b) crime doloso apenado com detenção, desde que o acusado seja vadio, não identificado ou reincidente em crime doloso. Há necessidade de atendimento, também, aos *pressupostos* (art. 312, parte final, CPP): a) prova da existência do crime; b) indícios suficientes de autoria. Presentes os requisitos e satisfeitos os pressupostos, a autoridade judicial deverá demonstrar a necessidade pelos *fundamentos* (motivos)<sup>49</sup> ensejadores

48 Confrontando o estudo da prisão provisória com o da liberdade provisória, convém notar que a prisão ilegal deve ser atacada com o pedido de “relaxamento de prisão em flagrante” (ou, eventualmente, *habeas corpus*), restituindo-se ao preso sua liberdade genuína e incondicional (não provisória). A prisão legal (flagrante) poderá ser desfeita com o pedido de “liberdade provisória – com ou sem fiança” (eventualmente, *habeas corpus*). Já a prisão preventiva, insubsistentes os requisitos ou os motivos de sua decretação, desafia o pedido de “revogação da prisão preventiva” (eventualmente, *habeas corpus*). Percebe-se que o *habeas corpus* (ação autônoma de impugnação, de índole constitucional) é cabível sempre que se verificar restrição (ou ameaça) ilegal ao *status libertatis*.

49 A fundamentação, portanto, é vinculada. O legislador restringe o poder geral de cautela do juiz, restringindo as hipóteses de fundamentação jurídica indispensável à legalidade da medida. O juiz, para decretar a prisão preventiva, está adstrito à demonstração de que o fundamento fático contido nos elementos de convicção coligidos no processo corresponde a um dos fundamentos de direito, não podendo ampliar o elenco nem se pautar em conjecturas.

da medida (312, CPP): a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal.

Como visto, os pressupostos da prisão preventiva são incompatíveis com a denúncia anônima. Com efeito, ainda que se pudesse admitir que a notícia de crime viesse acompanhada de elementos que comprovassem a materialidade, exigem-se indícios suficientes de autoria. A notícia de crime veiculada em denúncia anônima, por contrariar o texto constitucional, não possui idoneidade intrínseca capaz de indiciar suficientemente seu autor, de modo a ensejar diretamente a decretação da prisão preventiva.

Imagine-se uma investigação criminal em curso, realizada durante a regular e formal tramitação do inquérito. Surge denúncia anônima atribuindo a autoria do crime sob investigação a determinada pessoa. Cabe, com base exclusivamente nessa notícia, a decretação da prisão preventiva? A resposta que se impõe é negativa, nada impedindo que a verossimilhança da informação seja apurada, até com intimação do “suspeito” para declarações formais no inquérito, se conveniente. Em suma, a notícia anônima de autoria não é indício, mas permite a busca de elementos que a confirmem ou neguem, produzindo-se, a partir daí, validamente as provas necessárias à demonstração da imputação.

#### 4.4.3 Denúncia anônima e prisão temporária

Raciocínio semelhante se aplica à prisão temporária. A prisão temporária é fundada num juízo de suspeição, para viabilidade da investigação criminal.

Cabe prisão temporária,<sup>50</sup> nos termos da Lei n. 7.960/89: a) quando imprescindível para a investigação (art. 1º, I); b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II); c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação, de autoria ou participação do indiciado em homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão e extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, quadrilha ou bando, genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro (art. 1º, III).

A interpretação majoritária recomenda a exegese do instituto em conformidade com a Constituição Federal. Assim, prevalece o entendimento de que os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89 não constituem tipos processuais autônomos. Assim, o requisito previsto no inciso III do art. 1º da lei seria de incidência obrigatória, atuando cumulativamente com qualquer dos outros dois.

Estabelece-se, a partir desse prisma, um quadro comparativo entre a prisão temporária e a prisão preventiva. As hipóteses legais da prisão temporária estão previstas no art. 1º, III, da lei específica (rol de crimes); da prisão preventiva no art. 313, do CPP. Os pressupostos da temporária são fundadas razões, na prova, quanto a um dos tipos previstos no art. 1º, III, e suspeição concreta de autoria; da preventiva são a prova da existência do crime e indícios sufici-

---

50 A prisão temporária pode ser decretada pelo juiz, mediante representação da autoridade policial (ouvindo-se o MP) ou do Ministério Público, por 05 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período (art. 2º, Lei 7.960/89) – ou 30 (trinta) dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo, em se tratando de crime hediondo ou equiparado (art. 2º, §3º, Lei 8.072/90). A prorrogação, em qualquer hipótese, só é admitida em caso de extrema e comprovada necessidade. A prisão, obviamente, só pode ser executada após sua decretação e correspondente expedição de mandado. Decorrido o prazo da temporária, se não prorrogada ou convertida em preventiva, deve o preso ser imediatamente colocado em liberdade pela autoridade policial, comunicando-se ao Juiz.

entes de autoria. Os motivos que autorizam a temporária são aqueles previstos no inciso I ou II da Lei n. 7.960/89; os que autorizam a preventiva são aqueles do art. 312 do CPP.

A exigência de que haja fundadas razões de autoria revela-se incompatível, de plano, com a denúncia anônima de autoria. Nada impede, ao contrário se recomenda, que as informações dela constantes sejam verificadas e, se confirmadas num juízo de verossimilhança, venham a fundamentar representação pela prisão temporária.

#### 4.4.4 Denúncia anônima e prisão decorrente de condenação recorrível ou de pronúncia

O art. 393, I, do CPP, estabelecia, no sistema original, a prisão como efeito da sentença condenatória (“conservado na prisão”). A prisão era mantida, mas ocorria a “mudança do título”: a prisão que até então era preventiva (cautelar) se convertia em efeito da sentença; deixava, portanto, de ser preventiva.

Porém, a Lei n. 5.941/73 alterou o art. 594 do CPP, sem que qualquer modificação ocorresse no dispositivo do art. 393, I. Logo, deveriam ser conjugados. O efeito da sentença não ocorreria quando: a) o sujeito se livrasse solto; b) o sujeito fosse reconhecido na sentença primário e de bons antecedentes; c) prestasse fiança.<sup>51</sup> Fundamentalmente, passa a haver essa restrição: não pode recorrer em liberdade, salvo quando se reconhece, na sentença, que é primário e possui bons antecedentes.

Se a prisão é efeito da sentença condenatória, não haveria necessidade de fundamentação: este era o espírito da lei. Com o advento da CR/88, determina-se a fundamentação de todas as decisões, além de se erigir, em sede constitucional, o princípio da presunção de inocência.

Na doutrina, a natureza da medida é controvertida:<sup>52</sup> a) efeito automático da condenação recorrível; b) medida cautelar obrigatória; c) execução provisória da pena; d) regra procedimental condicionante da apelação; e) prisão de natureza processual; f) prisão de natureza cautelar. O entendimento majoritário é no sentido de que se trata de medida cautelar. Damásio E. de Jesus<sup>53</sup> e Weber Martins Batista<sup>54</sup> concluem pela necessidade de recolhimento à prisão como condição para apelar, admitindo-se a presunção (legal) de periculosidade do condenado. Cuidase de “necessidade abstrata” baseada em critérios legislativos: obrigatoriedade da prisão (efeito automático da condenação recorrível) que subtrai do juiz a verificação concreta da necessidade da medida a partir do *periculum libertatis*.

Luiz Flávio Gomes aduz que “a prisão derivada de sentença recorrível só pode ter natureza cautelar (...)”.<sup>55</sup> No mesmo passo, Frederico Marques salienta que “não sendo execução provisória, apenas medida cautelar, na verdade se traduziria em autêntica prisão preventiva obrigatória, o que também viola o princípio constitucional de inocência”.<sup>56</sup>

51 A análise da fiança (logicamente em crime afiançável) só é feita subsidiariamente, no caso do sujeito que não é primário ou não tem bons antecedentes; primário e de bons antecedentes, então, sempre recorre em liberdade.

52 IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000.

53 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, p.23.

54 *Idem*, p. 22.

55 *Idem*, p. 31.

56 *Idem*, p. 25. V. Súmula 9 do STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”

Com efeito, observa Afrânio Silva Jardim<sup>57</sup> que a prisão para apelar não possui, tecnicamente, característica cautelar: a) não há vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação condenatória, é o próprio acolhimento da pretensão punitiva; b) é a própria pena pleiteada na denúncia, aplicada sob condição resolutiva; c) não visa, na sistemática do CPP, à prevenção de prováveis danos (*periculum in mora*); d) a sentença condenatória sequer deriva de cognição sumária (*fumus boni juris*), mas é o exame do próprio mérito da pretensão punitiva – afirmação do *jus puniendi* estatal; e) a marca da provisoriedade é mitigada, em que pese a condição resolutiva; f) e principalmente não há conotação da instrumentalidade.

Tourinho Filho,<sup>58</sup> posto defenda a cautelaridade da medida, admite que, quando da elaboração do CPP, considerava-se tal prisão como uma provisória execução da pena (art. 669, I); todavia, com a LEP (art. 105), exige-se trânsito em julgado para o início da execução. Conclui o eminente processualista, então, que até o advento da LEP tínhamos execução provisória da pena; depois da CR/88, tal concepção afronta a presunção de inocência.

Rogério Lauria Tucci<sup>59</sup> aduz que não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar (flagrante, preventiva e temporária) com a de natureza processual. A derivada de sentença recorrível (e a de pronúncia) tem por pressuposto o proferimento de ato decisório. E conclui: somente quando for o caso de prisão provisória tipicamente cautelar é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional (art. 5º, LVII).

No cotidiano forense, é amplamente majoritário o entendimento de que o tema da prisão provisória (em qualquer de suas modalidades, inclusive em decorrência de condenação recorrível) submete-se à análise da necessidade cautelar da medida, sujeitando-se, então, aos fundamentos da cautelaridade e excepcionalidade: prisão como instrumento assecuratório do processo.

A técnica utilizada para a prisão em decorrência de pronúncia é a mesma para a decorrente de condenação recorrível, ressalvadas as particularidades. Ou seja, numa como noutra defende-se que a prisão é cabível diante dos fundamentos previstos em lei para a prisão preventiva, indicativos de necessidade e cautela. Enquanto no primeiro caso há sentença condenatória de mérito, no segundo há decisão de admissibilidade da acusação, diante de prova da existência de crime doloso contra a vida e de indício suficiente de sua autoria.

Destarte, tanto a prisão decorrente de condenação recorrível quanto de decisão de pronúncia dependem de apoio no conjunto probatório validamente reunido na instrução criminal. Não há espaço para condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, que, como será visto adiante, não tem valor probatório autônomo. Se não há condenação ou pronúncia com base em denúncia anônima, é lógico que não pode haver seus corolários, expressos nas duas modalidades de prisão ora analisadas.

#### 4.5 Valor probatório da denúncia anônima

A manifestação de vontade sob o anonimato, se analisada isoladamente, contraria frontalmente o texto constitucional.

Isso é o que basta para concluirmos que a denúncia anônima não possui valor probatório e não pode, por isso mesmo, influenciar validamente a formação da convicção do Juiz. Entre-

57 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, p. 276.

58 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 28.

59 *Idem*, p. 30.

tanto, tal assertiva não equivale a dizer que a denúncia anônima, em qualquer circunstância ou contexto, seja inconstitucional e absolutamente imprestável aos fins da persecução penal.

A denúncia anônima tem caráter meramente informativo, capaz de deflagrar o exercício legítimo do poder de polícia investigativa (judiciária) do Estado. As provas produzidas em procedimento instaurado a partir de denúncia anônima nascem desvinculadas de sua origem, por força do princípio da proporcionalidade.

Com a verificação da procedência da informação veiculada na denúncia anônima, imperativo que se impõe à autoridade pública como dever constitucional, a notícia de crime originalmente apresentada é descartada e integralmente substituída pelas novas informações, autênticos elementos de convicção aptos à formação da *opinio delicti*. Essas informações irão fundamentar a instauração do procedimento formal, a futura ação penal, a instrução processual e assim sucessivamente.

Não há nulidade original que pudesse contaminar todo o procedimento porque a verificação da procedência das informações contidas na denúncia anônima é, em si, constitucional, fruto de interpretação constitucional que supera colisão de interesses jurídicos de idêntica estatura.

Ao se negar valor e força probatória à denúncia anônima, em suma, define-se que ela não exerce diretamente nenhuma conexão entre a persecução penal e a imputação nela inserida, permanecendo, no processo, alheia ao mérito, desprovida de *status* processual autônomo e despidida de qualquer reflexo de direito material.

## 5 CONCLUSÕES

- a manifestação anônima de vontade é inconstitucional, mas a denúncia anônima nem sempre viola a Constituição, de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade;
- a denúncia anônima não autoriza, isolada e imediatamente, a instauração da persecução criminal; ou seja, não pode deflagrar e fundamentar, por si só, a instauração de procedimento investigatório;
- a mediação entre a denúncia anônima e a instauração legítima do procedimento investigatório criminal é feita pela verificação da procedência das informações, desde que não ocorra, nesse procedimento prévio informal, violação de liberdades públicas garantidas constitucionalmente;
- a autoridade, ciente da prática de crime por denúncia anônima, tem o dever de apurar, mediante cognição sumária informal, a verossimilhança da informação, reunindo elementos de convicção capazes de fundamentar a instauração formal do procedimento, mantendo-se completa desvinculação da persecução com a peça apócrifa;
- a denúncia anônima não pode servir de base à representação pela determinação judicial de medidas assecuratórias (arts. 125 e 134, CPP), busca e apreensão domiciliar (art. 240, §1º, CPP c/c art. 5º, XI, CR/88) ou quebra de sigilo de dados (fiscais, bancários etc.) ou de comunicações (Leis n. 6.538/78 e 9.296/96 c/c art. 5º, XII, CF/88);
- os escritos anônimos não possuem força probatória nem podem ser incorporados formalmente ao processo, salvo quando produzidos pelo acusado ou quando constituírem elementos do corpo de delito;
- a Constituição Federal impede a consideração da denúncia anônima para a formação da convicção do julgador sobre o mérito da imputação, mas não impede que a autoridade pública seja acionada mediante delação anônima para que, verificada a procedência das informações, instaure-se, com base nessa investigação preliminar informal, o regular procedimento inquisitivo;
- ressalvada hipótese de flagrante delito, não pode haver prisão provisória baseada exclusivamente em denúncia anônima, devendo a autoridade, no caso de flagrante, verificar a procedência das informações com redobrada cautela e respeitadas as garantias constitucionais;

- a denúncia anônima não contamina as provas produzidas na investigação e no processo dela decorrentes, desde que observados alguns princípios e critérios;
- as provas produzidas no procedimento deflagrado por denúncia anônima não nascem contaminadas pela ilicitude do anonimato, em virtude da incidência do princípio da proporcionalidade.

## BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncia anônima. In: *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=402>, disponível na internet, acesso em 07.03.2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) et alii. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Ed. RT, 1994
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958
- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prisão decorrente de condenação recorrível: a opressão jurídica (ilegítima) da liberdade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, n. 96, 2000
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- LEONE, Giovanni. *Il Códice di Procedura Penale illustrato articolo per articolo*. v. 1. Milano: Società Editrice Libreria, 1937
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997
- TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980
- VILAS BOAS, Marco Antônio. *Processo Penal Completo*. São Paulo: Saraiva, 2001

# TIPIFICAÇÃO CONTRAVENCIONAL DA “POSSE DE DROGA ILÍCITA PARA CONSUMO PESSOAL” NA LEI N. 11.343/06: NOVATIO LEGIS IN MELLIUS

RODRIGO IENNACO\*

Promotor de Justiça de Sete Lagoas/MG\*

## 1 INTRODUÇÃO

Desde 1976, os delitos relacionados à circulação de substâncias entorpecentes, capazes de causarem dependência física ou psíquica, estão disciplinados na Lei n. 6.368, que agora será revogada por disposição expressa do art. 75, da Lei n. 11.343/06, publicada no *DOU* de 24/8/06, com *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 74).

Quando a lei nova adquirir eficácia jurídica, entrarão em vigor dispositivos que produzirão autêntica revolução na matéria, do ponto de vista material e processual.

No presente trabalho, preocupa-nos apenas instigar o debate sobre o tratamento jurídico conferido à “posse de drogas ilícitas para consumo próprio”, em atenção ao art. 28 da Nova Lei de Tóxicos e à adesão explícita, por parte do legislador pátrio, à política criminal de redução de danos no tratamento a ser dispensado ao usuário, doravante (art. 19, III e VI, da Lei n. 11.343/06).

Antes, faz-se necessária uma breve digressão à Teoria Geral do Delito...

## 2 SOBRE OS CONCEITOS DE CRIME E DE CONTRAVENÇÃO PENAL

O delito é uma construção jurídico-penal, embora possa ser objeto de estudo de várias ciências, como a psicologia, a criminologia, a sociologia, a medicina legal etc.<sup>1</sup> O estudo do crime, portanto, deve começar pela definição de seu objeto de estudo, o conceito de fato punível.<sup>2</sup>

Diversos são os sistemas para a conceituação de crime. Longe de esgotar a matéria, convém uma breve nota, a título ilustrativo.

Numa análise meramente *formal* (ou nominal<sup>3</sup>), crime é o que a lei prevê como tal;<sup>4</sup> ou seja, formalmente, crime é conduta humana que contraria a lei penal.

\* Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor do curso de pós-graduação em Ciências Penais da UFJF. Coordenador do site [www.direitopenalvirtual.com.br](http://www.direitopenalvirtual.com.br).

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 147.

2 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 1.

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, v. 1, p. 147.

4 O rol de perspectivas conceituais, aqui apresentado, não é exaustivo. Ariel Dotti, v.g., cataloga os conceitos: a) *jurídico-legal*, “o crime é o fato definido como tal pela lei”. E salienta que o conceito assim posto revela, também,

Ainda, pode o crime ser definido como uma conduta humana que lesiona ou expõe a perigo de lesão bem jurídico penalmente tutelado<sup>5</sup>, de caráter individual, coletivo ou difuso.<sup>6</sup> A concepção *material* (ou substancial), destarte, tem seu fulcro no princípio da “proteção de bem jurídico”,<sup>7</sup> identificando-se com a conduta humana geradora de “danosidade social”.

Sob o prisma *analítico* (dogmático ou operacional<sup>8</sup>), crime é um comportamento típico, ilícito e culpável.<sup>9</sup> A punibilidade, como consequência jurídica do crime, é a possibilidade concreta de aplicação da pena.<sup>10</sup>

Por outro lado, questão pouco explorada até então na doutrina diz respeito ao conceito legal de crime.

Com efeito, muitos são os termos utilizados para a designação do fato relevante para o Direito Penal: *infração*, *delito*, *contravenção*, *crime*. O termo “infração” é o mais genérico, indicando a violação do comando jurídico-penal, abrangendo o “crime”<sup>11</sup> (ou “delito”) e a “contravenção”. Entre nós, não há razão para distinção entre *delito* e *crime*, toma-

---

um aspecto meramente formal, identificando e limitando o objeto da Criminologia aos fatos que o sistema positivo declara delituosos. Esta perspectiva positivista ainda guardaria adeptos, como os representantes da Criminologia Socialista; b) *natural*, “o crime é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.”, sendo que tal definição, elaborada por Rafael Garofalo, um dos líderes da Escola Positiva, não alcançou prestígio científico; c) *radical*, “o crime é toda violação individual ou coletiva dos direitos humanos”, conceito introduzido pelos adeptos da Criminologia Radical, transcendente do critério da *estadualidade* e que, portanto, liberta a criminologia das servidões das ordens politicamente impostas; d) *sociológico*, “o crime é o comportamento socialmente desviado que produz um dano ou perigo de dano”, baseando-se a concepção na *deviance* como violação ou ruptura de padrões de comportamento comunitário (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 299-300).

- 5 Nesse sentido, BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*, p. 195 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 80.
- 6 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, v. 1, p. 148.
- 7 A respeito, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral, v. 1, p. 82-84.
- 8 Juarez Cirino dos Santos, citando Schwendinger, leciona que “as definições de um conceito podem ter natureza *real*, *material*, *formal* ou *operacional*, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada.” E complementa, com apoio em Jescheck e Weigend: “definições *reais* explicariam a gênese do fato punível, importante para delimitar o objeto de estudo da criminologia; definições *materiais* indicariam a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesão de bens jurídicos capaz de orientar a formulação de políticas criminais; definições *formais* revelariam a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com pena; enfim, definições *operacionais* identificariam os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 1-2).
- 9 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 80; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 79 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral, v. 1, p. 142.
- 10 Assis Toledo, citando Tourinho Filho, escreve que a punibilidade é uma nota genérica de todo o crime, ao passo que este, quando se apresenta estruturalmente perfeito em todos os seus elementos, é um fato “punível” que reclama necessariamente a pena. A exclusão da punibilidade não suprime a idéia do crime já perfeito; o fato se torna impune, apesar da existência de um crime anteriormente configurado (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 81).
- 11 Modernamente, cresce a preferência, por razões de cunho filosófico-ideológico que servem de supedâneo às respectivas teorias, por expressões como *fato punível*, *injusto penal*, *indiferente penal*. Para uma primeira confrontação entre as idéias de *tipo legal* e *tipo de injusto* (cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 60-63).

dos como sinônimos e reservando-se *contravenção* para infrações de menor gravidade previstas em lei especial, de acordo com o critério legislativo de valoração.<sup>12</sup> Crime e *contravenção* não são, pois, institutos que se possam distinguir ontologicamente,<sup>13</sup> senão axiologicamente, de acordo com a menção do legislador quanto ao grau de reprovação da conduta, realizado *ex ante*.

O conceito de crime, como visto, pode ser aferido sob diferentes prismas. Do ponto de vista *legal*, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-Lei n. 3.914/41) diz que crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção, ou uma destas, cominada, alternativa ou cumulativamente, com pena de multa. *Contravenção* é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. O conceito legal de crime, portanto, presta-se à identificação, dentre as infrações ao Direito, daquelas condutas elevadas ao grau máximo e médio de reprovação pela ordem jurídica, (crimes e *contravenções*, respectivamente). Sabido que *crime e contravenção*, em essência, não se distinguem. Porém, *o elemento característico de ambas categorias, em contraposição às infrações de natureza administrativa, é a pena cominada em abstrato no preceito secundário da norma incriminadora ou contravencional.*

Mesmo a reforma penal de 1984 não alterou esse paradigma. O item 40 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do CP salienta que o projeto levado a cabo com a Lei n. 7.209/84 adota as penas restritivas de direito como *substitutivas* da pena privativa de liberdade, como se vê no caput do art. 44 do CP. Essa situação não foi alterada com a edição da Lei n. 9.714/98, que apenas ampliou o elenco das penas substitutivas e as hipóteses de sua aplicação na sentença, sempre após a fixação da pena privativa de liberdade *in concreto*.

A pena privativa de liberdade, além de identificar uma infração penal e distinguir o crime da *contravenção*, é adotada como único parâmetro para a verificação da prescrição, seja pelo máximo da pena cominada em abstrato, seja pela pena concretizada na sentença (ainda que substituída por pena restritiva de direito).

Enquanto a multa é prevista como pena substitutiva para o crime, o art. 5º da LCP (Dec.-Lei 3.688/41) a reconhece como pena principal, sendo a sanção principal cominada às *contravenções* dos arts. 20, 22 *caput* e §1º, 29, 30, 32 (revogado), 37, 38, 43, 44, 46, 49, 50 §2º, 57, 61, 66 e 68 *caput* do referido diploma normativo. Evidente que a conversão da pena de multa em prisão simples em caso de inadimplemento, outrora admitida pelo art. 9º da LCP, resta impossibilitada diante da redação conferida ao art. 51 do CP pela Lei n. 9.268/96.

---

12 Sobre as *contravenções* penais, Ariel Dotti diz que, “além de uma *lei fundamental* dispoendo sobre as *contravenções* penais, *i.e.*, o Decreto-Lei n. 3.688, de 3.10.1941, o sistema contém variados diplomas especiais regulando essa modalidade de infração penal”, sendo “diversificados os interesses protegidos: fé pública, símbolos nacionais, igualdade racial etc. A legislação atinente às *contravenções* penais é também fragmentária e comprometedora de uma eficaz aplicação do sistema penal. Diante da impossibilidade em se promover uma descriminalização radical nesse domínio, mesmo porque advoga-se muito atualmente a necessidade de uma *direito administrativo penal* como meio de prevenção dos ilícitos mais graves, é fundamental reduzir o elenco dessas infrações ao mínimo razoável” (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 14).

13 Ariel Dotti também frisa que “o pensamento clássico em matéria penal não admite diferença ontológica entre crime (ou delito) e *contravenção*. Reconhecendo as insuperáveis dificuldades para demarcar as fronteiras entre tais terrenos de ilicitude, o legislador brasileiro foi pragmático [...]. A distinção entre crime e *contravenção*, portanto, é puramente convencional, vale dizer, resulta da natureza da sanção aplicável a uma e a outra dessas infrações, como declara a LICP” (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 297-298).

### 3 A REVOGAÇÃO DO ART. 16 DA LEI N. 6.368/76 E SEU CONFRONTO COM O ART. 28 DA LEI N. 11.343/06: ABOLITIO CRIMINIS OU TIPIFICAÇÃO CONTRAVENCIONAL?

O art. 16, da Lei 6.368/76, prevê:

“Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”

Trata-se, com efeito, de infração de menor potencial ofensivo, diante da recente redação conferida ao art. 61 da Lei n. 9.099/95, de competência dos Juizados Especiais Criminais, conclusão que, a rigor, já se extraía desde o advento da Lei n. 10.259/01.<sup>14</sup>

Agora, com a iminente revogação da Lei n. 6.368/76 pela Lei n. 11.343/06, temos:

“TÍTULO III – DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINserÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

[...]

CAPÍTULO III – DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

[...]

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

14 Cf. IENNACO DE MORAES, Rodrigo. O crime do art. 16, da Lei 6.368/76, é infração penal de menor potencial ofensivo? - Leis 9.099/95, 10.259/01 e 10.409/02: a) *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/MG*, disponível na internet: <http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf/>, <http://www.pgj.mg.gov.br/artigos/penal/art19.htm>, 10.08.2002, Belo Horizonte/MG; b) *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, [http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0298/index\\_html](http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0298/index_html), 10.09.2002, São Paulo/SP; c) *Boletim do ICP - Instituto de Ciências Penais*, ano 3, no 30, outubro de 2002, Belo Horizonte/MG.

[...]

§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

[...]

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do §6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.”

Uma análise apressada do disposto no art. 28, *caput* e respectivos incisos, poderia levar a conclusão de que houve, pura e simplesmente, *abolitio criminis* da posse de droga ilícita para uso pessoal, haja vista que não há, no preceito secundário da norma, no caso representado pelos incisos, cominação de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção).

Sobre o instituto da *abolitio criminis*, a doutrina informa, com destaques nossos:

“A lei nova que *retira do fato o seu caráter delituoso* é uma das causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107, III) [...]. Toda e qualquer conduta prevista como crime perde esse caráter com o advento de uma nova lei que assim o declare de modo expreso, quando revoga a norma incriminadora, ou de modo implícito, quando não a mantém na relação dos ilícitos de um novo diploma.” (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265)

“[...] é porque se considera que a ação realmente não atinge os interesses que se pretendia proteger, ou que estes não merecem a tutela jurídico-penal. Ninguém pode ser punido por fato que se considera penalmente irrelevante.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 403)

“[...] supõe que o Estado já não o considera [o fato] contrário aos interesses da sociedade. [...] Não se justifica que o Estado continue a impor a sua vontade em prejuízo de interesses jurídicos fundamentais do transgressor da norma quando a considera inútil, anacrônica e iníqua.” (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. parte geral. 20ª ed. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 74-75)

“Perfaz-se a *abolitio criminis* quando lei posterior não mais tipifica como delito fato anteriormente previsto como ilícito penal.” (PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 559)

“Se a lei posterior *deixa de considerar o fato como criminoso*, isto é, se lei posterior *extingue o tipo penal* [...]” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. parte geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 517)

E não é só. O Código Penal diz, literalmente (art. 2º), que ninguém pode ser punido por fato que lei posterior *deixa de considerar crime*.

Sendo assim, uma análise mais criteriosa se impõe. Sobretudo porque a rubrica do capítulo III do título III da novel legislação fala em crimes e penas, sendo que os artigos que seguem (27 a 29) ora falam em pena, ora em medida educativa. Com efeito, a única pena prevista, imediatamente, para as condutas tipificadas no art. 28, *caput* e §1º, é a de prestação de

serviços à comunidade – sabidamente pena substitutiva, não havendo previsão similar em nossa legislação que autorizasse concluir que para uma conduta criminosa não fosse cominada, no plano abstrato, pena de reclusão ou de detenção. Porém, mediatemente, em que pese a péssima técnica legislativa, admite-se a aplicação de pena de multa, nos termos e critérios estabelecidos no art. 28, §6º, II c/c art. 29 da Nova Lei de Tóxicos.

Em suma, a conduta antes prevista no art. 16, da Lei n. 6.368/76, não foi abolida do mundo jurídico-penal, devendo-se adotar como parâmetro indeclinável a teoria da tipicidade. Encontra-se, a rigor, tipificada de maneira ainda mais abrangente, para alcançar gama expressiva de núcleos do tipo alternativo (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo), antes ligados às condutas previstas no art. 16 da Lei n. 6.368/76 (Adquirir, guardar ou trazer consigo), bem como outros ligados ao art. 12 da mesma lei (semear, cultivar ou colher plantas).

No que se refere à sanção penal, impende reconhecer a descriminalização de referidas condutas reunidas sob a rubrica da posse de droga ilícita para consumo próprio, passando o tipo de injusto a reclamar “punição” menos severa, própria das contravenções penais – no caso a pena de multa como referência mediata, havendo inclusive prazo prescricional assim indicado no art. 30 da Lei n. 11.343/06. O que ocorre é que, por imprecisão de técnica legislativa, a “pena” cominada abstratamente à conduta tipificada no art. 28, caput e §1º, encontra-se prevista no art. 29, sendo de aplicação subsidiária no subsistema instituído pela Nova Lei de Tóxicos, como medida coercitiva para o cumprimento das demais sanções, autênticas medidas pedagógicas.

Conclusão: a Nova Lei de Tóxicos, que revogou o art. 16, da Lei n. 6.368/76, tipificou conduta similar (art. 28, caput e §1º), operando *rebaixamento* em seu *status* jurídico-repressivo, caracterizando-a como autêntica **CONTRAVENÇÃO PENAL**.<sup>15</sup>

Tal conclusão se coaduna com a previsão contida no §1º do art. 48 da Lei n. 11.343/06, no sentido de que as condutas previstas no art. 28 são processadas na forma do art. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/95, não havendo imposição de flagrante, com o encaminhamento imediato do conduzido ao JEC ou, na impossibilidade, com a adoção de providências investigatórias sumárias pela autoridade policial (art. 48, §2º) e lavratura de termo de compromisso de comparecimento ao JEC, vedada a manutenção da prisão cautelar (art. 48, §§3º e 4º).

Afastada a ocorrência de *abolitio criminis*, trata-se de *novatio legis in melius* (a lei nova modifica o regime jurídico-penal tipificando a conduta como contravenção).<sup>16</sup> O fato perde seu caráter criminoso (*lato sensu*) mas não se torna indiferente perante o ordenamento jurídico-penal: continua tipificado como infração penal contravencional. Não há extinção da punibilidade com efeitos retroativos em relação aos sujeitos já condenados com sentença definitiva que já tenham cumprido as respectivas penas pela prática de crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Aos fatos praticados na vigência da Lei n. 6.368/76, cujos processos não tiverem sido iniciados, será aplicada a lei nova, sem ressalvas. Por outro lado, se o processo estiver em andamento, na primeira instância ou em grau de recurso, deverá ser designada audiência especial (perante qualquer juízo) para proposta de aplicação imediata de pena prevista na lei nova, caso

15 Em sentido diverso: GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. Disponível na internet: [www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20060807161853937](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937), acessado em 29.08.2006. Não se trata, com efeito, da primeira contravenção prevista fora da LCP nem da primeira vez que a pena está prevista num dispositivo diverso do preceito primário, como poder ser visto nos arts. 3º e 4º da Lei de Introdução ao Código Penal. Aliás, o último aspecto também se verifica nos tipos de injusto em que se prevêm crimes qualificados (preceito primário num artigo, pena em outro).

16 Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74 e 89.

haja aceitação do acusado. Não aceitando a proposta, caso condenado, o autor do fato será submetido às novas sanções, que são mais benéficas. Permanecem, a nosso sentir, os requisitos para que seja aplicada, imediatamente, pena restritiva de direito, nos termos do art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95, *ex vi* do disposto no art. 48, §1º, da Lei n. 11.343/06.

Pendente de execução, na hipótese de condenação a pena privativa de liberdade, a pena deverá ser convertida para, em substituição, aplicarem-se as penas previstas na Lei n. 11.343/06.

O mesmo raciocínio se aplica ao condenado por cultivar ou semear planta de que se extrai droga ilícita se, na sentença, foi condenado nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76 e se reconheceu que se tratava de “plantio” para extração de droga para o próprio consumo.

#### 4 CONCLUSÃO

**4.1.** Não houve *abolitio criminis* em relação à conduta prevista no art. 16, da Lei n. 6.368/76, tendo em vista conduta mais abrangente tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06 (Nova Lei de Tóxicos), que caracteriza infração penal.

**4.2.** Quanto às condutas praticadas na vigência da Lei n. 6.368/76, não se aplica o disposto no art. 107, III, do Código Penal.

**4.3.** O art. 28, da Lei n. 11.343/06, caracteriza *novatio legis in melius*, possuindo eficácia retroativa por força do princípio constitucional da retroatividade da lei benigna.

**4.4.** Permanece aplicável ao art. 28, da Lei n. 11.343/06, a prisão em situação de flagrante, nos termos dos arts. 301 e 302 do CPP, que fala em “infração penal”, sendo que autoridade deixará de lavrar o flagrante (art. 304, CPP), substituindo-o, do ponto de vista formal, por Termo Circunstanciado e Compromisso de Comparecimento ao JEC.

**4.5.** Os requisitos (antecedentes) para aplicação imediata de pena restritiva de direito (transação penal) permanecem em vigor, nos termos do art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95, *ex vi* do disposto no art. 48, §1º, da Lei n. 11.343/06.

**4.6.** Em nenhuma hipótese o possuidor de droga para consumo pessoal (“usuário”), só por este fato, poderá ser mantido na prisão.

**4.7.** Diante da previsão de pena de multa no art. 28, §6º, II, *c/c* art. 29, a natureza jurídica do art. 28, da Lei n. 11.343/06, é de *contravenção penal*.

#### BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

BRASIL. *Código penal*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Da punibilidade como terceiro requisito do fato punível. In *Direito Penal – Revista de Direito Penal e Ciências Afins*. Disponível em: [www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1058](http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=1058). Acesso em: 6.ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. Disponível em: [www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20060807161853937](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937). Acesso em 29. ago.2006

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

IENNACO DE MORAES, Rodrigo. *Causas especiais de exclusão do crime*. Porto Alegre, Safe, 2005

- \_\_\_\_\_. O crime do art. 16, da Lei 6.368/76, é infração penal de menor potencial ofensivo? – Leis 9.099/95, 10.259/01 e 10.409/02: a) *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/MG*, disponível na internet: <http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf/>, <http://www.pgj.mg.gov.br/artigos/penal/art19.htm>, 10.08.2002. Belo Horizonte/MG; b) *IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, [http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0298/index\\_html](http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/0298/index_html), 10.09.2002, São Paulo/SP; *Direito Penal – Revista de Direito Penal e Ciências Afins*, Revista n. 26, disponível na internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=784>, 17.09.2002. Governador Valadares/MG; d) *Boletim do ICP – Instituto de Ciências Penais*, ano 3, nº 30, outubro de 2002, Belo Horizonte/MG
- JESUS, Damásio E. de. *Lei das Contravenções Penais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1993
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal – parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El criminalista*. Buenos Aires: La Ley, 1944. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951. t. III.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



*Comissão temática III*

***DIREITO PRIVADO E QUESTÃO INSTITUCIONAIS***

# ***O PLANO GERAL DE ATUAÇÃO – PGA: VIABILIDADE DAS METAS, RESULTADOS PARCIAIS E FINAIS, SUBSÍDIOS E SEQÜÊNCIA***

---

**CALIXTO OLIVEIRA SOUZA**

Promotor de Justiça em Divinópolis/MG

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho nasceu da inquietação gerada pela necessidade de se ter metas e prioridades a ser atingidas pelo Ministério Público, somada ao propósito das Administrações Superiores de instituir tais objetivos, através, em Minas Gerais, da COPLI, o que vem resultando em progressos, mas ainda modestos, e, finalmente, do vislumbre da possibilidade de ser encontrada uma forma de tornar o PGA – Plano Geral de Atuação – mais próximo da realidade das Promotorias e dotado de mecanismos de verificação de resultados, obtenção de subsídios para novos empreendimentos e de seqüência. Trata-se de um desafio; a proposta, portanto, insere-se no tema do VII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais.

## **2 BREVE HISTÓRICO**

O Plano Geral de Atuação, da mesma forma que em vários Estados do País, teve sua gênese em Minas Gerais há poucos anos, sob a direção da COPLI – Coordenadoria de Planejamento Institucional –, que planejava e definia as metas a ser atingidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, através de suas Procuradorias e Promotorias.

As metas definidas eram então comunicadas aos órgãos executores, através dos vários Centros de Apoio Operacionais – CAO's –, que, cada um em sua área – meio ambiente, consumidor, combate ao crime organizado, direitos humanos, acompanhamento da atividade policial, habitação e urbanismo, saúde, apoio comunitário e direitos agrários, patrimônio público, ordem econômica e tributária, deficiente, idoso, fundações, infância e juventude, patrimônio histórico e cultural-, exigia dos órgãos de execução o cumprimento do que era considerado prioritário pela Administração Superior. Conseqüentemente, era grande a quantidade de ofícios com exigências recebidos e respondidos, principalmente pelas Promotorias únicas, que têm atribuições em todas as áreas especializadas e não raro se viam obrigadas a justificar o descumprimento de várias metas pelo simples fato de ter aquelas Promotorias outras prioridades que lhes absorviam todos os esforços.

O descontentamento e a frustração dos Promotores e Procuradores de Justiça tornou-se inevitável, forçando uma evolução do PGA para torná-lo exequível e capaz de motivar os responsáveis por seu eventual sucesso.

A mudança veio com a definição de metas regionais em encontros programados para essa finalidade, através de discussão e votação. As prioridades, definidas pelos Promotores de Justiça, passaram a ter sua quantidade definida nos encontros, além de terem se tornado compatíveis com as necessidades de cada região.

A iniciativa, interrompida em 2005, obteve relativo sucesso, mas falta ao PGA, além dos encontros iniciais, consistentes na definição democrática das metas, a instituição de prioridades claras e métodos de acompanhamento, de correção de rumos, de oferecimento de subsídios e de avaliação de cumprimento, tudo mantendo-se inatacada a independência funcional.

### 3 A NECESSIDADE DE METAS MAIS CLARAS E DEFINIDAS

Há metas que, em uma visão macro, provavelmente jamais atingirão o fim, como o combate ao tráfico de drogas, mas que em um planejamento específico poderão atingi-lo, como a diminuição percentual de ocorrências policiais como consequência de melhor prevenção e educação. Não se combaterá o tráfico de entorpecentes apenas com o oferecimento de denúncias com base nas investigações policiais remetidas pelas Secretarias das Varas Criminais. A Promotoria especializada na defesa do meio ambiente não combaterá de forma mais eficaz o despejo de líquidos tóxicos nos rios apenas com a resposta às denúncias que lhe chegam. Para o oferecimento de representações contra menores ou de denúncias contra prefeitos com base em relatórios dos Tribunais de Contas não é necessária a existência do PGA. Isso sempre foi feito, com metas ou não. Os exemplos são infinitos.

As prioridades, ao contrário, estão além do expediente dos Órgãos de Execução. Situam-se em um plano diferente do que é considerado obrigatório. Nos exemplos acima citados, se algo não está sendo feito, deve-se buscar melhor estrutura, como equipamentos, funcionários etc. Para se atingir as metas definidas no PGA, por outro lado, é necessária a iniciativa do Promotor de Justiça, com o eventual apoio do CAO respectivo, indo além das cargas processuais e provocações do público.

Deve-se, então, buscar metas não só definidas pelos próprios órgãos de execução, em harmonia com as prioridades de cada região, mas que sejam viáveis e palpáveis em suas realizações.

#### 3.1 Definição dos resultados a ser alcançados

As metas deverão ser claras, traduzidas em números, e exequíveis. Em vez de, por exemplo, “resolução do problema de internação de crianças e adolescentes em situação de risco em Belo Horizonte”, teríamos “gestões para a construção de pelo menos um abrigo para menores desamparados” ou “obtenção, a qualquer título, de um local para abrigo de crianças em situação de risco”. Quanto ao tráfico de drogas, por exemplo, poderia ser buscada a diminuição do número de ocorrências ou mesmo o aumento do número de apreensões. Dessa forma o Promotor de Justiça envidaria esforços extra-autos em busca de um objetivo claro, em prazo definido, considerado viável durante a elaboração do PGA.

### 4 A CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO

Definidas democraticamente as prioridades, em número viável, pois embora todas as atribuições sejam importantes nem todas podem ser prioridade, tendo em vista que se tudo é prioridade tudo deixa de sê-lo, passa-se à execução do projeto.

#### 4.1 Definição de data para apresentação de resultados

Um plano de metas ambicioso não pode prescindir de definição de data para concretização dos resultados. No caso de Minas Gerais, os planos são definidos para o período de um ano. Os resultados, conseqüentemente, deverão ser obtidos no prazo de um ano; caso contrário, não será um plano de metas, mas um protocolo de intenções, provavelmente fadado ao esquecimento. As metas, obviamente, poderão ser revistas, assim como as datas; tudo, porém, com base em dados concretos.

##### 4.1.1 A centralização de iniciativas e resultados parciais e o repasse de subsídios

As regiões de Minas Gerais em que são definidas as prioridades contam com um interlocutor para os contatos necessários com a Administração Superior e repasse a esta de informações. O mesmo Promotor de Justiça poderia ficar encarregado de receber dos integrantes da região, a cada trimestre, informações a respeito do que já foi feito e como foi feito, devendo repassar estas informações a todos os demais, que poderiam, além de ser informados sobre o que vem sendo realizado, receber subsídios para suas gestões. Poderiam ser feitas também reuniões trimestrais nas regiões onde a geografia permitisse, com a mesma finalidade. As informações trocadas seriam sigilosas, obviamente, considerando que há casos em que o Promotor de Justiça não deseja publicidade até que o objetivo seja atingido, podendo este até mesmo, evidentemente, nada noticiar, se considerar necessário.

##### 4.1.2 A definição da seqüência dos projetos

Apresentados os resultados ao final de um ano, seria feita uma avaliação dos progressos obtidos em cada área priorizada, uma avaliação das iniciativas tomadas e de sua eficácia, a verificação quanto à necessidade de ser reavaliada a meta e até de ser esta considerada cumprida, partindo-se para novos desafios.

## 5 CONCLUSÃO

Para que o Plano Geral de Atuação – PGA seja exequível e obtenha maior sucesso, é necessária a definição de prioridades claras e factíveis no tempo previsto, devendo ser feitas avaliações trimestrais das medidas tomadas e dos resultados obtidos, além do repasse de subsídios (sugestões, idéias, casos análogos em que foi obtido sucesso, estratégias etc.) a todos os integrantes da região, com a mesma regularidade, devendo, ao final do período para o qual as metas foram fixadas, ser verificado se os objetivos definidos em cada meta foram alcançados e os motivos de eventual insucesso, redefinindo as metas e mantendo aquelas ainda não atingidas, se consideradas viáveis.

## DA FUNÇÃO SOCIAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA\*

Procuradora de Justiça\*

Há algum tempo temos debatido a necessidade de tornar efetiva a tangibilidade da propriedade seguindo os ensinamentos de Leon Dugüit, que no princípio do século XX entendeu-a não como um direito de seu possuidor, mas como uma riqueza com função social a se realizar e, para isso, vislumbrou obrigações impostas ao proprietário-possuidor a fim de assegurar o emprego dessa riqueza conforme seu destino. Entretanto, antes de afirmar a função social da propriedade o referido autor concebeu a liberdade do homem também não como direito, mas como uma função social a ser cumprida por ele, ao seguinte entendimento:

“O homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las. Esses princípios diferem da concepção do direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito imposta aos homens em sociedade. Mas, ao contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar determinado papel social, é que cada homem goza de direitos – direitos que têm assim, por princípio e limites, o desempenho a que estão sujeitos.

A liberdade, sem dúvida, é um direito e não uma prerrogativa que acompanha o homem pela natureza do homem. A liberdade é um direito porque o homem tem dever de desenvolver sua atividade tão plenamente quanto possível, uma vez que a sua atividade individual é fator essencial da solidariedade por divisão de trabalho. Enfim, o homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social. A liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável, pois nesse sentido consiste unicamente na liberdade de se cumprir o dever social.”<sup>1</sup>

\* Procuradora de Justiça titular da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Processual pela PUC/Minas e doutoranda da Universidad de Deusto – Bilbao Espanha.

1 DUGÜIT, León – *Fundamentos do Directo*. Trad. Mário Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Icone, 2006, p. 27/28.

O homem na condição de ser pertencente a uma coletividade tem o dever de colaborar naquilo que está a seu alcance com o objetivo de agregar forças para o desenvolvimento e estabilidade da comunidade em que vive. Esse mesmo homem buscou a vida em sociedade num primeiro momento a fim de se proteger, mas descobriu rapidamente que as habilidades diversas de cada um de seus integrantes, postas a favor de todos, proporciona bem-estar geral. É desse modo que o homem se obriga a participar, permitindo que todos possam usufruir a sua capacidade a fim de favorecer uma comunidade cada vez mais próxima da ideal. No entanto, de outro lado, traduz-se em um ônus insuportável o homem que integra uma coletividade e dela só usufrui benefícios sem contribuir em nada para o desenvolvimento dela e a geração de bem-estar social.

Nesse sentido é que se impõe a busca da função social de cada membro integrante do Ministério Público, a qual por certo há de implicar obrigações a realizar para o cumprimento do destino institucional delineado por Campos Salles, no princípio da República, de ser “*instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, a qual compete velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça e promover a ação pública onde ela convier*”.<sup>2</sup> Daí a origem vocacional de defesa da legalidade democrática mais tarde alcançada com a Carta da República de 1988.

É próprio da Instituição que se presta à defesa de interesses indisponíveis do indivíduo ou da sociedade, ou que age em defesa de interesses de relevância social ser chamada a assumir funções até mesmo sem que a lei lhe outorgue atribuição para tanto. É por essa característica que, no dizer de Hugo Nigro Mazzilli,<sup>3</sup> o Ministério Público se apresenta dotado de funções típicas e atípicas que se justificam pela compatibilidade dessas com a finalidade institucional definida pela norma constitucional. Porém, ainda que se tenha assumido funções atípicas e o desempenho dessas tenha se constituído, em um determinado momento, em importantes componentes para o fortalecimento da democracia, o *Parquet* desde logo não se furtou em colaborar, mas pouco a pouco buscou a correção dos rumos,<sup>4</sup> pois, a par dessa disponibilidade, não se pode ser irresponsável e descomprometido com o futuro no exercer de funções típicas.

Restringir-nos-emos ao campo processual das atividades típicas e, antes mesmo de adentrar a análise da função social que os Promotores e os Procuradores de Justiça têm a cumprir e das adequações do atuar necessárias para atingir seu destino, é preciso ter presente que o Ministério Público no desempenhar dessas funções tem atuação bivalente, ora agindo como interveniente, ora como autor, e por isso se torna suscetível a tratamentos distorcidos de espectro desastroso não só para a Instituição, mas, e principalmente, também para os interesses daquele que está defendendo – o povo. Na tentativa de evitar que tais distorções ocorram e que essas se caracterizem em nulidades processuais em razão de irregularidades formais é que se propõe demonstrar em que as atuações se diferem e, especialmente, como há de se desenvolver o exercício *de parte* dos órgãos de execução do Ministério Público, em especial no segundo grau de jurisdição.

Tem-se na função de órgão interveniente, a qual pode ocorrer: pela *qualidade da parte* ou pela *natureza da lide*, o dever de zelar, na primeira, pela indisponibilidade do direito ou pelo suprimento de alguma forma de inferioridade que atinja a parte, e, na segunda, o dever de zelar

2 Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1.890

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.84. Funções Institucionais do Ministério Público, p.09, São Paulo:AMMP –Cadernos Informativos, 1991.

4 Exemplo disso foi a Carta de Ipojuca extraída da reunião do Colégio de Corregedores firmada em 2003, na qual se vislumbrou a necessidade de racionalização de efetivação na atuação do Ministério Público.

por um interesse público. É a denominada função *custos legis*, em cujo desempenho permitiu a própria lei ao órgão ministerial a realização de prova<sup>5</sup> e a interposição de recurso,<sup>6</sup> mesmo sem ser o *Parquet* parte interessada no resultado do processo, senão na obtenção da pacificação social e da regular aplicação da lei.

Para que se possa proceder a exame da essência do atuar como parte desempenhada pelo Ministério Público, a qual remonta à própria origem institucional, essa primitivamente desenvolvida em matéria criminal, é mister reconhecer que a atribuição exclusiva para a propositura da Ação Penal Pública foi guiada sempre pela defesa *pro societate*, em que a denúncia, por vezes sem caráter de certeza, apresenta-se eivada de indícios. Com a idealidade concebida pela Carta da República de 1988 de realização do Estado de Direitos Sociais, em que são objetivos democráticos a liberdade, a justiça e a solidariedade, coube-nos reafirmada em termos diretivos também a defesa da sociedade no campo civil, concebida essa por envolver objetos indivisíveis e titularidade indeterminada, porém fundada nas mesmas bases de proteção dos interesses da sociedade.

Em um processo de caráter publicista, a atuação processual do Ministério Público que lhe cometeu a norma constitucional implica promoção de todas as medidas judiciais necessárias para tornar efetivo o respeito aos direitos fundamentais nela assegurados, em especial a dignidade humana, tanto na perseguição da responsabilidade criminal, como em matéria cível. Assim, a titularidade exclusiva de promover a ação penal pública pauta-se no interesse público, o mesmo interesse que legitima o seu atuar em nome de sujeitos indeterminados, ao propor a ação civil pública, e na intervenção *custos legis*.

Pois bem, se motivado pela proteção da sociedade é que age o *Parquet* ao provocar a tutela estatal na busca da responsabilização criminal daquele que descumpre o pacto social ao cometer ilícitos penais, não é em favor de outrem que o órgão ministerial está a agir quando busca a responsabilidade civil daquele que ameaça ou ofende direitos fundamentais da sociedade, igualmente protegidos pelo mesmo pacto. A legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública restou justificada por vislumbrar o legislador a indispensável independência institucional demonstrada pelo desempenho das funções já exercidas.

Nesse diapasão, definidas as distinções de atuação típicas – interveniente e parte – resta destacar que a jurisprudência<sup>7</sup> e a doutrina já se assentaram no entendimento de que, “quando zela por interesses não personalizados, não há impedimento a que um único membro do Ministério Público funcione como agente e fiscal da lei: é o que ocorre no processo penal, bem como nas ações cíveis em que age impessoalmente, no zelo de interesses gerais da coletividade,”<sup>8</sup> concluindo-se que a atuação como parte pelo órgão de execução ministerial não impede o desempenhar simultâneo de sua outra função típica de interveniente,<sup>9</sup> ou seja de zelar pelo correto cumprimento da lei. Nesse sentido, o representante do Ministério Público ao agir como

5 Diz o artigo 83 do CPC: “Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade”.

6 Apesar de constar do disposto no § 2º do artigo 499 do CPC, o STJ fez publicar em 25/4/1994 a Súmula n. 99: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que ofício como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”, deixando, assim, clara a independência da atuação ministerial.

7 Superior Tribunal de Justiça (Ag.Rg no Ag. n. 95.537-0-SP, rel. Min. Hélio Mosimann, 2ª Turma, maioria, DJ 16/9/1996; Emb. Dec. no REsp n. 184906-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 29/11/1999; Emb. Dec. no REsp n. 186008-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 28/6/1998).

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.86.

parte, tanto em matéria penal como civil, ele o faz com um *plus* diferencial a qualquer outra parte, porque também atua como *custos legis*, exigindo-se dele maior dinamismo e profundo conhecimento da complexidade do ordenamento jurídico.

Feitas essas considerações, ante as exigências das funções do Ministério Público no Estado Social Democrático, é mister demonstrar em que consiste a função social do membro do *Parquet* como órgão de execução. Eis a questão que ora se nos apresenta fustigante no pensar do “Ministério Público – realidade e desafios”.

Primeiramente, deve o membro do Ministério Público estar atento aos interesses mais lúdicos da sociedade, suas reais prioridades e carências mais profundas a fim de direcionar harmoniosamente o agir do órgão ministerial com o interesse daquela que se está a defender – a sociedade. É nesse sentido que o interesse público se revela e deve ser a essência de toda atuação dos Representantes do *Parquet*, quer no corrigir desrespeitos ao ordenamento jurídico quer no que se refere à prática de ilícitos criminais, propondo ações penais públicas, quer nos casos de desvios da própria administração pública, como de qualquer particular que, ao agir, possa ameaçar a coletividade e causar danos irreversíveis ou de difícil reparação a ela, invocando a propositura de ações civis públicas. O processo está a exigir daquele que tem a função de desempenhar o papel de autor em nome da sociedade que ele leve em conta as diretivas aceitas por ela para reivindicar a solução e a aplicabilidade do direito, e, em razão desse compromisso do autor-Ministério Público com a coletividade que representa, é que não deve ser indiferente aos seus membros a convicção daqueles em cujo nome atua, isso porque, ao provocar a tutela estatal, ele o faz em nome do povo.<sup>10</sup>

Por outro lado, é certo que em qualquer das funções típicas desenvolvidas pelo membro do *Parquet* tem ele por obrigação desenvolver-se intelectual e moralmente tão completamente quanto seja possível para promover da melhor maneira a defesa da sociedade. É dizer, todos os membros do Ministério Público, em estágio probatório ou vitaliciados, tem por obrigação ser exemplo de probidade e retidão, além de ter também dever de estar atento à necessidade de constante aperfeiçoamento, impondo-se-lhe superar o grau de tecnicidade exigido quando de seu ingresso.

Vislumbradas essas duas vertentes que compõem a função social, resta delinear quanto à primeira – o atuar processual – quais são as adaptações e correções necessárias imposta pelo processo como instrumento de defesa social.

O assunto não é novo no âmbito institucional já que no último Congresso Estadual e Nacional defendemos ao lado do colega Almir Alves Moreira, a nova atuação do órgão de execução em segundo grau de modo genérico, embora invocando como exemplo as atividades desenvolvidas pela Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos. No entanto, em recente simpósio criminal realizado pelo CEAJ, na Cidade de Araxá, o assunto foi renovado<sup>11</sup> afirmando-se que a *atuação na ação penal pública em segundo grau é de parte*, debaten-

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2 ed. São Paulo: RT, 1987. p.327.

10 Transposto para o atuar do Ministério Público brasileiro o pensamento de Robert ALEXY para quem o atuar do Juiz deve estar comprometido de igual modo com as diretivas aceitas pelo povo em nome do qual o magistrado fala ao decidir. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005. p. 41.

11 Através da emenda n. 6 a tese desenvolvida na Oficina 4, que tratava da Racionalização e Efetividade na atuação do Ministério Público coordenada pelos colegas Leonardo Valadares Cabral, Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho e André Silveiras Vasconcelos, foi aprovada por maioria. A atuação do *Parquet* em segundo grau nas Ações Penais públicas é de parte, exigindo-se pela proposta administrativa n. 1 a criação de Procuradorias Criminais Especializadas em Recurso Especial e Extraordinário as quais teriam por competência a ciência de todos os acórdãos proferidos pelo TJMG.

do-se naquela oportunidade a necessidade de correção da atuação dos Procuradores de Justiça na área penal.

Entretanto, procura-se demonstrar que a atuação em segundo grau dos membros que atuam nas ações em que o Ministério Público é parte já possui adequações eficazes, porém díspares das soluções encontradas e aprovadas no referido simpósio criminal, e ausente qualquer pretensão de polemizar e tampouco de minimizar a atuação do Procurador de Justiça, mas com o intuito de demonstrar a incorreção daquelas propostas, em especial na determinação ao Procurador de Justiça para apresentação de resposta a recurso interposto em 1ª instância e criação de Procuradorias especializadas somente para ciência dos acórdãos prolatados pelo Tribunal mineiro. Além disso, propomos examinar o equívoco no tratamento dispensado pelo Tribunal de Justiça aos órgãos de segundo grau do *Parquet*.

Se, é certo que nos autos em que o Ministério Público é parte os Procuradores de Justiça são órgão de execução em segundo grau, quer nas ações penais públicas como nas ações civis públicas, pelo caráter de unicidades e indivisibilidade que detém a Instituição, impõe-se idêntico tratamento, ou seja, que em ambos os casos sejam considerados autores, ainda que com funções de intervenção. De outro lado, as mesmas obrigações que cabem no desempenho da função dos Procuradores da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos cabem também aos demais Procuradores de Justiça que atuam na ação penal pública, isto é, apresenta-se imperioso que eles recebam os autos para que se inteirem dos fatos vertidos, das provas realizadas e das questões destacadas na irresignação recursal que vai exigir pronunciamento do Tribunal de Justiça e, ainda, dos que atuem na elaboração de manifestações, acompanhando o julgamento dos recursos, fazendo sustentação oral ou prestando esclarecimento sobre matéria de fato, como expressamente prevê o art. 7º, III, c/c o art. 41, III, ambos da Lei n. 8.625/93. Além disso, ao tomarem ciência das decisões proferidas, compete-lhes interpor outros recursos nos tribunais locais ou superiores, a fim de permitir que se siga na defesa da sociedade e, ao mesmo tempo, que se examine a regularidade procedimental na garantia do devido processo legal.

Assim, o conhecer os autos para que a defesa da sociedade se apresente factível em grau recursal não implica sobrepor ou ofender o princípio da igualdade de armas franqueada aos contendores, garantia constitucional processual que, ao lado do contraditório, representa o alicerce do devido processo legal. Ao contrário, traduz-se no próprio oportunizar da ampla defesa e no manter equilibrado o contraditório, para que os debates quando do julgamento do recurso se realizem efetivamente.

O debate proposto não se apresente estéril, mas de fato a Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, em atuação nas ações civis públicas, tem por vezes sido surpreendida com publicações que anunciam pautas de julgamentos a serem realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nos quais se incluem processos cíveis em que o Ministério Público atua como parte, sem que anteriormente os autos tenham sido enviados à Procuradoria-Geral de Justiça, para conhecimento do órgão de execução em atuação no segundo grau de jurisdição. Por vezes, são tais processos efetivamente levados a julgamento sem sequer haver ocorrido regular intimação pessoal de um dos Procuradores de Justiça com competência em razão da matéria.

Justificam-se alguns Desembargadores adeptos dessa postura, afirmando que o envio dos autos ao *Parquet*-autor das *ações civis públicas* representa desequilíbrio ao tratamento isonômico que se deve dar às partes e ofensa ao princípio do contraditório. No entanto, conforme já se demonstrou, o Ministério Público, ao agir como parte não é uma parte comum, mas uma parte que defende interesse de sujeitos indeterminados e, ao mesmo tempo, tem por função típica a intervenção a fim de exigir o correto cumprimento do ordenamento jurídico.

Diante da similitude incontestada pergunta-se: Por que os Procuradores de Justiça que atuam como parte na ação penal pública devem ter acesso aos autos antes do julgamento de segundo grau e aqueles em atuação nas ações civis públicas não devem?

Incoerente, pois, apresenta-se a remessa em segundo grau das ações penais públicas e a não-remessa das ações civis públicas. O não-encaminhamento dos autos do processo ao autor – órgão de execução em segundo grau – consubstancia verdadeiro cerceamento de defesa nos termos do artigo 5º, LV, da CF, por não permitir, a quem tem competência de realizá-la junto ao Tribunal, sequer conhecer da motivação da ação e das razões recursais.

Lado outro, o julgamento dos feitos em que o Ministério Público é parte sem a intimação pessoal afronta as prerrogativas do Ministério Público enquanto titular da defesa de interesses da coletividade, em especial ao disposto nos artigo 41, inciso IV,<sup>12</sup> da Lei n. 8.625/93, artigo 236, §2º<sup>13</sup> do Código de Processo Civil e artigo 370 § 4º<sup>14</sup> do Código de Processo Penal, pois, a lei ao determinar que a intimação em qualquer processo e grau de jurisdição há de ser pessoal, ou seja nos autos do processo e não por meio de ofício, não o fez a título de privilégio, mas para resguardar a efetiva defesa da sociedade. Disso se abstrai que, atuando o Ministério Público como parte em processos cíveis ou criminais, a intimação dos atos processuais deverá proceder-se na pessoa de seus membros no exercício de órgãos de execução – Promotores ou Procuradores de Justiça.

Outrossim, a nova dinâmica de atuação proposta tem paradigma positivo na experiência de cinco anos de atuação dos Procuradores de Justiça que integram os Direitos Difusos e Coletivos e foi implantada para corrigir a atuação do Ministério Público junto aos tribunais, de modo a aperfeiçoar o trabalho e agilizar os processos, bem como destacar a sua função de órgão agente, porquanto, anteriormente, prevalecia o equivocado entendimento desamparado de legalidade de que os Procuradores de Justiça atuavam tão-somente na qualidade de fiscal da lei.

É desse modo que entendemos que a função social de cada membro se desvela, e tais transformações antes de representarem críticas, são colaborações dirigidas à melhoria da qualidade de atuação de cada Procurador de Justiça, para que lhe seja oportunizado desempenhar com melhor estrutura a função típica de agente, e isso implica ter-se conhecimento efetivo de cada caso, aproximar-se dos debates orais nos Tribunais por onde nossos processos percorrerem, envidando todos esforços para atingir o sucesso do caso, sucesso esse que não é do Procurador de Justiça e tampouco do Promotor de Justiça, mas da sociedade, que o Ministério Público uno e indivisível representa.

Não se pode assistir estaticamente, todos os dias, a notícias de aumento da violência no país e, mais, ouvir da população pedidos de mudanças a fim de evitar a impunibilidade avassaladora, quando se tem papel fundamental pela titularidade de representação daquele que está a suplicar a colaboração para se evitar o caos.

Temos de ter sempre em mente que não somos e não queremos ser um Poder do Estado, porque queremos permanecer independentes e fortalecidos para continuar exercendo

---

12 Art. 41. “Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista [...]”.

13 Art. 236. “No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial. [...] § 2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente”.

14 Art. 370. “Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior. [...] § 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal”.

diretamente a democracia em favor daquele do qual emana o Poder – o povo. Porém, para isso temos que de tudo fazer para atender a tempo e modo suas solicitações mais prementes, conquistando mais e mais a confiança em nós depositada.

## CONCLUSÕES

1. Pelo caráter de unicidades e indivisibilidade que detém a Instituição, os Procuradores de Justiça são órgãos de execução em segundo grau, ou seja, agem como parte nas ações penais públicas e ações civis públicas.

2. No âmbito processual, o membro do *Parquet* desempenha funções típicas de intervenção e parte. Como autor, por agir velando por interesses de titulares indeterminados, um único membro do Ministério Público atua como agente e fiscal da lei, tanto na ação penal pública como nas ações cíveis públicas.

3. Em obediência ao princípio da ampla defesa insculpido no artigo 5º, LV, da CF, no caso da sociedade representada pelo Ministério Público, impõe-se a remessa dos processos de ação penal pública e ação civil pública, ao órgão de execução em segundo grau, para se inteirar dos fatos vertidos, das provas realizadas e das questões destacadas na irresignação recursal antes do julgamento pelo Tribunal de Justiça, para elaboração de manifestações, acompanhando o julgamento dos recursos, para fazer sustentação oral ou prestar esclarecimento sobre matéria de fato, como expressamente prevê o art. 7º, III, c/c o art. 41, III, ambos da Lei n. 8.625/93, e tomar ciência das decisões proferidas a fim de interpor outros recursos nos tribunais locais ou superiores.

4. Na intimação pessoal do autor-Ministério Público, impõe-se a observância ao disposto nos artigos 41, inciso VI, da Lei n. 8.625/93; 236, § 1º, do Código de Processo Civil e 370, §4º, do Código de Processo Penal.

5. A função social do membro do Ministério Público consiste no dever de se desenvolver intelectual e moralmente tão completamente quanto seja possível e de estar atento aos interesses mais lúdicos da sociedade, suas reais prioridades e carências mais profundas, a fim de direcionar harmoniosamente o agir do órgão ministerial com o interesse da sociedade, promovendo da melhor maneira sua defesa. Isso implica o dever de proceder à adaptação para correção de atuação e para aperfeiçoamento cultural, impondo-se-lhe superar o grau de tecnicidade exigido quando de seu ingresso e ser exemplo de probidade e retidão.

# AS ATRIBUIÇÕES E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS

---

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA\*

Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG\*

“O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.” Paulo Bonavides <sup>1</sup>

Ementa: O Ministério Público é cláusula pétrea, pois, além de a Constituição estabelecer, expressamente, que ele é instituição permanente, ela também o insere como legítimo defensor do regime democrático, cláusula pétrea por excelência, como desmembramento do Estado Democrático de Direito. Em sendo o Ministério Público, na sua condição de Instituição constitucional, cláusula pétrea, as suas atribuições e garantias constitucionais também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, as quais não podem ser eliminadas, nem restringidas. Nada impede, porém, a ampliação das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, o que representa, por certo, a ampliação do próprio sentido material do regime democrático, em relação ao qual o papel constitucional do Ministério Público é fundamental. Essas diretrizes, no neoconstitucionalismo, vinculam o legislador constitucional e o infraconstitucional, o administrador público, os particulares, bem como todos os operadores do direito e, inclusive, as instituições de fiscalização do Ministério Público, incidindo no plano não só da proteção da Constituição, mas também da sua efetivação/concretização.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente tese destina-se a analisar e a defender o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas superconstitucionais ou pétreas que admitem ampliação, mas nunca a supressão ou a restrição.

---

\* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atualmente, assessor especial da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Direito Processual Civil e doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1 Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al.* *Ministério Público e a ordem social justa*, p. 350.

Cláusulas superconstitucionais são cláusulas que compõem o núcleo e a estrutura de uma Constituição democrática e, por isso, não podem ser suprimidas ou restringidas pelo legislador constitucional ou infraconstitucional. No novo constitucionalismo, tais cláusulas assumem tanto função de proteção quanto função de efetivação/concretização da Constituição e das suas instituições democráticas.

O breve texto está dividido em cinco tópicos, além da introdução e das referências bibliográficas. Após abordar a consagração do Ministério Público como Instituição constitucional e enfrentar alguns aspectos das suas atribuições e garantias constitucionais, a tese aborda o Ministério Público como cláusula pétrea, sustentando que as atribuições e garantias da Instituição são cláusulas superconstitucionais. Finaliza o texto o 5º tópico, contendo a apresentação de algumas premissas conclusivas.

A utilidade da tese revela-se por suas incidência nas várias dimensões no plano do Direito e das relações sociais: reformas constitucionais; orientação jurisprudencial e doutrinária; compreensão e leitura do Ministério Público como Instituição constitucional; proteção e concretização do Ministério Público como Instituição constitucional social etc.

## 2 A CONSAGRAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A consagração do Ministério Público como Instituição constitucional fundamental ocorreu, verdadeiramente, somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Algumas Constituições anteriores até dispunham sobre o Ministério Público, mas o inseriam ora no Capítulo do Poder Judiciário (CF/67), ora no Capítulo do Poder Executivo (CF/69). Todas elas não conferiram a dimensão constitucional e social que foi atribuída à Instituição pela Magna Carta de 1988.

A Constituição Imperial de 1824 não dispunha sobre o Ministério Público como Instituição, tanto que, no Capítulo reservado ao Senado (Capítulo III), previa o seu art. 48: No Juízo dos crimes cuja acusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Coroa, e Soberania Nacional.

A primeira Constituição da República, que é a de 1891, também não tratava do Ministério Público como Instituição, dispondo sobre a matéria o Título I, na Secção III, reservada ao Poder Judiciário, estabelecendo no seu art. 58, § 2º: O Presidente da Republica designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei. Nas suas disposições gerais, art. 81, § 1º, previa a CF/1891: A lei marcará os casos e a fórmula da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou ex officio pelo Procurador Geral da Republica.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição a dispor sobre o Ministério Público em dimensão nacional,<sup>2</sup> conferindo-lhe seção própria, porém, inserida entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Título, Capítulo VI, seção I, arts. 95/98). O Ministério Público estava incluído ao lado do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos. Dispunha o art. 95 da CF/34: O Ministerio Publico será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territorios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locaes. O §§ 1º, 2º e 3º do art. 95 consagraram as primeiras garantias constitucionais do Ministério Público. Em relação aos sub-

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, p. 38.

sídios, a equiparação aos Ministros, no plano do Ministério Público Federal e, aos Desembargadores, no plano do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, somente era estendida em relação aos “Chefes do Ministério Público”, os quais não precisavam ser de carreira. Aos demais membros nomeados mediante concurso público, dispunha o § 3º do art. 95: Os membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes seja assegurada a ampla defesa.

A Constituição Federal autoritária de 1937 é apontada por Hugo Nigro Mazzilli<sup>3</sup> como um severo retrocesso em relação ao Ministério Público. Somente alguns artigos esparsos do Capítulo reservado ao Supremo Tribunal Federal (arts. 97/102) faziam menção à escolha e demissão do Procurador-Geral da República e à competência para o seu julgamento.

A Constituição democrática de 1946 tornou a conferir caráter nacional ao Ministério Público, disciplinando-o no Título III – Do Ministério Público (arts. 125/128). Previa o art. 125: A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e à do trabalho. O art. 127 inseria, no plano constitucional, várias garantias ao Ministério Público: Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. Entretanto, a chefia do Ministério Público continuava a ser cargo de livre nomeação do Chefe do Executivo.

A CF/1967, promulgada sob o golpe militar de 1964, inseria o Ministério Público no Capítulo do Poder Judiciário (art. 137/139), contudo, manteve, em geral, as garantias do Ministério Público conferidas pelas Constituições de 1934 e 1946. Previa o art. 137: *A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais.* O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

A Carta Constitucional de 1969 inseria o Ministério Público no Capítulo do Executivo, mantendo, em linhas gerais, as garantias e atribuições anteriores, aumentando, porém, as atribuições do Procurador-Geral da República. O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

A previsão de criação de Lei Complementar para o estabelecimento de normas gerais a serem seguidas pelo Ministério Público Estadual representou um avanço decorrente da Emenda Constitucional 7 de 1977<sup>4</sup>.

Foi, entretanto, somente com a CF/88 que o Ministério Público se consagrou como uma Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Ele foi inserido na Magna Carta de 1988, no Título IV – *Da Organização dos Poderes* –, porém, em capítulo separado dos demais Poderes do Estado, intitulado *Das Funções Essenciais à Justiça*, dentro da qual lhe é deferida uma seção própria (art. 127 *usque* art. 130 da CF).

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido no art. 127, *caput*, da Constituição, que o define como *Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.* O art. 129 da CF/88 confirma, pelo rol da atribuições conferidas à Instituição, o perfil social e democrático da Instituição ministerial.

3 *Introdução ao Ministério Público*, p. 38.

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, p. 39.

Com a CF/88, o Ministério Público passou a ser Instituição permanente, instituída para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses fundamentais da sociedade. Assim, se o Ministério Público é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Todas as diretrizes do Estado Democrático de Direito, tais como a priorização da tutela jurídica preventiva, a tutela jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, a transformação da realidade social, entre outras, são os legítimos parâmetros que delineiam o Ministério Público no contexto constitucional atual<sup>5</sup>.

Recentemente, a Emenda Constitucional 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, inserindo na CF/88 o art. 130-A, sendo que suas atribuições e compromissos constitucionais devem ter como parâmetros o Ministério Público e suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

### 3 ALGUNS ASPECTOS DAS ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A CF/88 valorizou o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II, com especial destaque para o Capítulo I. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar atrelada à leitura do art. 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do art. 127, por sua vez, está atrelada à leitura do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

A vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público, prevista no art. 129, IX, da CF, são limitações às atribuições da Instituição que, indireta e reflexamente, fortalecem a dimensão do Ministério Público como legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica democrática.

É de se consignar que a norma de encerramento prevista no art. 129, IX, da CF/88, que permite que sejam conferidas ao Ministério Público novas atribuições compatíveis com sua finalidade, é norma constitucional que mantém perfeita sintonia com o art. 127, *caput*, e, especialmente, com a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais, prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Da mesma forma, a CF/88 conferiu ao Ministério Público inúmeras garantias, com especial destaque para os arts. 127 e 128. Logo no § 1º do art. 127, a Constituição consagra a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público como princípios institucionais. O § 2º do mesmo artigo assegura ao Ministério Público a sua autonomia funcional e administrativa. Adiante, no art. 128, § 5º, estão previstas as principais garantias do Ministério Público, sendo elas: vitaliciedade após dois anos de exercício; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; irredutibilidade de subsídios.

As vedações, que em verdade são garantias indiretas e reflexas da própria Instituição, estão no § 5º do art. 128 da CF/88, a saber: não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista no ADCT; não participar de sociedade comercial, salvo na forma da

5 ALMEIDA, Gregório Assagara de. *Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual*, p. 506/508.

lei; não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; não exercer atividade político-partidária; não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O estudo, a interpretação/contretização das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público dependem, fundamentalmente, da análise das respectivas normas constitucionais no plano das cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

## 4 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULA PÉTREA E AS SUAS ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS COMO CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS

### 4.1 O papel constitucional das cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda a tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal, e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

A respeito do assunto, escreveu Oscar Vilhena Vieira:

“No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo de caráter social ou ‘dirigista’ ...”<sup>6</sup>

A interpretação das cláusulas pétreas não pode ser conduzida por métodos interpretativos fechados, de forma que a interpretação gramatical é rechaçada. A interpretação constitucional adequada é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social. Com isso, a interpretação dessas cláusulas superconstitucionais é aberta, flexível no sentido ampliativo. Por exemplo, na leitura do inciso IV do § 4º do art. 60 devem estar incluídos os direitos coletivos, tendo em vista que esses direitos estão, ao lado dos direitos individuais, inseridos no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88).

Escreve Uadi Lammêgo Bulos sobre as cláusulas pétreas:

6 *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 26.

“... são aquelas que possuem um supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso dos incisos I a IV, infra. Daí não poderem usurpar os limites expressos e implícitos do poder constituinte secundário. Logram eficácia total, pois contêm uma força paralisante de toda a legislação que vier a contrariá-las, de modo direto ou indireto...”<sup>7</sup>

#### 4.2 Pós-positivismo jurídico, neoconstitucionalismo e a interpretação/concretização da Constituição e das suas cláusulas superconstitucionais

Com a mudança de paradigma no plano do Direito para um estudo fundado mais no plano constitucional e de base principiológica, valorativa e transformadora, o *positivismo jurídico* tem sido superado, aos poucos, por aquilo que genericamente é denominado por parte da doutrina de *pós-positivismo*<sup>8</sup>

A expressão *pós-positivismo* é equívoca e poderá guardar vários significados, tendo em vista a sua ampla abertura conceitual. Contudo, a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídica democrática. O *pós-positivismo* abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do *neoconstitucionalismo* estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*.<sup>9</sup>

Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti esclarecem que o *pós-positivismo jurídico* constitui, em linhas gerais, um novo paradigma no plano da teoria jurídica, que objetiva contestar as *insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional*. Afirmam que próprio termo ‘*pós-positivismo*’, que também é *conhecido como não-positivismo ou não-positivismo principiológico*, é detentor de um *status* provisório e genérico, na sua categoria terminológica, e a sua utilização não é pacífica, inclusive entre os autores que partilham de suas teses axiais. Esclarecem, ainda, que as suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com concepções de um Gustav Radbruch tardio e passam pelas influências da teoria da justiça de John Rawls, além de incorporarem elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas. No quadro da concepção pós-positivista, afirmam que seriam destacáveis cinco aspectos: 1º) *o deslocamento*

7 Constituição Federal anotada, p. 775.

8 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 35-40.

9 A respeito, formulando crítica ao positivismo e demonstrando sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, escreveu STRECK, Lenio Luiz: “Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico (...)”. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 155.

da agenda, com ênfase à importância dos princípios gerais do Direito e à dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica; 2º) a importância dos casos difíceis; 3º) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; 4º) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; 5º) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.<sup>10</sup>

Diz a doutrina, ao estudar o tema, que o *pós-positivismo* não visa a desconstrução da ordem jurídica, mas a superação do conhecimento convencional com base nas idéias de justiça e de legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica.<sup>11</sup> A nova concepção tem influenciado decisivamente a constituição de uma hermenêutica constitucional inovadora.

A própria concepção de sistema jurídico sofre transformações: de sistema jurídico fechado e auto-suficiente para sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores.<sup>12</sup> A interpretação constitucional passa a ser pluralista, dentro daquilo que Peter Häberle denomina de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.<sup>13</sup>

O *pós-positivismo* coloca o *constitucionalismo* em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção; e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário<sup>14</sup>.

A metodologia do *pós-positivismo* inseriu a *hermenêutica* como o capítulo mais relevante para o *novo direito constitucional*, iniciando-se a superação da metodologia clássica, que pregava a *interpretação-subsunção*, por uma nova interpretação constitucional criativa: a *interpretação-concretização*<sup>15</sup>. Paulo Bonavides arrola as principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX: a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do “direito público”; d) uma nova interpretação mais ampla da Constituição e uma interpretação mais restrita dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com

10 *Pós-positivismo*, in BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.), *Dicionário de filosofia do direito*, p. 650-4.

11 Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto: “(...) o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 28.

12 BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 34-5.

13 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p. 12-3.

14 Sobre o assunto, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 159-61.

15 Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., p. 592.

eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da *subjetividade*; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração, afirma Bonavides, da tese mais importante, a: ... de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico.<sup>16</sup>

O *neoconstitucionalismo* é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

Conforme esclarecido por Robert Alexy, o *legalismo*, em oposição ao constitucionalismo democrático, impõe: 1) a norma em vez do valor; 2) a subsunção em vez da ponderação; 3) a independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição; 4) a autonomia do legislador ordinário, dentro do marco da Constituição, no lugar da onipresença judicial fundada na Constituição, colocando o legislador sobre o Tribunal Constitucional Federal<sup>17</sup>.

O *neoconstitucionalismo* objetiva superar justamente essas barreiras interpretativas impostas pelo *positivismo legalista*. Lenio Luiz Streck entende que a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte – a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração na teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo, para passar do paradigma da *interpretação para compreensão* para a *compreensão para a interpretação*<sup>18</sup>.

Esclarece Eduardo Cambi que o *neoconstitucionalismo* pode ser estudado em três aspectos. Primeiro, pelo *aspecto histórico*, com a análise das transformações do direito constitucional depois da 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo, pelo *aspecto*

16 *Curso de direito constitucional*. 18. ed., p. 583-4.

17 Acrescentou ALEXY, Robert: “A la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico (...)”. *El concepto y la validez del derecho*, p. 160-1. A polémica entre constitucionalistas e legalistas subjazem profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. Por isso, uma resposta bem fundamentada a essa questão acerca de quem tem razão pode ser respondida somente com fundamento em um teoria do sistema jurídico (tradução livre pelo autor).

18 Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) Da incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro lingüístico-hermenêutico. Esse ‘linguistic turn’, denominado também de giro ‘lingüístico-ontológico’, proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca (va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 159.

*filosófico*, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que compõem o *pós-positivismo jurídico*. Terceiro, pelo *aspecto teórico*, o qual engloba o estudo da *força normativa da Constituição*, da *expansão da jurisdição constitucional* e do *desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*.<sup>19</sup>

O *neoconstitucionalismo* propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, 5º, 6º etc.). Esta superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados.<sup>20</sup>

Propõe também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, é o ponto central para o *neoconstitucionalismo*. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do *neoconstitucionalismo* deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais.<sup>21</sup>

No *neoconstitucionalismo*, a interpretação da Constituição é também *aberta e pluralista* e a idéia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*,

19 *Neoconstitucionalismo neoprocessualismo*, in FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coordenadores), *processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 664-72.

20 Nesse sentido, Escreve STRECK, Lenio Luiz: "(...) *Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição 'extremamente embebedoura' (persuasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais*". *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 160. Com abordagem sobre o neoconstitucionalismo, com inclusive inúmeros artigos e texto de capa nesse sentido, cf. *(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições*, in Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004; também CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*.

21 Diz ainda STRECK, Lenio Luiz: "*Ora, a construção das condições para a concretização da Constituição implica o entendimento da 'Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, isto porque a norma é sempre produto da atribuição de sentido do intérprete, o que ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete. Por isto, Gadamer vai dizer que o entender contém sempre um fator de 'applicatio'. Entender sem aplicação não é um entender*". *Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (coords.), *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, p. 541.

conforme tese proposta por Peter Häberle,<sup>22</sup> corresponde às novas posturas constitucionalistas, mantendo-se perfeita sintonia com a principiologia do *Estado Democrático de Direito* implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º etc.).

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e, ao mesmo tempo, elas assumem uma função ativa, no sentido de que devem ser efetivadas e concretizadas materialmente. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição e dentro desse contexto que devem ser interpretadas.

Nesse sentido, concluiu Oscar Vilhena Vieira:

“O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo ...”<sup>23</sup>

#### 4.3 O Ministério Público como cláusula pétrea

O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *Instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. Nesse sentido, aduziu Cláudio Fonteles: “Se o Ministério Público é instituição *permanente*, enquanto existir a concepção constitucional do Estado brasileiro, como posta na chamada *Carta-cidadã* – a Constituição Federal de 1988 – ele *jamaiz* poderá ser extinto”.<sup>24</sup>

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio art. 127, *caput*, da CF. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.

22 Escreveu HÄBERLE, Peter: “*Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tornam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und Von ihr Konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p. 13.*

23 *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 227.

24 O artigo 127 da Constituição Federal: reflexões. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. *Ministério Público e a ordem social justa*, p. 1.

#### 4.4 As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação

As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional do Ministério Público, além de revelarem o seu verdadeiro e legítimo papel social. A supressão dessas atribuições representam a supressão do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial.

O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição.

Tais diretrizes interpretativas vinculam o legislador constitucional, o infraconstitucional, o administrador, o particular e todos os operadores do direito, bem como as instituições de fiscalização do Ministério Público. Não fosse isso, ainda impõem, pela intensa carga de concretização normativa que carregam, a efetivação concreta da Constituição e das suas Instituições democráticas, dentro das quais se insere o Ministério Público.

## 5 CONCLUSÕES

1. Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público brasileiro se tornou uma Instituição fundamental do Estado Democrático de Direito.

2. O Ministério Público é cláusula pétrea, pois, além de a Constituição estabelecer, expressamente, que ele é instituição permanente, ela o insere como legítimo defensor do regime democrático, cláusula pétrea por excelência, como desmembramento do Estado Democrático de Direito.

3. Em sendo o Ministério Público, na sua condição de Instituição constitucional, cláusula pétrea, as suas atribuições e garantias constitucionais, que conferem a sua dimensão constitucional e o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, as quais não podem ser eliminadas nem restringidas.

4. Nada impede a ampliação das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público, o que representa a ampliação do próprio sentido material do regime democrático, em relação ao qual o papel constitucional do Ministério Público é fundamental.

5. Essas diretrizes decorrentes das cláusulas superconstitucionais, conforme orientação do *neoconstitucionalismo*, vinculam o legislador constitucional e o infraconstitucional, o *administrador público*, *os particulares*, bem como todos os operadores do direito e as instituições de fiscalização do Ministério Público, incidindo no plano não só da proteção da Constituição, mas também da sua efetivação/concretização.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.
- CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, reimpressão 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão, ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

## ***O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO À MORADIA: REALIDADE E DESAFIOS***

**MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES**

Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG

### **1 INTRODUÇÃO**

Neste ano de 2007, pela primeira vez na história da humanidade, a população global estará fixada, em sua maioria, nas cidades.

Essa realidade ganha contornos de preocupação no Brasil, porquanto o relatório global sobre assentamentos humanos, elaborado pelo Habitat, Escritório das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, já tinha diagnosticado, em 2005, a expressiva ausência de 5,5 milhões de habitações no espaço urbano brasileiro, totalizando 24 milhões de pessoas sobrevivendo em condições precárias.<sup>1</sup>

Mas como vislumbrar essa realidade diante das generosas dimensões territoriais brasileiras? Como explicar essa massa de excluídos, marginalizados, não proprietários, não possuidores que, precária e diuturnamente, lutam por espaços de dignidade?

As respostas decorrem do processo de urbanização brasileiro que, na esteira da vetusta forma de ocupação de terras, vem gerando cenários contínuos de favelas, de extensos aglomerados, de assentamentos irregulares, de áreas de risco, enfim, mantendo e fomentando um novo povo nômade à margem da sua própria condição de seres humanos.

Essa problemática é acrescida pela visão ainda formal, unitária e desfuncionalizada do direito de propriedade, pela lógica, fundamentalmente, restrita e patrimonialista dos direitos reais, vislumbrando os imóveis como fins em si mesmos e não como espaços vitais de realização do ser humano.

Não se pode falar em realização da pessoa sem um espaço que a sustente, *ninguém subsiste sem “ser” em algum espaço de dignidade.*

Em razão desses desafios, é imprescindível a participação do Ministério Público promovendo, efetivamente, o direito fundamental à moradia, seja atuando na usucapião especial urbana com fundamento no § 1º do art. 12 da Lei n. 10.257/2001, seja nas desapropriações fundadas nesse relevante interesse social, e, principalmente nas desapropriações privadas de que cuida o parágrafo 4º do art. 1.228 do Código Civil de 2002.

Quanto a essa última, verifica-se que se apresenta como inovador instrumento de promoção do direito à moradia, que, a teor da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, ganhou contornos de direito social.

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório global sobre assentamentos humanos, de 12 de setembro de 2005. Disponível em [www.unhabitat.org](http://www.unhabitat.org). Acesso em: 4 jan. 2007.

Trata-se de garantir eficácia ao novel instrumento, de promover, originariamente, a interconexão dos direitos reais com os direitos fundamentais, reconhecendo-se a ação do Ministério Público. Para tanto, é imprescindível a exposição, ainda que sumária, das diretrizes que orientaram a idealização desse mecanismo e os fundamentos que justificam a ação ministerial.

## 2 DIRETRIZES DA DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA

A leitura atenta do disposto no § 4º do art. 1.228 do Código Civil de 2002 conduz a conclusão de valorização da denominada posse-trabalho, com fundamento na diretriz da socialidade, eixo estruturante de toda a codificação.

A posse e a propriedade, em sua evolução histórica, saem da esfera exclusiva dos indivíduos, para se inserirem, fundamentalmente, na ordem jurídico-econômico-social.

Hoje, o título de propriedade dissociado do exercício efetivo do domínio não encontra amparo no ordenamento jurídico. Os interesses meramente patrimoniais se condicionam à observância dos interesses de cunho existencial, sobrelevando o interesse a um espaço de dignidade da pessoa humana.

A posse adquire, portanto, um valor de uso e não meramente um valor de troca, valoriza-se como direito fundamental consubstanciado no direito constitucional à moradia.

A idéia de propriedade funcionalizada, proposta por Léon Duguit, ganha contornos de concreção com a própria autonomia do vetusto e enigmático instituto da posse.

A desapropriação privada parte da diretriz fundamental de valorização da posse, enquanto meio de realização do direito fundamental à moradia, em desfavor da propriedade restritiva e formal. Além do direito de propriedade, defende-se o direito à propriedade pelo exercício continuado dos poderes dominiais mediante posse-trabalho.

Apresenta-se, pois, a diretriz da interconexão dos direitos fundamentais com os direitos reais, não se podendo mais ter como paradigma um conceito dependente de posse, mas uma noção pluralista e autônoma, valendo-se a posse como meio de realização das muitas e legítimas necessidades da pessoa humana.

Surge, ademais, a desapropriação privada como expressão do poder de autodeterminação dos possuidores de baixa renda na realização do direito fundamental e indisponível à moradia, sem qualquer ação direta do Poder Público.

A partir dessas diretrizes pautadas, notadamente, pelo texto constitucional, não há como sufragar a corrente que defende a ineficácia do instituto da desapropriação judicial indireta.

Enfim, esse mecanismo de promoção do direito à apropriação se fundamenta na idéia que a posse serve ao ser humano, serve à vida de relação, sobrelevando a conclusão de Hannah Arendt,<sup>2</sup> segundo a qual:

“A objetividade do mundo – o seu caráter de coisa ou objeto – e a condição humana complementam-se uma à outra; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem as coisas, e estas seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não mundo, se esses artigos não fossem condicionantes da existência humana.”

2 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17.

O direito de propriedade, a despeito de considerável esforço dos doutrinadores, ainda se ressentido de uma leitura atenta a essa realidade.

E, como adverte Judith Martins-Costa,<sup>3</sup> a propósito do alcance da desapropriação privada:

“Embora o dispositivo seja adequado como uma luva para o caso das atuais favelas, nas quais ocorrem, geralmente, as situações descritas nos parágrafos supracitados, a sua redação deixou a questão em aberto. Não estabeleceu limites de aplicação para zona urbana ou rural, tampouco criou dezenas de requisitos previamente estabelecidos para que o instituto seja aplicado.”

A efetividade desse instrumento perpassa por uma hermenêutica orientada para a adequada valorização do destinatário do seu conteúdo; o ser humano, a pessoa situada em determinada realidade.

A toda evidência, sendo a norma uma realidade dinâmica e plural, uma vez inserida, no ordenamento jurídico, adquire vida própria, desvincula-se do seu idealizador ou idealizadores. A norma legal tem uma existência própria, autônoma, ordenando e conformando a realidade social. Toda norma contém virtualidades de expansão e renovação, segundo o contexto social em que é aplicada. Como acentua Maria Helena Diniz,<sup>4</sup>

“Interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. [...] o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isso é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.”

Com efeito, a interpretação pressupõe o fino ajuste do texto normativo à realidade, a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado da atividade dinâmica e crítica dos mais diversos intérpretes. E, como acentua Peter Habberle,<sup>5</sup> a hermenêutica deve se atentar a realidade de uma sociedade pluralista, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”.

Nesse sentido, sobreleva a ação do Ministério Público brasileiro como ator, igualmente importante, na concreção dessa realidade.

### 3 FUNDAMENTOS DA AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O mecanismo da desapropriação privada, que não é consagrado em nenhuma outra legislação. A toda evidência, inspira-se no sentido social da posse. Nesse sentido e a despeito da

3 MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.68-69.

4 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.147.

5 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 13.

legitimação ordinária dos possuidores no exercício do seu poder de autodeterminação, é manifesta a legitimidade do Ministério Público brasileiro.

Com efeito, o próprio Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, quando disciplina a usucapião especial urbana, pelo mesmo fundamento da socialidade, em seu art. 12, § 1º, determina a sua obrigatória intervenção. 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, pois, dúvida quanto tal legitimidade. Se a desapropriação se inspira no sentido social da propriedade e da posse, afastando o caráter meramente econômico, o interesse processual de agir tem fundamento no disposto no art. 127, *caput*, da Constituição da República.

Não há, outrossim, como inquirir de inconstitucional tal mecanismo aquisitivo de propriedade. Pois, como justifica Luiz Edson Fachin:<sup>6</sup>

“Não há qualquer eiva de inconstitucionalidade nas inovações aquisitivas imobiliárias chanceladas pelo novo Código Civil, com previsão expressa nos §§ 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; de 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.”

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 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.

*O direito à moradia se insere na dimensão existencial do ser humano*, extrapola a visão meramente patrimonialista. Abandona-se a noção da moradia como singela acepção do direito de propriedade, para percebê-la como uma das expressões da personalidade humana.

O ser humano sem moradia é supérfluo e descartável e essa imperiosa projeção da pessoa sobre esse bem primário só pode fazer-se à custa da posse, elemento nuclear da desapropriação privada.

A posse é reconhecida, pois, como valor de uso, e não como valor de mercado. Essa natureza ontologicamente não mercantil afasta a incidência da conhecida jurisprudência do

6 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

colendo Superior Tribunal de Justiça que exclui a ação do Ministério Público em desapropriações por fundamentos essencialmente econômicos (Recursos especiais n. 10042/AC; 33247/RS; 99124/PR, 162457/ES; 114537/RO, 91854/MG; 167894/SP).

É imperiosa a releitura do direito civil, de forma a privilegiar valores não-patrimoniais, a pessoa humana como centro das preocupações, reconhecendo-se o livre desenvolvimento da personalidade como fim a ser constantemente perseguido.

E a moradia é a necessidade primária do ser humano, pressuposto de uma vida digna, sendo o seu espaço vital e base de sua individualidade. A pessoa humana não acontece, não subsiste sem um *habitat*, onde lhe seja possível existência física e espiritual.

Afigura-se, pois, pelos contornos sociais delineados, a necessidade e legitimidade da ação do Ministério Público na desapropriação privada e na usucapião especial urbana, valendo-se a certeza segundo a qual o direito não deve ser mais ser reduzido a instrumento técnico de organização social, mas deve ser instrumento transformador dessa mesma realidade cada vez mais injusta e excludente.

Esse é o desafio, de hoje e do amanhã, promover a integração dos Órgãos de execução do Ministério Público, promotorias cíveis, direitos humanos, urbanismo e patrimônio público, na promoção do direito fundamental à moradia.

#### 4 CONCLUSÕES

1. A promoção do direito à moradia pressupõe a integração dos Órgãos de execução do Ministério Público, segundo a diretriz de que ninguém subsiste sem “ser” em algum espaço de dignidade;

2. A ação do Ministério Público, na usucapião especial urbana, decorre de determinação legal insculpida no § 1º do art. 12 da Lei n. 10.257/2001, devendo ser ampliada para as demais modalidades que objetivem a promoção do direito fundamental à moradia;

3. Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuação nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que envolvam relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos;

4. A ação do Ministério Público tem fundamento, também, no art. 127, caput, da Constituição da República, e art. 82, III, do Código de Processo Civil, segunda parte.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório global sobre assentamentos humanos, de 12 de setembro de 2005. Disponível em [www.unhabitat.org](http://www.unhabitat.org). Acesso em: 4 jan. 2007.

# DA INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO, NO PÓLO PASSIVO, AO PÓDER DE RECOMENDAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

---

MARCUS PAULO QUEIROZ MACÊDO

Promotor de Justiça em Araxá/MG

## 1 INTRODUÇÃO

1. Ocorre de, nas mais variadas situações, sermos surpreendidos por afirmações alheias que nos fazem repensar nossas certezas, aquilo que, por hábito, costume ou má compreensão, jamais cogitaríamos de estar errados. Isto é da dinâmica da vida, nos faz refletir e aprimorar, seja no sentido pessoal, seja no aspecto profissional.

2. Tal me ocorreu durante discussão no grupo de trabalho que integrei durante o “I Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da Área Criminal”, realizado na cidade de Araxá no final do ano passado, quando um colega, com atuação destacada na área de direitos difusos e coletivos, ali asseverou que, nos termos da legislação, apenas entidades públicas poderiam receber recomendações do Ministério Público, mas jamais entes particulares.

3. Perplexo diante de tal afirmação, pois desde o início de minha carreira sempre expedi recomendações a particulares, sem questionar a licitude deste procedimento, não o interpelei, naquele momento, por falta de argumentos.

4. Porém, após estudo do tema, cheguei a conclusão que não há qualquer óbice ou limitação legislativa para que membros do Ministério Público expeçam recomendações a entidades particulares, sendo este o objeto desta tese, conforme será verificado a seguir.

## 2 DOS ASPECTOS LEGAIS DA DISCUSSÃO

5. Sem mesmo entender a razão do entendimento esposado pelo ilustre colega naquela oportunidade, comecei o estudo da questão pela análise da legislação aplicável à espécie.

6. O texto constitucional, em suas disposições referentes ao Ministério Público (arts. 127/130), não menciona, de forma expressa, a expedição de recomendações como uma das atribuições do *Parquet*.

7. Porém, o art. 129, inciso IX, assim é redigido:

São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

8. Com isto, a Constituição da República permitiu que legislação infra-constitucional atribuísse ao Ministério Público outras funções e poderes, “desde que compatíveis com a sua finalidade”.

9. Em decorrência deste permissivo constitucional, a Lei Federal n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) previu a possibilidade de órgãos de execução expedirem recomendações. Diz a referida Lei:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito:

I – pelos poderes estaduais ou municipais;

II – pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

III – pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;

IV – por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e *recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no ‘caput’ deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.* (grifos meus)

10. Dispositivo muito semelhante, ainda que bem mais sintético, consta na Lei Orgânica do nosso Ministério Público (Lei Complementar Estadual n. 34/94), que arrolou, dentre as funções do órgão de execução, a de “fazer recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e dos serviços de relevância pública” (art. 67, inciso VI).

11. Certamente, estas são as bases legais que lastreiam o entendimento dos colegas que afirmam ser bastante restrita a possibilidade de expedição de recomendações pelo Ministério Público. Ainda assim, nenhuma destas normas jurídicas permite afirmar que os particulares não podem ser sujeitos passivos de recomendações. Senão, vejamos.

12. Primeiramente, a dicção do art. 27 da Lei n. 8.625/93 expressamente prevê a possibilidade da expedição de recomendações a “concessionários ou permissionários de serviço público estadual ou municipal” e a “entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública”.

13. Logo, particulares podem receber recomendações, desde que se enquadrem nestas condições, muito bem resumidas na nossa Lei Orgânica: a) prestem serviços públicos ou b) forneçam serviços de relevância pública.

14. Em segundo lugar, deve ser esclarecido que existe diferença jurídica entre “serviços públicos” e “serviços de relevância pública”. Neste sentido, Marlon Alberto Weichert, apoiado em lição do Ministro do STF Eros Roberto Grau, expõe:<sup>1</sup>

---

1 Em seu artigo “A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa”, inserido na coletânea “Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85”, coordenadores João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 512/513.

Primeiro devemos buscar identificar o que são serviços de relevância pública, mormente diante do conceito - já assente no direito - de serviço público. Seriam a mesma coisa? Estamos seguros que não, a começar pela interpretação sistemática do art. 129, inciso II da Constituição. O preceito atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo respeito aos direitos constitucionais por parte (a) do Poder Público e (b) dos serviços de relevância pública. Assim, existem dois atores que precisam ser 'vigiados' pelo Ministério Público: o Poder Público e os prestadores de serviço de relevância pública.

É, portanto, evidente, que existem prestadores de serviço de relevância pública além do Estado.

Ora, se os serviços de relevância pública fossem sempre prestados pelo Estado (serviços públicos, portanto) não haveria necessidade da dupla previsão, pois bastaria referir a necessidade de observância pelo Poder Público do respeito aos direitos constitucionais. Com isso, todos os serviços públicos estariam abrangidos, ainda quando prestados por regime de concessão ou permissão.

Seguindo o raciocínio, *é fácil concluir que também a iniciativa privada pode prestar serviços de relevância pública*. Com efeito, se o serviço de saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, CF), e é de relevância pública (art. 197, CF), não há como entender que apenas o Estado tem a incumbência de prestá-los. Note-se que não se trata de serviços delegados ou desconcentrados (concessões e permissões), mas sim de livre interesse particular em oferecê-los como atividade econômica, lucrativa ou não.

Em outras palavras, o conceito de relevância pública não se refere à pessoa que presta o serviço, mas sim ao bem jurídico que é o objeto do serviço prestado. Assim, toda a atividade - pública ou privada - relacionada à prestação de serviços de saúde é de relevância pública.

*O conceito de relevância pública, portanto, é axiológico. É atribuído em função da relevância da atividade, e não em razão da pessoa.* (grifos meus)

15. Por fim, o referido autor ainda indica quais seriam, no seu entender, os serviços de relevância pública:<sup>2</sup>

*Essa conclusão é fundamental, não só na saúde, como também em outros campos da ação estatal e particular. São, a nosso ver, de relevância pública as atividades particulares de educação, moradia, previdência social, segurança, em suma, aquelas que se referem à oferta de bens e serviços voltados à implementação de direitos sociais, notadamente dos previstos no art. 6º da Constituição Federal.* (grifos meus)

16. Com isto, conclui-se: os serviços públicos podem ser prestados pelo Estado, diretamente, ou por particulares, por delegação ou em regime de concessão ou permissão; já os serviços de relevância pública são prestados pelo Estado, diretamente, ou por particulares, atuando através de sua livre iniciativa, sem qualquer permissão, concessão ou delegação administrativa.

---

2 *Op. cit.*, p. 513.

17. Trazendo esta conclusão para o que aqui se discute, tem-se que os particulares que prestam serviços públicos ou de relevância pública podem, nos termos da Lei n. 8.625/93 e da Lei Complementar Estadual n. 34/94, receber notificações do Ministério Público.

18. E quanto a particulares que não prestam serviços públicos ou de relevância pública, poderiam estes receber recomendações do Ministério Público?

19. Ressalto tratar-se de uma questão de fundo eminentemente prático, pois implica no poder de recomendar (ou não) a empresas privadas em áreas de suma relevância, como a ambiental e a do consumidor, onde somente em hipóteses muito restritas há de se falar em prestação de serviços públicos ou de relevância pública por parte de particulares.

20. Muito embora uma primeira e superficial leitura possa levar ao entendimento de que o poder de recomendação dos membros do Ministério Público é bastante restrito, trata-se de um grave equívoco.

21. Isto porque aos Ministérios Públicos Estaduais não se aplicam apenas as disposições das respectivas Leis Orgânicas Estaduais e da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, mas também, de forma subsidiária, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, pela expressa disposição do art. 80 da Lei nº 8.625/93.

22. E a Lei Complementar n. 75/93, que rege o Ministério Público da União, em seu art. 6º, inciso XX, assim dispõe:

Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, *bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover*, fixando prazo razoável para a adoção de providências cabíveis. (grifos meus)

23. Assim sendo, pela cristalina dicção deste dispositivo legal, tem-se que representantes do Ministério Público Estadual podem expedir recomendações a qualquer tipo de pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, com relação à sua área de atuação, vez que há permissivo legal para tanto.

24. Trata-se de um poder amplo, que tem restrição meramente temática, quanto à matéria, ou seja, sendo o caso de atuação do Ministério Público, em qualquer das áreas em que a legislação permita a intervenção desta instituição, poderá haver a expedição de recomendações por parte de seu devido representante, obedecendo-se às regras de divisão interna de atribuições ministeriais.

25. Da Lei Complementar n. 75/93, bem como das demais leis retro mencionadas, pode-se ainda inferir-se mais, não há qualquer exigência para que a recomendação seja expedida no seio de um inquérito civil, podendo, portanto, ser feita de forma livre e autônoma à existência de um inquérito civil.

### 3 CONCLUSÃO

Em face do exposto, conclui-se que os membros dos Ministérios Públicos, nos termos da legislação em vigor, podem, no âmbito de suas esferas de atuação, expedir recomendações a quem quer que seja, pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, não se restringindo o poder de recomendar apenas às entidades estatais ou a particulares que exerçam serviços de relevância

pública, podendo a recomendação, ainda, ser expedida independentemente da existência de inquérito civil.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. *In*: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto; CAZETTA, Ubiratan (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

# ***A NECESSIDADE DO VELAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELAS ATIVIDADES DAS ORGANIZAÇÕES DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS, INCLUSIVE DAS ASSOCIAÇÕES***

---

**TOMÁZ DE AQUINO RESENDE**

Procurador de Justiça

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XVI a XXI, tratando dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, estabelece o livre direito ao associativismo entre as pessoas, vedando no inciso XVII a intervenção governamental no funcionamento das associações, *in verbis*: “XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”

Ocorre que grande parte das associações prestam serviços de relevância pública, na busca dos objetivos da República Federativa (art. 3º da CF) e praticam atividades tidas como de interesse social (art. 6º da CF) muitas vezes financiadas por recursos públicos e/ou, quase sempre, beneficiadas com vedações e renúncias na cobrança de tributos.

Tais organizações crescem vertiginosamente: em número, em atividades e em importância no contexto social e, além de estarem, literalmente, substituindo o próprio governo no atendimento de demandas públicas em áreas cruciais como saúde e educação, entretanto, em alguns casos, têm sido usadas indevidamente para o alcance de interesses privados, às vezes ilícitos, merecendo, portanto, especial atenção do Estado em suas ações e devendo se submeter a um mínimo de controle social.

E, considerando o consignado nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, quando das atribuições do Ministério Público “... na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. E no zelo “... pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.” defendemos aqui o velamento do Ministério Público também para as associações benemerentes.

Assim, neste contraponto entre o direito individual (ou o uso indevido deste) e o interesse coletivo (ou sua defesa pelo Estado/Ministério Público), apresentamos esta proposta.

## **2 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DO TERCEIRO SETOR**

Organizações de direito privado sem fins lucrativos, ou terceiro setor legalmente constituído. Importância no contexto social. Crescimento e relevância na própria formação do estado.

Necessário, de início, demonstrar que o chamado terceiro setor legalmente constituído, composto pelas associações e fundações, sempre ocupou, e hoje aparece com muito maior destaque, papel fundamental na formação e na sustentabilidade eficaz do Estado. Basta conside-

rarmos que na área de internação hospitalar pelo SUS – diga-se atendimento de saúde pública – as chamadas *filantrópicas* respondem pela quase totalidade dos atendimentos, ou seja, organizações com personalidade jurídica de direito privado atendem a quase 80% da demanda pública de internação hospitalar.<sup>1</sup> Nas áreas de Assistência Social, Educacional e Ambiental é notório o atendimento em maior quantidade, com mais qualidade e por até três vezes menor custo do que o serviço público (vg. Pastoral da criança – D. Zilda Arns; escola pública de qualidade – Fundação Airton Senna e/ou Fundação Acesita; Conselhos e Fundos Municipais, incentivados pelo Instituto Telemig Celular; fundações Matutu e TAMAR, dentre inúmeros outros exemplos).

Não há que se falar que as organizações sem fins lucrativos estejam invadindo seara de atribuições governamentais quando prestam serviços públicos. Na verdade elas existem e compõem o Estado normalmente com papel de complementar e suprir lacunas de atividades inviáveis ao poder político (especialmente pela burocracia e grande rotatividade de dirigentes) ou ao poder econômico (logicamente pela não lucratividade de empreendimentos sociais ou ambientais).

A conotação de benemerência, a formatação jurídica dessas entidades e o peculiar envolvimento sentimental que move as pessoas que nelas militam, lhes permitem maior agilidade, a eficiência dos métodos e a eficácia dos resultados. Os exemplos citados acima deixam isto muito claro, ou seja: indubitável que a Pastoral da Criança é infinitamente mais eficiente no combate à desnutrição do que qualquer programa *fome zero ou bolsa família*; que jamais governo algum teria a mobilidade, a eficácia e o baixo custo das entidades privadas sem fins lucrativos das áreas de saúde, educação, defesa do meio ambiente, do consumidor, etc.

Importante ressaltar que na verdade, diante das amarras e burocracias governamentais, mesmo as entidades privadas *com* fins lucrativos têm menor custo (cerca de um terço) e maior eficiência do que as instituições estatais de saúde e de educação, o diferencial das organizações sem fins econômicos é que, obrigatoriamente, seus resultados positivos devem ser aplicados nas suas atividades finalísticas e não distribuídos entre administradores ou sócios, como acontece nas empresas comerciais, esse, aliás, o sentido do termo *sem fins lucrativos, ou sem fins econômicos*. E, de mais a mais, boa parte das organizações de direito privado sem fins lucrativos age justamente no monitoramento e controle de ações do governo e do mercado.

Quando se trata do chamado terceiro setor é importante salientar que o conceito abrange desde a creche que funciona informalmente em pequena casa de bairro da periferia, até em grandes instituições mundialmente conhecidas que com milhões de dólares atuam nas áreas de promoção de educação, cultura, meio ambiente ou mesmo assistência social, tais como Cruz Vermelha, Fundação Ford, Fundação Kellogg, Greenpeace, Fundação Bradesco, Fundação o Boticário ou Fundação Avina.

Lester Salamon, catedrático da Universidade Johns Hopkins, dos Estados Unidos, onde é diretor do Centro de Estudos da Sociedade Civil afirma que o terceiro setor representa 6% do PIB em países da Europa e nos Estados Unidos<sup>2</sup>, o que significa que se se tratasse da economia de um país, estaria entre a sexta ou sétima potência econômica do mundo – Mais ou menos equivalente à riqueza da França.

De acordo com dados da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo o terceiro setor, hoje no Brasil

---

1 Dados da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais informam que no ano de 2005 a rede privada respondeu por 75,82% das internações hospitalares feitas pelo SUS, e, só as filantrópicas foram responsáveis por 58,58% deste serviço.

“é constituído por cerca de 300 mil organizações e sua movimentação de recursos já atinge 5% do nosso PIB. O primeiro levantamento estatístico sobre o setor, que se refere a 1995, indicava que o setor possuía cerca de 200 mil organizações e que participava com 1,5% do PIB. Nota-se um crescimento acelerado do setor na última e nesta década. Com relação ao emprego gerado, o terceiro setor, que absorvia cerca de 1,5 milhões de trabalhadores em 1995, hoje gera emprego para cerca de 5 milhões de pessoas.”<sup>3</sup>

Além da notoriedade da importância dos atendimentos já destacados, dados concretos de pesquisa coordenada pelo Centro de Apoio ao Terceiro Setor, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais,<sup>4</sup> atestam que no ano de 2005 existiam na Cidade de Belo Horizonte cerca de 1500 entidades de direito privado sem fins lucrativos de interesse coletivo<sup>5</sup> sendo que 1283 foram recenseadas e apresentaram dados relevantes para a economia e funcionamento do município, tais como:

- 682 instituições tinham empregados de carteira assinada totalizando, no último dia do ano de 2005 a quantia de 34.486 empregos diretos, o que representa mais do que os empregos gerados pelas empresas mineradoras de todo o estado;
- 544 entidades contaram, na mesma época, com 28.837 voluntários;
- a massa de recursos financeiros movimentados por 1.096 dessas instituições foi no total de 3.270.858.361,00 (três bilhões, duzentos e setenta milhões, oitocentos e cinquenta e oito mil e trezentos e sessenta e um reais) o que representa mais do que 1% do PIB<sup>6</sup> da Capital mineira.

Mais ainda ficou esclarecido que:

- Quase 40% das Instituições não são registradas nem participam de nenhum Conselho ligado a órgão público, ao passo que 28,7% participam do Conselho Municipal de Assistência Social, 21% participam do Conselho Nacional de Assistência Social, 14,6% são credenciadas como Instituições Benéficas de Assistência Social e finalmente 10,5% estão ligadas ao Conselho Municipal de Educação.
- Os principais parceiros das Instituições para o desenvolvimento de suas atividades são bem diversificados, sugerindo que as Instituições não dependem de uma única fonte. Podemos, contudo, citar cinco principais parceiros: Governo, apontado por 39,6% das Instituições, Comunidade (36,3%), Voluntários (34,3%), Empresas (26,6%) e Igrejas (25,0%).
- Das instituições pesquisadas (1.273), 774 são associações - 61%; 259 se intitula de sociedade civil sem fins econômicos (CC de 1916) - 20%; 101 são tidas como instituições religiosas - 8%; 114 são fundações - 9%; e 25 se apresentam como Autarquias/Fundações públicas 2%.

---

2 Salomon, Lester. A emergência do terceiro setor - uma revolução associativa global. Revista de Administração da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.33, n.1, p.5-11, jan./mar. 1998.

3 MEREGE, Luiz Carlos. revista eletrônica Integração: [www.integracao.fgvsp.br](http://www.integracao.fgvsp.br) ano9/04/editorial.htm.

4 “Diagnóstico do Terceiro Setor” – Pesquisa de campo feita em Belo Horizonte entre os meses de fevereiro/maio de 2005 sob coordenação científica do Prof. Eduardo Marcondes Filinto da FIPE/SP.

5 A pesquisa desconsiderou as entidades de interesse mútuo, tais como associações de classe, clubes sociais, sindicatos, igrejas, clubes desportivos, etc.

6 PIB de Belo Horizonte: R\$ 24.513.367.000,00 IBGE/2004.

Sustentando de forma definitiva a importância do terceiro setor basta vermos que nas cruciais áreas de educação e saúde temos alguns exemplos em Minas Gerais (que evidentemente têm seus correspondentes em todos os demais estados da federação), que são referências em suas áreas de atuação e, cujos serviços, dispensam maiores levantamentos para os qualificarmos como imprescindíveis ao bom funcionamento do Estado como um todo, v.g. na educação: Fundação Dom Cabral; Fundação Pitágoras; PUC; UNI/BH; UNIFENAS; FUMEC, Fundação Escola Superior do Ministério Público, etc. Na saúde: Santa Casa de Misericórdia, Hospital Mario Pena/Luxemburgo, Hospital da Baleia, Hospital Sofia Feldman, Hospital Felício Roxo; Hospital Madre Teresa; etc.

Fica, então, patente, indiscutível, comprovado de forma irrefutável que a importância das instituições de direito privado sem fins lucrativos na formação e funcionamento eficaz do Estado é tão grande quanto a do Governo ou a do Mercado.

### 3 O PROBLEMA

O interesse coletivo e a importância dos serviços prestados pelas organizações sem fins lucrativos ensejam intervenção estatal nas atividades delas? No caso das associações, qual a solução para a questão, quando em confronto com o direito do livre associativismo entre as pessoas?

A teor da primeira parte do *caput* do art. 11, do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942,<sup>7</sup> combinado com os arts. 53 e 62 do Código Civil Brasileiro fica muito clara a intenção do legislador em definir as associações e as fundações como pessoas jurídicas sem fins lucrativos e que desenvolvem atividades de interesse coletivo, ainda que constituídas com a natureza jurídica de direito privado:

As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades<sup>8</sup> e as fundações [...]. (art. 11 do DL 4.657/42).

Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. (art. 53 do Código Civil).

Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. (art. 62 do Código Civil).

Daí, e com base também em outros dispositivos legais, se infere que no Brasil não é permitida a instituição de pessoa jurídica com fins não econômicos para a administração de interesses individuais, ou de interesse apenas privado, v.g. administrar heranças em favor de herdeiros; administrar patrimônio em favor de alguma família, etc.

Vale registrar, porém, sobre a existência de organizações sem fins econômicos voltadas ao desenvolvimento de atividades de benefício mútuo, ou seja, aquelas que buscam atender apenas aos interesses de seus próprios associados ou daqueles que têm interesse comum, como os sindicatos, as associações de classe, os clubes sociais, etc.

Indiscutível, entretanto, que a maioria das associações e fundações têm por escopo a busca da realização dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição Federal:

7 Lei de Introdução ao Código Civil

8 Hoje associações, tendo em vista que o novo Código Civil só admite a denominação de sociedade para as pessoas jurídicas com fins lucrativos.

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por essa razão muitas delas recebem tratamento especial por parte do governo, inclusive com imunidades e isenções tributárias, como se vê da Constituição de 1988:

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

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Têm, tais entidades, também em sede constitucional, o reconhecimento de suas importâncias quando destacadas para a execução de serviços de interesse público em complementaridade aos serviços governamentais, tais como saúde e educação:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

(os realces são nossos).

Então, sem necessidade de estudos mais aprofundados, fica patente que essas instituições, popularmente conhecidas por ONGS, que, como já ficou claro, prestam serviços do

interesse de toda a coletividade (serviço de interesse público) e que têm fundamental importância na geração de emprego e renda, em grande parte se utilizam de recursos públicos (do Erário ou de contribuições de populares), de renúncias fiscais ou de imunidades e isenções tributárias para cumprirem suas atividades. Ou seja, *prestam serviços de interesse público, muitas vezes com recursos públicos ou com benefícios fiscais e são de direito privado*.

Portanto, em princípio, merecem, tanto as associações quanto as fundações, especial atenção do Governo no sentido de garantir à sociedade a lisura na aplicação dos recursos públicos com probidade, transparência e eficiência. E, a referida especial atenção nada mais pode ser do que um verdadeiro “velamento” sobre tais entidades, garantindo aos usuários, contribuintes e financiadores o direito de ter publicizadas as contas e as realizações das organizações sem fins lucrativos.

Na já mencionada pesquisa que foi realizada na capital mineira ficou constatado que as organizações sem fins lucrativos recenseadas, assim se relacionam com a questão da prestação de contas de suas atividades e recursos: Cerca de 4% das Instituições não prestam contas de suas atividades. 60% delas prestam contas a seus órgãos internos, 48,8% o fazem a seus associados e mantenedores, 39% delas prestam contas a órgãos do governo, 26,2% prestam contas a doadores de recursos, 19,4% o fazem à comunidade. O restante presta contas a patrocinadores, parceiros (18,3%), ao CNAS – CEAS (18,2%), Ministério Público (13,2%), beneficiários (12,9%), Ministérios da Justiça (12,6%), Tribunal de Contas (4,6%).

Com relação às fundações, por suas peculiaridades, sejam quais forem suas atividades,<sup>9</sup> o legislador ordinário, desde o Código Civil de 1916<sup>10</sup> as submeteu ao velamento pelo Ministério Público, velamento que se compreende como a função de *estar de sentinela* (exercer vigilância), e também patrocinar e proteger.

No velamento das fundações o Ministério Público dedica-se a funções administrativas e funções processuais.

*Administrativamente*, o “velar” significa exercer uma incessante e intensa vigilância sobre a entidade. Significa fiscalização, controle e auxílio, desde o ato de sua instituição. Até mesmo antes (a própria concepção registrada em ata, quando o instituidor é pessoa jurídica). Antes da existência da fundação para o mundo jurídico (análise e eventual aprovação de estatuto e de atos cartoriais de instituição, da existência e suficiência do patrimônio). Durante a existência da entidade (apreciando prestações anuais de contas, verificando eventuais irregularidades, autorizando modificações de estatutos; concordando com alienação de bens etc. etc.). E após a extinção da pessoa jurídica fundacional (indicando outra fundação para dar continuidade aos objetivos do instituidor, absorvendo o patrimônio que a constituiu).

*Processualmente* o Ministério Público poderá adotar todas as medidas cabíveis visando a proteção do ente fundacional.

*Antônio Cláudio da Costa Machado*<sup>11</sup> ensina:

... só se viabiliza um controle administrativo efetivo se a lei entregar ao órgão fiscalizador, concomitantemente, os remédios processuais adequados à realização

9 Exceto com relação às fundações de previdência privada, por expressa disposição no art. 86 da Lei n.6435 de 15/07/1977.

10 A redação é a mesma tanto no art. 26 do Código Civil de 1916, quanto no art. 66 do Código de 2003: “Velará pelas fundações o Ministério Público do estado onde situadas”.

11 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. 1 ed. São Paulo. Saraiva, p. 273/274)

judicial de suas pretensões, o que, *in casu*, é feito pelo próprio art. 26 da lei civil [...] a legitimação ativa ad causam, portanto, resulta diretamente desta regra genérica do art. 26 do Código Civil que, do contrário, não teria nenhuma eficácia concreta. destarte, no poder-fim de velar pelas fundações encontra-se implícito, logicamente, o poder-meio de promover todas as medidas judiciais cabíveis a bem da administração e dos escopos fundacionais [...] *o velar pelas fundações é sinônimo de atribuição administrativa, de legitimação ativa ad causam e de legitimação interventiva [...] a intervenção assistencial do curador de fundações deve ocorrer em qualquer tipo de processo de que figure como autora, ré ou interveniente uma fundação, v.g., como ré numa ação de extinção proposta por alguém que não o Ministério Público; como réu numa ação de consignação em pagamento (Jur. Bras., 52/295); como nomeada à autoria numa ação possessória (Jur. Bras., 52/274); etc. o mesmo ocorrerá se se tratar de procedimento de jurisdição voluntária. Sobre a atividade da curadoria de fundações aplica-se, analogicamente, tudo o que se disse acerca da atividade da curadoria dos incapazes. De mais a mais, consigne-se esta decisão: o representante do Ministério Público tem o direito de recorrer das decisões que considere prejudiciais às fundações (RT, 422/162).(realçamos).*

Citando obra de Milton Sanseverino, o mesmo autor conclui:

... realmente, o que determina, *in casu*, a intervenção é a qualidade de hipossuficiência da parte; a fundação é presumida pela lei – não pelo art. 82 do estatuto processual, mas pelo art. 26 do estatuto civil – como parte carecedora de apoio, auxílio processual, o que se traduz tecnicamente na necessidade do Ministério Público prestar-lhe uma espécie de assistência diferenciada.

Assim, o velamento das fundações se dá, sempre, em razão da pessoa, ou seja, se é uma fundação, obrigatoriamente se dá o velamento pelo “*Ministério Público do Estado onde situadas*”.

Já com relação a eventual velamento das associações (este o cerne do presente estudo), vamos precisar enfrentar a questão do direito das pessoas se reunirem pacificamente e de se juntarem associativamente umas às outras para fins lícitos *sem intervenção governamental*, o que está, e não poderia ser de outra forma, classificado entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, na congressual Constituição da República que ora vige, como se desprende especialmente de seu art. 5º, incisos XVII a XXI.

Além de ser o associativismo quase que um direito *natural* das pessoas, fica expresso e convalida mais ainda o aspecto relevante de tal direito, o fato de impedir que o governo interfira indevidamente nos atos de gestão das entidades compostas por pessoas, como se vê:

A Constituição Federal prevê no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – , Capítulo I – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, os seguintes preceitos:

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

[...]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

- XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
- XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

Então, é a partir mesmo da *fonte das leis* que, em interpretação literal, percebemos o firme propósito do legislador constituinte em garantir que as pessoas, livre e licitamente se reúnam, e, expressamente, proíbe aos órgãos governamentais a indevida interferência no funcionamento dessas organizações. Aqui, na verdade, se encontra um dos princípios básicos do chamado Estado democrático de direito.

Mesmo assim alguns comandos legais esparsos, em condições especiais, geralmente *em razão da matéria ou de contrato*, admitem a intervenção nas associações sem fins lucrativos, tais como o Decreto-Lei n. 41, de 18 de novembro de 1966, que na esteira do entendimento de José Eduardo Sabo Paes,<sup>12</sup> sustentamos ainda estar em pleno vigor, vez que não expressamente revogado, e que impõe ao Ministério Público efetiva atribuição com relação à fiscalização das associações de fins benemerentes.

A atualidade daquelas disposições e sua relevância no presente contexto, fazem merecer sua integral transcrição:

Decreto-Lei n. 41, de 18 de novembro de 1966

Dispõe sobre a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais<sup>13</sup>

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o art. 31, parágrafo único, do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, Decreta:

Art. 1º Toda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei.

Art. 2º A sociedade será dissolvida se:

- I – deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina;
- II – aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais;
- III – ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores.

Art. 3º Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.

Parágrafo único. O processo de dissolução e da liquidação reger-se-á pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil.<sup>14</sup>

Art. 4º A sanção prevista neste decreto-lei não exclui a aplicação de quaisquer outras, porventura cabíveis, contra os responsáveis pelas irregularidades ocorridas.

12 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. 6 ed., Brasília Jurídica, 2006.

13 Ver CF/88, art. 5º, XIX e DL 9.085/46

14 CPC de 1939. No atual, 1218, VII.

Art. 5º Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 18 de novembro de 1966; 145º da Independência e 78º da República H. CASTELLO BRANCO.

Existem, somente na Câmara Federal mais de 40 projetos tramitando com proposições de interferência nas organizações de direito privado sem fins lucrativos algumas mesmo estabelecendo com relação a elas o mesmo velamento aplicado às fundações pelo art. 66 do Código Civil, merecendo destaque:

Projeto de Lei proposto pelo Deputado Antônio Carlos Thame, com a seguinte redação:

Altera o Código Civil, para estender a fiscalização do Ministério Público às organizações não-governamentais que realizem parcerias com o Poder Público.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei trata da fiscalização das organizações não governamentais que realizem atividades e projetos por delegação de órgãos e entidades estatais.

Art. 2º O Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, fica acrescido do art. 66-A e parágrafo, com a seguinte redação:

‘Art. 66-A. A fiscalização do Ministério Público, na forma estabelecida no art. 66, se estenderá às demais pessoas jurídicas de direito privado mencionadas neste Código, que realizarem quaisquer tipos de parcerias com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e respectivas entidades controladas ou sob sua administração, recebendo recursos para a realização, por delegação, de atividades e projetos de interesse do Poder Público.

Parágrafo único. A fiscalização de que trata o caput não se confunde nem se superpõe àquela normalmente exercida pelos Tribunais de Contas em relação às transferências de recursos de recursos públicos de qualquer natureza ou finalidade.

Projeto de lei da autoria do Deputado José Santana de Vasconcellos que pretende criar um cadastro nacional de organizações sem fins lucrativos, submetendo-as ao controle do Ministério da Justiça e do Ministério Público, do qual transcrevemos parte:

Art.1º Toda Organização não Governamental – ONG, com atuação dentro do território nacional, deverá ter registro e autorização do Poder Executivo Federal para o desempenho de suas atividades.

§1º Para os efeitos desta lei, considerar-se-á como Organização não Governamental (ONG) qualquer entidade de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade social, ambiental ou econômica, seja nacional ou estrangeira, bem assim, a entidade enquadrada nos termos da lei 9.790/99.

Art.2º Fica criado o Cadastro Nacional de Organizações não Governamentais (CNO), administrado e mantido pelo Ministério da Justiça, ao qual caberá:

[...]

Art. 5º A ONG prestará contas anualmente dos recursos recebidos por intermédio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada, inclusive doações, através de relatório a ser enviado ao Ministério Público e ao Ministério da Justiça, independente da prestação de contas aos respectivos doadores.

A justificação dos parlamentares se sintetiza na necessidade de transparência da aplicação de recursos e do cumprimento de objetivos por parte das organizações.

Neste sentido é a justificativa apresentada pelo Deputado Antonio Carlos Mendes Thame aos projetos que defende e que, em linhas gerais, tem o mesmo fundamento dos projetos apresentados por outros parlamentares, inclusive senadores:

É crescente e até certo ponto descontrolada a atuação das chamadas organizações não-governamentais em funções típicas ou complementares ao Estado. Não se trata, aqui, de objetar a participação dessas entidades em atribuições de interesse público, mas sim de exercer um controle mais estrito em relação à considerável soma de recursos orçamentários que lhes estão sendo destinados, e à importância de sua utilização de acordo com as respectivas finalidades.

*O Estado de São Paulo* vem publicando uma série de reportagens, do jornalista Bruno Paes Manso, citando várias situações objeto de denúncias ou desconfiança, envolvendo as relações entre as administrações públicas e as organizações assim denominadas *não-governamentais*.

É preciso notar que são diversas as formas jurídicas adotadas por tais entidades, e que já está previsto algum tipo de controle, por parte dos Tribunais e Conselhos de Contas, sobre quaisquer recursos transferidos pelo Poder Público. Mas é preciso algo mais, nos moldes do que hoje dispõe o Código Civil exclusivamente em relação às fundações, mas não se estende às associações e às sociedades.

Deste modo, o que se está aqui propondo é ampliar o trabalho do Ministério Público, em todos os Estados, de tal maneira que possa *velar* não apenas pelas fundações, mas por todas as demais pessoas jurídicas de direito privado que estiverem fazendo as vezes do Estado, utilizando recursos públicos, confiando àquele Poder a prerrogativa de exercer uma supervisão mais abrangente, um controle finalístico sobre as funções delegadas pelos entes estatais, inerentes ao atendimento das necessidades meritórias e, às vezes, até essenciais, que o Estado deixou de prover diretamente.

A imprensa, de um modo geral, diariamente tem cobrado um posicionamento do Estado com relação à excessiva liberdade com que agem as organizações não lucrativas, especialmente as associações.

#### 4 AS POSIÇÕES

A grande mídia, o parlamento e a sociedade de um modo geral, com sólidos argumentos, têm insistido na necessidade de um maior controle sobre as atividades das associações, especialmente daquelas que manipulam recursos públicos ou se beneficiam de “favores” governamentais.

Na revista *Época* de 3/6/2006, a editora Isabel Clemente, na matéria intitulada “*Terceiro setor: O crescimento da ‘pilarantropia’ entre as ONGs*” bem verbaliza a sustentação da necessidade de fiscalização de tais instituições defendida por importantes órgãos de imprensa:

A explosão do terceiro setor criou outro tipo de ONG: a dos aproveitadores que, na falta de fiscalização, desviam recursos públicos e enriquecem.

Quando o sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, criou a Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida, no Rio de Janeiro, em 1993, ajudou a

cristalizar a imagem que até hoje persiste das organizações não-governamentais, as ONGs. No imaginário popular, elas representam uma trincheira da sociedade civil contra os abusos de governos ou grandes empresas. Seriam todas campeãs de causas nobres e estariam repletas de ativistas dedicados e altruístas. Era o caso de Betinho. É o caso de Viviane Senna, com seu Instituto Ayrton Senna. É o caso de milhares de organizações que - equivocadas ou não - lutam pelo que acreditam. Mas não é o caso de todas as ONGs. Longe disso.

[...]

Reportagens publicadas pelo jornal O Globo revelaram que algumas dessas instituições são ligadas a empresários que fizeram doações à pré-campanha à Presidência da República de Anthony Garotinho, marido da governadora Rosinha Garotinho (PMDB). A ONG recebia dinheiro do governo Rosinha e ajudava Garotinho. Recentemente, apareceram indícios de que ONGs de fachada foram usadas pela quadrilha de sanguessugas que desviava recursos do Orçamento com a venda superfaturada de ambulâncias. As entidades eram usadas para driblar restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal à transferência de dinheiro do governo federal para prefeituras inadimplentes.

[...]

No Estado do Rio, por exemplo, difundiu-se a prática de contratação de funcionários pelo governo estadual por intermédio de ONGs, para burlar a exigência de concurso público. 'É uma intermediação ilegal', diz João Batista Berthier, do Ministério Público do Trabalho do Rio. 'Mas se tornou tão disseminada e caótica que não temos estimativas sobre o número de funcionários terceirizados via ONGs.' A esse crescimento não correspondeu o necessário aumento da fiscalização. 'Só o Estado tem poderes de investigar. O cidadão comum, não', diz a advogada Elisa Larroudé, autora de uma tese de mestrado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) de São Paulo sobre ONGs. A fiscalização do governo federal se limita à verificação do cumprimento de formalidades. 'Atestamos a intenção de trabalhar pelo interesse público, e não se a organização realmente trabalha', diz José Eduardo Elias Romão, diretor de Justiça e Classificação do Ministério da Justiça. 'É uma loucura. Esse modelo não combina com o estado democrático de direito'.

[...]

Outro problema é que a maioria das ONGs ainda funciona como caixas-pretas. As entidades que recebem recursos públicos são obrigadas a fazer prestações de contas, mas essa exigência é cumprida por meio de publicações de balanços no Diário Oficial em letra miúda e linguagem geralmente indecifrável. Apesar de o governo deixar de arrecadar R\$ 580 milhões por ano só com a isenção de impostos de entidades beneficentes de assistência social, as ONGs que funcionam com doações de recursos privados não precisam fazer prestações de contas.

[...] alguns avanços começam a ser ensaiados. O Ministério Público do Rio de Janeiro criou um grupo especial de fiscalização de entidades do terceiro setor. Embora incipiente, o trabalho do grupo já reuniu informações sobre 11 ONGs suspeitas, supostamente engajadas em projetos para a infância, que receberam R\$ 250 milhões em verbas públicas. O Tribunal de Contas da União (TCU) começou, na semana passada, a fazer reuniões em cada Estado para esclarecer dirigentes de ONGs sobre formas de prestar contas.

A iniciativa mais promissora pretende ser a criação, até outubro, do 'Siafi do Terceiro Setor' pelo Ministério da Justiça. A exemplo do Siafi, o sistema de acompa-

nhamento dos gastos do governo federal, será um supercadastro com dados da Receita Federal, da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas sobre as ONGs agraciadas com recursos públicos. Estará acessível a qualquer um na internet. ‘Queremos saber como as ONGs gastam o dinheiro público e abrir a informação para a sociedade.’ ‘Para todas as ONGs colocarem as prestações de conta na internet, só falta vontade política’, diz Eduardo Szazi, advogado especializado em terceiro setor. Esse é um caminho já percorrido pelas ONGs sérias. Para se diferenciar, elas procuram tornar suas atividades mais transparentes. ‘As ONGs têm um papel importante em todo lugar onde estão, tanto em países ricos como pobres’, diz Douglas Rutzen, presidente do International Center for Not-for-Profit Law, uma ONG especializada em estudos sobre legislação para ONGs. ‘O importante é estar claro para quem elas devem prestar contas e por quais ações’.

Por outro lado, importantes estudiosos e doutrinadores têm também defendido tal intervenção, valendo destacar a sempre abalizada opinião do Procurador de Justiça do Distrito Federal, José Eduardo Sabo Paes que, de há muito, assim se posiciona:

... Fiscalização essa que, no que tange especificamente às entidades de interesse social, nas quais se enquadram as sociedades de fins assistenciais, abrange o exame das suas contas, a fiscalização de seu funcionamento, o controle da adequação da atividade da instituição a seus fins e da legalidade e pertinência dos atos de seus administradores, podendo fiscalizar a aplicação dos recursos e promover tanto a anulação dos atos ilegais como a sua própria dissolução.<sup>15</sup>

Com relação ao alcance da intervenção estatal nas associações, a jurisprudência tem se firmado no sentido de validá-la quando esta se dá em razão da matéria, especialmente quando há ofensa a preceitos legais, como se vê do seguinte exemplo:

... *Ab initio*, mister salientar que, a princípio, não caberia ao Poder Judiciário interferir nas decisões tomadas por associação civil privada a respeito da exclusão de associado ou sócio, por descumprimento de normas e deveres previstos no seu estatuto.

Entretanto, cabe ao Poder Judiciário averiguar quanto à legalidade do procedimento adotado para a exclusão do associado, de modo que sejam respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, basilares do estado democrático de direito.<sup>16</sup>

Contudo, com base especialmente na regra constitucional da não intervenção governamental no funcionamento das organizações sem fins lucrativos vários estudiosos se opõem a qualquer tipo de fiscalização das associações.

Para exemplificar, colacionamos artigo do jornalista Luiz Weis,<sup>17</sup> com o sugestivo título: “*ONGs: Uma Bênção ou Uma Praga*”, no momento em que tece comentários sobre o

15 Extraído da página virtual do jornal Correio Braziliense.

16 TAMG – Apelação Cível n. 434.359-1, Oitava Câmara Cível rel. Juiz José Amâncio, j. 4 de março de 2005.

17 Extraído da página virtual *Fala, Brasil*, datada de 25 de outubro de 2004.

projeto de lei federal que pretende o cadastro geral de “ONGs” bem define a posição dos que são contra eventual velamento das associações, como se vê:

... Tenha ou não futuro nos termos em que chegou à Câmara, a proposta dá uma idéia de arrepiar do que se tem em mira para colocar as ONGs no lugar onde certas forças políticas acham que elas devam ficar.

Além de cercear a liberdade de associação no País, garantida na Constituição, o texto confunde Estado e sociedade, inventa um mastodonte burocrático e lhe confere poderes arbitrários.

‘É um instrumento de enfraquecimento da sociedade civil’, resume o engenheiro Augusto de Franco, da ONG Comunitas, que dissecou o projeto.

Para começar, o substitutivo estipula que são livres a criação e o funcionamento de entidades privadas sem fins lucrativos cuja razão de ser envolva o “interesse público”, o que, de resto, a proposta não se dá ao trabalho de definir.

Portanto, organizações formadas para promover interesses coletivos, mas não necessariamente públicos – desde uma sociedade de estudos especializados à torcida de um time de futebol, por exemplo –, não poderiam ser reconhecidas, embora sejam tão legítimas como quaisquer outras.

Aí vem a segunda pérola, que merece ser olhada com o máximo de atenção:

‘As ONGs (tampouco definidas) prestarão contas anualmente dos recursos recebidos por intermédio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada, inclusive doações, ao Ministério Público, independentemente da prestação de contas aos respectivos doadores.’

Por que diabos o Ministério Público deveria conferir a priori, supondo que tivesse meios de fazê-lo, o destino que uma ONG dá ao dinheiro recebido de fontes privadas?

Em outras palavras,

Por que o Estado, mesmo sem ser acionado por alguma queixa, deveria tutelar um tipo de relação que se dá no âmbito exclusivo da sociedade?

O pior é a essência do projeto – a criação de um cadastro nacional de ONGs, no Ministério da Justiça.

Para se inscrever nele, a ONG ‘prestará esclarecimentos sobre suas fontes de recursos, linhas de ação, tipos de atividades, de qualquer natureza, que pretenda realizar no Brasil, o modo de utilização de seus recursos, a política de contratação de pessoal, os nomes e qualificação de seus dirigentes e representantes e quaisquer outras informações que sejam consideradas relevantes para a avaliação de seus objetivos’. Vixe!

De posse dessa montanha de dados – sem falar nas tais ‘outras informações relevantes’ –, a burocracia, com a agilidade característica, autorizará o cadastramento, portanto, o funcionamento legal de uma ONG, mas não o de outra, conforme os seus insondáveis critérios.

É a negação chapada do direito constitucional dos cidadãos de se organizar para fins lícitos, sem precisar de licença do governo.

E não se imagine que já não existam procedimentos instituídos para a criação de ONGs, como os registros em cartório, na Receita e nas prefeituras (além de autorização do Ministério Público, se for uma fundação).

O jurista Joaquim Falcão dá um exemplo do que isso significará na prática: para ficar quite com a lei, a ONG que existe apenas para promover a festa anual do

Círio de Nazaré, em Belém, terá de se cadastrar em Brasília – o que ferirá, de quebra, o princípio federativo.

Ela fornecerá ao burocrata do dia todas aquelas informações, mais as enigmáticas ‘outras’ que o distinto servidor houver por bem requisitar. Multiplique-se isso por 250 mil.

Falcão lembra que todo sistema de controle e fiscalização a cargo do poder estatal tem, por definição, uma finalidade determinada.

Ele se pergunta qual poderá ser essa finalidade no caso das ONGs. Se a intenção é defender o patrimônio público, o foco do controle e da fiscalização deve incidir sobre a atuação do Estado.

Controles sobre o que as ONGs fazem com o dinheiro que dele recebem já existem. Se não prestam por serem meramente burocráticos, como diz a antropóloga Ruth Cardoso, trata-se de torná-los eficientes.

E deixem-se as ONGs em paz (?!!).

## 5 O MINISTÉRIO PÚBLICO DA ATUALIDADE – PODERES, DEVERES – RELAÇÃO INSTITUCIONAL COM AS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

Nada do triste, do amoral, do desfibrado acusador sistemático dos outros tempos. Nem do grotesco defensor da Sociedade apegado a chavões estafados e abstrações estéreis. Órgão humano, sensível às menores vibrações da vida, suficientemente senhor da dignidade do seu cargo para não comprometê-lo com melindres caricatos nem contemplações pecaminosas incompatíveis ambos com a compreensão serena e honesta do dever [...]¹⁸

A vocação do Ministério Público para a defesa dos interesses maiores da coletividade nasce junto com a instituição, é o que depreende inclusive da própria denominação que lhe consagra a Constituição Federal: “Ministério Público”,¹⁹ do latim *ministerium publicus*²⁰ o que sem dúvida pode e deve ser interpretado como um verdadeiro sacerdócio em favor da coletividade.

Berto Valori buscando definir a origem da instituição do Ministério Público, afirma que:

... há 4.000 anos no Egito havia uma classe de agentes públicos com os seguintes deveres: 1) Eram os olhos e a língua do Rei; 2) castigava os rebeldes, reprimia os violentos e protegia os cidadãos pacíficos; 3) acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; 4) era o marido da viúva e o pai do órfão; 5) fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; 6) tomava parte nas instruções para descobrir a verdade.²¹

18 MENDONÇA, Carlos Sússekind de, *apud* LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed., preâmbulo.

19 No Brasil a expressão Ministério Público só é utilizada pela primeira vez no Decreto 5.618, de 2 de Maio de 1874.

20 *Ministerium*, ofício, função de servir, mister, ocupação, trabalho, sacerdócio; *publicus*, concernente ao público, do público, que é de interesse, utilidade do público, que é propriedade pública. (dic. Houaiss, versão eletrônica).

21 VALORI, Berto *apud* LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed., preâmbulo.

Nos idos de 1937, o *Príncipe dos Promotores* Professor Roberto Lyra, transcreve posição do então Ministro Alfredo Valladão com relação ao Ministério Público, cuja opinião tem a instituição como um verdadeiro poder do Estado<sup>22</sup>:

Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro órgão acrescentaria ele – o que *defende* a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou do próprios poderes do Estado. (realçamos).

Mesmo na época em que funcionava como um órgão representante da Coroa ou como um integrante do Poder Executivo já se vislumbrava nele a imanência da defesa social hoje exercida com grande ênfase, até mesmo contra os poderes e instituições do próprio Estado, talvez possa se dizer até que: principalmente contra estes.

Outra não é a brilhante conclusão do Dr. Admilson Oliveira e Silva, Promotor de Justiça Substituto na Promotoria de Senador Guiomard, do Estado do Acre:

... revelando a verdadeira face da Instituição Ministerial, vocacionada para a atividade social, por excelência. Ministério Público Social [...] Aquele que, diuturnamente, e de forma aguerrida, zela pela correta utilização do patrimônio público, muitas vezes entregues à sanha de maus administradores. Aquele que desenvolve um outro tanto de atividades, sempre visando a defesa do bem estar da coletividade e o exato cumprimento da lei. Ministério Público Social. O Ministério Público do Terceiro Milênio. É o ideal de todos os seus Membros, Promotores e Procuradores de Justiça. É a real compreensão de que, a cada dia, consolida-se o entendimento de que somos o Ministério DO Público. Por que estamos a seu serviço.

Não sendo objetivo aqui o de historiar a origem e a evolução do Ministério Público, mas defender, o mais claro e objetivamente possível que tal instituição tem obrigação de velar pelas organizações sem fins lucrativos que tenham como finalidade o cuidado de questões de interesse público, ou que recursos públicos manipulem, pinçamos algumas determinações legais, bem como a posição de alguns doutrinadores e da jurisprudência, que vêm delineando a questão especialmente nos últimos dois séculos.

Veremos que com algumas raras exceções a tendência da doutrina, da legislação e da jurisprudência é a de respaldar o ponto de vista que aqui estamos a sustentar.

Assim é que desde o Decreto n. 1.030 de 14 de novembro de 1890 – tido, então, como uma espécie de estatuto do Ministério Público do Distrito Federal - em seu art. 164 já proclamava:

O Ministério Público é, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o *promotor da ação pública contra todas as violações do direito*. (realçamos)

---

22 Ministro Alfredo Valladão, *apud* LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, p. 23.

A Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973, o Código de Processo Civil, instrumentaliza o Ministério Público, especialmente no seu funcionamento como parte nos processos de natureza civil, merecendo realce o prescrito nos seus arts. 81 e 82:

Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus das partes.

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesse de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração ausência e disposição de última vontade;

III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública, viabilizou a atuação do Ministério Público com relação a alguns aspectos dos direitos difusos e coletivos.

Veio a Constituição Federal de 1988 a coroar tal entendimento dando ao Ministério Público, expressamente, a incumbência da defesa integral dos interesses coletivos (sociais e individuais indisponíveis), o fez quando estabeleceu em seus artigos 127 e 129:

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

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Na busca de cumprir o relevante papel ali imposto ao Ministério Público o mesmo deve, na atualidade, se portar como bem orienta Marcelo Pedroso Goulart:

... transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integralmente e em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global -, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade planetária’; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)<sup>23</sup>

23 GOULART, Marcelo Pedroso, *apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de *et al.* Tese aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público.

## 6 A PROPOSTA

Os objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal,<sup>24</sup> são sem qualquer dúvida, serviços de relevância pública e por isso merecem o velamento do Ministério Público, com promoção das medidas que forem necessárias para as suas garantias.

No campo dos direitos sociais é de destaque a atuação das instituições do terceiro setor, ou seja, atuam elas na busca da implementação e garantia de direitos que a Constituição Federal determina sejam defendidos pelo Ministério Público no art.127, merecendo realce aqueles direitos descritos no art. 6º da CF:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Inegável, que os objetivos das organizações sem fins lucrativos que militam em tais áreas são indiscutivelmente interesses de toda a coletividade e que o Ministério Público está constitucionalmente incumbido de *zelar, promovendo as medidas necessárias*, na defesa de tais interesses.

Irretorquível a legitimidade do Ministério Público em acionar o judiciário quando eventualmente os gestores estiverem desvirtuando os preceitos estatutários ou legais ou gerindo de forma danosa os recursos que devem administrar. Recursos esses que, por força de lei, devem ser aplicados na consecução dos fins a que se propõem.

Ora, se o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, propor a ação civil pública, propor ação de dissolução, entre outras atribuições, quando as ilícitudes ou desvios aflorarem, evidentemente que pode também adotar medidas a evitar que tais males ocorram. Pode, então “velar” por elas.

É que levando em conta que essas organizações sem fins lucrativos prestam serviços de interesse público e gozam de benefícios legais, não que, necessariamente, prestar contas à sociedade, devem se submeter ao chamado *controle social*.

A expressão “controle social” é referida por Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfrancesco Pasquino como:

O conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.<sup>25</sup>

O exercício da cidadania não está somente na ação social desenvolvida, mas na prestação de contas à sociedade da origem e destino dos recursos utilizados e dos resultados alcançados, daí a importância do controle social.

24 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

25 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 283.

A necessidade de um maior controle do Estado (sociedade e governo) sobre o chamado terceiro setor e até mesmo de maior visibilidade/transparência deste é, sem dúvida, relevante na procura de melhor efetividade e garantia de licitude e objetividade das ações, bem como no acompanhamento da correta aplicação de recursos públicos pelas organizações não governamentais.

Transparência e gestão profissional são princípios fundamentais para a gestão de serviços públicos ou serviços de interesse público e devem ser garantidos pelo poder estatal, é insofismável.

Diante de tais informações e argumentações surge a questão da eventual necessidade de se garantir à sociedade, por meio de especial atenção e cuidado por parte do Governo que os recursos e as atividades de interesse público estejam sendo realizadas a contento, garantindo aos gestores e associados que primam pela honestidade e cidadania que o instituto não será utilizado por desonestos.

Temos defendido que qualquer pessoa jurídica sem fins lucrativos merece especial atenção do Estado, pelos seguintes motivos, dentre outros:

1. o patrimônio e as rendas dessas entidades de interesse coletivo não pertencem a seus administradores e, obrigatoriamente, devem ser utilizados nos objetivos estabelecidos em seus estatutos;
2. tais entidades existem para complementarem, suprirem ou cooperarem com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, ou devendo receber, por tal motivo, benefícios fiscais e/ou tributários do Estado, o que, além de envolver o interesse geral da sociedade, amplia a possibilidade de pessoas desonestas tentarem se utilizar dessas pessoas jurídicas para uma ilícita locupletação;
3. as organizações sem fins lucrativos são instituídas e mantidas por pessoas que professam os mais diferentes credos religiosos; pessoas de todas as ideologias políticas e são instituídas com os mais diversos objetivos, podendo, por isso, imiscuírem-se em questões que podem afetar a própria segurança ou o regular funcionamento do Estado.

Assim, tanto para evitar a instituição de entidades biombo, como para expurgar do terceiro setor as entidades “pilantrópicas”, permitindo e dando garantia de funcionamento eficaz às inúmeras, sérias e necessárias organizações sem fins lucrativos existentes, indubitosa a necessidade de um controle delas por parte do Estado(vejam que não estamos falando de Governo).

Diante dessas mesmas razões e da inafastável premissa da obrigatoriedade de uma especial atenção do Estado com relação a tais organizações, não existe na organização estatal instituição mais apropriada para exercitar o referido velamento do que o Ministério Público que, através dos tempos, tem se firmado como o órgão de defesa da sociedade “... defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Além do mais, dentre os órgãos e poderes do Estado o Ministério Público é o único que foi criado e tem se postado com um caráter ecumênico, apartidário e transideológico, uma vez que não está submetido a qualquer dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), não está vinculado também a qualquer religião, a qualquer partido ou ideologia política.

O velamento quanto ao cumprimento da lei, dos estatutos e dos objetivos por parte dos administradores das organizações, jamais interferindo na gestão ordinária das entidades, ou melhor, velar para que seja garantido às pessoas o direito de livre associativismo para fins lícitos, essencial ao Estado Democrático de Direito e para que as organizações de interesse coletivo sem fins lucrativos cumpram o papel social cantado e decantado por todos.

O aparente conflito entre as normas – livre associação sem interferência governamental X defesa do interesse coletivo e preservação do patrimônio público, parece-nos, deva ser dirimido de forma a prevalecer o que for mais adequado para a sustentabilidade do Estado com o mínimo de garantia aos cidadãos.

A visão de Jorge Americano<sup>26</sup> vem a calhar:

O Ministério Público tem que exprimir perante o Poder Judiciário a voz da sociedade e a do Estado, sob um aspecto uniforme, assegurando também os direitos individuais, sobre que lhes compete officiar. Tem que os encarar e harmoniza-los, antes de agir, e, em caso de serem incompatíveis, *fazer prevalecer o mais importante, sobre os demais*. Não há direito contra direito, há apenas situações antagônicas com aparência jurídica, que cumpre esmerilhar para determinar onde está o Direito. A defesa social é a expressão generalizada dos direitos individuais.

Evidente que o próprio Ministério Público precisa melhor se aparelhar, tanto em equipamentos, quanto em pessoal, como também em regulamentações e mais se inteirar sobre o assunto para que, efetivamente, “vele” por essas entidades.

Necessária, assim, sem qualquer dúvida, uma consolidação e um aprimoramento das normas do Ministério Público pertinentes a todas as entidades sem fins lucrativos, até porque as mesmas, conforme ficou bem claro, têm como missão a prestação de serviços públicos, compreendidos assim aqueles que atendem a inúmeras pessoas e são de interesse da coletividade.

E, se prestam serviços à toda a sociedade, embora com natureza jurídica de direito privado, nada mais correto do que a coletividade, através dos poderes e das instituições por ela constituídos, estabelecer normas que lhe permitam vigiar para que as finalidades sejam cumpridas e que não haja mal uso de recursos públicos por parte de tais organizações,

Com relação ao velamento, devemos também realçar que há uma grande diferença de tratamento a ser dado entre as organizações de direito privado sem fins lucrativos que prestam serviços de interesse geral, e as entidades de interesse mútuo, recreativo ou que tenham legislação especial em suas regulamentações (v.g. associações ou sindicatos de classes ou categorias profissionais; clubes desportivos ou de lazer; igrejas e partidos políticos), embora todas integrem também o chamado terceiro setor. As primeiras devem se submeter a um efetivo velamento, enquanto que com relação às últimas, eventual intervenção só poderá ocorrer em virtude da prática de ilícito por parte de seus dirigentes ou quando da gestão de recursos do Erário ou serviços de interesse público.

## 7 CONCLUSÃO

As organizações sem fins lucrativos normalmente se tratam de instituições privadas (associações e fundações) que prestam serviços de interesse coletivo, dentro dos objetivos delineados pelo instituidor nos atos de constituição da pessoa, ou seja, tais organizações suprem a ausência ou carência do Governo em determinadas áreas e são administradas por vontade transcendente a dos seus executivos (vontade do instituidor expressada no estatuto ou na escritura de constituição das fundações e vontade da assembléia geral nas associações).

26 LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed., p.71.

Tais entidades suprem ou cooperam com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, por tal motivo, benefícios fiscais e/ou tributários do Governo. Tais fatos, além de envolver questões de interesse geral, ampliam a possibilidade de que pessoas desonestas tentem se utilizar dessas entidades para se locupletarem ilícitamente, o que só pode ser evitado com um efetivo velamento por algum dos órgãos de defesa do interesse coletivo. Fato que não somente evita a instituição de organizações “biombo”, como fornece meios para o “expurgo” das eventuais “pilantrópicas”, permitindo e dando plena garantia de funcionamento eficaz, às inúmeras, sérias e necessárias instituições existentes.

Corroborando com as afirmações supra, está o fato das organizações de interesse coletivo serem instituídas e mantidas por pessoas (físicas ou jurídicas) que professam as mais diversas religiões (todas as Igrejas existentes são instituidoras ou participam de administrações de organizações sem fins lucrativos); que adotam diferentes ideologias (temos instituidores e administradores de “direita”, de “esquerda”, de “centro” etc.); e que se vinculam ou defendem vários partidos políticos (todos os políticos, tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo estão envolvidos, de uma forma ou de outra, com alguma instituição), existindo, portanto diversos interesses em jogo, o que pode desvirtuar a benemerência dessas instituições.

Da mesma forma existem organizações direcionadas aos incontáveis interesses da sociedade (saúde, educação, previdência, meio ambiente, criança e adolescente, patrimônio público etc. etc.), o que também merece especial atenção.

Assim, necessário que a instituição encarregada de velar por tais organizações, além de deter um caráter ecumênico, apartidário, e transideológico, tenha em seus objetivos institucionais a defesa do interesse coletivo.

Nesse diapasão, partindo da inafastável premissa de que é obrigatória uma especial atenção do Governo com relação às associações e fundações, não existe, na organização estatal, instituição mais apropriada para exercitar referido velamento do que o Ministério Público que, através dos tempos, tem sido reconhecido como o órgão de defesa da sociedade (dos interesses individuais indisponíveis, dos direitos difusos e dos interesses coletivos) o que desaguou nas regras atualmente cristalizadas na Constituição da República, especialmente nos arts. 127 e 129.

Na verdade, ao que se deduz da legislação, já aceito pela jurisprudência e pela doutrina, o *velamento* significa que além de estar de sentinela (exercer vigilância), é também patrocinar e proteger. Uma função mais pedagógica e de parceria, do que policialesca ou punitiva.

Claro que o Ministério Público precisa melhor se aparelhar e mais se inteirar do assunto, para que efetivamente “conviva”, velando, por essas entidades que cuidam das mesmas prioridades do Governo e do próprio Ministério Público. Ou seja, as prioridades, tanto das associações e fundações quanto do Estado são: a defesa e a proteção da criança e do adolescente, da saúde e educação da população, do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, da cultura etc., etc.

## BIBLIOGRAFIA

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Governo quer cuidar apenas de ações e áreas estratégicas. Entrevista. *Revista do Legislativo - Organizações Sociais: a que fim se destinam?*. Belo Horizonte: ALEMGO, n. 22, p. 20-26, abril/ junho de 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CHEMENTI, R. Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, M. F. Elias. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Instituições de Direito Público e Privado*. 10. ed. São Paulo: Nelpa, 2003.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de (org.). *Ministério Público: Instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MEREGE, Luiz Carlos. revista eletrônica Integração: [www.integracao.fgvsp.br/ano9/04/editorial.htm](http://www.integracao.fgvsp.br/ano9/04/editorial.htm).
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOTA, L. Pereira; SPTIZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. 6. ed., Brasília Jurídica, 2006.
- PINTO FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RESENDE, Tomáz de Aquino. *Roteiro do Terceiro Setor*. 3. ed. Belo Horizonte: Prax, 2006.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1997.
- SALOMON, Lester. A emergência do terceiro setor - uma revolução associativa global. *Revista de Administração da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.33, n.1, p.5-11, jan./mar. 1998.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.