

AMMP

2003 • ANO 01 • Nº 01

REVISTA

Biênio 2001/2003



REFLETIR E REPENSAR O MINISTÉRIO PÚBLICO



ANAIS - V CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

Associação Mineira do Ministério Público

Presidente: Alceu José Torres Marques

1º Vice-Pres. Newton Martins de Assis

2º Vice-Pres. José Silvério Perdigão de Oliveira

3º Vice-Pres. Octávio Augusto Martins Lopes

4º Vice-Pres. (Diretor de Saúde) Carlos André Mariani Bittencourt

1º Dir. Administrativo: Ruth Lies Scholte Carvalho

2º Dir. Administrativo: Walter Júlio de Nazareth

1º Dir. Financeiro: Mauro Flávio Ferreira Brandão

2º Dir. Financeiro: Raquel Pacheco Ribeiro de Souza

V Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais

Comissão Organizadora

Presidente Executivo:
Newton Martins de Assis

Edvaldo Costa Pereira Júnior
José Silvério Perdigão de Oliveira
Mauro Flávio Ferreira Brandão
Ruth Lies Scholte Carvalho

Comissão Especial de Avaliação das Teses

Antônio de Pádova Marchi Júnior
Antônio Sérgio Rocha de Paula
Carlos André Mariani Bittencourt

Apresentação

Caros Colegas,

É com enorme satisfação que apresento esta edição dos anais do V Congresso Estadual do Ministério Público, realizado com enorme êxito em Ouro Preto, entre os dias 26 e 28 de março de 2003.

Mais do que uma realização de nossa entidade de classe, este encontro, que contou, além da presença maciça de Promotores e Procuradores de Justiça de Minas Gerais, com a participação dos Procuradores-Gerais e Corregedores Gerais dos Ministérios Públicos de todos os estados membros, refletiu o interesse e o vanguardismo de cada um dos participantes.

Mais do que as teses e palestras apresentadas, sempre prestigiadas por auditório lotado, é fundamental reconhecer-se a geração dos frutos oriundos dos debates, da participação intelectual brilhantes dos Congressistas, da renovação do necessário espírito de luta que norteia a atuação de cada um de nossos Promotores e Procuradores de Justiça e que nos faz, a cada dia, acreditar mais e mais na perenidade e força do Ministério Público Mineiro.

As teses aqui compiladas representam o espírito vívido e a busca incessante de caminhos capazes de minorar as injustiças e levar o Ministério Público sempre ao seu fim fundamental: a defesa intransigente dos direitos do cidadão e do verdadeiro Estado de Direito.

Nos sentimos realizados ao final desta gestão com a possibilidade da publicação desta obra e com a certeza de que o Congresso atingiu, com sobras, ao seu objetivo, servindo de espelhos para outros realizados em todo o nosso país.

Belo Horizonte, julho de 2003.

Alceu José Torres Marques
Presidente

MOÇÃO*

Os participantes do V Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais aprovam moção a ser enviada ao Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado. No sentido de que seja tomada a iniciativa de enviar, à Assembleia Legislativa, projeto visando a alterar a legislação, de forma a permitir que o promotor de Justiça possa concorrer à chefia da instituição e ao cargo de membro do Conselho Superior.

** Moção aprovada pelos participantes do congresso, oriunda das teses: “Possibilidade do Promotor de Justiça ser Membro do Conselho Superior do Ministério Público”, apresentada pelo Promotor de Justiça Rodrigo Souza de Albuquerque e “A competência Originária em Face da Lei 10.628/2002” do Promotor Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira.*

Grupo I

- AÇÕES COLETIVAS
André Luís Alves de Melo **8**

- ADMINISTRADORES E PROVEDORES DE ENTIDADES PRIVADAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE COMO SUJEITOS ATIVOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RESPONSABILIZÁ-LOS
Hélvio Simões Vidal **12**

- EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E/OU JUDICIAL DAS DECISÕES/DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE SAÚDE: PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL EM MATÉRIA DE CONSUMIDOR
Epaminondas da Costa **29**

- O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES NA DEFESA DA ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA
Marcelo de Oliveira Milagres **39**

Grupo II

- A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS ?* (ARTIGO 5º, XL DA CF/88)
Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira **49**

- A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – PARTE II - DOIS ASPECTOS POLÊMICOS: A LEGISLAÇÃO DE TÓXICOS (LEIS N. 6.368/76 E 10.409/02) E A “SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO VIRTUAL”
Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira **78**

- ALEGAÇÕES FINAIS
E A APRESENTAÇÃO DE SUBSÍDIOS PARA FIXAÇÃO DA PENA PRETENDIDA
Calixto Oliveira Souza **94**

- COMBATE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS- A SOCIEDADE EM PERIGO VIRTUAL
Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira **108**

Grupo III

- REFORMULAÇÃO DA ATUAÇÃO MINISTERIAL
André Luís Alves de Melo **157**

- EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE – ATUAÇÃO PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA ABORDAGEM EPIDEMIOLÓGICA
Rodrigo Iennaco de Moraes **159**

- NULIDADE DE INVESTIGAÇÕES INFORMAIS PELA CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rodrigo Souza de Albuquerque **176**

- POSSIBILIDADE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA SER MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rodrigo Souza de Albuquerque **180**

- DA NECESSIDADE DE SE APRIMORAR A PRODUTIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DA RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO NO PROCESSO CIVIL.
Marcelo Cunha de Araújo **183**

- REAVALIAÇÃO DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO DO CUSTOS LEGIS NO MANDADO DE SEGURANÇA E EM OUTRAS AÇÕES CÍVEIS
Paulo Calmon Nogueira da Gama **193**

- A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO DE SIMULAÇÃO
Antônio Joaquim Fernandes Neto **212**

- A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA EM FACE DA LEI 10628 DE 2002: JUSTIÇA PARA PRETO, POBRE E PROSTITUTA? A PROCLAMAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO STF CONTRA O PODER ECONÔMICO
Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira **217**



V CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS
OURO PRETO 26 A 28 DE MARÇO DE 2003

Grupo I

Interesses Difusos

AÇÕES COLETIVAS *

André Luís Alves de Melo
Promotor de Justiça

Com o advento da "cultura de massas" que foi incrementada pela facilidade propiciada pelos meios de comunicação e de transportes, os problemas que eram individuais passaram a ser coletivos. Entretanto, a estrutura do Judiciário e do Ministério ainda está arraigada a conceitos tradicionais, de trabalho individual, sem integração. Muitas vezes atendendo a meras vaidades pessoais e outras a visão mercadológica de se "resolver" no varejo, e sendo remunerado várias vezes para fazer a mesma coisa, questões estas que poderiam ser resolvidas de forma única.

Um outro aspecto desta concepção é que se acredita que trabalho intelectual é tudo o que seja escrito (uma visão ultrapassada pelo advento do computador), o trabalho de cópia e repetição é trabalho manual qualificado, e não intelectual.

Dentro desta percepção, podemos concluir que apesar da suposta argumentação de excesso de serviço, o problema principal é que o aspecto organizacional está ultrapassado. Em suma, não adianta investir em caravelas para atravessar o oceano mais rápido. É mais razoável colocá-las como peças de museu e adquirir navios modernos.

Comumente culpa-se o legislativo pela lentidão da atuação da justiça brasileira. Mas isto não é verdadeiro, pois sempre que solicitado tem aprovado leis modernas que depois não são cumpridas em razão de interesses corporativos e apego demasiado à formalidades sem sentido.

O princípio da igualdade prevê como consectário lógico que casos iguais tenham decisões iguais. O argumento de que não há casos iguais, é apenas para manter o interesse do mercado jurídico em alta. Ora, questões de reajuste da poupança ou de pagamento de FGTS, variam, dentro de cada objeto, apenas no tocante a valores. Não sendo justo que quem não tem dinheiro para ir ao Judiciário ou para recorrer ao STF, seja excluído do direito.

Assim, citamos o art. 93 da Lei 8078/90 que introduziu uma inovação no sentido de uniformizar as decisões judiciais, mas que pode ser aplicado até para definição de competência para instauração de inquéritos civis e não tem sido devidamente discutida pelos meios acadêmicos.

Estabelece o artigo citado:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

*** Tese aprovada por unanimidade com supressão do item 6 , e nova redação do item**

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

O artigo é extremamente complexo e muito importante. Analisando o inciso II, 2ª parte, verificamos que se refere a dano de repercussão nacional a ser ajuizado no Distrito Federal. Não diz o legislador "no Judiciário do Distrito Federal ou Judiciário Distrital". Mas exclui a justiça federal no caput.

O STJ já decidiu que a competência seria do Judiciário do Distrito Federal neste caso. Mas assim estaria sendo ferido o pacto federativo, pois o Distrito Federal estaria decidindo e vinculando os demais Estados.

É preciso ressaltar que os únicos Tribunais com jurisdição nacional são os Tribunais Superiores e o STF. E mais, estão localizados no Distrito Federal. Muitos poderiam afirmar que uma ação direta nestas tribunais estaria ferindo o duplo grau de jurisdição, mas doutrinas mais recentes citadas por Oreste Nestor Laspro, na sua obra Duplo Grau de Jurisdição, RT, 2000, apontam no sentido de que o duplo grau de jurisdição não é um direito subjetivo e não há direito individual a terceiro ou quarto de jurisdição. Outrossim, todos que têm foro privilegiado não têm direito ao duplo grau de jurisdição como deputados, juízes e promotores.

Poder-se-ia argumentar ainda que a competência originária somente pode ser definida via constitucional. Este argumento é que se verá se prevalece ou não, com a decisão do STF acerca do foro privilegiado em ações de improbidade.

Contudo, o mesmo inciso II, em sua 1ª parte, refere-se a dano regional que seria julgado na Capital. Isto é muito comum no interior, principalmente em se tratando de danos ambientais ou ao patrimônio público. Sendo que o Ministério Público precisa melhor definir estas questões para melhor atuar. Afinal, é necessário lembrar sempre que a Eficiência é um princípio constitucional.

O que é dano regional? Na Capital seria o Tribunal, Procuradoria ou alguma Promotoria ou Vara especializada? Não podemos deixar de citar que na Capital estão Procuradorias e Promotorias que contam com recursos técnicos e de pessoal, que são inimagináveis no interior, onde simplesmente criam-se as curadorias no sentido de atribuição e estes órgãos na Capital começam a exigir relatórios, muitas vezes sem nenhum apoio ao interior. Aliás, não há nem uma definição muito clara dos limites territoriais de atribuição do Promotor, apenas tradicionalmente segue os do Judiciário.

Assim, entendemos por dano regional, aquele que envolva mais de uma Comarca. E aí passamos a um problema maior: Um dano ambiental envolvendo duas Comarcas no norte de Minas seria resolvido em Belo Horizonte? E a proximidade com o problema, a produção de provas? A primeira instância na Capital, sem jurisdição em todo o Estado, poderia decidir além de seus limites territoriais?

Apesar destes problemas citados, na justiça federal criaram um dispositivo que a 1ª Vara Federal na Capital de cada Estado é responsável por atuar neste tipo de caso. Se envolver mais de um Estado será considerado problema nacional e irá para a 1ª Vara Federal em Brasília.

Particularmente, entendemos que tal ação deveria ser proposta no Tribunal, pois a lei fala em Capital, e não em Vara da Capital. É claro que o tema é polêmico e desperta uma revolução. Mas apenas o Tribunal tem jurisdição em todo o Estado.

Um outro aspecto é o entendimento de alguns magistrados de que o dano será reflexo na sede da empresa estatal, a qual sempre é sediada na Capital. Este entendimento é equivocado, pelo fato de que o dano deve ser o direto sofrido pelas pessoas e não o indireto de se indenizar ou desfazer algumas obras ou abster de atos. Defender o foro do dano indireto é criar um foro privilegiado indireto para pessoas jurídicas estatais. Na verdade, o dever de reparar não é um dano.

Ainda, que se entenda que a atribuição é das promotorias e varas especializadas na Capital, é necessário que na inicial conste o pedido de efeito extensivo a todo o Estado. Assim, caberia aos órgãos de execução no interior apenas executar o título judicial. Isto evitaria a atomização, multiplicação, de lides, bem como as decisões contraditórias.

Dessa maneira, não seria necessário que cada Comarca protocolasse uma ação para etiquetamento de mercadorias em supermercados, apenas a Capital ajuizaria valendo para todo o Estado. O interior apenas iniciaria a execução do título judicial, se fosse necessária.

Uma forma de se perceber estes problemas regionais seria que a Corregedoria publicasse na Internet os mapas de produtividade de cada promotoria, bem como informasse sobre o ajuizamento de ações coletivas.

Seria até necessário a possibilidade de algumas questões serem submetidas pelo Ministério Público no juízo arbitral, em razão da celeridade, mas é tema para outro debate.

Por fim, concluímos:

- 1) Em caso de dano localizado em um única Comarca o foro do dano deve ser o do local onde as pessoas sofrem o dano, e não onde a pessoa jurídica tem sede e sofrerá os impactos financeiros.
- 2) Cabe à Administração Superior do Ministério Público fixar regras normatizando a atuação ministerial em caso de dano regional, inclusive definindo atribuições, em obediência ao princípio da eficiência, além do aspecto das precatórias, meios de provocação (direto ao órgão de execução ou à Administração Superior para deliberação), principalmente na fase de inquérito civil.
- 3) Esta atuação deve ser divulgada como meio de conhecimento dos demais membros ministeriais, para que possam evitar a duplicidade de ações.
- 4) A sentença judicial deve ficar disponível na Internet para que possa ser executada pelos interessados.
- 5) Na petição inicial ou no inquérito civil público, deve constar expressamente que o dano é regional e que a decisão deverá valer para todo o Estado, ou nos limites territoriais das Comarcas interessadas.
- 6) Permitir que a Promotoria da Fazenda Pública, na Capital, ajuíze ações coletivas, com efeito extensivo em todo o Estado, *em temas que não envolvem desvio de*

recursos públicos, mas apenas de interpretação de lei, como editais de concursos, pagamentos de IPVA, multas de trânsito e outros da mesma natureza

- 7) A Corregedoria publicaria os mapas de produtividade de cada promotoria, e não apenas o global, na Internet. Inclusive informaria sobre as ações coletivas em andamento no Estado de autoria do Ministério Público e o objeto.
- 8) Remessa deste texto aos órgãos da Administração Superior para apreciação.

SUPRESSÕES E ADITIVOS

-Supressão do item 6 da conclusão

“6) Permitir que a Promotoria da Fazenda Pública, na Capital, ajuíze ações coletivas, com efeito extensivo em todo o Estado, em temas que não envolvem desvio de recursos públicos, mas apenas de interpretação de lei, como editais de concursos, pagamentos de IPVA, multas de trânsito e outros da mesma natureza.”

- Nova redação do item 7 da conclusão

7) A Administração Superior do Ministério Público providenciaria a divulgação de informativo acerca da propositura de ações coletivas de âmbito regional, para conhecimento pelas Promotorias de Justiça do Estado.

ADMINISTRADORES E PROVIDORES DE ENTIDADES PRIVADAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE COMO SUJEITOS
ATIVOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEGITIMAÇÃO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RESPONSABILIZÁ-LOS *

Hélvio Simões Vidal
Promotor de Justiça

O presente estudo objetiva discutir a possibilidade de incidência da Lei n. 8.429/92, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, quando os atos típicos de improbidade enumerados nos artigos 9º, 10 e 11 daquela "lex" forem imputados a diretores, administradores, provedores ou quaisquer pessoas que detenham algum poder de gestão ou administração em entidades prestadoras de serviço de saúde, principalmente os gestores e provedores de entidades cuja natureza jurídica seja de direito privado, mas que, por força estatutária ou por *convênio* com órgãos públicos, prestem serviços de saúde à comunidade, como é o caso típico dos provedores das *Santas Casas*, como entidades destinadas ao acolhimento do *pobre e carente*.

A matéria suscita indagações de fundo sobre a legitimação do Ministério Público como parte ativa para o ajuizamento de Ação Civil Pública de responsabilização dos dirigentes destas entidades, bem como para o manejo de medidas preventivas e controladoras do patrimônio público, além de constituir-se em palco para debate quanto a um importante interesse difuso, qual seja o direito à saúde.

O controle da Administração Pública em geral e, por conseguinte, de seus agentes, não é controvertido em doutrina ou jurisprudência. A possibilidade de responsabilização dos gestores de dinheiro público tem reconhecimento de longa data. Pela Lei das Doze Tábuas, o suborno perpetrado por um magistrado seria punido com sua própria cabeça ("*Se pela parte de um juiz for subornado, sua cabeça rolará ao chão*"), denominando-se o seu enriquecimento ilícito "*crimen repetundarum*" (cf. Wolgran Junqueira Ferreira, *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*, Edipro, 1994, pg. 09). No que toca, então, à Administração direta ou indireta dos poderes do Estado não pode pairar qualquer dúvida sobre a submissão de seus agentes ao mais dilargado espectro de controle, seja ele exercitado no âmbito da própria Administração (controle administrativo) ou pelos demais poderes (legislativo e judiciário).

O principal fundamento para a sua necessária admissão encontra-se no *princípio da legalidade* (CR-88, art. 37 "*caput*") sujeitando a ele toda a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito

*** Tese aprovada por unanimidade**

Federal e dos Municípios, tratando-se "*do mais importante princípio em termos de função administrativa*" (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, Lumen Juris, 2ª ed., 1999, pg. 598).

A integralidade dos órgãos da Administração Pública, assim, submete-se ao princípio fundamental do controle de seus atos e agentes, estendendo-se este controle a "*todos os níveis e em todos os órgãos*" (José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit. pg. 600), "*porque a gestão de interesses alheios, como é o caso da Administração, implica naturalmente a prestação de contas de ações e resultados aos titulares dos mesmos interesses, no caso a coletividade*" (idem, ibidem, pg. 601).

De fato, a finalidade do controle "é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade" (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, 8ª ed., Atlas, 1997, pg. 479), abrangendo a fiscalização e a correção dos atos ilegais, e, em certa medida, os inoportunos e inconvenientes (idem), "com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico" (idem, ibidem).

A difusa aceitação do controle referido não é questionada porque a referência quanto ao sujeito passivo do controle sugere que os fins perseguidos se referem ao Estado e, portanto, não grassa questionamento quanto à inteira submissão da Administração Pública às possíveis espécies de controle existentes no direito positivo.

A Administração Pública, como sinônimo do próprio Estado, rege-se pelo princípio do *controle integral* de seus atos, sendo neste sentido empregado o vocábulo, ou seja, "*significando o próprio Estado*" (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, Saraiva, 1995, pg. 29; José Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Forense, 14ª ed., 1995, pg. 14).

No que pertine ao *controle judicial dos atos da Administração*, impõe-se, sempre, sua admissão, por força do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito, com acento constitucional (CR-88, art. 5º, XXXV). Vigendo o sistema brasileiro em torno do chamado "*judicial control*", encontra-se integralmente girando na conformidade do "*princípio judiciarista*", tal como nos demais sistemas "*nos quais é o Poder Judiciário, exclusivamente, o único dotado de força legal para dizer, em definitivo, o que é o Direito*" (Alberto Nogueira, *Jurisdição das liberdades públicas*, Renovar, 2002, pg. 63). Portanto, esta importante matriz controladora jamais poderá ser excluída na averiguação dos atos praticados pelo próprio Estado.

De fato, existindo no nosso ordenamento unidade de jurisdição, é ao Poder Judiciário "*e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito*" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, Malheiros, 3ª ed., 1992, pg. 62). Detendo a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à sua própria constitucionalidade, "*cabe ao judiciário anular atos inválidos da*

Administração, bem como impor a ela mesma os comportamentos que esteja de direito obrigada" (idem).

O controle, porém, de entes que têm vida própria fora do Estado, não é desconhecido de nosso sistema positivo. Com o advento da *Ação Popular*, via Constituição de 1934, de forma pioneira e, em âmbito infraconstitucional, pela Lei Federal n. 4.717\65, alargou-se substancialmente o âmbito do controle dos atos de gestão e administração praticados pelas entidades ou pessoas jurídicas privadas desde que elas respondam a um *interesse da coletividade* (como é o caso de entidades pias, altruísticas, de amparo ou, v.g., prestadoras de serviços públicos de atendimento e amparo a pobres e carentes na área de saúde pública) que constitui-se no primado básico orientador da própria *Ação Popular*.

De fato, ela "é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade" (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança e ação popular*, RT, 5ª ed., 1978, pg. 65), traduzindo-se num direito utilizável para a "defesa do interesse público, do direito do próprio povo" (Pinto Ferreira, *Ação popular*, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 3, pg. 373), por meio da qual se atribui ao povo, ou parcela dele, legitimidade para pleitear "a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, ut singulis, mas à coletividade" (José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, Enciclopédia Saraiva do Direito, cit. vol. 3, pg. 387). Nela invocam-se "interesses coletivos" (Lívio Paladin, *Azione popolare*, *Novissimo Digesto Italiano*, II, pg. 88).

O histórico deste instituto, de inegável eficiência prática, demonstra o seu *constante alargamento*, para abranger a possibilidade de anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos perpetrados em detrimento do patrimônio da União, Estados e Municípios (CR-1934, art. 113), bem como os *atos lesivos das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista* (CR-1946, art. 141, § 38), chegando-se, na última versão constitucional (CR-88, art. 5º LXXXIII), ao atual texto que admite a "*actio popularis*" como instrumento de proteção do patrimônio público "*ou de entidade de que o Estado participe*", além da moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural.

Vigorava a CR-1946 quando entrou em vigor a Lei n. 4.717\65. Esta, porém, não se limitava a disciplinar o processo da ação popular (que pela redação do art. 141, § 38 da Constituição deveria restringir-se à declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio do próprio Estado, além das *entidades autárquicas e sociedades de economia mista*), indo além para ampliar o texto constitucional e incluir as *empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para as quais haja concorrido o tesouro público com mais de 50% do patrimônio ou receita anual*, empresas incorporadas ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, ou *quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos* (art. 1º "caput").

Ainda com mais força expansiva, previu o § 2º do art. 1º da mesma "*lex*" a possibilidade de controle judicial de atos lesivos ao patrimônio de *instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de 50% do patrimônio ou receita anual*, bem como de pessoas jurídicas ou *entidades subvencionadas*

pelo tesouro público, somente aqui limitando as conseqüências patrimoniais da invalidez ao limite e repercussão dos atos lesivos sobre a contribuição dos cofres públicos, redação esta que viria a influenciar marcadamente o texto da Lei n. 8.429\92, quando o legislador disciplinou a chamada improbidade administrativa.

O alargamento das pessoas e entidades sujeitas à Ação Popular, de balde a limitação do texto constitucional (que falava atos lesivos ao Patrimônio da União, Estados, Municípios e *entidades autárquicas* bem como *sociedades de economia mista*), não causou espanto à melhor doutrina. Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança e ação popular*, cit. pg. 73), criticava o texto da Lei n. 4.717\65 pelo excessivo casuísmo, porém mencionava que a lei de Ação Popular havia abrangido "*os atos de todas as pessoas jurídicas de direito privado, nas quais o Poder Público tenha interesses econômicos predominantes em relação ao capital particular*", não divisando, aí, nenhuma inconstitucionalidade.

A mesma impressão encontrava-se na profunda obra de José Afonso da Silva (*Ação popular constitucional*, cit. pg. 394), para quem afiguravam-se perfeitamente legítimas as inovações da lei ordinária "*por não se conflitarem com qualquer princípio constitucional*" (g.n.). Para ele, não somente uma inovação encontrava-se contida na lei de Ação Popular, porém, mantinha-se, com o acréscimo de outras entidades, o sentido precípua do dispositivo da Lei Maior, sem se vulnerarem outros direitos por ela conferidos. E, comentando especialmente o art. 1º da lei n. 4. 717\65, onde encontra-se ampliado o texto constitucional, finalizava: "*Em todos os casos indicados, há patrimônio público, sendo do interesse da coletividade que seja administrado com probidade – fundamento da ação popular*" (ob. cit. pg. 394).

Do joierado até agora, retira-se que Lei de Ação Popular previu o controle jurisdicional dos atos lesivos praticados em detrimento do patrimônio de entidades privadas, quer sejam mantidas, subvencionadas ou nas quais o Poder Público participe (em qualquer modalidade) sendo relevante salientar que a redação do texto constitucional fala em ato lesivo ao patrimônio público ou da própria entidade onde haja o Estado tomado parte, mesmo que sob a modalidade de *participação na criação, custeio do patrimônio ou receita anual* das entidades ou *instituições privadas* (art. 1º § 2º Lei n. 4. 717\65), sendo que, nestes casos, a lesão atinge patrimônio "*equiparado*" ao público (cf. José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional* cit. pg. 395).

Não é estranho, assim, ao nosso sistema constitucional, bem como à legislação ordinária, a previsão de controle judicial das entidades de direito privado, que ficam, em face à *participação do Estado* em seu patrimônio ou receita anual, sujeitas à sindicância pelo autor da ação popular, e, reflexamente, pelo próprio Estado. A razão disto é que, mesmo transferindo àquelas entidades parte do patrimônio público, conserva o direito positivo o máximo interesse na correta gestão daqueles bens. Não é o fato singular da ocorrência de transferência patrimonial que desfigura o interesse público em uma administração correta e proba no âmbito das entidades privadas.

O sentido da expressão "*patrimônio público*", assim, abarca, não somente bens, direitos ou valores econômicos pertencentes ao próprio Estado, como, também, aqueles que hajam sido transferidos ao particular, como forma de participação do Estado nas entidades privadas, podendo esta participação dar-se sob a modalidade de *criação e custeio* do patrimônio ou da *receita anual*, ou, ainda, de *subvenção*.

Mesmo nestes casos, existe interesse público que as torna passíveis de controle, estando a participação do Estado nas entidades privadas a indicar a afetação pela preservação de valores sociais e comunitários, vinculando-as ao interesse público.

Tomando a Lei de Ação Popular (art. 1º) a expressão "patrimônio público", em "*sentido amplo*" (José Afonso da Silva, *O ministério público nos processos oriundos do exercício da ação popular*, RT, 366\16), é visível que nas entidades privadas onde haja participação do Estado (nas modalidades acima referidas) sedimenta-se um *interesse social* e comunitário na preservação do patrimônio público. Nelas está subjacente um *interesse coletivo* que é, enfim, a própria razão da existência da ação popular, cuja missão é a de preservar e defender o *interesse social e comunitário* (José Afonso da Silva, ob. cit. pg. 17).

Não foi esta a razão, aliás, da obrigatoriedade de participação do Ministério Público nos processos veiculados pela ação popular. Na *preservação do valor social* (Jorge Luiz de Almeida, *A ação popular e o ministério público*, RT 436\279-280), recolheu o legislador um preceito magno, fruto da experiência cultural "*que indica o Ministério Público vinculado com o interesse público*" (ob. cit. pg. 279). É este interesse, em síntese, o que delimita tanto a fundamentação da ação popular quanto a atuação do Ministério Público nestes processos, "*por decorrência mandamental constitucional*" (idem, ibidem). Por meio da Ação Popular, inclusive, armou-se o cidadão de "*um eficiente instrumento de defesa do patrimônio público, contra a improbidade administrativa e a corrupção governamental*" (Hely Lopes Meirelles, *Ação popular*, RT 360\432-434).

No sistema da Ação Popular não é estranho o exercício do direito de ação pelo próprio Ministério Público, podendo assumir variadas texturas processuais. Chama a atenção os artigos 9º, 16 e 19, § 2º da Lei n. 4. 717\65. Na primeira hipótese (art. 9º), assume o Ministério Público a função de *sucessor do autor*, em caso de desistência ou à "*absolvição de instância*" (significando, hoje, os casos de extinção do processo, sem julgamento de mérito, cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, cit. pg. 529). Na segunda hipótese (art. 16) atua como *substituto do autor* (José Afonso da Silva, *O ministério público nos processos oriundos do exercício da ação popular*, cit. pg. 12), quando o autor popular originário não promove a execução da sentença condenatória, caso em que "*o representante do Ministério Público o substituirá, promovendo-a obrigatoriamente*" (idem, ibidem). E, finalmente, no caso do art. 19, § 2º da Lei n. 4. 717\65, quando atua como "*custos legis*", exercitando os poderes inerentes à obrigatoria fiscalização do processo.

Interessante observar que neste sistema poderá o Ministério Público exercer o direito de ação contra os legitimados passivos para a ação (art. 6º), mesmo que a demanda tenha sido proposta em face às entidades privadas referidas no art. 1º, § 2º (instituições ou

fundações criadas ou custeadas pelo tesouro público ou entidades subvencionadas pelo Estado). A dicção do artigo 6º da Lei n. 4. 717\65 mostra-nos que o legislador pretendeu efetuar um "*discrimen*" tanto das pessoas públicas, bem como das entidades privadas sindicáveis, determinando, ainda, que a ação deverá ser proposta também contra as autoridades, funcionários ou *administradores* que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade (*rectius*, "causa"), à lesão ao patrimônio público, bem como contra os beneficiários diretos da lesão patrimonial.

Parece-nos que os termos *autoridades*, bem como *funcionários* referem-se, respectivamente, às pessoas que ocupem *cargo público* nas entidades ou pessoas jurídicas que personificam o próprio Estado, assim como os "*administradores*" das demais *entidades privadas* sujeitas à sindicância por meio da ação popular.

Estas observações são de estrita importância quando se toma como referencial a Ação Civil Pública para o controle do patrimônio público e do meio ambiente, casos em que "*há uma superposição de medidas, já que a ação civil pública serve à mesma finalidade*" (da Ação Popular) "*consoante decorre do art. 129, III da Constituição e da lei n. 7. 347 de 24-7-85*" (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, cit. pg. 527), havendo diferenças básicas entre uma e outra (Ação Popular e Civil Pública) somente na questão da legitimidade ativa e eventuais consectários, como suspensão dos direitos políticos, perda da função, multa civil etc. inexistentes na primeira. De toda forma "*poderá até ocorrer a hipótese de cabimento das duas ações, quando o ato lesivo for praticado por uma das pessoas definidas no art. 1º da Lei n. 4.717*" (idem, pg. 528).

No ponto em que estamos, cabe indagar se, podendo o Ministério Público funcionar como *sucessor* ou *substituto* do autor popular, contra ato lesivo praticado em detrimento de quaisquer entidades privadas referidas na própria lei, lhe estaria vedado o exercício da Ação Civil Pública contra os mesmos administradores, na idêntica hipótese de lesão ao patrimônio público.

Os tópicos que nos interessam, especificamente, estão na abordagem do art. 129, III da CR-88, bem como no importante art. 1º e *parágrafo único* da Lei n. 8. 429\92 (Lei de Improbidade Administrativa), acometendo o texto constitucional como função institucional do Ministério Público a promoção da Ação Civil Pública para proteção do "*patrimônio público e social*" e de outros interesses difusos e coletivos, bem como a previsão na lei ordinária de hipóteses de improbidade administrativa que ocasionam "*prejuízo ao erário*" (art. 10, incisos I\XIII), sujeitando às suas sanções os *atos praticados em detrimento do patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual*.

As *entidades privadas* prestadoras de *serviços de saúde* (consideradas pela Carta Magna como de *relevância pública* – art. 197), tais como as Santas Casas de Misericórdia, bem como seus administradores sujeitam-se à Lei de Improbidade Administrativa?

Se tomarmos em consideração os argumentos até aqui expostos, parece-nos que seriam suficientes para uma resposta afirmativa à indagação do parágrafo antecedente; entretanto, a eles pode somar-se uma outra sorte de considerações de matiz normativa constitucional bem como infra-constitucional irrefutáveis. A começar pela adjetivação de "*relevância pública*" dada aos serviços prestados por aquelas entidades privadas prestadoras de *serviços de saúde* (CR-88, art. 197), bem como pela expressa atribuição ao Ministério Público da tarefa institucional consistente em zelar pelos serviços de relevância pública, "*promovendo as medidas necessárias a sua garantia*" (CR-88, art. 129, II).

As Santas Casas de Misericórdia são entidades, ao comum das vezes, de personalidade jurídica de direito privado e que prestam serviços de saúde aos *pobres e carentes*. Tais serviços, ainda, são gratuitos, porque universais. Aqui reside, pelo menos, um nobre *interesse coletivo*, atingindo a uma camada da sociedade que, não podendo usufruir dos serviços de saúde pagos (planos de saúde privados, associação a entidades profissionais com garantia de utilização de planos de saúde etc.), necessita socorrer-se aos serviços por elas prestados, na maioria das vezes o único disponível.

Na quase totalidade dos casos, participam estas entidades pias e altruísticas do chamado *sistema complementar de saúde*, possuindo preferência constitucional para a execução destes serviços (CR-88, art. 199), materializada esta participação através de *contrato de direito público* ou "*convênio*". Reside aqui um magno princípio de direito público e que, conjugado com os argumentos já desenvolvidos, irão fundamentar a inteira aplicação da chamada Lei de Improbidade aos administradores daquelas entidades.

De fato, a Lei n. 8.080/90, regulando as ações e serviços de saúde, em todos os níveis da federação, volta a reprisar os princípios constitucionais, acometendo às *pessoas jurídicas de direito privado* a tarefa de promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 20), atribuindo-lhes *participação suplementar*, quando a disponibilidade dos serviços for insuficiente para garantir a cobertura assistencial da *população de uma determinada área* (art. 24), dando preferência às entidades privadas (das quais são exemplo as Santas Casa de Misericórdia), o que se formaliza por *contrato ou convênio*, "observadas as normas de direito público" (art. 24, *parágrafo único* Lei n. 8.080/90).

A previsão constitucional (art. 199) quanto à participação das entidades privadas nos serviços de saúde, de forma complementar, mediante "*convênio*" ou contrato de direito público, contraria a mais abalizada doutrina administrativista que, estudando os serviços públicos, afirma inexistir referência expressa na Constituição vigente quanto à subsistência do convênio como pacto administrativo (*neste sentido*, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, cit. pg. 160; Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, cit. pg. 279; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 17ª ed., 1990, pg. 355), constituindo-se a posição do legislador um ponto cardeal para o estudo da temática posta em debate.

A tão só exigência de convênio para a participação da iniciativa privada na gestão dos serviços de saúde, suscita a existência de um remarcado *interesse público* no trato da matéria, prefigurando um típico *interesse coletivo* legitimador da atuação do Ministério

Público, no controle das entidades de caráter privado, como é o caso das Santas Casas de Misericórdia.

Se a CR-88 exige, com exclusão de qualquer outro, a formalização ou ajuste de direito público, com a expressa modalidade de acordo (*convênio*), é porque à base do serviço (ainda que prestado em caráter privado), encontra-se um *objetivo comum*, que deverá abranger a entidade privada, consistente no *interesse público*. É este o ponto ressaltado por José dos Santos Carvalho Filho (*Manual* cit. pg. 159), ao tratar especificamente dos convênios administrativos porque estes são considerados como os "*ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público*" (ob. e pg. cit. – g.n.).

O conceito formulado tem raízes na doutrina de Hely Lopes Meirelles (*Direito municipal brasileiro*, Malheiros, 6ª ed., 1990, pg. 307), que o definia como o acordo firmado por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, "*para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*" (ob. e pg. cit.), objetivo este necessariamente "*de interesse coletivo*" (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Forense, 9ª ed., 1990, pg. 149), reconduzido, na obra deste Autor, à teoria dos "atos complexos" (*Gesamtakt*) de Otto Gierke

Seja como for, trata-se de um *instrumento de cooperação* entre entidades públicas entre si, ou entre estas e particulares, "*para a consecução do objetivo comum*" (Hely Lopes Meirelles, *Direito municipal*, cit. pg. 307), consistente, na prestação de adequados serviços de saúde, seja na sua promoção, proteção ou recuperação, objetivando seu atendimento universal à população de determinada área.

Estes postulados possibilitam edificar um arcabouço direcionado à admissibilidade de um marcado interesse social e coletivo na correta gestão dos recursos públicos entregues às entidades privadas prestadoras de serviços de saúde (Santas Casas, principalmente), dificilmente suplantado com argumentos contrários. De fato, a exigência de "*convênio*" entre as entidades públicas que detêm a gestão plena do Sistema Único de Saúde, em todos os níveis, e as entidades privadas, sempre em caráter suplementar, aponta para um interesse da coletividade, tanto na gestão quanto execução dos serviços, o que sustenta a possibilidade do manuseio da Ação Civil Pública no trato da matéria.

Em José dos Santos Carvalho Filho (*Manual*, cit. pg. 160), colhe-se estas precisas observações, quando, analisando a natureza jurídica dos convênios, afirma que o intuito dos pactuantes é caracterizado pela "*recíproca cooperação*", em ordem a ser alcançado determinado fim de interesse comum: "*Tendo a participação de entidade administrativa, é fácil concluir que esse objetivo sempre servirá, próxima ou mais remotamente, ao interesse coletivo*" (g.n.).

A participação, pois, destas entidades opera-se por meio de um *ajuste de direito público*, excludente da teoria contratual, justamente porque, nos convênios, diferentemente dos contratos em geral, "*os partícipes têm interesses comuns e coincidentes*" (Hely Lopes Meirelles, *Direito municipal brasileiro*, cit. pg. 307), podendo ter por objeto qualquer coisa

(obra, *serviço*, atividade, uso de certo bem), "*desde que encarne um interesse público*" (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, cit. pg. 281), nele estando manifestado um "*pacto de cooperação*" (idem, pg. 282), sempre no interesse público (e não do particular), ou seja, um *interesse comunitário*, estando delineado um típico *interesse coletivo* já por si legitimando a ampla atuação do Ministério Público que tem como instrumento para atuar em juízo a Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa.

As regras interpretativas a aplicar, em caso de discussão do instituto, são as direito público, ficando afastadas quaisquer cogitações de utilização das soluções inspiradas no direito privado, "*para que não se confine a Administração no estreito campo dos negócios civis e comerciais, onde só entram em conta os interesses particulares, nem sempre conciliáveis com as necessidades coletivas que o Poder Público deve tutelar e prover*" (Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, Malheiros, 19ª ed., 1990, pg. 173).

Retornando ao "baixo-ventre" da legislação ordinária, a Lei n. 8. 429\92 dispôs que sujeitam-se às suas penalidades os atos de improbidade (previstos nos artigos 9º, 10 e 11), praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, ficando limitada a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Já a uma primeira leitura, percebe-se que os atos de improbidade referidos são os praticados contra o patrimônio da própria entidade (privada), e que, ainda assim, consideram-se cometidos em detrimento do erário público. Mesmo que os valores, bens direitos ou rendas hajam sido incorporadas ao patrimônio da pessoa jurídica de direito privado, subsistem, por expressa vontade legal, a lesão ao erário e, portanto, a única limitação, quanto à incidência das sanções pela prática da improbidade, constituem-se nas limitações das sanções patrimoniais (perda de bens ou valores, ressarcimento integral do dano, multa civil) à repercussão (alcance) do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Não é difícil inserir os atos de improbidade eventualmente praticados por administradores de entidades privadas prestadoras de serviços (universais e de relevância pública) de saúde, no caso provedores ou administradores de Santas Casas de Misericórdia, no espectro difuso do art. 1º e *parágrafo único* da Lei n. 8. 429\92.

Estas entidades prestam-se a cooperar com o Estado na consecução de um objetivo (que lhes é comum) constitucional (direito à saúde) alcançando uma nítida camada do tecido social (*pobres e carentes*), sendo consideradas por força de preceito constitucional, como entidades de *relevância pública*. Portanto, objetivam um magno interesse da própria coletividade, encarnado no irrenunciável *direito à saúde*.

Mirando o interno destas pessoas jurídicas, patenteia-se que a contribuição dos cofres públicos (quer considere-se como remuneração de serviços ou subvenções) incorpora-se no patrimônio ou receita anual, sem contar a possibilidade (até por força de

legislação específica) de isenção de tributos e contribuições de que desfrutam, constituindo-se, desta forma, em entidades sindicáveis por meio de ação civil pública, com as repercussões que a Lei de Improbidade anexa (com exceção da perda da função pública, sanção típica para quem ocupe *cargo público*).

A não aceitar-se estas premissas, incorreríamos na contradição insuperável de admitir que o cidadão "*uti singuli*" pudesse ajuizar Ação Popular, em face de atos lesivos ao patrimônio das referidas entidades (possibilidade absolutamente cabível, como acima explicitado), porém estando vedada a atuação do "*parquet*", quanto ao manuseio de um instrumental mais extenso, como é o caso da Ação Civil Pública na tutela do patrimônio público. E, pior, vedando-se ao específico agente do zelo pelos serviços de relevância pública a tutela e proteção que o próprio legislador constitucional pretendeu expandir, sem limitações.

Participando, ainda, estas entidades privadas do denominado SUS, e, portanto, conveniadas com entidades públicas encarregadas de gerir, promover, proteger, recuperar e fiscalizar ações e serviços pertinentes ao objetivo fundamental de garantia ao acesso universal e igualitário aos serviços e ações de saúde (art. 2º, § 1º Lei n. 8.080\90), não é difícil nelas divisar uma *afetação pública*, e, ainda, um interesse do próprio Erário Público na correta gestão dos recursos recebidos ou repassados pelo Estado.

Estes valores, aportados ao caixa das referidas entidades privadas prestadoras de serviços de saúde, irão constituir-se em fundamental receita patrimonial e que, contabilizada, permite e justifica a imputação das sanções por improbidade aos seus respectivos administradores ou provedores. Por expressa "*voluntas legis*" a transferência destes recursos ao patrimônio das Santas Casas de Misericórdia (e similares) não perde o qualificativo de patrimônio público, encontrando-se integralmente afetado por um interesse idêntico. Malversados, geridos em desconformidade ao interesse público, portanto, sujeitam os responsáveis às sanções típicas da Lei de Improbidade Administrativa.

Tratando-se tais recursos de autêntico patrimônio público (ou *equiparado* como deseja José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, cit. pg. 395), encontra-se patenteada a situação típica do art. 1º, IV da Lei n. 7. 347\85 (LACP), ou seja, a existência de interesse difuso ou coletivo, encarnado no *erário público*, legitimando o Ministério Público ao ajuizamento de Ação Civil Pública.

De fato, sendo o erário nada mais do que o aspecto financeiro da expressão "patrimônio público", é manifesto o interesse público na sua defesa, o que por si já justificaria a intervenção do "*Parquet*" (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos e coletivos*, RT 747\79), tratando-se de interesse *tipicamente difuso* (idem, pg. 80), estando o Ministério Público explicitamente legitimado para a atuação judicial voltada à coerção dos atos de improbidade lesivos ao erário público (Lei n. 8. 625\93, art. 25, IV, "a" e "b" c/c CR-88, art. 129, III).

Ademais, a tutela do erário público (com a extensão que lhe é dada pela Lei de Ação Popular e de Improbidade Administrativa), "*consulta à defesa do "interesse social"*, *até porque o erário, em última análise, vem a ser o aspecto financeiro do "patrimônio*

público", do mesmo modo como os valores artísticos, estéticos e históricos constituem aspectos do gênero "patrimônio cultural" (Rodolfo de Camargo Mancuso, cit. pg. 81), não ficando excluída a utilização da Ação Popular, concomitantemente à Ação Civil Pública.

Há, ainda, "*óbvio interesse social*" (Mancuso, ob. e pg. cit.), na tutela do erário público e na sua fiscalização, não restando argumentos sólidos contra a admissibilidade da utilização da Ação Civil Pública mesmo nos casos em que os aportes financeiros estiverem integrados ao patrimônio das referidas entidades.

No âmbito jurisprudencial, colhem-se seguidos julgados do STJ, admitindo a legitimação do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública visando ao *ressarcimento de danos ao erário* (REsp. n. 157371\MG, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 03. 03. 1998, DJU 01. 06. 1998, pg. 44; REsp. n. 178430\MA, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 01. 09. 1998, DJU 13. 10. 1998, pg. 51; REsp. n. 132107\MG, Rel. Min. José Delgado, j. 13. 11. 1997, DJU 16. 03. 1998), para a *verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização* (REsp. n. 124236\MA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 04. 05. 1998, pg. 84; REsp. n. 173578\MA, Rel., Min. Hélio Mosimann, DJU 28. 09. 1998. Pg. 46), assim como para a *apuração de prejuízos financeiros causados ao erário por má gestão (culposa ou dolosa) de verbas orçamentárias* (REsp. n. 167783\MG., Rel. Min. José Delgado, DJU 17.08. 1998, pg. 38), bem como, no âmbito do TRF, 1ª Região, para a *anulação de contrato celebrado na área do SUS sem processo licitatório* (AG n. 96. 01. 17244\MG., Rel. Juiz Cândido Ribeiro, j. 26. 05. 1998, DJU 06. 11. 1998, pg. 152; AG n. 1997.01. 00. 050027-1\MA, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 10. 02. 1998, DJU 06. 06. 1998, p. 248; AG 96. 01. 20522-5\MA, Rel., Juiz Olindo Menezes, j. 15. 04. 1997, DJU 22. 08. 1997) in João Batista de Almeida, *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, doutrina e jurisprudência, RT, 2001, pg. 402\412.

José Armando da Costa (*Contorno jurídico da improbidade administrativa*, Brasília Jurídica, 2000, pg. 22), estudando os sujeitos ativo e passivo da improbidade administrativa, conquanto houvesse incluído as empresas incorporadas ao patrimônio público, ou entidade que tenha sido criada ou custeada com recursos do erário, limitando a incidência do art. 1º da Lei n. 8. 429\92 às "*instituições empresariais*" (g.n.), entretanto, não pôde fugir à constatação de que também as entidades de direito privado com "*impregnação de interesse coletivo*" (ob. cit. pg. 66), bem como os agentes que, por qualquer outra forma de investidura, vínculo, cargo, emprego ou função nas "*entidades privadas afetadas por interesse público*" (idem, pg. 67), sujeitam-se ao objetivo jurídico tutelado pela norma proibitiva, no caso enriquecimento ilícito (art. 9º Lei nº 8. 429\92).

Quando se toma em consideração a Lei de Improbidade Administrativa, nota-se que também os *empresários do setor privado* estão sujeitos às sanções (com exceção da perda do cargo, evidentemente), típicas nela previstas. Ou seja, mesmo que atuem num interesse eminentemente privado, com intuito de lucro, desde que beneficiários de isenções, incentivos fiscais ou creditícios, sujeitam-se aos ditames da Lei n. 8. 429\92. Como nos diz Fábio Medina Osório, (*Improbidade administrativa*, Observações sobre a Lei 8.429\92, Síntese, 2ª ed., 1998, pg. 93) "*A lei de improbidade incide mesmo na ausência de previsão do particular que contrata com o Poder Público*".

Seria paradoxal admitir-se que as parcerias entre o setor público e a iniciativa privada, mesmo quando voltadas para o interesse primordial do particular (*lucro*), sujeitassem-no às sanções por improbidade administrativa, ao mesmo tempo em que os administradores e as entidades prestadoras de serviços de largo alcance social e, portanto, afetadas por múltiplos interesses públicos, restassem excluídas do espectro de incidência da Lei n. 8. 429\92.

Trata-se de um argumento insuperável quanto à plena incidência da Lei de Improbidade Administrativa em face aos administradores e provedores das Santas Casas de Misericórdia, porquanto, aqui, avulta um interesse social, coletivo na prestação dos serviços, que, ademais, são de relevância pública por força de preceito constitucional (CR-88, art. 197).

Se no primeiro caso (subvenções, auxílios, isenções fiscais e creditícias), o que justifica a incidência da Lei n. 8.429\92 é a *injeção de dinheiro público* no setor privado, e, portanto, a lesão alcança o "*patrimônio público que foi colocado na empresa privada*" (Fábio Medina Osório, ob. cit. pg. 94), na segunda hipótese é a própria *supremacia do interesse público* que, somada à *indisponibilidade do erário*, bem como a *afetação do patrimônio público* que irão justificar a límpida possibilidade de incidência das sanções por improbidade.

Delas não ficam ao largo os diretores das entidades privadas mencionadas neste estudo, ficando a única limitação por conta da repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Aquele que manuseia dinheiro público, de fato, deve prestar contas e sujeitar-se às conseqüências da má gestão perante os cidadãos. Como nos ensina Fábio Medina Osório (ob. cit. pg. 93): "*Entende-se que, realizado o negócio entre o setor público e a iniciativa privada, aquele que recebe dinheiro público deve prestar contas à coletividade e notadamente ao órgão público responsável pela subvenção, pelos benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios*" (g.n.). Este dever, de prestação de contas, origina-se da "*indisponibilidade do patrimônio público*" (idem, ibidem), que não deixa de ser tal pela simples transferência à conta particular do prestador de serviços de saúde ou da iniciativa privada.

O TAMG havia avançado na tratativa da matéria, admitindo legitimação ao Ministério Público estadual para a propositura de ação civil pública em face a dirigentes de entidade assistencial, acusados de desvio de verba oriunda de subvenções procedentes do Estado. O julgado, relatado pelo Juiz Fernando Bráulio (Ap. Cível n. 320137-4, j. 12. 04. 2000, 7ª Câm. Cível) possui a seguinte ementa parcial: "*O Ministério Público Estadual é competente para propor ação de ressarcimento de danos por atos de improbidade administrativa praticados por dirigentes de entidade assistencial consistentes no desvio de verba oriunda de subvenções procedentes do Estado. Tem o ocupante de cargo de direção de creche legitimidade de parte passiva "ad causam" para responder pela prática de ato de improbidade administrativa, consistente no desvio de verba recebida dos cofres públicos durante sua administração*".

Este julgado encontra-se afinado com importante decisão do TJPR que, no julgamento da Ap. Cível n. 76.012-5, rel. Lauro Laertes de Oliveira, havia decidido pela legitimação do "parquet" estadual na propositura de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público e social, para melhoria da prestação dos serviços de saúde por parte de *hospital particular*, bem como para reparação de danos causados ao patrimônio público municipal, ação que, em primeira instância, havia sido julgada extinta por ilegitimidade ativa "ad causam". A ementa do acórdão é a seguinte: "Ação civil pública. Melhoria de serviços de saúde. Sistema único de saúde (SUS). Direito difuso. Legitimidade do Ministério Público. Carência de ação afastada. Recurso provido. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando a verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização (REsp. n. 124.236)".

A decisão fundamenta-se, certamente e de forma inquestionável, nos artigos 196 e 197 da CR-88, pelos quais o direito à saúde é atribuível a todos, assim como as ações pertinentes constituem-se em serviços de relevância pública. Portanto, conclui o julgado, verifica-se que a melhoria da prestação dos serviços de saúde à coletividade, em caráter preventivo, configura-se como direito difuso.

Em meio a estes dois paradigmas notáveis e avançados, retrocede o mesmo TAMG no trato da matéria, julgando parte ilegítima ativa o Ministério Público para a propositura de ação civil pública por improbidade administrativa movida em face a ex-Administradores e Provedores de entidade privada prestadora de serviços de saúde, no caso a Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora-MG.

Pelo acórdão prolatado no julgamento do Ag. de Instrumento n. 309. 595-6, a 2ª Câm. Cível do TAMG, rel. Juiz *Delmival Almeida Campos*, repeliu a legitimação do "parquet" estadual ao fundamento principal de que tratava-se de entidade privada prestadora de serviços médicos, sendo a ingerência do Ministério Público uma *excrescência* (?) justamente porque a entidade recebia uma *contraprestação* feita pelo SUS, sendo o vínculo entre ela e o Ministério da Saúde um "contrato bilateral de prestação de serviços", retribuído por remuneração e, "portanto, seus recursos patrimoniais poderiam ser aplicados naquilo que os administradores entendam como mais conveniente, não se submetendo aos comandos estatais no que pertine à gestão".

A decisão peca por superficialidade, além de constituir-se em paradigma frontalmente violador aos comandos constitucionais. Para sustentá-la os eminentes juízes (por maioria de votos) foram obrigados a reescrever a própria Constituição, forjando um *ambiente feudal* no trato de tão importante matéria, além de desconhecer a verdadeira natureza jurídica dos serviços prestados pela entidade privada (*convênio* com o Sistema Único de Saúde), matéria envolta numa amplitude de interesse público que "in casu" fora reduzida a mero *contrato bilateral*, prestando-se o Tribunal a um grande desserviço à cidadania.

A própria Constituição impõe ao Ministério Público o cuidado com o sistema de saúde que, quando prestado em caráter complementar, por pessoas jurídicas ou privadas,

preferentemente serão executadas por entidades filantrópicas (art. 25 Lei n. 8.080\90), o que se fará mediante contrato ou convênio "*observadas, a respeito, as normas de direito público*" (art. 24, parágrafo único). Não há espaço, neste contexto, para aquela privatização do direito público sugerida pelo acórdão retro referido.

A plenitude daquele zelo exigido pela Constituição está afeta ao Ministério Público, não havendo como produzir-se uma seção no sistema a ponto de atribuir-se ao "*parquet*" a tarefa de fiscalizar e zelar pelos serviços públicos de saúde, excluindo-o quando se trata de entidades privadas, ainda que partícipes suplementares do sistema, por força de convênio, justamente porque o direito à saúde, sendo universal, é indivisível e, portanto, difuso. Patente, por mais uma razão, a legitimação ministerial para as medidas previstas tanto na lei n. 7.347\85 (LACP) quanto na lei n. 8.429\92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Quando o Ministério Público em todos os estados da Federação se organiza para criar as denominadas "*Promotorias de Defesa da Saúde*", especializando seus membros, racionalizando a carga de trabalho, e, portanto, melhorando o sistema de controle, vem à tona aquela inoportuna decisão que, em verdade, constitui-se em uma "*revolução Copernicana ao reverso*", em matéria de defesa do direito à saúde ou do erário público.

De fato, os serviços de saúde (mormente se prestados aos *pobres e carentes*) não são um favor, um ato de caridade ou o fruto de um diminuto contrato privado de prestação de serviços, cujas conseqüências não sejam outras senão as que o direito civil pode estabelecer. Ao contrário, trata-se de um direito constitucionalmente exigível e para cujas ações todos colaboram por intermédio, inclusive, de tributos, contribuições sociais, etc., devendo toda a sociedade participar de sua fiscalização e controle.

Portanto, a má gestão dos recursos oriundos do SUS, mesmo quando perpetrados "*intra muros*" nas entidades filantrópicas, deve sujeitar-se às sanções por improbidade, erigindo os respectivos Provedores e Administradores (além de eventuais terceiros partícipes-beneficiários) em sujeitos ativos dos atos e, portanto, passíveis das sanções cominadas na Lei n. 8. 429\92.

A extensão do campo de incidência da Lei de Improbidade Administrativa deve ser bem recepcionada pela comunidade jurídica. Trata-se de dar ao artigo 1º, *parágrafo único*, da Lei n. 8. 429\92 o sentido e alcance que a própria Carta Constitucional pretendeu, ao fixar no Ministério Público a instituição responsável pelo zelo dos serviços de relevância pública, bem como atribuindo-lhe a legitimação para a propositura da Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público (do qual o erário é uma das faces) e social e outros interesses difusos e coletivos.

Os mais gabaritados intérpretes da Lei n. 8.429\92 advertem que a "situação peculiar" criada pelo seu art. 1º, *parágrafo único*, constitui-se em instrumento extremamente relevante para o evoluir da moralidade que deve reger as relações intersubjetivas, elevando-se o desfalque de montante originário do patrimônio público, ainda que legalmente incorporado ao patrimônio privado, à condição de elemento consubstanciador da improbidade (cf. Emerson Garcia, *Improbidade Administrativa*,

Lumen Juris, 2002, pg. 155\156). "*Em decorrência disto*" (acresce o Autor) "*os agentes privados são equiparados aos agentes públicos para o fim de melhor resguardar o destino atribuído à receita de origem pública, estando passíveis de sofrer as mesmas sanções a estes cominadas e que estejam em conformidade com a peculiaridade de não possuírem vínculo com o Poder Público*" (g.n.).

Acentua, ainda, o Autor, que se estas entidades (privadas) recebem dinheiro público, presume-se que as atividades por elas desempenhadas são de interesse coletivo (o que é o caso das Santas Casas). Na interpretação do artigo 1º, *parágrafo único* da Lei n. 8. 429\92, propõe, ainda, um entendimento condizente com a inafastável necessidade de se proteger o erário, devendo "*abranger entidades beneficentes que recebam isenções fiscais ou participem de quaisquer programas governamentais que importem no repasse de subvenções*" (g.n.).

Os não menos eminentes Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade administrativa, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, atlas, 4ª ed., 1999, pg. 46), advertem que também a *entidade privada* "porque não inserida entre as que compõem a administração direta, indireta ou fundacional", pode ser sujeito passivo de improbidade, limitando a lei, apenas, a sanção patrimonial à repercussão da improbidade sobre aquilo que o erário contribuiu.

Tal interpretação está em conformidade, de fato, com o art. 2º da mesma lei, porque, aqui, o conceito de "*agente público*" é ampliado, "*ao envolver partícipes de entidades privadas*" (ob. cit. pg. 47). Vê-se que o simples fato de tratar-se de "entidade privada" não é excludente da aplicação das sanções por improbidade, por expressa disposição legal, sobre a qual não paira a mínima réstia de inconstitucionalidade.

Nos casos de improbidade praticados em detrimento das entidades privadas, assim, o verdadeiro lesado é o erário e, mediatamente, a própria entidade. Porém, tal não se constitui em óbice ao reconhecimento da incidência das sanções próprias, o que se faz na medida "*da injeção do benefício ou custeio recebido*" (Fernando Rodrigues Martins, *Controle do patrimônio público*, RT, 2000, pg. 77). Os valores pagos pelo SUS constituem-se em *receitas* das entidades em questão, extensivamente incluídas na conceituação de *erário público* que se constitui no "*aspecto financeiro da expressão 'patrimônio público'*" (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos e coletivos*, cit. pg. 79).

Outrossim, está legitimado o Ministério Público, segundo sua precisa destinação constitucional, à defesa deste interesse, podendo postular em juízo "*não somente a aplicação das penas de improbidade como também o ressarcimento dos danos suportados pelo erário público, na forma dos arts. 16 e seus §§ e 17 e seus §§*" (José Marcelo Menezes Vigliar, *A legitimação do ministério público para a defesa do patrimônio público*, RT 735\176).

Apurada malversação, desvios, desfalques, favorecimentos de parentes de Provedores ou Administradores, compras superfaturadas, sonegação de impostos (se incidentes) na gestão destas entidades, enfim, má prestação dos serviços, legitima-se o

Ministério Público ao ajuizamento das ações previstas na Lei n. 8.429\92 e 7.347\85, "*não se mostrando imprópria a utilização da ação civil pública*" (cf. Nilo Spinola Salgado Filho, Wallace Paiva Martins Júnior, *Ação civil pública: defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa*, RT 735\171), *nem ficando afastada a ação popular, com o mesmo objetivo* (idem, pg. 171).

BIBLIOGRAFIA

- Almeida, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, doutrina e jurisprudência, RT, 2001.
- Almeida, Jorge Luiz de. *A ação popular e o ministério público*, RT 436\279.
- Costa, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*, Brasília Jurídica, 2000.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 8ª ed., Atlas, 1997.
- Ferreira, Pinto. Ação popular, **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 3, pg. 365.
- Ferreira, Wolgran Junqueira. Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função, Edipro, 1994.
- Filho, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*, Lumen Juris, 2ª ed., 1999.
- Filho, Marino Pazzaglini – Rosa, Márcio Fernando Elias – Júnior, Waldo Fazzio. *Improbidade administrativa, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, atlas, 4ª ed., 1999.
- Filho, Nilo Spinola Salgado – Júnior, Wallace Paiva Martins. Ação civil pública: defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, RT 735\161.
- Garcia, Emerson - Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, Lumen Juris, 2002.
- Gasparini, Diógenes. *Direito administrativo*, Saraiva, 1995.
- Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 17ª ed., 1990.
- _____. *Licitação e contrato administrativo*, Malheiros, 19ª ed., 1990.
- _____. *Direito municipal brasileiro*, Malheiros, 6ª ed., 1990.
- _____. *Ação popular*, RT 360\432.
- _____. *Mandado de segurança e ação popular*, RT, 5ª ed., 1978.
- Júnior, José Cretella. *Curso de direito administrativo*, Forense, 14ª ed., 1995.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos e coletivos*, RT 747\67.
- Martins, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*, RT, 2000.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, Malheiros, 3ª ed., 1992.
- Nogueira, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*, Renovar, 2002.
- Osório, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*, observações sobre a lei 8.429\92, Síntese, 2ª ed., 1998.
- Paladin, Livio. *Azione popolare*, Novissimo Digesto Italiano, vol. II.
- Silva, José Afonso da. *Ação popular constitucional*, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 3, pg. 386\409.
- _____. O ministério público nos processos oriundos do exercício da ação popular, RT, 366\07.
- Vigliar, José Marcelo Menezes. *A legitimação do ministério público para a defesa do patrimônio público*, RT 735\173.

**EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E/OU JUDICIAL DAS
DECISÕES/DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE SAÚDE:
PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUBSTITUIÇÃO
PROCESSUAL EM MATÉRIA DE CONSUMIDOR ***

*Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça*

Introdução

No Estado de Minas Gerais, somente através da Lei Complementar estadual nº 61 (art. 61), de 12/07/2001, foi instituída a Curadoria da Saúde no âmbito do Ministério Público, em todas as comarcas do Estado.

Assim, o Ministério Público mineiro comprometeu-se institucionalmente a desempenhar as suas funções junto ao Sistema Único de Saúde com profissionalismo, e não mais de forma improvisada.

Desse modo, um dos temas de grande importância na atuação profissional do "Parquet", em matéria de saúde pública, é justamente o da efetivação do controle social junto ao Sistema Único de Saúde (art. 198, inc. III, da CF²).

Com efeito, esta tese assenta-se na premissa de que o Ministério Público, ao se propor a participar dessa efetivação do controle social no Sistema Único de Saúde, precisa, antes de mais nada, compreender o papel histórico e institucional dos Conselhos de Saúde, até mesmo para auxiliá-los em sua atuação.

Daí, ter havido o estudo, ainda que sujeito a novas reflexões, da legitimidade ativa ou não dos Conselhos de Saúde no que diz respeito à defesa judicial dos usuários do Sistema Único de Saúde.

Diga-se de passagem que o controle social, no âmbito do Sistema Único de Saúde, foi concebido institucionalmente como importante espaço democrático de participação popular na formulação e na execução das ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva do povo brasileiro.

*** Tese aprovada por unanimidade**

1 Este assunto foi tratado como um tópico específico na monografia de conclusão do "Curso de Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal", ministrado pela Universidade de Brasília, do qual participou e foi aprovado o autor desta tese. A monografia em questão teve como título : "O Ministério Público na efetivação do controle social no Sistema Único de Saúde: contribuições práticas a partir da experiência mineira (Araguari)

2 CF: Abreviatura de Constituição Federal.

Nesse diapasão, o artigo 2º da Lei nº 8.080, de 19/9/1990, estatui que "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". O § 2º deste mesmo artigo de lei estabelece que: "O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade".

Portanto, o desenvolvimento da presente tese levará em conta as premissas acima positivadas.

Espécies de decisões do Conselho de Saúde, objeto de execução administrativa e/ou judicial: desenvolvimento da tese

Basicamente, o Conselho de Saúde poderá tomar duas espécies de decisões: uma, cujo conteúdo diga respeito ao acesso concreto a ações e/ou serviços de saúde; por exemplo, a edição de uma resolução, impondo ao Poder Público custear determinado tratamento, levando-se em conta as diretrizes do Plano de Saúde e/ou as disponibilidades orçamentárias/financeiras na área da saúde (balizamento jurídico-institucional para a atuação prática dos conselheiros). A outra espécie de decisão relacionar-se-ia com a salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o funcionamento do Conselho.

A propósito, o Conselho de Saúde poderá chegar a essa espécie de decisão, tendo em vista que o artigo 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90, estatui que o Conselho de Saúde é órgão colegiado, permanente e deliberativo.

Além do mais, o artigo 198, III, da Constituição da República, garante a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Logicamente, então, que esta participação não poderá ser apenas simbólica ou de mera ratificação dos atos do gestor do SUS (Sistema Único de Saúde).

Neste sentido, ao definir o alcance semântico do vocábulo "deliberativo", De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, assevera que:

"De deliberar, serve para indicar ou atribuir a qualidade ou o caráter da pessoa ou do órgão que possa validamente tomar qualquer deliberação ou decidir sobre questões e matérias trazidas a seu conhecimento.

Pelo poder deliberativo, então, que legalmente se confere, a pessoa ou o órgão delibera, tendo semelhante ato ou resolução deliberativa eficácia jurídica para obrigar e criar direitos.

Bem verdade que a autoridade deliberativa concedida deve apresentar-se segundo as regras legais, respeitando suas exigências.

Assim, por exemplo, as assembléias, de qualquer natureza, para que possam tomar deliberações com validade jurídica, devem atender às regras legais acerca do quorum deliberativo. Sem este, validade não

terá a deliberação, porque constituído legalmente não foi o poder deliberativo da assembléia"³.

Pois bem, quanto à primeira espécie de decisão, suponha-se que o Chefe do Poder Executivo não venha a homologá-la ou a disponibilizar os recursos para cumpri-la.

Neste caso, o Conselho poderá provocar o Ministério Público (Curadoria da Saúde da Comarca), apresentando-lhe a documentação pertinente (o original ou cópia autenticada da resolução tratada; cópia da ata da reunião onde tenha havido a devida deliberação; o documento comprobatório de que o agente público, por ação ou omissão, tenha descumprido a decisão do conselho etc), enfim, ministrará ao Ministério Público todas as informações necessárias à sua atuação administrativa ou judicial.

Esta provocação do Ministério Público enquadrar-se-á na regra genérica do artigo 6º da Lei nº 7.347, de 24/07/1985, uma vez que inexistente norma específica para a hipótese em estudo.

Estatui o artigo 6º supracitado:

"Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção".

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm mantido divergências quanto à qualificação do direito à saúde como sendo interesse difuso, até porque em muitas situações concretas há um titular/paciente identificável⁴.

Por isso, tem-se cogitado que a legitimidade do Ministério Público somente existiria nas hipóteses de interesses individuais homogêneos (art. 82 c/c art. 91 da Lei nº 8.078 de 11/09/1990). Veja-se:

"Com efeito, consoante a Súmula CSMP N. 07:

'O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

Já a Súmula de Estudos CENACON N. 05 pondera o seguinte:

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, versão eletrônica 1.0. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴ Cf. artigo 7º da Lei nº 8.142/90, o qual prevê que a integralidade da assistência à saúde abrange um conjunto de "(...) ações e serviços preventivos e curativos, **individuais e coletivos**, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema" (sem grifos no original).

*‘Tratando-se da tutela, em última análise, de interesses individuais manifestos, mas tratados de forma coletiva, os chamados ‘interesses individuais homogêneos de origem comum’ (art. 81, III, do CDC) somente poderão ser suscetíveis de ação civil pública pelo órgão do Ministério Público, quando houver evidência de interesse público quanto à sua abrangência, e social quanto à sua qualificação (junho/92 – atualizada em julho/97)...’.*⁵

A bem da verdade, a função institucional do Ministério Público estabelecida no artigo 129, inciso II, da Carta Magna, não se confunde com o exercício do direito de ação, porquanto o artigo 81 do Código de Processo Civil exige que, para isto, o "Parquet" detenha autorização expressa, logicamente através da legislação ordinária. Assim, por exemplo, para atuar como substituto processual na ação de investigação de paternidade, esta autorização explícita provém da Lei nº 8.560, de 29/12/1992. Quer dizer, a Constituição Federal apenas enunciou incumbir ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis, dentre eles, o direito à paternidade legítima (art. 27 da Lei nº 8.069, de 13/07/1990).

Por conseguinte, ao legislador ordinário foi deferida a tarefa de definir se essa função institucional do "Parquet" efetivar-se-á por meio de sua atuação como parte ou como fiscal da lei ("custos legis"). Some-se a isto que o direito à saúde não se qualifica como interesse difuso, a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347, de 24/07/1985. Isto porque a definição da saúde como direito fundamental e, mais ainda, como direito social, tem o sentido de apenas torná-lo uma obrigação positiva do Estado em relação à sociedade, ou seja, todo e qualquer cidadão poderá exigir do Poder Público a concretização deste direito, a seu favor.

Portanto, não significa que o direito à saúde deva ser qualificado como "interesse difuso", até porque a saúde envolve necessariamente dois planos: a saúde enquanto direito a ser assegurado genérica e abstratamente a todos, através de ações e serviços próprios (envolvendo aqui a noção de interesse público); e a saúde, como direito individual e fundamental, a ser defendido, de regra, pelo próprio titular deste mesmo direito.

A questão pode, então, ser posta nos seguintes termos: se o Poder Público, de alguma forma, seja por medidas administrativas ou legislativas, restringir o acesso às ações e serviços de saúde ou, mais diretamente, se instituir obstáculos à efetivação deste direito, o Ministério Público deverá atuar de pronto, podendo, inclusive, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade ou ação civil pública, conforme o caso, na defesa do interesse social, posto que:

"À evidência, todavia, que se a proteção ao patrimônio público e social não é um interesse difuso ou coletivo, também não é individual. Resta-nos, com a compreensão da lição de Antônio Hermann V.

⁵ ALVES, Airton Buzzo *et alii* (coordenadores). **Funções institucionais do ministério público**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 259.

Benjamin, alhures explicitada, classificá-lo como interesse público. Um interesse público distinto dos interesses difuso, coletivo e privado (individual)".⁶

No plano individual, quando a situação fática não for capaz de produzir repercussão direta e imediata para a coletividade como um todo (interesse público primário), prevaleceria a regra do artigo 129, IX, da Constituição Federal, que veda o exercício, pelo Ministério Público, de funções incompatíveis com sua finalidade, "(...) já que sua missão institucional, como visto, é voltada para a tutela coletiva, *lato sensu*, dos interesses e direitos previstos pelos incisos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor".⁷

Em resumo, se a atuação envolver a defesa em Juízo, por exemplo, do direito individual à determinada ação ou serviço de saúde, caberá, de regra, ao interessado fazê-lo através de advogado.⁸

A aparente antinomia existente entre os incisos II, III e IX do artigo 129 da Constituição da República deve ser solucionada por meio do "princípio da unidade da Constituição", o qual tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs, conforme palavras do insigne Professor Luís Roberto Barroso, expressando-se nos seguintes termos:

"(...) uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna'. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. E acrescenta: 'Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com esse princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais'.

Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: 'O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição

⁶ ALVES, Airton Buzzo *et alii* (organizadores). **Funções institucionais do ministério público**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 359-360.

⁷ ALVES, Airton Buzzo *et alii*. *Op. cit.*, p. 258.

⁸ O artigo 201, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.069, de 13/07/1990, autoriza a atuação do Ministério Público como substituto processual em favor de crianças ou adolescentes. Vide anexo IX.

consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal'. O fim primário do princípio da unidade é procurar determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições. A tarefa, todavia, pode revelar-se mais complexa do que parece à primeira vista".⁹

Admita-se que o Ministério Público, ao ser provocado pelo Conselho de Saúde, entenda que o caso não desafie a sua atuação, por se tratar de questão interna da Administração Pública, ou porque a situação envolva a chamada discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade em função de outros interesses igualmente relevantes e limitação financeira ou orçamentária); aí, então, caberá ao órgão do Ministério Público promover o arquivamento das peças informativas oriundas do Conselho de Saúde, fazendo-o, porém, na forma do artigo 9º da Lei nº 7.347/85, ou seja, submeterá tal promoção de arquivamento à apreciação do egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

Desse modo, estarão resguardados os princípios da independência funcional dos Membros do Ministério Público (art. 127, § 1º, da CF) e do controle administrativo no exercício dessa independência funcional (art. 9º da Lei nº 7.347/85).

No caso de ofensa ao direito individual à saúde, e havendo provocação do Conselho de Saúde, o interessado deverá ser orientado a constituir um advogado para intentar as medidas judiciais pertinentes ou a recorrer à Defensoria Pública, caso não possa pagar os honorários advocatícios.

Quanto à possibilidade ou não do próprio Conselho de Saúde fazer valer judicialmente as suas decisões, a Dr^a Cleide Previtalli Cais¹⁰ esposou o ponto de vista de que, em princípio, este órgão podia propor alguma ação em juízo, mormente para contestar o Executivo, quando da atuação deste na imposição de regras para o Conselho.

Para tanto, a ilustre professora supracitada partiu do raciocínio de que o Conselho é um ente não personalizado, tendo acrescentado que os entes não personalizados "(...) também podem entrar com ação civil pública".

Ora, a meditação profunda em torno deste assunto conduz à conclusão de que os Conselhos de Saúde não detêm legitimidade ativa para agir judicialmente na defesa de usuários do Sistema Único de Saúde, através da figura da substituição processual.

É que os entes despersonalizados somente podem agir em Juízo, de regra, na defesa de interesses próprios ou que sejam inerentes à sua própria existência: a chamada capacidade judiciária, de que cuidam a doutrina e a jurisprudência.

9 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 182-183.

10 Cf. Oficina..., p. 145.

Por outro lado, o artigo 2º da Lei nº 8.078 de 1990 estatui que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Assim sendo, o titular de direitos junto ao Sistema Único de Saúde enquadra-se, sem dúvida, neste conceito legal de "consumidor", já que o Sistema Único de Saúde envolve **ações e serviços** destinados à salvaguarda do direito à saúde, considerado direito social e fundamental do ser humano.

Com efeito, a questionada legitimidade do Conselho de Saúde deve ser analisada à luz do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente com base no parágrafo único deste mesmo artigo de lei, onde estaria abrigada a chamada substituição processual.

Nesse diapasão, o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente quem está legitimado, concorrentemente, para agir em Juízo através da figura da substituição processual.

Curiosamente, tanto para as associações de proteção dos consumidores quanto para os órgãos da administração pública, direta ou indireta, o legislador exigiu que eles tenham por missão institucional específica a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor), ainda que cuidem, ao mesmo tempo, de direitos ou interesses de outra natureza.

Por conseguinte, apesar de haver a previsão legal expressa de que órgãos da administração pública, **ainda que sem personalidade jurídica**, possam agir em Juízo na defesa "coletiva" dos consumidores, coexiste, todavia, a determinação de que tais órgãos estejam "(...) especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código [CDC]".

Assim sendo, embora o Conselho de Saúde possa ser qualificado como órgão da administração pública direta, sem personalidade jurídica, ele não foi originariamente instituído para o desempenho daquela missão, ou seja, para a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Realmente, a própria lei instituidora dos Conselhos de Saúde – Lei nº 8.142 de 1990 – delimitou o seu campo de ação, dizendo que se trata de órgãos permanentes, deliberativos e colegiados, que atuam "(...) na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive, nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo" (art. 1º, § 2º). O legislador disse somente isto!

Conseqüentemente, o Conselho de Saúde não está legitimado a agir em Juízo na defesa do titular de direitos junto ao Sistema Único de Saúde ou, noutras palavras, na defesa dos usuários do SUS (Sistema Único de Saúde), especialmente porque o artigo 6º do Código de Processo Civil estabelece que somente será permitida a substituição processual nos casos autorizados por lei.

Não obstante, o Conselho de Saúde, mesmo não possuindo personalidade jurídica, poderá agir em Juízo na defesa de prerrogativas próprias, isto é, no resguardo das condições necessárias ao cumprimento de sua função legal.

Enfim, em relação a essa espécie de decisão do Conselho de Saúde, ou seja, que vise à salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o seu funcionamento, não havendo aquiescência por parte do gestor do Sistema Único de Saúde ou pelo Chefe do Poder Executivo, poderá haver a provocação do Ministério Público (Curadoria de Saúde da Comarca) para a adoção das medidas próprias, assim como ocorre em face da decisão cujo conteúdo diga respeito ao acesso concreto a ações e/ou serviços de saúde.

Considerando que o conteúdo de tal modalidade de decisão do Conselho de Saúde não envolveria, diretamente, direito a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347/85, a provocação do Ministério Público, por conseguinte, não se daria com base no artigo 6º da mesma Lei.

Destarte, a suscitação da atuação do Ministério Público pelo Conselho de Saúde estará assentada, em termos gerais, na norma do artigo 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, que diz respeito ao "direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

De fato, se a Constituição Federal e a Lei nº 8.142/90 resguardam o direito da comunidade de participar da gestão do Sistema Único de Saúde, é evidente que os Membros do Conselho, em razão desta previsão legal, têm o direito de obter do Poder Público as condições mínimas para o funcionamento, a contento, deste órgão colegiado, permanente e deliberativo (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90).

Suscitada, pois, a atuação do Ministério Público, a qual, aliás, poderá dar-se de ofício, isto é, bastando a simples notícia pela imprensa ou mediante constatação do fato, direta e/ou pessoalmente pelo próprio Curador da Saúde (órgão do Ministério Público), as medidas a serem empreendidas estarão legitimadas graças ao disposto no artigo 127 da Carta Magna, que comete ao Ministério Público a função institucional de zelar pela ordem jurídica. Noutros termos, o Ministério Público, na defesa das normas legais que instituíram o controle social com a missão de funcionar adequadamente (defesa da ordem jurídica), adotará as medidas administrativas ou judiciais necessárias a isto, tendo em vista o disposto no artigo 129, inciso II, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o Ministério Público poderá celebrar termo de ajustamento de conduta com a Administração Pública, a fim de que as reivindicações inerentes ao funcionamento regular do Conselho de Saúde sejam devidamente atendidas.

Não obtido êxito na esfera administrativa, caberá o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, consubstanciada no artigo 11, "caput", e inciso II, da Lei nº 8.429/92.

Outrossim, afigura-se cabível, em tese, a chamada ação cominatória, com vistas a compelir o Poder Público a dotar o Conselho de Saúde das condições indispensáveis ao seu regular funcionamento, por força do disposto no artigo 287, combinado com o estatuído no artigo 81, ambos do Código de Processo Civil, combinado com o disposto no

artigo 5º, V, "b", da Lei Complementar nº 75/93, tendo em vista o disposto no artigo 80 da Lei nº 8.625/93.

Conclusões

I- Os Conselhos de Saúde não estão legitimados a agir, em substituição processual, na defesa dos usuários do SUS (Sistema Único de Saúde);

II- Não obstante, os Conselhos de Saúde, mesmo não possuindo personalidade jurídica, poderão agir em Juízo na defesa de prerrogativas próprias, isto é, no resguardo das condições necessárias ao cumprimento de sua função legal;

III- Em relação a essa espécie de decisão do Conselho de Saúde, ou seja, que vise à salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o seu funcionamento, o Ministério Público (Curadoria de Saúde da Comarca) poderá ser provocado a atuar para a adoção das medidas próprias;

IV- Considerando que o conteúdo de tal modalidade de decisão do Conselho de Saúde não envolveria, diretamente, direito a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347/85, a provocação do Ministério Público, por conseguinte, não se daria com base no artigo 6º da mesma Lei, mas na forma do artigo 5º, XXXIV, "a", da Constituição da República;

V- Enfim, o Ministério Público deverá atuar em permanente parceria com o Conselho de Saúde, de modo que qualquer obstáculo criado pelo gestor público ao funcionamento regular do Conselho de Saúde deverá desafiar a adoção de medidas administrativas e/ou judiciais aptas a afastá-lo, destacando-se, em última análise, a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com força no artigo 11, "caput", e inciso II, da Lei nº 8.429/92.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Airton Buzo *et alii*. (organizadores). *Funções institucionais do ministério público*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARANHA, Márcio Iorio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (organizadores). *Manual de apoio conceitual*. Universidade de Brasília – Faculdade de Direito da UnB – Núcleos de Estudos em Saúde Pública da UnB/CEAM.
- COSTA, Epaminondas da. *Manual do patrimônio público: responsabilidade dos agentes políticos e administrativos na gestão do dinheiro público – teoria e prática*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Os conselhos de participação popular. Validade jurídica de suas decisões*. Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1. Novembro de 2000, p. 23-35 (Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário – CEPEDISA).
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O ministério público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Regime jurídico do ministério público*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino *et alii*. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996.
- PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, versão eletrônica 1.0. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, Mônica Sofia Pinto Henrique. *Petição inicial de ação civil pública visando a assegurar direito à saúde em favor de criança*. Órgão Oficial do Estado de Minas Gerais – "Minas Gerais". Belo Horizonte, 13 nov. 2002.
- SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar (biblioteca de teses), 2002.
- SOUZA, Motauri Ciochetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES NA DEFESA DA ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA *

*Marcelo de Oliveira Milagres
Promotor de Justiça*

I – Introdução

A propósito do tema "*O Ministério Público dos últimos 10 anos – Lei Federal 8.625/93 – Análise crítica das atribuições e propostas de alterações*", objeto deste festejado V Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, sobrepõem algumas considerações sobre ação dos Ministérios Públicos estaduais na tutela e promoção dos **interesses difusos**, especificamente, do controle jurídico das condutas dos agentes econômicos em uma perspectiva do **direito da concorrência**.

Não se trata de tema exclusivo do Ministério Público da União, particularmente do Ministério Público Federal, como pode parecer a análise restrita do art. 12 da Lei n. 8.884/94, que prevê a participação daquele ramo do *parquet* brasileiro no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ente administrativo que aprecia e julga os efeitos das práticas negociais dos agentes econômicos no mercado.

O próprio e citado diploma legal, em seu art. 1º, parágrafo único, determina a titularidade difusa dos bens jurídicos que almeja tutelar. E, demais disso, o seu art. 88 acresceu à Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7347/85, a expressa possibilidade de tutela da ordem econômica (art. 1º, inciso V), a ser efetivada, inclusive, pelo Ministério Público (art. 5º). Não há que se falar em interesse exclusivo ou imediato da União Federal ou demais entes federais.

E, ainda, é a própria Constituição da República de 1988, em seu art. 170, que, como princípio da ordem econômico-jurídica, determina a promoção da livre concorrência, a repressão ao abuso do "*poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*"

Com efeito, a promoção do valor da livre concorrência não se cinge à ação do ente administrativo judicante CADE, da Secretaria de Defesa Econômica - SDE - e da Secretaria de Acompanhamento Econômico –SEAE, na clássica composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

*** Tese aprovada por unanimidade com aditivos às conclusões**

Trata-se de proteção de interesse difuso a reclamar a atuação **complementar e harmônica** dos agentes econômicos, entes de regulação, da autoridade antitruste, e, particularmente, do **Ministério Público brasileiro**, a teor do art. 127, *caput*, da Constituição da República, reproduzido pelo art. 1º da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

Essa atuação deve se verificar na prevenção e repressão, com todos os instrumentos e mecanismos de ação possíveis, de condutas que violem à ordem econômico-jurídica, consubstanciadas, grosso modo, em tipos administrativos previstos nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 e respectivos tipos penais dos arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90.

São relevantes atribuições somente recentemente percebidas pelo Ministério Público brasileiro, notadamente os Ministérios Públicos dos Estados, em razão dos conhecidos e reprovados efeitos dos cartéis de postos de gasolina, que são típicos e clássicos cartéis de preço, restrições horizontais de mercado.

Nesse contexto, propõe-se a presente reflexão: situar o Ministério Público como indispensável instituição com o poder-dever de contribuir com a promoção da concorrência, **interesse essencialmente difuso**, que necessariamente não se confunde com interesse coletivo ou meramente individual homogêneo das relações de consumo ou, ainda, que não se restringe ao aspecto meramente criminal.

Trata-se de aprimorar e aperfeiçoar a ação dos *Centros de Apoio Operacional da Ordem Econômica*, que, sob essa denominação ampla, pode compreender todas as relações econômicas de produção, consumo, distribuição e intermediação (financeira) de bens e serviços, com repercussões, inclusive, de natureza fiscal e criminal.

O que, em síntese, busca-se destacar é; primeiro, a necessidade de interação e maior sensibilidade dos vários órgãos de apoio e execução do Ministério Público, com atribuições de promoção da ordem econômica; segundo, que muitas condutas de mercado devem ser analisadas, também, sob a perspectiva macroeconômica de promoção da **política econômica da concorrência**.

Nesse diapasão, mister a compreensão do atual modelo jurídico-econômico, da aparente superposição de competências entre os agentes e entes públicos, da importância do estudo e promoção institucional da teoria econômica como mecanismo a auxiliar as diversas e possíveis ações do Ministério Público que não devem ser isoladas ou compartimentadas, mas orientadas sob a diretriz única de implementação da defesa pública da livre concorrência.

Tema atual a ser objeto de candente debate crítico na sempre contemporânea e libertária Ouro Preto, anfitriã de um Ministério Público que se propõe reflexivo de sua relevante e natural vocação de promoção, em última análise, do homem, em todos os seus âmbitos de vivência, como razão de ser do Direito, do Estado e da Sociedade.

II – Atual modelo jurídico-econômico brasileiro e a promoção da concorrência

Interpretando os arts. 170, 173 e 174 da Constituição da República de 1988, pode-se asseverar que a ordem jurídico-econômica nacional se consubstancia em uma economia de mercado socialmente controlada, competindo ao Estado a função primordial de agente normativo e regulador e aos agentes econômicos privados a função empresarial.

Vislumbra-se a realidade normativa de um modelo capitalista, em que ao Estado, desvinculando-se da ação direta no e sobre o domínio econômico (Estado empresário), atribui-se a vocação de tutela e promoção dos valores constitucionais da soberania nacional, da propriedade privada em sua perspectiva funcional, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, na dicção principiológica do sempre lembrado art. 170.

Ao Estado, então, atribui-se a primazia da ação mediata, da ação indireta na promoção da ordem econômica, mediante as funções de *fiscalização*, *incentivo* e *planejamento*, a teor do art. 174, *caput*, da Constituição da República.

Nesse sentido, as relações dos agentes econômicos no âmbito do mercado devem ser gravadas pela liberdade, pela livre competição, devendo as condutas anticoncorrenciais serem afastadas em uma perspectiva preventiva, ou, na exegese gramatical do § 4º do art. 173 da Constituição, serem reprimidas.

Essa política de prevenção e repressão de comportamentos contrários à ordem jurídico-econômica, na perspectiva da concorrência, é levada a cabo pelo Estado por intermédio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sobrelevando a importância do CADE, na função de ente administrativo que julga atos concretos dos agentes econômicos à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica.

Ao CADE se atribui a função, exclusiva, de aplicar as penalidades e medidas **administrativas** previstas na Lei n. 8.884/94, valendo-se a propósito dos instrumentos legais de **investigação preliminar**, **processo administrativo**, do **acordo de leniência**, **compromisso de desempenho** e do **compromisso de cessação de prática**.

Sobressai, outrossim, a atribuição complementar dos conhecidos entes de regulação ("*agências reguladoras*")¹ que não julgam, mas que podem regular (regulação prudencial) condições de concorrência entre agentes econômicos, públicos ou privados, de determinado setor da economia, *v.g.*, energia elétrica, telecomunicações, petróleo.

¹ Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação americana 'regulatory agencies'. Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de 'conselhos', em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada.

E o **Ministério Público**, na esteira de sua vocação constitucional de tutela dos interesses metaindividuais, incluindo a defesa da ordem jurídico-econômica, deve cingir-se à condição de simples observador das ações levadas a cabo pelo CADE e pelos entes de regulação na promoção do princípio constitucional da livre concorrência ?

III – O Ministério Público e a promoção da concorrência

A resposta à questão proposta é, a toda evidência, negativa.

De pronto, muitos suscitam a constitucional atribuição de promoção privativa da ação penal pública, a teor do art. 129, I, da Constituição da República.

Com efeito, a persecução dos delitos em prejuízo da livre concorrência, tipificados, notadamente, nos arts. 4º, 5º e 6º, da Lei n. 8.137/90, procede-se mediante ação penal pública.

Trata-se, evidentemente, de clássica atribuição criminal, encontrando-se o Ministério Público brasileiro já bastante evoluído, valendo notar, a propósito, recente convênio celebrado entre os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério da Justiça, em que sobressai a colaboração do *parquet*, que dispõe de típicos instrumentos de investigação, inclusive a legitimidade de pedidos judiciais de escuta telefônica, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Instrumento relevante de obtenção de provas, sobretudo em face da prática de cartéis, que, sendo organizações informais, criadas e mantidas na clandestinidade, são realidades de difícil comprovação.

Mas a atribuição do Ministério Público, na promoção e tutela da livre concorrência, não se cinge à relevante atribuição criminal. Dispõe a instituição, de igual modo, do poder-dever de adoção de medidas, preventivas e repressivas, de **responsabilidade civil** dos agentes econômicos que atuam no mercado.

Nesse ponto, impende bem divisar as atribuições, afastando-se a aparente superposição de poderes.

Ao CADE compete a atribuição exclusiva, no âmbito da **concorrência**, de aplicar e propor **medidas e penalidades administrativas** previstas na **Lei n. 8.884/94**.

Os **entes de regulação** ("agências reguladoras"), também, dispõem de medidas e mecanismos administrativos, porém se limitam à denominada regulação prudencial.

Por sua vez, o **Ministério Público**, a par da exclusiva atribuição de promoção criminal, pode e deve: a) informar o CADE sobre eventual ilícito anticoncorrencial, para fins de eventual medida prevista na legislação de regência; e, notadamente, b) propor medidas preventivas (medidas cautelares, termos de ajustamento de conduta e **não** acordo de leniência ou compromissos de desempenho ou de cessação de prática) e repressivas (ação civil pública), objetivando determinar responsabilidade civil por

eventuais danos à ordem econômica, aqui, representada pelos interesses metaindividuais (individuais homogêneos, coletivos ou difusos) dos consumidores.²

Sublinhe-se que, nesse diapasão, nem todo ilícito no âmbito das relações de consumo consubstancia infração à livre concorrência³, mas toda conduta anticoncorrencial representa prejuízo, direto ou potencial, aos interesses dos consumidores. É, nessa última hipótese, no âmbito da defesa da concorrência, que sobressai a possibilidade de ação, extrajudicial e judicial, do Ministério Público.

No âmbito de tutela das relações de consumo, o *parquet* já se afigura em elevado e crescente nível de ação. A problemática se apresenta, quando eventual dano aos interesses do consumidor tem como causa conduta anticoncorrencial ou, noutro dizer, apresenta repercussão imediata nas relações de concorrência (interesse essencialmente difuso).

Exemplificativamente, a prática ilícita de venda casada, sem dúvida alguma, consubstancia ilícito em detrimento das relações de consumo. Contudo, a mesma conduta, tipificada inclusive na Lei n. 8.884/94 (art. 21, XXIII), pode configurar ilícito anticoncorrencial, se tiver por objeto os efeitos previstos no art. 20 do citado diploma legal: *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.*

Enfim, essa mesma prática de venda casada deve encontrar resposta, no âmbito administrativo, notadamente por intermédio da autoridade antitruste (CADE). Mas o Ministério Público, de igual modo, deve promover as eventuais medidas preventivas (tutela inibitória) e, se for o caso, ações de responsabilidade civil e criminal pertinentes (tutela repressiva).

Nesse mister, deve exercer a difícil tarefa de, no caso concreto, determinar o conteúdo de hipóteses normativas com expressões intencionalmente de vagueza semântica, como, por exemplo, *mercado relevante* e *poder de mercado*.

Esse é um dos grandes desafios, de agora e do amanhã, do Ministério Público. Situar-se em uma realidade de constante mutação e internacionalização do fenômeno econômico. Não há como prevenir e reprimir ilícitos de mercado, desconhecendo-se os fundamentos da teoria econômica.

2 Evidentemente, que a melhor forma de tutela da ordem jurídico-econômica se procede mediante a tutela inibitória, a ação civil pública repressiva só deve ser o instrumento utilizado na hipótese de não satisfação da apontada tutela preventiva.

3 Conforme já decidiu o CADE, procedimento administrativo n. 131/93, citado por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.) Direito da concorrência: case law. São Paulo: Singular, 2000, p374/375, “A adoção de contrato padrão, não é, per se, conduta condenável pela Lei n. 8.884/94. Apenas quando verificarem os efeitos previstos no art. 20 desse diploma é que são eles passíveis de questionamento pela autoridade de defesa da concorrência. Em temas de contratos de prestação de serviços educacionais, as cláusulas abusivas à luz do Código de Defesa do Consumidor, a imposição de reajuste mensal vinculado a índices de inflação e o repasse de preço de incremento de custos são matérias estranhas ao Direito da Concorrência.”

Nem se diga que essa análise econômica cabe exclusivamente ao CADE.

Em verdade, as instâncias administrativa, criminal e civil são relativamente independentes, podendo, por exemplo, a celebração de acordo de leniência, nos termos do art. 35, da Lei n. 8.884/94, impedir o oferecimento da denúncia-crime, mas tal decisão administrativa não apresenta o efeito de **prejudicialidade absoluta** de outras possíveis medidas ou respostas jurídicas.

A propósito, uma prática ilícita de cartel pode ser objeto do referido acordo, impedindo a promoção, quanto aos infratores beneficiários, da persecução penal. Contudo, ainda que o CADE não aplique qualquer penalidade administrativa, cumpre ao Ministério Público a promoção de termo de ajustamento de conduta ou mesmo de ação civil pública, em razão da responsabilidade civil pelos danos causados a consumidores pela prática dessa restrição horizontal do mercado, e, para tanto, impende o estudo da análise econômica, para melhor fundamentar sua pretensão e comprovação da materialidade do indigitado ilícito e seu alcance.

Com efeito, pugna-se pela imperiosa necessidade de especialização institucional em Direito da Concorrência, à guisa do ideal de Maurice Byé⁴ de uma magistratura econômica, pelo qual se propõe a institucionalização de órgãos jurisdicionais especializados na resolução dos temas suscitados pela economia.

Propõe-se a crescente cooperação institucional entre o Ministério Público e os entes públicos, nacionais ou estrangeiros, de promoção da concorrência; a harmonização e maior comunicação entre os órgãos de execução e apoio do Ministério Público, diretamente relacionados com a tutela de relações de mercado: consumidor, ordem econômica e criminalidade dita macroeconômica; tudo com vistas, respeitada a garantia da independência funcional, ao desenvolvimento e aprimoramento institucional no trato de questões próprias da política econômica de promoção da concorrência, que, sublinhe-se, não são mais complexas do que as dificuldades que se apresentam, diariamente, nas investigações e ações ministeriais de desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro, crimes fiscais, falimentares ou contra o sistema financeiro nacional.

Enfim, se o mito da complexidade ou dificuldades de matizes diversas nunca foi entrave ao caminhar do Ministério Público, não poderá ser, também, na busca de promoção e tutela da livre concorrência.

Trata-se de refletir e melhor pensar o Ministério Público, não somente dos últimos dez ou quinze anos da Lei federal n. 8.625/93 e da Constituição da República, respectivamente; mas para a presente década, na promoção e tutela desse relevante interesse público, que, sublinhe-se, ganha contornos específicos pela mutabilidade e internacionalização crescente do fenômeno econômico. Ignorar essa realidade, ou pior,

4 Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, janv.mars 1964; JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments Structurels d'une Magistrature Économique. *Revue Trimestrielle de droit commercial*, Paris, n. 3, juillet-septembre 1977.

apontá-la como utópica ou meramente acadêmica, é afastar a instituição do atual debate e contexto econômico-social.

IV- Conclusões

À guisa de síntese dessa singela apresentação, apresentam-se as seguintes proposições, para fins de discussão:

- 1) O Ministério Público brasileiro, em razão de sua atribuição constitucional de tutela dos interesses metaindividuais, tem o poder-dever de tutela da livre concorrência;
- 2) São mecanismos do Ministério Público em sua ação de tutela da concorrência: a possibilidade de representação de condutas ou acordos suspeitos dos agentes econômicos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para as medidas administrativas previstas e exclusivas na Lei n. 8.884/94; a persecução penal pública e medidas de investigação criminal e, por fim, procedimentos com vistas à prevenção e responsabilidade civil por danos, efetivos ou potenciais, aos consumidores, valendo-se, a propósito, dos termos de ajustamento de conduta;
- 3) As instâncias administrativa, penal e civil de promoção e tutela da concorrência são independentes, não se afigurando absolutamente prejudicial, à ação do Ministério Público, eventual extinção de ação punitiva da administração pública federal;
- 4) A adoção desses mecanismos de ação pelo Ministério Público imprescinde do conhecimento da teoria econômica a ser fomentado por instrumentos de cooperação técnica, nacional ou internacional; bem como pela harmonização interna dos órgãos de apoio e execução com atribuições de tutela da ordem jurídico-econômica, em sentido amplo, sensibilizando-os da imperiosa necessidade de análise de condutas dos agentes econômicos no mercado, também, à luz do Direito da Concorrência.

V - BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997.

BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.) *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

GALLOT, Jérôme. **Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition**. Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, 119, janvier-février/2001.

JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. **Éléments Structurels d'une Magistrature Économique**. Revue Trimestrielle de droit commercial, Paris, n. 3, juillet-septembre 1977

PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho: una reconstrucion teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Fourth Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. Revue trimestrielle de droit civil, Paris, janv. Mars, 1964.

ADITIVOS

- Nova redação do item 2 da conclusão

2) São mecanismos do Ministério Público em sua ação de tutela da concorrência: a possibilidade de representação de condutas ou acordos suspeitos dos agentes econômicos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para as medidas administrativas previstas e exclusivas na Lei n. 8.84/94; a persecução penal pública e

medidas de investigação criminal e, por fim, procedimentos com vistas à prevenção e responsabilidade civil por danos, efetivos ou potenciais, aos consumidores, valendo-se, a propósito, dos termos de ajustamento de conduta e da Ação Civil Pública;

- Nova redação do item 4 da conclusão

4) A adoção desses mecanismos de ação pelo Ministério Público necessita do conhecimento da teoria econômica a ser fomentado por instrumentos de cooperação técnica, nacional ou internacional; bem como pela harmonização interna dos órgãos de apoio e execução com atribuições de tutela da ordem jurídico-econômica, em sentido amplo, sensibilizando-os da imperiosa necessidade de análise de condutas dos agentes econômicos no mercado, também, à luz do Direito da Concorrência



V CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS
OURO PRETO 26 A 28 DE MARÇO DE 2003

Grupo II

Direito Público

A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO
JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – *NOVATIO LEGIS IN*
MELLIUS ? (ARTIGO 5º, XL DA CF/88) *

Thales Tácito Pontes de Luz Cerqueira
Promotor de Justiça

1. Introdução.

1.1 A Lei 9.099/95. Visão panorâmica

A Lei 9.099/95 incorporou no cenário jurídico penal e processual penal, diversos institutos, dentre os quais se destacam:

a) A Autoridade Policial responsável (Civil ou Federal) fará um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é um boletim de ocorrência um pouco mais aperfeiçoado, mais simples e célere como aquele, e enviará para o JECRIM Estadual ou JECRIM Federal. Assim, nas infrações de "menor potencial ofensivo", consideradas pela Lei 9.099/95, artigo 61 e atualmente derogado pelo artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01, haverá TCO. O que não se enquadrar neste contexto, pelo critério residual, provocará a instauração do Inquérito Policial;

b) O artigo 69, parágrafo único cuida da impossibilidade de "prisão em flagrante" se o autor do fato se comprometer a comparecer no JECRIM. Na verdade, o correto seria impossibilitar a formalização do flagrante via auto de prisão em flagrante delito e não o flagrante em si. Todavia, não se fala em abuso de autoridade, caso haja flagrante, pois não existe este crime na forma culposa, ou seja, se um policial militar, por exemplo, prende em flagrante uma pessoa por ameaça e depois a conduz para a Autoridade Judiciária, o fato desta não formalizar o flagrante, em virtude do termo de comparecimento no JECRIM pelo conduzido, não induz ao abuso de autoridade do policial que, naquele primeiro momento, prendeu aquele que estava nitidamente ameaçando outrem.

*Tese apresentada e avaliada em conjunto com a tese "A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – PARTE II – DOIS ASPECTOS POLÊMICOS: A LEGISLAÇÃO DE TÓXICOS (LEIS 6.368/76 E 10.409/02) E A "SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO VIRTUAL" " (pág. 78 - 93). **Teses aprovadas, por maioria, com supressões às conclusões.**

Além destes institutos, a citada lei introduziu os chamados "quatro institutos despenalizadores", ou seja, composição civil dos danos (artigo 74), transação penal (artigo 76), representação nos crimes de lesão corporal dolosa leve e lesão corporal culposa (artigo 88) e suspensão condicional do processo.

Outra dúvida que atormentou o cenário jurídico da Lei 9.099/95 foi:

- O que seria "**infração de menor potencial ofensivo**", já que duas Leis (9.503/97 e 9.605/98) surgiram criando outros requisitos ?

Esta questão é de fundamental importância, pois saber o conceito de "infração de menor potencial ofensivo" definirá a aplicação dos seguintes institutos: artigo 69, parágrafo único, artigo 74 e artigo 76 da Lei 9.099/95.

Apesar da Lei 9.099/95 trazer um critério especial de "menor potencial ofensivo" (artigo 61), duas leis, posteriores à edição da Lei 9.099/95, permitiram a aplicação dos institutos despenalizadores daquela, sendo que, uma, para crimes com rito especial, em que pese o mesmo critério temporal (Legislação Ambiental - Lei 9.605/98, artigo 27) e a segunda, prevendo critério temporal até maior do que inicialmente estabelecido na Lei 9.099/95 (Código de Trânsito Brasileiro - Lei 9.503/97, artigo 291 e seu parágrafo único).

Estas duas "exceções" ao critério do artigo 61 da Lei 9.099/95 de "menor potencial ofensivo", tinham entendimento dominante da Jurisprudência pelo processo e julgamento na Justiça Comum, nas Varas Criminais e não no JECRIM (Juizado Especial Criminal).

Isto porque as duas exceções não estavam previstas na Lei 9.099/95, ou seja, não se enquadravam no critério legal de "infrações de menor potencial ofensivo", de forma que a Doutrina passou a denominá-las de "**crimes de médio potencial ofensivo**".

Assim, com o advento das Leis 9.503/97 e 9.605/98 tínhamos como gênero - "infrações de menor potencial ofensivo" - , tendo como espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 9099/95, artigo 61;

b) crimes de médio potencial ofensivo, ou seja:

b.1- artigo 27 da Lei 9.605/98 (face o rito especial) e,

b.2- artigo 291, parágrafo único do CTB (face o critério temporal ser superior a um ano), ou seja, será possível aplicação dos institutos da transação penal, inclusive, para os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, cuja pena máxima é de 2 anos), de embriaguez ao volante (artigo 306, cuja pena máxima é de 3 anos), e de participação em competição não autorizada (artigo 308, cuja pena máxima é de 2 anos).

Mas a Lei 10.259/01 mudou novamente este conceito, conforme veremos.

II. A Lei 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal

2. A Lei nº 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal

2.1. Norma penal, processual penal ou mista?

A Lei 10.259 é de 12 de julho de 2001, mas publicada no DOU de 13.07.2001, tendo artigo expresso prevendo sua entrada em vigor em 6 meses, ou seja, a citada lei entrou em vigor em 13.01.2002.

Nesta, o artigo 2º da citada Lei, criou o Juizado Especial Federal Criminal, assim dispondo:

"Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativo às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Este único artigo da esfera penal, já que a Lei preocupou-se mais com a esfera cível da área federal, criou uma série de confusões, entrando em choque com o artigo 61 da Lei 9099/95.

Como visto, na Lei 9.099/95, o critério de "infração de menor potencial ofensivo" é distinto, conforme o quadro alhures analisado. Já na nova lei, aplica-se os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (artigo 74 e 76) a crimes que também tenham procedimento especial, pois a lei não fez qualquer proibição.

A questão mais complicada da Lei 10.259/01 seria a análise de sua essência, no sentido de ser eminentemente processual (caso em que se aplicaria apenas na Justiça Federal) ou mista (processual e penal, por interferir na liberdade do autor do fato, já que trata-se de aplicação de institutos despenalizadores).

Assim, se a nova lei for considerada norma mista, segue as regras do Direito Penal no tempo, ou seja, retroage se beneficiar o "réu" e, como beneficia, o artigo 61 da Lei 9099/95 estaria derogado no prazo, ou seja, o artigo 74 e 76 da Lei 9099/95 teriam como prazo, a pena máxima de 02 anos e não mais de 01 ano.

Isto porque o comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69, parágrafo único), está contido no conceito de "infração penal de menor potencial ofensivo", ou seja, é através do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos.

A pergunta agora deve novamente ser feita:

- O que é "infração de menor potencial ofensivo", com o advento da Lei 10.259/01?

Aqui começam os problemas.

Adotando a tese da norma mista, *data venia* aos demais processualistas penais, o critério mudou, face o artigo 5º, XL da CF/88 (*novatio legis in melius*).

Assim, teremos que:

a) na Justiça Comum Federal de primeira instância, no seu órgão JECRIM, o critério de "infração penal de menor potencial ofensivo" será para todos os crimes (já que a Justiça Comum Federal não tem competência para o julgamento de contravenções penais-artigo 109, IV da CF/88 c/c a Súmula 38 do STJ) a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Mas, questiona-se:

b) E para a Justiça Comum Estadual de primeira instância, no seu órgão JECRIM, qual será o critério para "infração penal de menor potencial ofensivo", que redundará na aplicação dos artigos 69, 74 e 76 da Lei 9.099/95?

Neste particular, com o amparo da norma mista no tempo, chegaremos a conclusão de que a Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, ficando o JECRIM Estadual com a seguinte competência:

- julgamento de todas as contravenções penais (daí porque o artigo 2º da Lei 10.259/01 apenas derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, já que o JECRIM Estadual ainda julgará as contravenções penais - Súmula 38 do STJ) e todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, pouco importando se no crime haja ou não procedimento especial.

Portanto, a maioria dos doutrinadores processuais penais, como Damásio Evangelista de Jesus¹, Fernando Capez, Mirabete, Luiz Flávio Gomes² e outros, entenderam, com muita propriedade, que o artigo 61 da Lei 9099/95 foi derogado pela citada Lei, sendo que de agora em diante o JECRIM ESTADUAL será competente para aplicação de institutos despenalizadores (artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95 e ainda a impossibilidade do flagrante (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95), processo e julgamento de todas as contravenções penais e crimes, com PENA MÁXIMA DE 02 ANOS ou multa, pouco importando se haja previsão ou não de procedimento especial.

Fundamentam os doutrinadores que a citada Lei dos Juizados Especiais Federais Criminais não poderia criar um prazo diferenciado para a Justiça Federal, para aplicação de composição civil dos danos e transação penal, pois isto provocaria a quebra dos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

1 JESUS, Damásio de, A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), *in* www.damasio.com.br, ago.2001

2 Gomes, Luiz Flávio, "Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais", Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002.

Como exemplos, poderíamos citar o absurdo de que, se assim não fosse, se uma pessoa desacatasse Juiz Federal, receberia transação penal no JECRIM FEDERAL, enquanto que se outra desacatasse Juiz Estadual, receberia denúncia e suspensão condicional do processo, o que quebra a proporcionalidade diante de uma mesma situação.

Da mesma forma, se os crimes contra a organização do trabalho forem praticados contra uma categoria de trabalhadores, o que provoca a competência da Justiça Comum Federal, no JECRIM FEDERAL receberão transação penal, enquanto que se o crime contra a organização do trabalho apenas voltar-se contra um trabalhador, o que provoca a competência da Justiça Comum Estadual (STJ - Conflito de Competência nº 338, DJU de 16.10.89, p.15.854), receberia denúncia, o que é mais absurdo ainda.

Igualmente em caso de crime de assédio sexual (artigo 216-A do CP), que na Justiça Federal (JECRIM FEDERAL) receberá transação penal, mas se fosse a nível estadual incidiria ação penal privada ou pública (artigo 225 do CP - Ação penal de regra é privada, podendo ser pública incondicionada ou condicionada) com suspensão condicional do processo.

Portanto, o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/2001 não se trata de norma processual penal, mas norma mista, ou seja, em que pese ter caráter processual penal (no tocante à competência da Justiça Comum Federal, por seu Juizado Especial Criminal Federal), também tem forte previsão de direito material (Direito Penal), eis que importa na liberdade do indivíduo, ao prever institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 com pena máxima de 02 anos.

Assim, considerando que a lei mista segue as regras das leis penais no tempo, ou seja, pelo artigo 5º, XL³ da CF/88 retroagem somente para beneficiar o réu, o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/2001 se aplica no JECRIM da JUSTIÇA COMUM ESTADUAL, seja para contravenções penais, seja para todos os crimes que a pena máxima seja igual ou inferior a 02 anos ou multa, pouco importando que haja procedimento especial, trazendo de volta à competência do JECRIM ESTADUAL os crimes contra a honra, de trânsito (artigo 291 da Lei nº 9.503/97) e os ambientais (Lei nº 9.605/98, artigo 27), bem como inaugurando uma série de outros que até então, não cabia sua aplicação, como:

- abuso de autoridade, porte ilegal de arma, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei 6.368/76), rixa, incêndio culposo, violação de sigilo funcional, usurpação de função pública, resistência, desacato, fuga de pessoa presa, motim de presos, crimes contra a economia popular, crimes de imprensa (artigos 16, 17, 19, 21 e 22), crimes contra criança e adolescente (ECA- artigos 228/232; 234/236; 242/244); crimes contra as relações de consumo (CDC- artigos 63 a 74); crimes contra a ordem tributária (artigo 2º); crimes nas licitações (artigos 93, 97 e 98 da Lei 8.666/93); crimes

3 Princípio da irretroatividade da lei penal no tempo, salvo se for para beneficiar o réu.

contra a propriedade industrial, cuja ação penal é privada, exceto no caso do artigo 191 (Lei 9.279/96, arts. 183 a 195); crimes relativos a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante (arts. 17 a 20 da Lei 9.434/97); crimes ambientais (Lei 9.605/98) etc.

Portanto, o artigo 20 da Lei 10.259/01, que expressamente proíbe a sua aplicação na Justiça Estadual é inconstitucional, porque fere os princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, I da CF/88), razoabilidade e proporcionalidade (artigo 5º, LIV).

O professor Luiz Flávio Gomes define com exatidão o porquê da aplicação da Lei 10.259/01 na Justiça Estadual:

"Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pela Justiça estadual e federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico" ...

"Crimes exatamente idênticos (desobediência, assédio sexual, porte de drogas para uso, porte ilegal de arma de uso permitido, etc.) não podem ter tratamento diferenciado só porque a vítima de um deles é funcionário público federal enquanto a outra é estadual, porque o crime ocorreu em terra ou dentro de um avião, etc.

Um juiz (ou qualquer outro operador jurídico) formalista dirá: a Lei nº 10.259/01 é especial e, portanto, aplica-se tão somente aos Juizados federais. Para ele, pouco importa que a infração da mesma natureza tenha dois regimes jurídicos completamente distintos.

Juiz (estudante ou um operador jurídico) desse jaez não consegue transcender o nível da literalidade normativa. Continua trabalhando (napoleonicamente) com o método meramente substantivo. Esse modelo de juiz (de estudante e de jurista) está ultrapassado e morto. Só resta ser sepultado.

O juiz (e o intérprete) tem que ter comprometimento ético e buscar na sua atividade a realização do valor da justiça. Urge que alcance o método de ponderação, do equilíbrio e da razoabilidade".

2.2. Competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 e casos anteriores a vigência da Lei

Em todos os delitos citados exemplificadamente alhures, fixou-se definitivamente a competência do JECRIM (Federal ou Estadual) para aplicação dos institutos citados (69, 74 e 76 da Lei 9.099/95) e não pela Justiça Comum, salvo se o caso for de aplicação nas Justiças Especiais como a Justiça Eleitoral, já que a competência desta é em razão da matéria, assim definida na CF/88. Portanto, crimes eleitorais que permitirem

os artigos 69, 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01, terão os benefícios, processo e julgamento na Justiça Eleitoral, face a CF/88.

A pergunta que surgirá:

Como poderá um crime de lei especial, por exemplo, artigo 16 da Lei 6.368/76 parar na competência do JECRIM? Não haveria quebra da ampla defesa, já que o rito deste é Sumaríssimo?

A competência do JECRIM é de Juízo⁴, ou seja, competência absoluta, diante da Lei de Organização Judiciária, que, se não observada, provoca a nulidade absoluta dos atos e termos realizados. Assim, com o advento da Lei 10.259/01, o JECRIM passou a ser o competente para qualquer benefício legal que importe na conhecida "infração de menor potencial ofensivo"(artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95).

Assim, mesmo que o rito seja especial, o JECRIM será o competente para tais benesses e não a Justiça Comum. Desta forma, mesmo que a transação penal, por exemplo, no artigo 16 da Lei 6.368/76 não seja aceita ou não seja caso de aplicá-la(face ausência de requisitos subjetivos), a denúncia será ajuizada no JECRIM, com o rito do artigo 81 da Lei 9.099/95(com aplicação subsidiária da Lei 6.368/76 e 10.409/02 e ainda o CPP) e somente retornará para a Justiça Comum, com o rito originário daquele crime, no caso de complexidade da causa(artigo 77, §2º da Lei 9.099/95) ou de necessidade de citação editalícia (artigos 66, parágrafo único da Lei 9.099/95), ainda que depois do edital, seja localizado o autor do fato.

Nesse sentido:

Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 77, § 2º. Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta Lei.

Concluimos, assim, que todo o crime que tiver procedimento especial, a partir de 13.01.2002(data em que entrou em vigor a Lei 10.259/01), deverá dirigir-se para o JECRIM, para aplicação de benefícios, processo ou julgamento, somente retornando para a Justiça Comum se a causa for complexa ou necessitar de citação editalícia. Nestes crimes com rito especial, aplicar-se em primeiro lugar o rito da Lei 9.099/95, artigo 81. No caso

⁴ Juízo ou Vara é uma entidade jurídica criada para delimitar a competência quanto à matéria, dentro de uma comarca, zona eleitoral, Auditoria ou Seção Judiciária. A Lei de Organização Judiciária cuidará do tema.

de omissão ou lacuna deste rito, de forma subsidiária, aplicar-se-á o rito da lei especial que regula aquele crime e ainda, o Código de Processo Penal. Ademais, não há que se falar em prejuízo para a defesa com o novo rito do artigo 81 da Lei 9.099/95, eis que o rito sumaríssimo tem defesa preliminar, interrogatório por último, dez dias para apelação etc.

Mas a pergunta que provocará a maior balbúrdia jurídica, inclusive nas Capitais brasileiras (face o imenso acúmulo de serviço) será:

- E os processos que estavam tramitando antes da entrada em vigor da Lei 10.259/01 na Justiça Comum, deverão ser remetidos para o JECRIM ou continuarão tramitando na Justiça Comum?

A resposta desta questão não é fácil e somente determinando a natureza jurídica do artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é que chegaremos a resposta correta.

Assim, surgirão três correntes:

1ª corrente - o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é norma eminentemente **processual penal** e como tal, somente se aplica para a Justiça Comum Federal, sendo irretroativa para o JECRIM Estadual, que continua com o prazo e demais regras previstas no artigo 61 da Lei 9.099/95 - *esta posição, além de minoritária pela doutrina, tende a ser afastada pelos Tribunais brasileiros;*

2ª corrente - o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é norma mista e como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, na parte penal (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95). Mas, na parte processual pena l(fixação da competência), apenas terá aplicação imediata (artigo 2º CPP) com a entrada em vigor da lei estipulada para 13.01.2002, sendo que, os TCO's ou processos em curso antes desta data, continuarão com a Justiça Comum.

Note que aqui, o intérprete estará simplesmente separando o conteúdo penal do processual penal da norma mista, agindo como se fosse legislador, quebrando o sistema constitucional do *check and balance* (artigo 2º da CF/88), que não prevê esta modalidade de separação de lei pelo Poder Judiciário.

Esta corrente ganhou, no Estado de Minas Gerais, a adesão do Poder Judiciário, que na Portaria Conjunta nº 24/2001(publicada no Diário do Judiciário, edição de 11/12/2001), por seu honroso e culto Presidente, Exmo. Dr. Des. Gudesteu Biber e nobre Corregedor-Geral de Justiça, Exmo. Des. Murilo José Pereira, nos artigos 1º e 2º, assim estabeleceram:

"Artigo 1º - Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, ajuizados perante as varas criminais comuns até o dia 12 de janeiro de 2002, não serão encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, continuando a tramitar perante aquelas varas, até decisão final" ;

"Artigo 2º - A partir de 13 de janeiro de 2002, data da vigência da Lei Federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicar-se-á, para fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais do Estado, o disposto em seu art. 2º, parágrafo único".

Nota-se, por esta portaria, que o Poder Judiciário Mineiro, por seu Presidente e Corregedor, separam a parte processual penal (artigo 1º da Portaria - efetivando a fixação de competência do JECRIM somente a partir de 13.01.02) da parte penal (artigo 2º da Portaria - dando aplicação constitucional de retroatividade de lei penal mais benéfica - artigo 5º, XL da CF/88), ou seja, interpretam a Lei 10.259/01 como lei mista, mas separam, em relação ao tempo, instituto processual penal do instituto penal.

Seguindo o mesmo norte, o enunciado Criminal nº 2, do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, dispõe:

"Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, em curso até 12/01/2002, permanecerão na Vara Criminal da Justiça Comum, onde será examinada a possibilidade de incidência dos institutos da lei nº 9.099/95 (aprovado por unanimidade)".

Ressalta-se que, em que pese a Portaria e o Enunciado alhures mencionados, estes não têm o condão de ferir a independência funcional dos juízes, garantia constitucionalmente prevista, pois a presente portaria e o enunciado não têm efeito normativo e sim, meramente informativo e institucional.

3ª corrente - o artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01 é norma mista e como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, pois é mais benéfica ao réu. E, também, deslocará a competência para o JECRIM e não mais para a Justiça Comum, pois norma mista, seguindo a regra do penal, a este também se subsume, de forma que não poderá o intérprete simplesmente utilizar a parte penal da lei (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95) e aplicá-la de forma retroativa (artigo 5º, XL da CF/88) mas, não usar a parte processual (fixação de competência do JECRIM), deixando de aplicar aos processos anteriores a Lei. Enfim, na lei mista, ou retroage tudo ou não retroage nada, a saber:

- se a norma mista for benéfica ao réu, retroage tudo (parte penal e processual penal - artigo 5º, XL da CF/88);
- se a norma mista for *in malla partem*, nada retroagirá, apenas terá aplicação da sua vigência em diante.

Filio-me a esta corrente, sob pena do aplicador da lei usurpar função legislativa, separando partes da lei onde o legislador não separou.

Aliás, esta mesma questão (se pode ou não norma mista ser separada), foi resolvida pelo STF e STJ, na discussão se a Lei 9.271/96⁵, que entrou em vigor em 17/06/96.

Na época, surgiram três correntes:

Aplicam-se, por inteiro, os institutos da nova lei (suspensão do processo e da prescrição) porque beneficiam o réu - aplicação pura e simples do artigo 2º do CPP. *Todavia, a suspensão da prescrição prejudicava o réu, razão pela qual esta corrente, data venia, foi falha, já que a CF/88 não permite que a lei retroaja para prejudicar o réu. Esta corrente entende que o artigo 366 do CPP é apenas norma processual penal e não mista. Esta corrente, quando a lei surgiu, foi dominante no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;*

Não se aplicam, por inteiro, os institutos da nova lei, mas apenas à parte que beneficia o réu (suspensão do processo - parte retroativa). Logo, não se aplica a suspensão da prescrição, sendo esta irretroativa. *Esta corrente, data venia, contrariou o princípio da igualdade de tratamento, prejudicando o autor - MP ou querelante. Além do mais, a suspensão do processo deve ser provocada, mas a suspensão da prescrição não (é ex vi legis). Por fim, se isto fosse possível, o juiz estaria legislando, já que o legislador não criou esta possibilidade. Esta corrente acerta ao interpretar o artigo 366 do CPP como norma mista, mas peca por quebrar o princípio da igualdade entre as partes no Processo Penal;*

Aplica-se a Suspensão Condicional do Processo (beneficia o réu) e a Suspensão do Prazo Prescricional (beneficia o autor), apenas após a vigência da lei já referida. *Assim, por esta corrente, a norma é mista e como tal, na parte penal prejudica o réu; logo, não pode retroagir, ainda que em parte, devendo ser aplicada somente da sua vigência em diante, pois a norma mista ou retroage tudo (parte penal ou processual penal- se for benéfica ao réu) ou não retroage nada (se for maléfica ao réu).*

A corrente que entendeu que a norma mista não poderia ser fracionada foi a que vingou. O STF (RHC nº 74.695, 2ª turma, rel. Min. Carlos Velloso, em 11.03.97, v.u), o STJ e, em Minas Gerais, a Súmula 26 TJMG pacificaram o seguinte entendimento: a Suspensão do Processo e a Suspensão do Prazo Prescricional somente se aplicam aos processos iniciados após 17/06/96. A Súmula 26 do TJMG, assim impõe:

"A suspensão do processo e da prescrição, prevista na Lei 9.271/96, só se aplica às infrações cometidas após sua vigência (17/06/96), não retroagindo, mesmo quando revel o acusado (unanimidade)".

5 A Lei 9.271/96 deu nova redação ao artigo 366 do CPP (revelia no processo penal), criando institutos processuais penais da revelia, quais sejam, produção de prova de caráter urgente e suspensão do processo, bem como, institutos penais da revelia, quais sejam, suspensão da prescrição e prisão preventiva.

Curiosamente, o Tribunal de Justiça Mineiro, na discussão da Lei 9.271/96, por unanimidade, sumulou a matéria onde lei mista retroage em sua inteireza somente se for benéfica ao réu, que neste caso não era. O Tribunal, portanto, não separou a norma mista em penal e processual penal, dando tratamento distinto, agindo corretamente.

Todavia, agora, na discussão da Lei 10.259/01, o Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor-Geral de Justiça, editaram uma Portaria Conjunta, reconhecendo que a citada lei é mista, mas separando o conteúdo penal do processual penal, ou seja, na parte penal a Lei deve retroagir por ser benéfica ao réu, mas, na parte processual penal, o JECRIM somente terá competência para processos a partir do dia 13.01.2002.

Esta contradição, certamente será resolvida pelo Plenário do E.TJMG, além do próprio STF como órgão de cúpula, sem prejuízo de eventuais conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público Mineiro que trabalham junto as Varas Criminais e junto ao JECRIM, caso em que será resolvido pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2.2.1- Aplicação da Lei 10.259/01 na Justiça Eleitoral

Sobre a aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Eleitoral, é de se observar que o artigo 76 da citada lei, que cuida da transação penal, não se lhe aplicava, até o advento da Lei nº 10.259/2001, por serem as leis eleitorais, leis extravagantes que não tinham previsão expressa para a transação penal, como possui o artigo 27 da Lei 9.605/98 (Lei Ambiental) e o artigo 291 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Todavia, com o advento da Lei 10.259/01, que mudou o critério, não mais exigindo ritos especiais, é possível a aplicação dos institutos dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei 9.099/95, desde que sejam operacionalizados na própria Justiça Eleitoral e não no JECRIM, pois a competência da Justiça Eleitoral é fixada pela CF/88 em razão da matéria.

Da mesma sorte, aplicar-se-á, de agora em diante, o artigo 69 da Lei nº 9.099/95, ou seja, como o critério de "infração de menor potencial ofensivo" mudou, em face da Lei 10.259/2001, aplicando-se assim, na Justiça Eleitoral os institutos dos artigos 74 e 76 da Lei nº 9.099/95, não poderá haver prisão em flagrante se o infrator eleitoral se comprometer a receber transação penal na Justiça Eleitoral. Portanto, não será preciso sequer levar o autor do fato ao Juiz Eleitoral.

Noutro giro, os crimes de lesão corporal leve e culposa, conexos com um crime eleitoral, são julgados pela Justiça Eleitoral (art. 78, IV do CPP) e para os quais se aplica o artigo 88 da Lei 9.099/95 (exigência de representação).

Já para *suspensão condicional do Processo* (art. 89), presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos, e ainda, no que couber, se aplica na Justiça Eleitoral, como antes já vinha se aplicando, mas ainda com o mesmo prazo (pena mínima de até 1 ano, pois a Lei nº 10.259 nada mudou neste sentido).

Havendo suspensão condicional do Processo, o Promotor Eleitoral deve ficar atento a eventual dano causado à sociedade ou ao pleito eleitoral, devendo a reparação dos danos ser condição precípua, para que o Estado não suporte um ônus que não deu causa, salvo provada documentalmente a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de crime de falsidade ideológica.

2.3. Aplicação da Lei 10.259/01 para infrações penais com rito especial

Com a Lei 10.259/01, os crimes que possuam rito especial, também estarão sujeitos aos benefícios dos artigos 69, 74 e 76 da Lei 9.099/95

Esta nova aplicação se extraia do artigo 61 da Lei 9.099/95, que proibia expressamente a aplicação da transação penal para os crimes previstos em leis especiais, somente permitindo-a para as contravenções.

Nesse sentido:

Art. 61 da Lei 9.099/95:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Art. 69. *A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.*

Parágrafo único. *Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.*

Após recente lei (2002), o artigo 69, parágrafo único ainda deu a possibilidade do juiz usar, no processo penal, de uma espécie de "separação de corpos" em caso de violência doméstica.

Concluía-se, portanto, que o flagrante era possível nos crimes que tivessem procedimento especial, ou seja, não se aplicava o artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95 para crimes com procedimento especial, porque o artigo 61 da Lei 9.099/95 não considerava infração de menor potencial ofensivo os crimes em que a *lei especial* previsse procedimento especial, possibilitando assim, o flagrante nos crimes eleitorais, no artigo 16 da Lei 6.368/76 etc, justamente por não serem passíveis de transação penal. No caso, poder-se-ia conceder Liberdade Provisória com ou sem fiança, mas a prisão em flagrante era possível e não cabia transação penal.

Mas tudo isto mudou, em face da Lei 10.259/2001, que regulamentou o Juizado Especial Federal Criminal e derogou o artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

Portanto, a vingar a tese de que a Lei 10.259/01 é norma mista, ou seja tem também conteúdo penal, não poderá haver qualquer espécie de interpretação restritiva da nova lei, visando proibir a sua plena aplicação para crimes que tenham procedimento especial, pois do contrário estar-se-ia violando norma constitucional (artigo 5º, XL da CF/88).

Neste particular, *data venia*, o enunciado Criminal nº 1, do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, é visivelmente inconstitucional, contrariando o artigo 5º, XL da CF/88, pois o mesmo interpreta *contra o réu*, norma que a Lei 10.259/01 não proibiu. Ora, o que não está proibido juridicamente, ainda mais em Direito Penal, está permitido.

Diz o enunciado:

"As infrações consumadas a partir da vigência da Lei nº 10.259/01(13.01.02), com pena máxima não superior a dois anos e multa, não sujeitas a procedimento especial, estarão afetas aos Juizados Especiais (aprovado por unanimidade)".

Nota-se, portanto, o visível caráter inconstitucional do enunciado.

2.3.1 - Os crimes de trânsito

Os crimes de trânsito, por força do artigo 291 e seu parágrafo único da Lei 9.503/97, tinha aplicação dos artigos 74, 76 e 88 da Lei 9.099/95, nos moldes do artigo 61 e com mais uma peculiaridade: os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, com pena máxima de 2 anos), embriaguez ao volante (artigo 306 - com pena máxima de 3 anos) e participação em competição automobilística não autorizada (artigo 308, com pena máxima de 2 anos), permitia também as benesses alhures, mesmo o prazo da pena máxima não sendo de 1 ano, como exigia o artigo 61 da Lei 9.099/95.

Daí porque estas três exceções se processavam na Justiça Comum e eram chamadas de "infrações de **médio** potencial ofensivo".

Com a Lei 10.259/01, os crimes dos artigos 303 e 308 do CTB, que eram exceções, passaram a ser regra, pois aceita-se o novo conceito para infrações penais de pena máxima de até 2 anos.

Mas como ficará o crime de embriaguez ao volante, cuja pena máxima é de 3 anos?

Terá aplicação das benesses da Lei 9.099/95, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.503/97.

Assim, podemos dizer, hoje, que o conceito de "infração de menor potencial ofensivo" passou ser gênero, do qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de **embriaguez ao volante** (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2.3.2 - Os crimes de abuso de autoridade e porte ilegal de arma

Com o advento da Lei 10.259/01, muitos Promotores e Juízes se indignaram com a aplicação de transação penal ou mesmo o rito do JECRIM para o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma, não no sentido de terem estes ritos especiais ou porque a pena é inferior a dois anos, mas pela objetividade jurídica que os mesmos regulam, já que a vida, integridade física e saúde das pessoas é norma constitucional que não permite aplicação de institutos do Direito Penal Mínimo.

Para estes adeptos, como a Lei 10.259/01 tem retroatividade imediata, por ser norma mista, resta-lhes apenas o caminho do controle difuso de constitucionalidade, visando a não aplicação da Lei 10.259/01, usando os argumentos constitucionais ligados a objetividade jurídicas destes.

Em que pese o forte argumento da não incidência da Lei 10.259/01 nestes crimes, ainda assim entendo que a Lei 10.259/01 deve retroagir, face o artigo 5º, XL da CF/88, deslocando sua competência para o JECRIM e aplicando os institutos da Lei 9.099/95 (artigo 69, parágrafo único, 74 e 76).

Isto porque o crime de abuso de autoridade, via regra, não vem isolado, e sim em concurso de crime com outro, o que, somando-se as penas máximas, não induz a aplicação da Lei 9.099/95, face a complexidade da causa, ficando desde já na Justiça Comum (artigo 77, §2º da Lei 9.099/95).

Todavia, quando o mesmo permitir a aplicação das benesses da Lei 9.099/95, o JECRIM tem perfeitas condições de aplicar os benefícios legais ao autor do fato, pois devemos separar o joio do trigo e tentar recuperar o autor do fato, por exemplo, com palestras ligadas a cursos de direitos humanos etc.

Neste sentido, tenho sustentado a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95, que proíbe a aplicação das benesses da citada lei para a Justiça Militar. Todavia, o entendimento majoritário é que não cabe aplicação da Lei 9.099/95 para crimes militares.

Outra parte da doutrina apenas entende aplicável dois dos quatro institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95:

1 os crimes de lesão corporal leve e culposa passaram a ser crime de Ação Penal Pública Condicionada à representação;

2) suspensão condicional do Processo (artigo 89).

Todavia, sou adepto no sentido de que se aplicam a Justiça Militar os 4 institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, sendo que dois (74 e 76) são com reservas, ou seja:

- aplicam-se os artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95, dois institutos despenalizadores de grande relevância;

- a **transação penal** (artigo 76) somente pode ser aplicada nas contravenções e nos crimes com pena máxima de dois anos ou multa, seja com ou sem procedimento especial (Lei 10.259/01);

- Já o instituto da **composição civil dos danos** (artigo 74 da Lei nº 9.099/95), segue os mesmos critérios de aplicação do artigo 76(transação penal) citado acima.

Assim, a Lei 9.839/99, que inseriu o artigo 90-A da Lei 9.099/95, é inconstitucional.

Como muito bem destaca o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes, em sua monografia jurídica de final de Curso de Graduação em Direito (Faculdade de Direito do Oeste de Minas, dezembro de 2001), "*a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99*", a teleologia da Lei nº 9.839/99 foi exatamente vedar os institutos da Lei nº 9.099/95 por serem incompatíveis com os princípios que regem o Direito Penal Militar, entre eles, a "hierarquia e disciplina", cuja tutela é prioritária para o Direito Castrense.

Assim, prossegue o monografista, "*por interferência direta, à época, dos Ministros Militares - Marinha, Exército, Aeronáutica e Chefe do Estado Maior das Forças Armadas- foi submetido à consideração do Sr. Presidente da República a Exposição de Motivos Interministerial nº 6, de 30 de janeiro de 1998*", esta que deu origem a Lei nº 9.839/99.

Neste contexto histórico, destacam-se os seguintes dizeres dos Ministros:

"Não é difícil imaginar o caos que se instalaria nos quartéis e os irreparáveis danos para a disciplina e a operacionalidade das Forças Armadas, com a aplicação dos institutos inovadores trazidos pela Lei 9099 de 1995, como a necessidade de representação do ofendido, nos crimes de lesões corporais, bem assim a suspensão do processo até quatro anos, como direito subjetivo do acusado";

"Diante da certeza da suspensão do processo quantos subordinados hesitariam em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar)? E o que dizer da violência do superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo código)..." - (frases retiradas da monografia do Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes).

Pois bem, fácil para um aplicador do Direito dizer que uma norma é inconstitucional. Difícil é explicá-la.

Pois bem, por que a Lei nº 9.839/99 é inconstitucional?

Simplemente porque cometeu um erro grave, que já era previsto desde os primórdios da civilização, como explica a Bíblia: não separou o joio do trigo (Mateus, 13-24) !!!

O militar deve ser considerado numa sociedade moderna como pessoa mais preparada que um civil, tendo portanto, códigos mais rígidos, já que diuturnamente lida com vidas, patrimônios, liberdade e integridade física de outrem.

Daí porque se praticar um estupro, deveria ser apenado com a pena do crime hediondo e não sem este rigorismo, pois seria um *contra-sensu* para o civil responder assim e o militar, cuja disciplina e hierarquia são inerentes, não sofrer os rigores da hediondez do crime. Aqui nota-se que a Lei dos Crimes Hediondos errou, onde deveria dar mais rigor.

Assim, no âmbito penal, devemos considerar o princípio da alteridade, de Claus Roxin, onde o Direito Penal deve se preocupar com atitudes que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma séria, e não condutas meramente pecaminosas, do ponto de vista subjetivo ou de **pequena** repercussão na Objetividade Jurídica.

A Lei nº 9.099/95, ao elevar determinadas infrações a categorias de "menor potencial ofensivo", com posterior ampliação deste conceito pelo artigo 2º da Lei 10.259/01, após previsão Constitucional de penas de prestação social alternativa (artigo 5º, XLVI, "d"), não disse o Constituinte de 1988 que "são infrações de menor potencial ofensivo àquelas previstas em lei, exceto para militares", pois isto seria, em lei ordinária, quebra do princípio da isonomia, sem elemento diferenciador previsto por Aristóteles, qual seja, "tratar desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade".

Ora, se houvesse tratamento diferenciado entre civil e militar no tocante a benefícios em **INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**, deveria o sê-lo para o militar, já que corre atrás de bandidos, troca tiros, recebe baixos salários, tem problemas emocionais causados pelo serviço e atendem ao público de forma contínua, vendo os dramas dos seres humanos.

Portanto, *data venia*, não aplicar os institutos despenalizadores aos militares que cometem "infrações de menor potencial ofensivo" é sem dúvida, tratar desigual os iguais (civil e militar, NESTE PARTICULAR), fomentando a discórdia e desprotegendo os bons militares que passam por momentos difíceis em sua carreira.

Ora, militares bons que erram são exemplos de seres humanos e não de monstros ou criminosos perversos ou nocivos ao meio social, já que a infração é, repito, de "menor potencial ofensivo", bem como o que se garante é a representação da vítima na lesão corporal dolosa leve ou culposa, ou ainda, suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima de 01 ano ou menos, bem como transação penal e composição civil dos danos com os critérios da Lei 10.259/01, igualando, assim, com os civis.

Portanto, os notáveis Ministros citados, preocupados com a disciplina e hierarquia, generalizaram situações distintas, quais sejam, crimes graves, cuja repressão

aos militares deve ser mais rígida, sem sombra de dúvidas, com "infrações de menor potencial ofensivo", cuja repressão aos militares não se justifica ser mais rígida da que um civil, já que não há nada que os distinga neste aspecto, ou seja, tanto o civil como o militar, sendo bons mas com deslize na seara penal, devem ser beneficiados com os institutos da Lei nº 9.099/95, já que é preciso atender não somente os requisitos objetivos já vistos, MAS TAMBÉM OS REQUISITOS SUBJETIVOS.

Neste sentido, a preocupação dos Ministros em um "subordinado hesitar em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar) e o superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo código), sabedores que receberiam benefícios da Lei nº 9.099/95", passa a ser um sofisma, já que para receber tais benefícios precisariam provar que atenderam os requisitos SUBJETIVOS, que, nas hipóteses levantadas, não estariam presentes, já que o Direito não privilegia situações de torpeza ("ninguém pode receber benefícios alegando a própria torpeza").

O Direito Penal moderno exige que "se separe o joio do trigo", pois é muito mais fácil recuperar um militar que recebe os benefícios da Lei nº 9.099/95, em situações demonstradas neste parecer, do que simplesmente generalizar os casos, sob falsas premissas (sofisma), com o fim único de usar o Direito Penal como instrumento meramente repressor, vingativo, punitivo, sem preocupar-se que a pena também deveria ter seu aspecto de prevenção geral (reinsserir o apenado à sociedade).

Quando um pai pune o filho com tapas e socos, sem explicar-lhe o erro e dar chance de recuperação e retomada da consciência, está criando na sociedade um criminoso, do ponto de vista psicológico.

Todavia, quando o pai conserta o homem que existe em seu filho, ensinando que errou, mas dando chances de entender seu ato e recuperá-lo, está criando um CIDADÃO, que saberá igualmente educar seu filho e assim sucessivamente.

Ao permitir, em hipóteses muito bem fundamentadas pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário da Justiça Militar, os benefícios da Lei nº 9.099/95 ao militar, estar-se-á dando, exatamente o que os citados Ministros desejam: DISCIPLINA E HIERAQUIA na Justiça Militar, pois os militares bons que cometem infrações de menor potencial ofensivo, após estas benesses, voltarão conscientes do que praticaram e terão oportunidade de melhor servir a comunidade, o Estado que são lotados, e via de conseqüência, o PAÍS E A PÁTRIA !!!

No entanto, se generalizarmos os militares que cometem infrações de menor potencial ofensivo, daqueles que praticam crimes graves, estaremos punindo os bons, que certamente, ao verem estas incompatibilidades, chegarão a falsa ilusão de que nada adiantou servir a Pátria, pois esta lho deu as costas, quando eles mais precisavam dela.

Ninguém está defendendo os militares que cometem crimes graves, já que estes não merecem nenhum benefício legal, pois representam "o joio" (Mateus, 13-24).

O que se defende é outra categoria de militares ("o trigo" - Mateus 13/24), justamente aqueles que por descuido ou por contingência da vida, num momento de

extrema infelicidade, cometem infrações de menor potencial ofensivo, não sendo perigosos e tampouco nocivos ao meio social e militar, já que, inclusive, paralelamente aos benefícios dos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95, sofrerão reprimendas administrativas, quiçá mais graves que a própria pena abstrata do delito, já que entregar uma farda e armas a Instituição é entregar um ideal de amor e sentimento de respeito a Pátria.

Pois bem, é justamente esses militares que merecem tais benefícios, que não serão analisados apenas no âmbito objetivo, mas também subjetivo e, repito, somente em infrações de menor potencial ofensivo.

O requisito subjetivo para os militares, na maioria das vezes, deve ser extraído das Notas de Prêmios e Castigos(ficha funcional), devendo sempre prevalecer a segurança coletiva propiciada e os benefícios que o mesmo trouxe a comunidade e à nação brasileira com seus atos operacionais, conforme sabiamente ensina o filme que retrata a história de militares norte-americanos- *"REGRAS DO JOGO"* (*"Rules of Engagement, 2000, Paramount Pictures, com Tommy Lee Jones, Samuel L.Jackson, Guy Pierce Bem Kingsley e Anne Archer*)⁶.

Conforme caminhou muito bem em sua monografia já mencionada, o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes coloca uma situação ainda mais injusta: imaginem que numa grande operação conjunta entre Polícia Civil (como Polícia Judiciária) e Polícia Militar, um militar e um policial civil, agindo em co-autoria, previamente ajustados, cometem um desatino, dando causa a uma infração de menor potencial ofensivo.

O policial militar simplesmente verá o policial civil se beneficiar dos institutos da Lei nº 9.099/95(transação penal no JECRIM, face a Lei 10.259/01), enquanto que ele, pelo mesmo ato de co-autoria, sofrerá uma reprimenda dura na esfera penal, sem prejuízo da seara administrativa.

Houve dois pesos e duas medidas neste caso? Isto é Justiça? Qual elemento diferenciador que justifica punir neste caso o militar mais severamente que o policial civil, se houve co-autoria delitiva?

Assim, a missão do Ministério Público junto as Auditorias Militares e ao próprio órgão do Poder Judiciário atuando nas Auditorias Militares é uma missão extremamente difícil, pois terá que separar o joio do trigo, em benefício da própria nação, argüindo,

6 **REGRAS DO JOGO:** O filme inicia em 1968, quando o Coronel Childers(Samuel L. Jackson) e o Coronel Hodges(Tommy Lee Jones) lutam nos campos do Vietnã. Separado do grupo de Childers, o grupo de Hodges sofre uma emboscada. Seriamente ferido e com todos os seus homens mortos, Hodges é salvo por Childers. Quase trinta anos mais tarde, o Cel. Childers é chamado para liderar o grupo de fuzileiros designado a proteger o embaixador americano de uma violenta manifestação de árabes no Iêmen. Depois de salvar o embaixador, mas perder fuzileiros no confronto, Childers manda atirar na multidão, matando 83 pessoas entre mulheres, velhos e crianças, deflagrando uma crise internacional.

Os E.U.A decidem levar o condecorado Cel. Childers à Corte Marcial.

O Cel. Childers, então, chama o Cel. Hodges, que tornou-se advogado, para defendê-lo. As regras do jogo darão seu destino.

Portanto, neste filme, há uma missão de resgate. Um grupo de fuzileiros entre a vida e a morte. **E, um código a seguir !!!**

incidenter tantum, ou seja, na parte fundamentadora da sentença, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99 (controle difuso de constitucionalidade), para na parte dispositiva da sentença, no mérito, aplicar aos bons militares que cometerão infrações de pequeno potencial ofensivo, os benefícios da Lei nº 9.099/95 (com o conceito da Lei 10.259/01), da mesma forma que aplicariam para um civil, não havendo, portanto, quebra dos princípios da igualdade, do *favor rei* e do *jus libertatis*, da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, entendo, *data venia*, que os crimes militares cabe aplicação da Lei 10.259/01, porém, na Justiça Castrense, sendo inconstitucional o artigo 90-A da Lei 9.099/95, por quebrar o princípio da igualdade (artigo 5º, I da CF/88), proporcionalidade e razoabilidade (artigo 5º, LIV da CF/88)

Some-se a isto que o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma de fogo permitida, em que pese suas objetividades jurídicas, são da competência do JECRIM e sujeitam-se ao conceito de infrações de menor potencial ofensivo, até porque, no caso do crime de abuso de autoridade, por força do artigo 6º, §4º da Lei 4.898/65, a pena de perda do cargo nem sempre é aplicável, aliás, dificilmente se chega a mesma, face a aplicação das penas alternativas dos artigos 44 e 77 do Código Penal e muitas vezes, face a prescrição deste crime em 2 anos (artigo 109 do CP).

2.3.3 - Os crimes de competência de foro pela prerrogativa de função

Os crimes cujas competências são pelo foro pela prerrogativa de função, inclusive cujo rito especial está estipulado na Lei 8.038/90, também terão possibilidade de aplicação dos institutos da Lei 9.099/95, em face do novo conceito trazido pela Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único.

2.3.4- A Lei 10.259/01 e a legislação de entorpecentes

Conforme já relatado, o artigo 16 da Lei 6368/76 também permitirá a aplicação da transação penal da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 não proibir sua aplicação para rito especial. Todavia, deve no JECRIM ser oferecido para o autor do fato, proposta de internação em clínica, às expensas do infrator, para tratamento psicotrópico, como forma de reinserção social da pessoa viciada.

Como na Justiça brasileira existem milhões de crimes do artigo 16 da Lei 6.368/76, o ideal é designar Audiência Preliminar em conjunto, nos salões do Tribunal do Júri ou acomodações maiores, para que o JECRIM não delongue no procedimento ou na benesse, nem fique impraticável com o imenso volume de serviço.

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de "infração penal de menor potencial ofensivo", ou seja, é

através do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos. Assim, os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não tem qualquer ligação com o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", ou seja, tem características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei 9.099/95. Daí porque são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei 9.099/95).

O TAMG e o TJMG (este, em conflitos de competência), no entanto, têm negado aplicação da Lei 10.259/01 (transação penal) ao delito do artigo 16 da Lei 6.368/76, sob o argumento de que este passou a ser regulado em lei posterior (Lei 10.409/02), que prevê procedimentos incompatíveis com os princípios informadores do JECRIM (celeridade, informalidade etc)⁷.

Referido Areópago, *data vênia*, tem andado na contra-mão jurídica, pois a Lei 10.259/01 foi a única lei que possibilitou a "transação ambulatorial ou Justiça terapêutica" para usuários de drogas, ao invés de puni-los com pena privativa de liberdade ou artigo 44 do CP. A Lei 10.409/02, na parte criminal que foi inteiramente vetada pelo Presidente da República, previa tratamento ao usuário. Mas foi vetada. Assim, a Lei 10.259/01 foi a salvação das vítimas dos algozes traficantes.

Ora, o argumento de que o rito da Lei 10.409/02 é incompatível com o JECRIM é sofisma, uma, porque há grandes dúvidas se aplica a Lei 10.409/02, já que o Capítulo III da mesma impunha a parte processual apenas aos crimes daquela lei, sendo que os crimes foram todos vetados; duas, porque, ainda que se aplique a parte processual da Lei 10.409/02, Capítulo IV, isto não a torna incompatível com o JECRIM, que num primeiro momento pode realizar transação penal com o usuário e, caso este não aceite ou não faça jus ao benefício, o JECRIM, diante da complexidade da causa (artigo 77 da Lei 9.099/95), remeterá os autos a Justiça Comum para denúncia com rito da Lei 10.409/02. Note que não haveria nenhuma incompatibilidade e mais, o usuário seria tratado com dignidade, com uma Justiça terapêutica ao invés de uma Justiça retributiva tão somente, que apenas faz dissimular ainda mais o vício, por ser ineficaz e sem supervisão.

2.4 - Concurso de infrações e transação penal

Pode ocorrer que, uma vez delimitado, de regra, a competência do JECRIM para infrações de menor potencial ofensivo (exceto para crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral e exceto o crime de embriaguez ao volante, cuja competência é da Justiça Comum), haja duas ou mais infrações, cuja pena máxima, somadas, ultrapassam dois anos.

Ex: porte ilegal de arma e uso de substância entorpecente.

7 Processos 000.271.397-2/00; 000.271709-8/00; 000.271289-0/00; 000.273000-0/00; 000273239-4/00; 000281039-8/00; 000282652-7/00; 000282654-3/00; 000282659-2/00

Neste caso, como deverá agir o JECRIM?

Poderá haver três alternativas:

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECRIM (artigo 81 da Lei 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou,

b) aplicação do artigo 77, §2º da Lei 9.099/95, ou seja, devolver os autos para Justiça Comum, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) O JECRIM será competente para ambas, sendo que uma delas caberá transação penal, enquanto que para a outra haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro.

2.5 - Transação penal Vs. Suspensão Condicional do Processo

Com o advento da Lei 10.259/01, surgirá um problema técnico:

Os processos que estavam em curso antes do advento da Lei 10.259/01 e que tinham como benefício o artigo 89 da Lei 9.099/95, por exemplo, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei 6.368/76), como ficarão, já que a nova lei trouxe possibilidade de transação penal para pena máxima de 2 anos, que é muito mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo?

Realmente, a transação penal é mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo, pois na primeira não existe denúncia (exceção ao princípio da legalidade da ação penal pública) e tampouco há necessidade de condições legais e judiciais de cumprimento, como comparecimento mensal em juízo, de 2 a 4 anos, para justificar suas atividades.

Neste caso, será que deverá o magistrado, com o pedido feito ou mesmo de ofício trancar o Processo Penal que estava suspenso via suspensão condicional do processo e abrir prazo para o Ministério Público oferecer transação penal?

Haverá duas correntes:

1ª corrente - os processos em curso não se sujeitarão a transação penal, pois trata-se de lei meramente processual, logo, com aplicação imediata, sem retroatividade (artigo 2º do CPP), isto é, aplicando-se apenas para os casos a partir de 13.01.2002. Ademais, como o recebimento do artigo 89 da Lei 9.099/95 não impede que o mesmo autor do fato receba o artigo 76 da Lei 9.099/95, por serem institutos autônomos, não haveria qualquer prejuízo;

2ª corrente - sendo norma mista, com retroatividade benéfica (artigo 5º, XL da CF/88), o magistrado, jamais de ofício, para evitar, via oblíqua, que invada a titularidade da ação penal pública, deverá abrir vista para o Ministério Público para que este concorde ou não com o trancamento do Processo para aplicação da transação penal. Se o Ministério Público discordar, sem justo motivo, o magistrado deverá aplicar, por analogia, o artigo 28

do CPP. Se o *parquet* concordar, o Processo Penal que estava suspenso via suspensão condicional do processo (art.89) será trancado, por falta de condição de ação (falta de possibilidade jurídica do pedido superveniente), remetido os autos para o JECRIM, a fim de que o Ministério Público ofereça a proposta de transação penal (artigo 76). O magistrado, porém, deverá comunicar a Secretaria do Juízo para que atualize a certidão cartorária criminal, constando o trancamento do processo por falta de condição de ação superveniente e conseqüente aplicação de transação penal.

Particularmente entendo que, antes de trancar o processo penal e perder a denúncia e o recebimento da denúncia (que interrompe a prescrição), o magistrado deverá notificar o advogado e o autor do fato a fim de aceitarem ou não a transação e somente após cumprida é que efetivamente se trancaria o Processo-Crime, sob pena de uso anormal do direito (abuso do direito ou ato emulativo). Isto porque a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro!

A defesa, caso não consiga este trancamento do Processo Crime, deverá impetrar *Habeas Corpus*, com base no artigo 5º, XL da CF/88 c/c artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01.

2.6 - A Lei 10.259/01 alterou, por analogia, o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95 para 2 anos também (como fez com o instituto da transação penal)?

Cumpra inicialmente ressaltar que a doutrina chama de forma equivocada a suspensão condicional do Processo como sendo "sursis processual"⁸.

Voltando a questão proposta, a resposta deveria ser negativa, ou seja, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não deveria ter sido alterado pela nova lei, permanecendo o mesmo critério de **pena mínima** de 01 ano, para qualquer procedimento.

Esta conclusão se chegaria porque os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não tem qualquer ligação com o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", ou seja, tem características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei 9.099/95.

Daí porque são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129(no caso do artigo 88 da Lei 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei 9.099/95).

Por conseguinte, em que pese o prazo da transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 c/c o conceito da Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único) ser de 2 anos (para

⁸ Imperioso observar que a suspensão condicional do Processo não se confunde com *sursis*(suspensão da pena). No primeiro caso, trata-se de instituto despenalizador da Lei nº 9.099/95 onde não há condenação(alternativa à pena); já no *sursis* há condenação(pena alternativa). Por esta razão, não é técnico usar a expressão "sursis processual", para designar o instituto do artigo 89 da Lei 9.099/95.

pena máxima) e o da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95) ser de 1 ano (para pena mínima), o que aparenta uma contradição, o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95 não deveria ter sido alterado pela Lei 10.259/01.

Ocorre que em brilhante Acórdão, o Ministro Félix Fischer do STJ, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.033, MS, a 5ª Turma do STJ entendeu que *"a Lei 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena máxima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei 9.099/95 foi derogada, sendo limite de um ano alterado para dois"*. A decisão do STJ também alcançou o artigo 89 da Lei 9.099/95, que disciplina a Suspensão Condicional do Processo, elevando para dois anos o limite mínimo restritivo. Assim, caberá, por esta interpretação a Suspensão Condicional do Processo nos casos de infrações penais com pena mínimo cominada igual ou inferior a dois anos.

O citado Acórdão, publicado no DJU de 09/09/2002, página 234, também recomendou a modificação da Súmula 243, que regula a matéria no concurso de crime.

Inicialmente, cumpre esclarecer que "crimes de menor potencial ofensivo" (artigo 61 da Lei 9.099/95) era critério para aplicação de dois Institutos despenalizadores apenas: Composição Civil dos danos (artigo 74 da Lei 9.099/95) e transação penal (artigo 76 da Citada Lei).

Por esta conceituação legal, o artigo 89 da Lei dos Juizados na verdade sempre foi um Instituto autônomo que deveria estar no CPP, por ser esta Lei genérica e não específica, na medida em que a Suspensão do Processo aplica-se a todo e qualquer tipo de crime e procedimento, diferente da transação penal vista alhures. A razão desta lógica se evidencia na reforma do CPP, que prevê a Suspensão Condicional do Processo em seu próprio corpo.

Por esta razão, sempre discordei que a Lei 10.259/2001 se aplicava também para a Suspensão Condicional do Processo. Para este Agente Ministerial a Lei 10.259/2001 artigo 2º, parágrafo único, que criou o JECRIM Federal, apenas mudou o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", que volto a repetir, nada tem a ver com o artigo 89 da Lei 9.099/95, conforme é a posição do Professor Damásio Evangelista de Jesus, no site www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, seguido por Ada Pellegrini.

Portanto, a Lei 10.259/2001 somente se aplica aos conceitos de Transação Penal e Composição Civil dos danos, além de proibir o flagrante em crime com pena igual ou inferior a dois anos, se o agente se compromete a assinar o Termo de Comparecimento perante o JECRIM (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95 com a interpretação da Lei 10.259/2001, artigo 2º, parágrafo único).

Todavia, para surpresa deste autor e Promotor de Justiça, depois de convicção já formada e por isso, com certo desestímulo em ler os argumentos do Ministro Félix Fischer, fui surpreendido por seus argumentos.

Assim, haveria contradição se não adotássemos esta nova posição pelo seguinte motivo:

Imagine o réu presente na sala de Audiências do Fórum, que responde a um processo do artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso) cuja pena é de dois a seis anos de reclusão. Teria direito a Transação Penal? A resposta é negativa, pois mesmo com a Lei 10.259/2001 não haveria como aplicar-lhe a Transação penal porque a pena máxima do crime é superior a dois anos. Teria direito a Suspensão Condicional do Processo? Adotando a lógica alhures também não, porque a pena mínima do crime era superior a um ano, sendo que impossível aplicação.

Agora notemos o absurdo: O réu primário e de bons antecedentes, confessa o crime, tudo levando a crer que o Juiz, ao fixar a pena concreta, a dosaria no mínimo legal, ou seja, em dois anos de reclusão, o que caberia, se esta pena fosse abstrata, a Transação Penal. Ora, se coubesse a Transação Penal pela pena concretamente aplicada e não pela abstratamente aplicada ao crime, como deseja o legislador, porque não lhe aplicar a Suspensão Condicional do Processo, por política criminal, evitando assim, que o mesmo seja condenado e futuramente seja reincidente? Não é assim que fazemos com a prescrição virtual? Portanto, teremos, numa analogia *in bona partem* o benefício da "Suspensão Condicional do Processo virtual".

Diante dos argumentos do Ministro Felix Fisher e ainda, a tese da "Suspensão Condicional do Processo virtual" e que na verdade vem privilegiar pessoas como um réu confesso, primário, bem como atender a teleologia da própria Lei dos Juizados, ou seja, separar o joio do trigo (separar os crimes de menor potencial ofensivo, dando medidas despenalizadoras, dos crimes de médio e grave potencial ofensivo, que merece maior repressão penal), mudei minha posição e tenho entendimento de que caberá a suspensão condicional do processo para pena mínima igual ou inferior a dois anos, com base na Lei 10.259 e na projeção virtual da pena concretamente aplicada.

3. Conclusões

Por todo o exposto, usando da proporcionalidade e razoabilidade constitucional, podemos concluir que:

1º) O novo conceito de "**infrações de menor potencial ofensivo**" é gênero, da qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de **embriaguez ao volante** (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses,

processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2º) A Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, conceituando como "infração de menor potencial ofensivo":

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial

3º) A Lei 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da Lei Penal no Tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante a parte de processo penal - fixação de competência do JECRIM), consoante artigo 5º, XL da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECRIM), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da lei (casos anteriores a 13/01/2002). As exceções feitas à competência do JECRIM são as seguintes:

- a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral diante da competência constitucional em razão da matéria;
- b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;
- c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei 9.503/97) (considerada "infração penal de médio potencial ofensivo"), cuja competência é da Justiça Comum.

5º) A Lei 10.259/01 se aplica para todas infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto, os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc), inclusive para àquelas anteriores a entrada em vigência da Lei(antes de 13.01.2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisado os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo-Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

6º) No caso de concurso de infrações penais da competência do JECRIM, da Justiça Comum (artigo 306 do CTB), da Justiça Eleitoral (crimes eleitorais) ou da Justiça Militar (crimes militares, considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), haverá três correntes no tocante a possibilidade ou não de aplicação de transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 com a nova redação da Lei 10,259/01, artigo 2º, parágrafo único):

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECRIM (artigo 81 da Lei 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou,

b) aplicação do artigo 77, §2º da Lei 9.099/95, ou seja, devolver os autos para Justiça Comum, que será a competente para processo e julgamento, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) o JECRIM será competente para ambas, sendo que uma delas caberá transação penal, enquanto que para a outra haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro.

7º) A Lei 10.259/01 alterou o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95, que passa ser aplicável para todas as infrações penais, com ou sem procedimento especial, desde que com previsão de pena mínima de 2 anos, inclusive, considerando a projeção virtual da pena que seria concretamente aplicada ao caso em tela, sem que com isso, se quebre a imparcialidade, já que esta projeção é apenas virtual, sem conteúdo meritório.

IV. BIBLIOGRAFIA

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, SP, Saraiva, 2000.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. Revista dos Tribunais;
- GOMES, Luiz Flávio, "*Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais*", Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, SP, Saraiva;
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, RJ, Aide;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, RJ, Forense Universitária;
- Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, SP, Saraiva, 1982;
- As nulidades no processo penal*, SP, Malheiros, 1994
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Saraiva;
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Forense;
- JESUS, Damásio Evangelista de, A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), in www.damasio.com.br, ago.2001
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*, SP, Saraiva, 1998;
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*, SP, RT;
- MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Edição histórica e tiragem controlada, Campinas, Millennium, 2000, revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip;
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, SP, Atlas; Código de Processo Penal Interpretado, SP, Atlas, 2000;
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, SP, Atlas, 2000;
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, SP, Saraiva, volumes I, II e III, 2000.

SUPRESSÕES

- **Foram rejeitados, por maioria, os itens, 6 e 7 das conclusões.**
- **Foram aprovados, por maioria, os itens 1, 2,3, 4 e 5 das conclusões:**

1º) O novo conceito de "infrações de menor potencial ofensivo" é gênero, da qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2º) A Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, conceituando como "infração de menor potencial ofensivo":

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial

3º) A Lei 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da Lei Penal no Tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante a parte de processo penal - fixação de competência do JECRIM), consoante artigo 5º, XL da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECRIM), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da lei (casos anteriores a 13/01/2002). As exceções feitas à competência do JECRIM são as seguintes:

a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral diante da competência constitucional em razão da matéria;

b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;

c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei 9.503/97) (considerada "infração penal de médio potencial ofensivo"), cuja competência é da Justiça Comum.

5º) A Lei 10.259/01 se aplica para todas infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto, os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc), inclusive para àquelas anteriores a entrada em vigência da Lei(antes de 13.01.2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisado os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo-Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

**A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO
JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – PARTE II
DOIS ASPECTOS POLÊMICOS:
A LEGISLAÇÃO DE TÓXICOS (LEIS 6.368/76 E 10.409/02) E A
"SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO VIRTUAL" ***

*Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira
Promotor de Justiça*

1. Introdução

Em matéria publicada na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal (Parte I), Ano III, nº 15, Agosto / Setembro de 2002, abordando toda a nova sistemática oriunda da Lei 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal, tive o imenso prazer de receber diversos elogios de estudantes e profissionais da área, assinantes ou não da notável revista, sendo que diversos e-mails foram todos dirigidos a duas grandes indagações em específico:

Como ficaria a exegese da nova lei, no tocante à legislação de entorpecente, face o advento da Lei 10.409/02? O JECRIM seria o órgão competente, ou a Justiça Comum, já que o rito da Lei 10.409/02 é incompatível com o rito do Juizado, já que este se amolda pela informalidade, celeridade etc, enquanto aquele possui resposta escrita antes do recebimento da denúncia ou queixa, dois interrogatórios etc?

Em relação a Suspensão Condicional do Processo, realmente não estaria o instituto alterado para 2 anos ao invés de 1 ano de pena mínima *in abstracto*?

Com base neste focos, centralizo meus estudos, já alertando ao leitor que, em relação ao segundo tema, mudo minha opinião, depois de recente Acórdão do STJ, para aceitar a suspensão condicional do Processo diante de pena mínima de 2 anos, não em face da pena *in abstracto*, como posta pelo STJ, mas em face da "projeção da pena *in concreto*".

*Tese apresentada e avaliada em conjunto com a tese “A LEI 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS ? (ARTIGO 5º, XL DA CF/88) “ (PÁG. 49 - 77). **Teses aprovadas ,por maioria, com supressões às conclusões.**

2. Dois aspectos polêmicos:

2.1. A legislação de tóxicos (Leis 6.368/76 e 10.409/02)

Inicialmente, a doutrina nacional tem aceito que o artigo 16 da Lei 6368/76 também permite a aplicação da transação penal da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 não proibir sua aplicação para rito especial.

O que se viu no Estado de Minas Gerais e em especial no Estado do Rio de Janeiro que no JECRIM estava sendo oferecido para o autor do fato, pelo Ministério Público, proposta de internação em clínica, às expensas do infrator, para tratamento psicotrópico, como forma de reinserção social da pessoa viciada. Isto foi notícia na novela "O Clone", que recebeu diversos prêmios por dar publicidade do problema familiar que a droga causa, bem como por diferenciar muito bem o traficante (que merece leis mais duras), dos usuários (que merecem tratamento). Este novo modelo de transação penal ficou convencionado de **JUSTIÇA TERAPÊUTICA**, adotando-se a máxima popular de que "é melhor prevenir do que remediar".

Todavia, o JECRIM teve um problema sério de início:

Como na Justiça brasileira existem milhões de crimes do artigo 16 da Lei 6.368/76, o ideal foi designar Audiência Preliminar em conjunto, nos salões do Tribunal do Júri ou acomodações maiores, para que o JECRIM não ficasse impraticável com o imenso volume de serviço.

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de "infração penal de menor potencial ofensivo", ou seja, é através do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos.

Entretanto, um problema surgiu no Estado de Minas Gerais:

O TAMG e o TJMG (este, em conflitos de competência), no entanto, têm negado aplicação da Lei 10.259/01 (transação penal) ao delito do artigo 16 da Lei 6.368/76, sob o argumento de que este passou a ser regulado em lei posterior (Lei 10.409/02), que prevê procedimentos incompatíveis com os princípios informadores do JECRIM (celeridade, informalidade etc)¹.

Referido Areópago, *data vênia*, tem andado na contra-mão jurídica, pois a Lei 10.259/01 foi a única lei que possibilitou a "transação ambulatorial ou Justiça terapêutica" para usuários de drogas, ao invés de puni-los com pena privativa de liberdade ou artigo 44 do CP.

A Lei 10.409/02, na parte criminal que foi inteiramente vetada pelo Presidente da República, previa tratamento ao usuário. Mas foi vetada. Assim, a Lei 10.259/01 foi a salvação das vítimas dos algozes traficantes.

1 Processos 000.271.397-2/00; 000.271709-8/00; 000.271289-0/00; 000.273000-0/00; 000273239-4/00; 000281039-8/00; 000282652-7/00; 000282654-3/00; 000282659-2/00

Ora, o argumento de que o rito da Lei 10.409/02 é incompatível com o JECRIM, *data vênia*, é sofisma, uma, porque há grandes dúvidas no sentido de ser aplicado ou não o rito da Lei 10.409/02, já que o Capítulo III da mesma impunha a parte processual apenas aos crimes daquela lei, sendo que os crimes foram todos vetados; duas, porque, ainda que se aplique a parte processual da Lei 10.409/02, Capítulo IV (que nada dispõe sobre "crimes desta lei..."), isto não a torna incompatível com o JECRIM, que num primeiro momento pode realizar transação penal com o usuário e, caso este não aceite ou não faça jus ao benefício, o JECRIM, diante da complexidade da causa (artigo 77 da Lei 9.099/95) ou diante da necessidade de citação editalícia do denunciado (artigo 66 da Lei 9.099/95), remeterá os autos a Justiça Comum para denúncia com rito da Lei 10.409/02, em face deste rito ser incompatível com o do JECRIM (artigo 81 e ss. da Lei 9.099/95).

Assim sendo, sustento que o JECRIM, num primeiro momento processual, seria o juízo competente para aplicação de transação penal no caso do artigo 16 da Lei nº 6.368/76 (competência absoluta – competência em razão do juízo – "crimes de menor potencial ofensivo). Todavia, se não for aceita transação penal ou não couber, a denúncia deve ser ofertada no JECRIM, se e somente se couber a suspensão condicional do processo ou for esta aceita. Não cabendo, não sendo aceita ou havendo revelia (artigo 366 do CPP), neste caso sim, o JECRIM remeteria os autos à Justiça Comum para que esta, face a complexidade da lide (artigo 77 da Lei 9.099/95) ou face da necessidade de citação editalícia (artigo 66 da Lei 9.099/95 c/c artigo 366 do CPP), prossiga com o rito da Lei 10.409/02 por ser este mais complexo e incompatível com os princípios do JECRIM (informalidade, celeridade etc).

Notamos que este entendimento não provoca nenhuma incompatibilidade e mais, o usuário seria tratado com dignidade, com uma Justiça terapêutica ao invés de uma Justiça retributiva tão somente, que apenas faria dissimular ainda mais o vício, por ser ineficaz e sem supervisão.

Todavia, na Justiça brasileira, o contra senso é que prevalece: o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais adotou entendimento de que o crime do artigo 16 da Lei nº 6.368/76 não pode se enquadrar no conceito de infração de menor potencial ofensivo, logo, não pode receber transação penal, face a Súmula 72² da Jurisprudência predominante da 1ª Câmara Criminal. Enquanto isto, no Palácio da Justiça, ou melhor, no "Palácio do Planalto", o Presidente da República, em novembro de 2002, concede indulto natalino (extinção da punibilidade)³ a traficantes com pena inferior a 4 anos.

Notamos que o traficante tem extinção da punibilidade pelo indulto, enquanto que o usuário, vítima do algoz, sequer recebe transação penal. O Brasil das incoerências...

2 "Conquanto tenha alterado o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, a Lei 10.259/01 não derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, que excetua a competência do JECRIM 'nos casos em que a lei preveja procedimento especial'".

3 Decreto Presidencial nº 4495/02

2.2. A "Suspensão Condicional do Processo Virtual".

Sem nenhum constrangimento, face a falibilidade humana, neste tópico, mudo minha posição sustentada anteriormente, no sentido da Lei 10.259/01 não ter alterado o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95 para pena mínima de 2 anos (como fez para transação penal, para pena máxima de 2 anos).

Isto ocorreu depois da leitura do Acórdão do STJ, em que pese não concordar com seu fundamento: no caso do STJ, aplica-se o prazo de pena mínima de 2 anos para o benefício do artigo 89 da Lei 9.099/95, considerando a pena *in abstracto*, enquanto sustento que a mudança deve ser vista pela pena *in concreto*, já que adotar-se-ia, neste caso, pro analogia *in bona partem*, a forma de adoção da "prescrição virtual".

Portanto, considerando a questão proposta, de início, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não deveria ter sido alterado pela nova lei (Lei 10.259/01), permanecendo o mesmo critério de pena mínima de 01 ano, para qualquer procedimento.

Esta conclusão se chegaria porque os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não tem qualquer ligação com o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", ou seja, tem características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei 9.099/95.

Daí porque são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (no caso do artigo 89 da Lei 9.099/95).

Por conseguinte, em que pese o prazo da transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 c/c o conceito da Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único) ser de 2 anos (para pena máxima) e o da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95) ser de 1 ano (para pena mínima), o que aparenta uma contradição, o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95 não deveria ter sido alterado pela Lei 10.259/01.

Ocorre que em brilhante Acórdão, o Ministro Félix Fischer do STJ, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.033, MS, a 5ª Turma do STJ entendeu que "*a Lei 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena máxima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei 9.099/95 foi derogada, sendo limite de um ano alterado para dois*". A decisão do STJ também alcançou o artigo 89 da Lei 9.099/95, que disciplina a Suspensão Condicional do Processo, elevando para dois anos o limite mínimo restritivo. Assim, caberá, por esta interpretação a Suspensão Condicional do Processo nos casos de infrações penais com pena mínima cominada igual ou inferior a dois anos.

O citado Acórdão, publicado no DJU de 09/09/2002, página 234, também recomendou a modificação da Súmula 243, que regula a matéria no concurso de crime.

Inicialmente, cumpre esclarecer que "crimes de menor potencial ofensivo" (artigo 61 da Lei 9.099/95) era critério para aplicação de dois Institutos despenalizadores apenas:

Composição Civil dos danos (artigo 74 da Lei 9.099/95) e transação penal (artigo 76 da Citada Lei).

Por esta conceituação legal, o artigo 89 da Lei dos Juizados na verdade sempre foi um Instituto autônomo que deveria estar no CPP, por ser esta Lei genérica e não específica, na medida em que a Suspensão do Processo aplica-se a todo e qualquer tipo de crime e procedimento, diferente da transação penal vista alhures. A razão desta lógica se evidencia na reforma do CPP, que prevê a Suspensão Condicional do Processo em seu próprio corpo.

Por esta razão, sempre discordei que a Lei 10.259/2001 se aplicava também para a Suspensão Condicional do Processo. Para este Agente Ministerial a Lei 10.259/2001 artigo 2º, parágrafo único, que criou o JECRIM Federal, apenas mudou o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", que volto a repetir, nada tem a ver com o artigo 89 da Lei 9.099/95, conforme é a posição do Professor Damásio Evangelista de Jesus, no site www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, seguido por Ada Pellegrini.

Portanto, a Lei 10.259/2001 somente se aplica aos conceitos de Transação Penal e Composição Civil dos danos, além de proibir o flagrante em crime com pena igual ou inferior a dois anos, se o agente se compromete a assinar o Termo de Comparecimento perante o JECRIM (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95 com a interpretação da Lei 10.259/2001, artigo 2º, parágrafo único).

Todavia, para surpresa deste autor e Promotor de Justiça, depois de convicção já formada e por isso, com certo desestímulo em ler os argumentos do Ministro Félix Fischer, fui surpreendido por seus argumentos, embora não concorde que isto deve ser feito pela pena abstrata, como sustenta o culto Ministro e sim, pela projeção da pena em concreto.

Assim, haveria contradição se não adotássemos esta nova posição pelo seguinte motivo:

Imagine o réu presente na sala de Audiências do Fórum, que responde a um processo do artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso) cuja pena abstrata prevista no tipo é de dois a seis anos de reclusão.

Teria direito a Transação Penal? A resposta é negativa, pois mesmo com a Lei 10.259/2001 não haveria como aplicar-lhe a Transação penal porque a pena abstrata máxima do crime é superior a dois anos.

Teria direito a Suspensão Condicional do Processo? Adotando a lógica alhures também não, porque a pena abstrata mínima do crime era superior a um ano, sendo que impossível aplicação.

Agora notemos o absurdo:

O réu primário e de bons antecedentes, confessa o crime, tudo levando a crer que o Juiz, ao fixar a pena concreta, a dosaria no mínimo legal, ou seja, em dois anos de reclusão, o que caberia, se esta pena fosse abstrata, a Transação Penal.

Ora, se coubesse a Transação Penal pela pena concretamente aplicada e não pela abstratamente aplicada ao crime, como deseja o legislador, porque não lhe aplicar a

Suspensão Condicional do Processo, por política criminal, evitando assim, que o mesmo seja condenado e futuramente seja reincidente? Não é assim que fazemos com a prescrição virtual?

Portanto, teremos, numa analogia *in bona partem* o benefício da "Suspensão Condicional do Processo virtual".

Desta forma, diante dos argumentos do Ministro Felix Fisher (aplicação do artigo 89 da Lei 9.099/95, para pena mínima igual ou inferior a 2 anos, embora discorde que seja pela pena em abstrato) e ainda, a tese da "Suspensão Condicional do Processo virtual" (projeção da pena em concreto) e que na verdade vem privilegiar pessoas como um réu confesso, primário, bem como atender a teleologia da própria Lei dos Juizados, ou seja, separar o joio do trigo (separar os crimes de menor potencial ofensivo, dando medidas despenalizadoras, dos crimes de médio e grave potencial ofensivo, que merece maior repressão penal), mudei minha posição e tenho entendimento de que caberá a suspensão condicional do processo para pena mínima igual ou inferior a dois anos, com base na Lei 10.259 e na projeção virtual da pena concretamente aplicada.

Ressalva-se que esta forma projetada da pena concreta de ser aplicado o benefício do artigo 89 da Lei 9.099/95 não quebrará a imparcialidade do juiz, já que esta projeção é apenas virtual, sem conteúdo meritório, ou seja, se o denunciado não aceitar ou for revogado o benefício, neste caso se instaura o mérito, com ampla defesa e produção de provas, podendo o mesmo até ser absolvido, em face do princípio da Persuasão Racional ou Livre Convencimento Motivado.

Portanto, o juiz, ao projetar o benefício, em hipótese alguma estará prejulgando, pois isto é matéria somente de mérito, oriunda de dilação probatória e fundada nos princípios da judicialidade (as provas extraídas na fase policial devem ser corroboradas em juízo) e do Livre Convencimento Motivado.

3. Conclusões

Por todo o exposto, usando da proporcionalidade e razoabilidade constitucional, podemos concluir que:

1º) O novo conceito de "**infrações de menor potencial ofensivo**" é gênero, da qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de **embriaguez ao volante** (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses,

processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2º) A Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, conceituando como "infração de menor potencial ofensivo":

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial

3º) A Lei 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da Lei Penal no Tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante a parte de processo penal - fixação de competência do JECRIM), consoante artigo 5º, XL da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECRIM), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da lei (casos anteriores a 13/01/2002). As exceções feitas à competência do JECRIM são as seguintes:

- a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral diante da competência constitucional em razão da matéria;
- b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;
- c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei 9.503/97) (considerada "infração penal de médio potencial ofensivo"), cuja competência é da Justiça Comum.

5º) A Lei 10.259/01 se aplica para todas infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto, os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, **porte de substância entorpecente**, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc), inclusive para àquelas anteriores a entrada em vigência da Lei (antes de 13.01.2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisado os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo-Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

6º) No caso de concurso de infrações penais da competência do JECRIM, da Justiça Comum (artigo 306 do CTB), da Justiça Eleitoral (crimes eleitorais) ou da Justiça Militar (crimes militares, considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), haverá três correntes no tocante a possibilidade ou não de aplicação de transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95 com a nova redação da Lei 10,259/01, artigo 2º, parágrafo único):

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECRIM (artigo 81 da Lei 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou,

b) aplicação do artigo 77, §2º da Lei 9.099/95, ou seja, devolver os autos para Justiça Comum, que será a competente para processo e julgamento, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) o JECRIM será competente para ambas, sendo que uma delas caberá transação penal, enquanto que para a outra haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro.

7º) A Lei 10.259/01 alterou o prazo do artigo 89 da Lei 9.099/95, que passa ser aplicável para todas as infrações penais, com ou sem procedimento especial, desde que com previsão de pena mínima de 2 anos, inclusive, considerando a projeção virtual da pena que seria concretamente aplicada ao caso em tela.

IV. Anexo

Segue neste anexo, ata e termo de Audiência da comarca de Cláudio/MG, aplicando o artigo 89 da Lei 9.099/95 para pena mínima igual ou inferior a 2 anos.

Vejamos:

TERMO 1: ASSENTADA

COMARCA DE CLÁUDIO/MG -
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
SECRETARIA DA ÚNICA VARA

TERMO DE ASSENTADA

Processo: 8.683/01

Natureza: Ação Penal – **Art. 304 do CP**

Ré(u)(s): Maurício José de Oliveira

Advogado (a,s): Dr. João Paulo Araújo Costa

Aos 10 dias do mês de outubro de 2002, às 15 horas, nesta cidade de Cláudio, Estado de Minas Gerais, no Fórum José Apolinário, situado á Praça dos Ex-Combatentes, nº 380, onde se achava o Exmo. Sr. Dr. Francisco de Assis Corrêa, MM. Juiz de Direito Titular da Única Vara da Comarca, comigo Escrevente Judicial I, ao seu cargo e sendo aí, pelo MM. Juiz foi feito com as formalidades legais, e apregoasse as partes na presente ação. Apregoadas o denunciado compareceu acompanhado de seu defensor, presente também o Ilustre Representante do Ministério Público Titular da Comarca de Cláudio/MG Dr. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira. **Aberta a audiência, o Representante do Ministério Público pediu a palavra, assim se manifestando:** MM. Juiz, no momento do oferecimento da denúncia de fls. 02/04, este Agente Ministerial nas fls. 23, item III, deixou de fazer proposta de Suspensão Condicional do Processo (artigo 89, caput da Lei 9.099/95), na medida em que a pena mínima do delito superava o limite máximo de um ano. Ocorre que em brilhante acórdão o Ministro Félix Fischer do STJ, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.033, MS, a 5ª Turma do STJ entendeu que "a Lei 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena máxima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei 9.099/95 foi derogada, sendo limite de um ano alterado para dois". A decisão do STJ também alcançou o artigo 89 da Lei 9.099/95, que disciplina a Suspensão Condicional do Processo, elevando para dois anos o limite mínimo restritivo. Assim, caberá, por esta interpretação a

Suspensão Condicional do Processo nos casos de infrações penais com pena mínimo cominada igual ou inferior a dois anos. O citado acordão, publicado no DJU de 09/09/2002, página 234, também recomendou a modificação da Súmula 243, que regula a matéria no concurso de crime. Inicialmente, cumpre esclarecer que "crimes de menor potencial ofensivo" (artigo 61 da Lei 9.099/95) era critério para aplicação de dois Institutos despenalizadores apenas: Composição Civil dos danos (artigo 74 da Lei 9.099/95) e transação penal (artigo 76 da Citada Lei). Por esta conceituação legal, o artigo 89 da Lei dos Juizados na verdade sempre foi um Instituto autônomo que deveria estar no CPP, por ser esta Lei genérica e não específica, na medida em que a Suspensão do Processo aplica-se a todo e qualquer tipo de crime e procedimento, diferente da transação penal vista alhures. A razão desta lógica se evidencia na reforma do CPP, que prevê a Suspensão Condicional do Processo em seu próprio corpo. Por esta razão, sempre

discordei que a Lei 10.259/2001 se aplicava também para a Suspensão Condicional do Processo.

Para este Agente Ministerial a Lei 10.259/2001 artigo 2º, parágrafo único, que criou o JECRIM Federal, apenas mudou o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", que volto a repetir, nada tem a ver com o artigo 89 da Lei 9.099/95, conforme é a posição do Professor Damásio Evangelista de Jesus, no site www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, seguido por Ada Pellegrini. Portanto, a Lei 10.259/2001 somente se aplica aos conceitos de Transação Penal e Composição Civil dos Danos, além de proibir o flagrante em crime com pena igual ou inferior a dois anos, seu agente se compromete a assinar o Termo de Comparecimento perante o JECRIM (artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95 com a interpretação da Lei 10.259/2001, artigo 2º, parágrafo único). Todavia, para surpresa deste Promotor, depois de convicção já formada e com certo desestímulo em ler os argumentos do Ministro Félix Fischer, fui surpreendido por seus argumentos. Assim, haveria contradição se não adotássemos esta nova posição pelo seguinte motivo: Imagine o réu presente nesta sala de Audiências hoje, que responde a um processo do artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso) cuja pena é de dois a seis anos de reclusão. Teria direito a Transação Penal? A resposta é negativa, pois mesmo com a Lei 10.259/2001 não haveria como aplicar-lhe a Transação penal porque a pena máxima do crime é superior a dois anos. Teria direito a Suspensão Condicional do Processo?

Adotando a lógica alhures também não, porque a pena mínima do crime era superior a um ano, sendo que impossível aplicação. Agora note o absurdo: O réu primário e de bons antecedentes, confessou o crime, tudo levando a crer que o Juiz, ao fixar a pena concreta, a dosaria no mínimo legal, ou seja, em dois anos de reclusão, o que caberia Transação Penal. Ora, se caberia Transação Penal pela pena concretamente aplicada, o que só não cabe porque o Instituto é justamente despenalizador, porque não lhe aplicar a Suspensão Condicional do Processo, por política criminal, evitando assim, que o mesmo seja condenado e futuramente seja reincidente? Não é assim que fazemos com a prescrição virtual? Portanto, teremos, numa analogia *in bona partem* o benefício da "Suspensão

Condicional do Processo virtual". Diante destes argumentos robustos e que na verdade vem privilegiar pessoas como o réu, confesso, primário e atendendo a teleologia da própria Lei dos Juizados, ou seja, separar o joio do trigo (separar os crimes de menor potencial ofensivo, dando medidas despenalizadoras, dos crimes de médio e grave potencial ofensivo, que merece maior repressão penal), requeiro a V.Exa. se digne de, preliminarmente, com base nesta nova interpretação penal, aplicar a Suspensão Condicional do Processo, pelo prazo de dois anos, bem como cumprir as condições legais (artigo 89, § 1º da Lei 9.099/95) e condição judicial facultativa de entrega de três cestas básicas ao Asilo de Monsenhor João Alexandre, já que o crime tem sujeito passivo vago e não vítima real a ser reparada em seu dano. Requeiro seja ouvida a defesa sobre o benefício e o réu, bem como, aceita a medida, seja lavrado o Termo próprio de Suspensão Condicional do Processo desta Comarca de Cláudio/MG. Mercê. **Pela ordem, manifestou assim a defesa:** MM. Juiz, depois de ouvir com atenção redobrada o brilhante parecer Ministerial, do qual o Ilustre Promotor de Justiça demonstra mais uma vez os seus ilimitados conhecimentos jurídicos porque acaba de criar uma nova tese no poder Judiciário local o que evidentemente visa exclusivamente a beneficiar um cidadão que vem amparado por ótimos antecedentes. Por outro lado, conforme consta no espaço físico dos autos, o denunciado sendo um rapaz criado no seio rural foi procurado na ocasião dos fatos por um espertalhão oriundo de outra cidade quando solicitou documentos do mesmo para serem xerografados e oferecendo Carteira de Habilitação dizendo que a Legislação teria mudado e que não precisava mais submeter aos mais variados exames para a obtenção da competente CNH. Posteriormente, após estar conduzindo uma motocicleta foi abordado por uma blitz pela zelosa polícia militar local quando foi detectada que a CNH era falsa, o que evidentemente originou a presente ação penal. Mais uma vez quero ressaltar que sinto-me lisonjeado e honrado em Ter em nossa Comarca de Cláudio/MG um poder Judiciário forte, destemido e acima de tudo dirigido por dois homens brilhantes e cultos que são respectivamente o MM. Juiz e o Ilustre Representante do Ministério Público que de uma maneira auspiciosa vem promovendo nossa cidade e Comarca de Cláudio/MG no cenário nacional com decisões que já são copiadas pelas mais variadas Comarcas do Estado de Minas Gerais, bem como do imenso Território Brasileiro. Portanto, MM. Juiz, data máxima vênua acredita o patrono do denunciado que V.Exa. adote na íntegra as alegações Ministeriais pela inquestionável Justiça do qual vem precedida, o que certamente continuará fazendo imperar a verdadeira e cristalina Justiça. *"ITA SPERANTUR JUSTITIA"*. Pelo MM. Juiz foi proferida a seguinte decisão: *VISTOS ETC... Comungo do inovador entendimento Ministerial, cujos fundamentos jurídicos adoto como parte integrante desta decisão. Realmente, o fim teleológico da Lei 10259/2001 não difere daquele colimado pela Lei 9.099/95. O que ocorreu foi que aquela (Lei 10.259/01) foi editada para aplicação no âmbito da Justiça Federal, criando o JECRIM Federal. Ora, não se pode vislumbrar Justiças distintas, enquanto função (não havendo que se falar em tripartição de poderes, mas sim, de funções, na medida em que o poder é uno, ou seja, soberania popular), tendo a finalidade de aplicar o direito e distribuir a Justiça, havendo sim, a delimitação de suas atuações (competência jurisdicional) na esfera Estadual e*

Federal. Não se vislumbra uma dicotomia de Justiça, na medida em que a Jurisdição é uma, apenas se especializando para uma melhor prestação jurisdicional (competência). Não admitir a aplicação da Lei 10.259/2001 ao caso dos autos, seria dar ensejo a absurda aplicação distinta (pela Justiça Federal, quando de sua competência e da Justiça Estadual também quando de sua competência), para casos idênticos. Ademais, tendo sido a Lei 10259/01 editada posteriormente à Lei 9.099/95, sua aplicação torna-se imperiosa na incidência do critério da analogia in bona parte (artigo 5º, XL, CF/88). Nessa conformidade, perfeitamente aplicável aos processos em tramitação, como no caso dos autos, onde, analisadas as condições norteadoras da dosimetria da pena, chega-se a conclusão de que eventual condenação não resultaria em apenamento superior ao patamar mínimo previsto para a capitulação posta na denúncia. Assim, indagado do denunciado sobre a proposta Ministerial de Suspensão Condicional do Processo, o mesmo, após consulta ao seu defensor, respondeu afirmativamente, restando efetivado o ato em Termo apartado. Intimações em audiência. Nada mais havendo determinou o MM. Juiz que se encerrasse o presente termo que lido e achado conforme vai devidamente assinado. Eu, , Escrevente Judicial I, digitei.

MM. Juiz: Promotor de Justiça:

Defensor(a)(s):

Denunciado:

TERMO 2: SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSOCOMARCA DE CLÁUDIO-MINAS GERAIS
TERMO DE AUDIÊNCIA CRIMINAL

Processo: 8.683/01

Natureza: Ação Penal

Denunciado: Maurício José de Oliveira

Advogado(a)(s): Dr. João Paulo Araújo Costa

Aos 10 dias do mês de outubro de 2002, às 15 horas, nesta Cidade e Comarca de Cláudio, Estado de Minas Gerais, no Edifício do Fórum José Apolinário, Sala de Audiências do Juízo, presente o Ilustre Dr. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, DD. Promotor de Justiça da Vara Única desta Comarca de Cláudio, compareceram à presença do MM. Juiz de Direito Titular, Dr. Francisco de Assis Corrêa, o (a)(s) acusado (a)(s), MAURÍCIO JOSÉ DE OLIVEIRA, brasileiro, casado, modelador, nascido em 05/01/72, atualmente com 30 anos de idade, natural de Cláudio/MG, filho de João Rodrigues de Oliveira e de Maria Concebida de Paulo, residente na Rua São Marcos, 35, Bairro Bela Vista, Cláudio/MG, cursou até 6ª série, completa, sabendo ler e escrever, acompanhado de seu Defensor.

Iniciados os trabalhos, o RMP pediu a palavra pela ordem e se manifestou da **seguinte forma**: Probo Magistrado: Ratifico a minha manifestação constante da ata de audiência do processo em curso com base na Lei 9.099/95, artigo 89 c/c a nova interpretação da Lei 10.259/01 (RHC nº 12083, MS, Rel. Ministro Félix Fischer, 5ª Turma do STJ, Decisão unânime, julgado em 13/08/2002 e publicado no DJU de 09/09/2002, página 234. Mercê..

O(A) acusado(a) ouvido(a) neste ato aceitou a proposta, comprometendo-se a cumprir rigorosamente as condições legais impostas, ciente das causas de revogação previstas nos §§ 3º e 4º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, o mesmo se dando com seu Defensor, que também concordou com a suspensão do processo nos termos propostos pelo RMP, bem como a condição facultativa do Magistrado.

Diante disto, o MM. Juiz assim decidiu:

VISTOS ETC.,

O(A) acusado(a) faz jus ao benefício que lhe foi proposto, vez que atende aos pressupostos do art. 89 da Lei 9.099/95 c/c a nova interpretação da Lei 10.259/01 (RHC nº 12083, MS, Rel. Ministro Félix Fischer, 5ª Turma do STJ, Decisão unânime, julgado em 13/08/2002 e publicado no DJU de 09/09/2002, página 234). Aceitou, juntamente com seu Defensor, a proposta Ministerial, cumprindo exigência da inovadora legislação.

Diante do acontecido, SUSPENDO O PROCESSO PRESENTE, pelo prazo de 02(dois) anos, submetendo o denunciado a período de prova, sob as seguintes condições:

a) não se ausentar da Comarca onde reside, sem prévia autorização judicial, por período superior a dez dias, salvo por motivo de trabalho;

b) apresentar-se pessoalmente todo dia cinco de cada mês em Juízo, para informar e justificar suas atividades;

c) não freqüentar bares, boates, zona boêmias ou similares;

d) Por fim, no tocante a condição judicial facultativa, considerando o sujeito passivo vago, bem como considerando o previsto no artigo 89 § 2º da Lei dos Juizados Especiais Criminais, acolho o bem formulado parecer do Ministério Público, que preocupou-se, inclusive, com a interpretação teleológica da Lei 9.099/95 e Lei 10.259/01, para que determino, após a aceitação do beneficiário, que no prazo de trinta, sessenta e noventa dias, o mesmo entregue uma cesta básica, no valor de R\$50,00 ao Asilo do Distrito de Monsenhor João Alexandre, Cláudio/MG, comprovando-se nos autos.

Determino que ao final do prazo estabelecido para o período de prova, não havendo descumprimento das condições impostas, venham-me conclusos os autos para declaração da extinção da punibilidade dos acusados.

Sem custas, caso não ocorra mesmo a revogação.

Decisão proferida em audiência com as partes já intimadas. Arquivem-se provisoriamente estes autos.

Para constar, eu _____ Escrevente Judicial I, digitei e subscrevi.

JUIZ DE DIREITO:

PROMOTOR:

DEFENSOR(A)(S):

DENUNCIADO(A):

V. BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, SP, Saraiva, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. Revista dos Tribunais;

GOMES, Luiz Flávio, "Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais", Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002

GOMES, Luiz Flávio. STJ decide: pena até dois anos vale para os juizados criminais e também para a suspensão condicional do processo. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 02.09.2002.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Forense;

JESUS, Damásio Evangelista de, A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), in www.damasio.com.br, ago.2001

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, SP, Atlas, 2002;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, SP, Saraiva, volumes I, II e III, 2000.

SUPRESSÕES

- Foram rejeitados, por maioria, os itens, 6 e 7 das conclusões.**
- Foram aprovados, por maioria, os itens 1, 2,3, 4 e 5 das conclusões:**

1º) O novo conceito de "infrações de menor potencial ofensivo" é gênero, da qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo - previstas na Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de 2 anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) - a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e se for o caso, processo e julgamento, será do JECRIM, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de 3 anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça Comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei 9.099/95.

2º) A Lei 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei 9.099/95, conceituando como "infração de menor potencial ofensivo":

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial

3º) A Lei 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da Lei Penal no Tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante a parte de processo penal - fixação de competência do JECRIM), consoante artigo 5º, XL da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95, face a Lei 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECRIM), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da lei (casos anteriores a 13/01/2002). As exceções feitas à competência do JECRIM são as seguintes:

- a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral diante da competência constitucional em razão da matéria;
- b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;
- c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei 9.503/97) (considerada "infração penal de médio potencial ofensivo"), cuja competência é da Justiça Comum.

5º) A Lei 10.259/01 se aplica para todas as infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto, os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc), inclusive para àquelas anteriores a entrada em vigência da Lei (antes de 13.01.2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisado os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo-Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

ALEGAÇÕES FINAIS E A APRESENTAÇÃO DE SUBSÍDIOS PARA FIXAÇÃO DA PENA PRETENDIDA *

Calixto Oliveira Souza
Promotor de Justiça da

1 – INTRODUÇÃO

Uma das muitas questões angustiantes do Direito Criminal diz respeito à pena, fixada freqüentemente com superficialidade pelos juízes, que se limitam não raro a aplicar a pena mínima se o réu é primário e não ostenta antecedentes criminais.

É comum que o Promotor de Justiça, irresignado com a inobservância das exigências processuais nas fases da fixação da pena, recorra à instância superior com o fito de ver a pena corrigida e adequada à gravidade do caso concreto.

Em muitas oportunidades, lamentavelmente, o tribunal *ad quem* mantém a reprimenda, utilizando os mesmos argumentos da sentença.

O presente trabalho tem por objetivo a busca de uma forma de minimizar tais frustrações, sugerindo uma alteração nos pedidos de diligências e, conseqüentemente, na parte final das alegações finais, o que forçará os magistrados a aplicar na totalidade o artigo 59 na primeira fase da aplicação da pena.

Antes de citar casos reais pode-se analisar modelos de sentença formulados por um dos mais brilhantes doutrinadores e se verá, com facilidade, que o artigo 59 do Código Penal não recebe a atenção que merece.

* Tese aprovada por maioria, com aditivos às conclusões

O festejado Hidejalma Muccio oferece dois exemplos de sentença condenatória. Vejamos o primeiro modelo apresentado na fase da fixação da pena-base:

(...). Doso a pena.

Atento aos ditames do art. 59 do Código Penal, desconsiderando o fato de o acusado possuir antecedentes criminais (F.A. de fls. 85-86 e certidão de fl. 84), fixo a pena-base no mínimo legal para a espécie, ou seja, em 6 anos de reclusão, ante a nova redação do dispositivo trazida pela Lei nº 8.072/90.

Não havendo agravantes ou atenuantes...¹

No segundo exemplo a sentença é, da mesma forma, omissa:

Passo a dosar-lhe a pena.

O acusado tem um passado que não o recomenda. Já fez várias investidas contra o patrimônio alheio, respondendo, atualmente, por mais de 6 (seis) processos-crime (F.A. à fl. 148). Assim, atento ao disposto no art. 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena-base além do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 15 (quinze) dias–multa, fixada a unidade no mínimo legal. A pena-base fica acrescida de 4 (quatro) meses de reclusão e 5 (cinco) dias–multa pela incidência da circunstância agravante da reincidência...²

A única menção a um dos itens do artigo 59 diz respeito aos antecedentes. Nenhuma referência a qualquer dos demais.

Os modelos, como mostra a experiência, refletem o que ocorre na prática forense.

Apenas para ilustrar, porém, trago trechos de decisões obtidas ao acaso na Comarca de Divinópolis, proferidas por juízes experientes e tidos como bons profissionais.

¹ Prática de Processo Penal, 1999, Edipro, 1 ed., p. 451.

² Idem, p. 456.

Considerando que Abdon possui maus antecedentes criminais, com a conduta social reprovável, com personalidade voltada para o crime, fixo-lhe a pena-base do art. 304 do CPB em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo à época vigente; para o delito do art. 180 do CPB, com base nas circunstâncias observadas na fixação da pena-base anterior, fixo esta em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias no mesmo valor unitário; para o delito do art. 311, levando-se em conta as mesmas circunstâncias da pena-base anterior, fixo esta em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias, no valor unitário já fixado; considerando o cúmulo material somam-se as penas... (...)

Considerando que Carlos possui maus antecedentes criminais, com a conduta social reprovável, com personalidade voltada para o crime, fixo-lhe a pena-base do art. 180 do CPB em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias no valor unitário de 1/30 do salário mínimo à época vigente; para o delito do art. 311, levando-se em conta as mesmas circunstâncias da pena-base anterior, fixo esta em 03 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias, no valor unitário já fixado; considerando o cúmulo material somam-se as penas em...³

Observa-se que são réus diferentes, embora tenham sido co-autores de dois dos três crimes cometidos. Mas para ambos foram mencionadas apenas três circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sendo as conclusões idênticas. Não foram analisados a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime e o comportamento da vítima.

Outro exemplo:

Quanto a Márcio, verifica-se que o dolo foi intenso; tem maus antecedentes; as conseqüências foram minoradas; a vítima não concorreu para a efetivação do delito. Assim, levando em conta a qualificadora, fixo a pena-base em 02 anos e 06 meses de reclusão. (...)

Quanto a Marcos Antônio, verifico que o mesmo agiu com dolo intenso: tinha maus antecedentes; parte dos bens foi recuperada; a vítima não concorreu para o delito. Assim, fixo-lhe a pena-base em 02 anos e 06 meses de reclusão.⁴

³ Processo nº 223 09 099047-2 – 1ª Vara Criminal

⁴ Processo nº 223 98 016975-7 – 2ª Vara Criminal.

Foram olvidadas, agora, quatro das oito circunstâncias judiciais previstas no mencionado artigo 59. Não foram mencionadas a conduta social, a personalidade dos agentes, os motivos nem as circunstâncias do crime.

Outro caso real:

Passo à dosagem das penas.

O acusado agiu com dolo intenso; é primário; trabalhava vendendo produtos para a empresa vítima;

Assim, fixo-lhe a pena-base em 01 (um) ano de reclusão.

Inexistem agravantes e atenuantes.

Na forma do art. 168, par. 1º, inciso III, do CP, por ter sido o crime cometido em razão de ofício, aumento a pena supra em 1/3 (um terço), resultando ao final em 01 ano e 04 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto.⁵

Dessa vez foram deixados de lado seis itens exigidos pelo artigo 59, pois o fato de trabalhar para a vítima não faz parte da primeira fase, mas da última da fixação da pena, por tratar-se de causa de aumento de pena. Assim, foram desprezados a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime e o comportamento da vítima. Acrescente-se que a pena-base foi fixada no mínimo, embora tenha sido mencionado o dolo intenso. A impressão que se tem é de que o fato de ser o réu primário foi decisivo.

Ainda um último exemplo, colhido também ao acaso, em que foi da mesma forma mutilado o art. 59 do CP:

Passo à dosagem das penas quanto ao delito de estelionato.

A acusada agiu com dolo intenso; possui maus antecedentes, com 06 ocorrências de delitos anteriores (fls. 27); as conseqüências do crime não foram minoradas.

Assim, fixo-lhe a pena-base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.

Inexistem agravantes e atenuantes.

⁵ Processo nº 223 01 059913-0 – 2ª Vara Criminal.

Pelo segundo crime, configurada a continuidade delitiva, aumento a pena acima no mínimo, ou seja, em 1/6, resultando ao final em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão.

Deixo de analisar as circunstâncias judiciais pelo segundo crime, pois incidido o aumento no mínimo legal, não havendo que se falar em prejuízo à defesa ou nulidade.

Deverá cumprir a pena no regime inicialmente aberto.⁶

Analisou-se apenas a culpabilidade, os antecedentes e as conseqüências do primeiro crime, ficando uma lacuna em relação à conduta social da ré, sua personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, além do comportamento da vítima. Ademais, o segundo crime tem suas particularidades, como as conseqüências, os motivos, as circunstâncias e o comportamento da vítima, e nenhuma foi analisada, sob o argumento de que não há que se falar em "prejuízo à defesa ou nulidade". Ora, para a acusação, que representa o interesse público, pode ter havido prejuízo.

Pelo que se vê da leitura de jurisprudência e doutrina, os critérios utilizados em Divinópolis são repetidos em todo o País.

É possível que, com a citação nas alegações finais de todas as exigências contidas na fase da fixação da pena-base, forçando uma análise completa na sentença, pessoas diferentes e que cometam crimes diferentes, embora com a mesma cominação legal, sejam condenadas a penas proporcionais a todas as peculiaridades definidas pelo Código.

2 – PREPARAÇÃO DO PROCESSO

Há muito os juízes já se utilizam, no cível, dos serviços de assistentes sociais e psicólogos para decidir sobre guarda, separação, tutela, cumprimento de determinações judiciais por menores etc., mas os juízes criminais só sabem duas coisas sobre o réu: sua FAC, os antecedentes criminais na comarca e as informações, invariavelmente resumidas, trazidas aos autos pelas testemunhas não presenciais de defesa, que na maioria das vezes nada acrescentam para enriquecer o processo. Quando ocorrem exceções, o fato refere-se raramente ao réu e à vítima, mas quase sempre ao crime. As testemunhas arroladas pela defesa, mesmo se tratando de um criminoso contumaz, conseguem encontrar qualidades para ressaltar, dizendo nada saber que desabone sua conduta.

Os juízes pouco sabem também sobre as conseqüências do crime. Costumam fazer tal apreciação somente em crimes contra o patrimônio, limitando-se às conseqüências materiais.

⁶ Processo nº 223 99 032105-9 – 2ª Vara Criminal.

Atualmente, para dois crimes previstos no mesmo dispositivo do Código Penal, se totalmente diferentes em 7 itens do artigo 59 do mesmo Código, mas sendo ambos os réus primários e sem antecedentes, as penas-base na maioria das vezes serão as mesmas. O juiz só examina um item. E se assim ele não fizer, o tribunal *ad quem* reformará a sentença, se valendo do mesmo item, para reduzi-la ao mínimo.

Segundo o artigo 59 do Código Penal, para decidir

- 1 - a pena a ser aplicada dentre as cominadas;
- 2 - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- 3 - o regime prisional e
- 4 - a eventual substituição,

o juiz deverá observar:

- 1 - culpabilidade;
- 2 - antecedentes;
- 3 - conduta social;
- 4 - personalidade do agente;
- 5 - os motivos do crime;
- 6 - as circunstâncias do crime;
- 7 - as conseqüências do crime e
- 8 - o comportamento da vítima.

Observa-se que os julgamentos são feitos no escuro. Com a existência nas comarcas do serviço psicossocial as informações mencionadas nos itens 3, 4, 5, 7 e 8 poderão, em alguns casos, ser obtidas no curso do processo.

Parte das informações poderá vir aos autos também com o cumprimento pela autoridade policial do que determina o artigo 6º, IX, do Código de Processo Penal, cuja redação é a seguinte:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Sendo o serviço feito no bojo de estudo psicossocial não há dúvida de que será mais eficiente, considerando a estrutura das delegacias de polícia. Ademais, há outras informações importantes para a fixação da pena e que não estão previstas no mencionado dispositivo do CPP, como os motivos e as conseqüências do crime. Mas as comarcas têm suas limitações e cabe ao Promotor de Justiça encontrar um caminho para suprir as falhas processuais. Nada impede que mais informações sejam acrescentadas ao inquérito policial - ou ao TCO, se for o caso -, por requisição do Ministério Público, mesmo após o oferecimento da denúncia e que, com o tempo, virão naturalmente, sem necessidade de requisição posterior. Poderão ser solicitadas informações também, a critério do Promotor de Justiça, ao juízo cível, para verificação da personalidade e da conduta social do agente em casos de falência, guarda, alimentos, separação judicial, perda do poder familiar etc.

Assim, o inquérito policial, o estudo psicossocial e solicitações ao juízo cível poderão trazer aos autos informações importantes sobre a **conduta social** do agente e sua **personalidade**, além dos **motivos** e das **conseqüências do crime** e do **comportamento da vítima**, que se somarão às outras três circunstâncias judiciais que sempre são informadas.

Vejamos a importância daquelas que destacamos.

2.1 – CONDUTA SOCIAL

A conduta social, segundo Júlio Fabbrini Mirabete, in Manual de Direito Penal, 1997, 12. ed., p. 288, citado por Alberto Silva Franco e outros, diz respeito

aos diversos papéis desempenhados pelo agente junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar etc.⁷

O saudoso Celso Delmanto tem uma definição parecida. Segundo ele, a conduta social do agente

abrange seu comportamento no trabalho e na vida familiar, ou seja, seu relacionamento no meio onde vive.⁸

2.2 – A PERSONALIDADE DO AGENTE

Sobre a personalidade do agente, trazem à tona Alberto Silva Franco e outros a lição de Aníbal Bruno, após breve introdução:

Entre os fatores determinantes da pena, o legislador indicou a 'personalidade' do agente. Que vem a ser 'personalidade'? Segundo Aníbal Bruno (Diritto Penale, 4^a ed., VIII/154, 1984), 'é todo

⁷ Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, 1997, 6 ed., RT, p. 897.

⁸ Código Penal Comentado, 1988, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 97.

complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano'. Não se trata, como é evidente, de um conceito jurídico, mas, sim, de matéria explorada em outros campos do saber e, em especial, na psicologia, na psiquiatria e na antropologia. Não cabe uma investigação em profundidade da área do significado do conceito, mas é indubitável que a 'personalidade não acomoda à idéia de algo fixo, imutável, não subordinado às condições cambiantes do meio ambiente. Como observa ainda Aníbal Bruno, 'a consideração da personalidade do criminoso impõe a de seu meio circundante, das condições em que se formou e em que vive. Encontraremos aí muito elemento para discerni-la e explicá-la, porque sabemos que a personalidade não é uma figura estática, uma vez por todas definida, mas resulta de um processo contínuo, em que sobre o herdado se vai enxertando, para completá-lo ou modificá-lo, o adquirido através do curso da existência, sob as pressões estimulantes ou traumatizantes do meio no qual se trava o debate da vida. O mundo circundante permanente e o mundo circundante ocasional dentro do qual fez eclosão o episódio criminoso'. O exame da personalidade permitirá ao juiz verificar em que medida o comportamento criminoso é reflexo dela, tornando-o mais ou menos reprovável.⁹

Damásio Evangelista de Jesus leciona que:

a expressão personalidade é empregada pelo CP como conjunto de qualidades morais do agente. É o retrato psíquico do delinqüente, incluindo a periculosidade.¹⁰

2.3 – OS MOTIVOS DO CRIME

Os motivos do crime não têm a obviedade que muitos tentam impingir.

Segundo Damásio, o Código também se refere aos motivos determinantes do crime, que correspondem ao 'porquê' da prática da infração penal. Ex.: sentimento de honra ferida, revolta contra um ato injusto, amor à família ou à Pátria, gratidão, prepotência, cobiça, vingança, amor, luxúria, malvadez etc.¹¹

Merecem tratamento diferente o estudante de escola particular que, para comprar roupas de grife, vende drogas, e o favelado, que o faz para obter dinheiro para

⁹ Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, 1997, 6 ed., RT, p. 898.

¹⁰ Comentários ao Código Penal, 2º Volume, 2 ed., 1986, p. 616.

¹¹ Idem, ibidem.

sustentar a mãe doente. Ambos deverão ser condenados, mas as penas-base, considerando apenas os motivos dos crimes, deverão ser diferentes.

2.4 – AS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME

As conseqüências do crime, da mesma forma, não podem ser definidas por suposição. O autor de um crime sujeita-se às conseqüências de seu ato ao receber a pena. As conseqüências, assim como integram o crime – a mesma conduta pode resultar em crime e em tentativa, por exemplo -, integram a pena. Vejamos um exemplo dado pela jurisprudência:

Outro aspecto que não pode escapar à argúcia do julgador é a conseqüência do crime, o mal causado pelo latrocínio. Provado está que a vítima era casada, deixando viúva e seis filhos, um destes tendo sofrido trauma psíquico. Tal situação, mercê da singularidade que apresenta, deve ser encarada na aplicação da pena, porque é um dever imposto ao julgador, diante dos ditames do art. 42 do CP (atual art. 59), que dá os lineamentos a serem observados na fixação da pena.¹²

Magalhães Noronha manifestou-se com profundidade sobre o assunto, embora em poucas palavras, ao abordar os efeitos produzidos pela ação criminosa:

o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano, que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade, o sentimento de insegurança provocado nesta e outros efeitos ainda que mais afastados (Magalhães Noronha, Direito Penal, 31 ed., 1995, vol. I/245).¹³

¹² TJSP – AC – Rel. Hoepner Dutra – RJTJSP 35/271.

¹³ Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, 1997, 6 ed., RT, p. 900.

2.5 – COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

O comportamento da vítima, ao contrário do que vem à mente em princípio, quando se pensa no indivíduo que ostenta dinheiro ou na mulher que se comporta de forma provocante, não merece estudo apenas com a finalidade de beneficiar o réu. Celso Delmanto, logo após a reforma de 1984, que acrescentou ao Código Penal a circunstância judicial aqui em foco, já ressaltava:

Comportamento da vítima: Também pode refletir-se na censurabilidade da conduta delituosa. À primeira vista, parece que este dispositivo apenas serve para abrandar a sanção penal. Todavia, o CP brasileiro, ao contrário do que faz o português, não considera o comportamento da vítima como atenuante, mas o inclui entre as circunstâncias judiciais. Assim sendo, em nossa opinião, o comportamento do ofendido deve ser apreciado de modo amplo no contexto da censurabilidade do autor do crime, não só diminuindo, mas também aumentando-a, eventualmente.¹⁴

Acrescente-se que ao Promotor de Justiça interessa somente a verdade. Se a busca de informações sobre o comportamento da vítima resultar em benefício para o réu, estará, da mesma forma, sendo feita justiça.

2.6 - O ESTUDO PSICOSSOCIAL

As informações para exame das circunstâncias judiciais acima mencionadas poderão ser obtidas em estudo psicossocial, por não estarem, de modo geral, disponíveis nos autos.

A alegação de falta de tempo e de verbas não se justifica. Trata-se de decidir sobre a segurança da sociedade e sobre a pena justa a ser aplicada ao réu. Se necessário, que sejam feitas gestões pelos órgãos da Administração Superior no sentido de se obter do Judiciário o aumento do número de profissionais com qualificações para o serviço a ser prestado. É possível até que tal providência nem seja de tão grandes proporções, pois o estudo psicossocial já é feito na fase de execução da pena. Sendo realizado antes, poderá ser utilizado o mesmo laudo para a fixação e, posteriormente, para a individualização da pena e análises de benefícios. O número de estudos somente será maior devido aos casos em que haverá absolvições e àqueles em que o condenado não será preso.

Assim, ao oferecer a denúncia, poderia o Promotor de Justiça requerer a realização de estudo psicossocial, a ser feito como uma das peças de instrução do processo, ficando a critério do membro do *parquet*, no entanto, a tomada de outras providências para atingir o mesmo objetivo.

¹⁴ Código Penal Comentado, 1988, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 98.

3 – A OBJETIVIDADE NAS ALEGAÇÕES FINAIS

As alegações finais, salvo raras exceções, terminam com o pedido de condenação nos termos dos dispositivos legais invocados, mas sem requerer a apreciação de todas as circunstâncias judiciais, especificando aquelas que devem agravar a pena-base. Tal omissão, ao ser mantido o foco apenas na condenação, deixa o juiz à vontade para fixar a pena também de forma omissa, por estar o magistrado, com o simples ato de condenar, atendendo aparentemente ao pleito ministerial.

Nesse sentido, é bem intencionado o modelo de sentença apresentado por Fernando da Costa Tourinho Filho, que passa por todas as exigências do artigo 59 do CP, depois pelas agravantes e atenuantes e, enfim, considera as causas de diminuição e de aumento. O crime é o previsto no artigo 129, § 1º, inciso I, do CP, cuja pena é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos:

Passo a dosar-lhe a pena. A vida anteacta do acusado em nada o recomenda (conduta social). Por duas vezes foi condenado nesta Comarca (antecedentes). Sua personalidade está a mostrar um homem insistentemente voltado para o crime (personalidade). Foi intenso o dolo (culpabilidade). Por uma nonada (motivo), agrediu violentamente a vítima (circunstâncias). Esta nada lhe fizera (comportamento da vítima). As conseqüências do crime foram de relevo, uma vez que a vítima ficou praticamente impossibilitada de trabalhar por alguns dias (conseqüências do crime). Assim, atento para as diretrizes do art. 59 do C. Penal, fixo a pena-base em dois anos de reclusão. É ele reincidente. Assim, tendo em vista a circunstância estabelecida no art. 61, inc. I, do mesmo estatuto, elevo a pena para 2 anos e 2 meses de reclusão, que torno definitiva, à míngua de causa de especial aumento. Deverá ele iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, consoante dispõe o art. 33, parágrafo 2º, "c", do CP (as observações feitas entre parênteses são nossas).¹⁵

Não é difícil, perceber, entretanto, que o modelo apresentado, ao pretender o autor ser fiel à prática forense, resente-se da falta de informações, principalmente no que se refere à conduta social e à personalidade do réu, que não são apreciadas com base em informações, mas em suposições.

Analisando uma decisão real, em que a juíza demonstra o desejo de examinar todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, verificamos que as lacunas existentes nos processos são lamentáveis. A Dra. Andréa Barcelos Ferreira Camargos

¹⁵ Prática de Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho Filho, 11 ed., São Paulo: Jalovi, 1986, p. 271.

Faria, do Juizado Especial Criminal de Divinópolis, assim fixou a pena-base em um caso de crime previsto no artigo 147 c/c o art. 61, I, ambos do Código Penal:

Atenta ao critério trifásico para fixação da reprimenda, passo ao cálculo da mesma.

Culpabilidade normal, tendo em vista que o Réu agiu livre de circunstâncias que pudessem alterar sua potencial consciência da ilicitude do fato, sendo-lhe, ainda, exigível comportamento diverso.

Antecedentes que não podem prejudicar o Acusado, já que a única condenação transitada em julgado é aquela ensejadora da reincidência e que será levada em conta no momento adequado.

Conduta social e personalidade sem elementos para avaliação.

O motivo do crime não foi revelado.

As circunstâncias da infração não desfavorecem o Réu, já que aquela foi praticada em momento de nervosismo e descontrole relacionados à prisão.

Não houve conseqüências outras do delito, salvo aquela ínsita ao tipo penal, qual seja a de a vítima ter efetivamente se sentido ameaçada.

O comportamento desta última em nada contribuiu para o crime.

Diante disso, tenho como necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime a fixação da pena-base em um mês de detenção".¹⁶

Percebe-se claramente a frustração da Juíza, que, na sentença citada, demonstra a intenção de fazer um julgamento completo, mas não dispõe de elementos para analisar a conduta social e a personalidade do réu, além dos motivos do crime. Tais informações poderiam estar nos autos se a instrução fosse mais completa, na forma aqui sugerida.

Proferida a decisão, o Promotor, quando não satisfeito com a pena, recorre. Nesse ponto, especificamente, resente-se o titular da ação penal do vácuo existente nas alegações finais. Ora, se foi requerida a condenação, somente, e essa foi obtida, não há, grosso modo, razão para recorrer. É sabido, porém, que não há ilegitimidade para tal iniciativa, pois o Promotor, discordando da pena, entende que não foi o direito aplicado corretamente ao caso concreto. O magistrado, por outro lado, não foi informado sobre a pretensão do órgão do Ministério Público.

Assim, a especificação das circunstâncias judiciais tornará mais eficiente a atuação ministerial, ao expor ao julgador o que pretende o Promotor de Justiça. O julgamento, feita a exposição, será mais completo, pois estará o juiz obrigado a examinar a argumentação ministerial, não se limitando àquela superficialidade tão repudiada pelos Promotores de Justiça.

¹⁶ Processo nº 223 02 086379-9 – Juizado Especial Criminal da Comarca de Divinópolis.

4 – REPERCUSSÃO NOS TRIBUNAIS

É sabido que nos casos em que os juízes não se limitam à fixação da pena no mínimo cominado ao crime, aplicando a Lei da forma como foi concebida, há uma tendência dos tribunais a seguir a tradição jurisprudencial e fazer a reforma. Sendo as alegações finais apresentadas na forma aqui sugerida, com as circunstâncias judiciais devidamente analisadas pelo Promotor de Justiça, os juízes terão duas alternativas: ou manterão o padrão atual, com as omissões conhecidas, ou passarão a aplicar a Lei da forma adequada a cada caso. Em uma e em outra hipótese poderá haver recurso; e os tribunais, para julgá-los, ver-se-ão obrigados, da mesma forma que os juízes, a analisar o processo à luz de maiores informações e a se manifestar sobre um pleito ministerial devidamente instruído e fundamentado.

5 – ÔNUS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO

É cediço que as alegações finais se tornarão mais trabalhosas, pois o Promotor de Justiça deverá expor todas as fases da fixação da pena para, com autoridade, pleitear a análise de todas as circunstâncias do crime, das agravantes e atenuantes e das causas de aumento e diminuição, com o fim de obter a cominação que considera justa. Não pode, porém, tal motivo ser óbice à consecução das tarefas ministeriais. Somente quem nunca foi Promotor de Justiça poderia imaginar que os membros da Instituição erigida guardiã da sociedade se furtariam à busca da aplicação justa da Lei por considerar mais trabalhosa esta ou aquela atribuição. Ademais, haverá casos em que a objetividade nas alegações finais tornará desnecessário o recurso para majoração da pena, poupando o Promotor de apresentação de recurso, a par das inexoráveis contra-razões.

6- CONCLUSÃO

1) Ao apresentar a denúncia deverá o Promotor de Justiça requerer a realização de diligências, a seu critério, preferentemente solicitações ao juízo cível, estudo psicossocial do caso e requisição à autoridade policial do cumprimento do que determina o artigo 6º, IX, do CP, com o objetivo de obter informações sobre a conduta social e a personalidade do agente, os motivos e as conseqüências do crime, além do comportamento da vítima e das demais circunstâncias judiciais que não estejam presentes nos autos, com a justificativa de que tais informações se somarão às demais para a fixação da pena-base na forma determinada pelo artigo 59 do Código Penal.

2) Ao oferecer alegações finais deverá o Promotor de Justiça analisar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, além das agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena para, mencionando-as, dar ao juiz subsídios para julgar de acordo com a pretensão ministerial.

BIBLIOGRAFIA

- MUCCIO, Hidejalma, *Prática de Processo Penal*. São Paulo: EDIPRO, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva et. al. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- JESUS, Damásio E. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- TOURINHO FILHO, *Fernando da Costa*, *Prática de Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Jalovi, 1986.

ADITIVOS

- **Item 1 da conclusão aprovado por maioria**

- **Item 2 da conclusão aprovado por unanimidade, com a seguinte redação:**

2) Ao oferecer alegações finais deverá o Promotor de Justiça analisar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, além das agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena para, mencionando-as, dar ao juiz subsídios para julgar de acordo com a pretensão ministerial, **manifestando-se ainda sobre o regime inicial de cumprimento de pena e o direito, ou não, de o réu recorrer em liberdade.**

- **Inclusão do item 3 na conclusão:**

3) Expedição de recomendação por parte da Administração Superior do Ministério público, acerca dos itens 1 e 2 da conclusão.

Combate às Organizações Criminosas

A Sociedade em Perigo Virtual *

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira
Promotor de Justiça

“As classes dominadas internalizaram o caráter violento, injusto e desigual de sua situação. Elas não vêem seu direito à segurança realizado; têm de se defender por si mesmas. Usam da violência – que, na verdade, é antiviolença, reação a uma violência anterior – como estratégia de sobrevivência e também como meio político de recuperar o que lhes foi negado ou expropriado. Vingam-se assaltando e destruindo”.

“O pluralismo das formas de racionalidade nos libertou, é verdade, das velhas hierarquias e esquemas de dominação totalitária a partir de um único tipo de exército da razão. Mas fez surgir um outro problema: como se relacionam entre si as várias formas de racionalidade?”

(Leonardo Boff – “A Voz do Arco-Íris” - , editora Letraviva Editorial).

1. Introdução e visão panorâmica do tema

No Brasil, a segurança pública tem sido alvo da maior preocupação da sociedade e classe política. Diante da escalada da violência urbana, as classes políticas levantam a bandeira do combate ao crime, do desarmamento, do aumento de penas, de repressão as organizações criminosas etc.

Ocorre que a segurança pública sempre deveria estar nos planos governamentais e não apenas após episódios que causam clamor público.

O artigo 144 da CF/88 é taxativo ao impor que a segurança pública é de responsabilidade de todos:

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

*** Tese aprovada por unanimidade com aditivos às conclusões**

O Decreto nº 3.897, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências

Mas o Brasil é assim. É preciso acontecer crimes que causam perplexidade nacional para que o tema seja posto em debate, muitas vezes sem qualquer repercussão no mundo jurídico. Como exemplos, podemos citar a morte de duas pessoas metralhadas num cinema, por um estudante de medicina, no Shopping Morumbi, em São Paulo/SP(novembro de 1999); a morte da professora Geísa Gonçalves, seqüestrada num ônibus no Rio de Janeiro, numa ação isolada de um policial que, ao invés de acertar o meliante, acabou por matar a refém (junho de 2000); a rebelião coletiva nos presídios de São Paulo/SP, lideradas pelo PCC(Primeiro Comando da Capital- fevereiro de 2001); a fuga cinematográfica de dois condenados em São Paulo/SP, através de um helicóptero; o crescente número de seqüestros em São Paulo, entre eles de políticos, tendo inclusive resultado na morte do Prefeito de Santo André/SP(Celso Daniel-janeiro/2002); a morte do Prefeito de Campinas(Toninho do PT).

E, o mais incrível disto tudo, no Rio de Janeiro, moradores dos morros do querosene e de São Carlos incendiaram dois ônibus, quatro carros e moto, na Zona Norte, em protesto ao “seqüestro” de um traficante (Alex André – “Dedé” - membro da facção Terceiro Comando) e líder comunitário na região. Este “seqüestro” teria sido feito por policiais militares que teriam pedido resgate de R\$ 500 mil e segundo fontes da imprensa, teria sido pago por rateio entre as comunidades dominadas pela facção, mas o “sequestrado” não tinha sido liberado. Este exemplo é a prova maior da inversão de valores, onde a sociedade fica em favor de um traficante, que mantém programas sociais ao invés do próprio Estado ausente, enquanto que a polícia, que deveria cuidar da segurança pública, acaba por praticar crimes hediondos (extorsão mediante seqüestro).

Em Minas Gerais, um pedreiro (Roberto Edmar Urias), inocente, foi acusado e condenado por um estupro e homicídio ocorridos em Varginha, após violenta sessão de tortura, pela polícia (29 de julho de 2001).

Como se não bastasse, em Minas Gerais, o combativo Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos¹(43 anos) é executado com 15 tiros, às 14 horas, no dia 25/01/2002, por duas pessoas em uma moto XL 250/branca, quando estava parado em um sinal no Bairro Santo Antônio, Região Centro-Sul de Belo Horizonte/MG. Na direção da moto, Luciano Farah, dono da rede de postos de combustíveis adulterados “West”, sendo que na garupa, o policial militar(que fazia “bicos” de segurança para

¹ Francisco Lins do Rêgo Santos era neto do escritor José Lins do Rêgo (1901/1957), autor de “Menino do Engenho” e “Fogo Morto”, considerado um dos mais importantes escritores da fase do romance social brasileiro. Conhecido pelos amigos como “Chico Lins”, publicou em 1999, pela Editora José Olympio, a mesma do seu avô, o livro “Inventário da Noite”, com poemas escritos na adolescência. Tranquilo, seguro e obstinado, morreu defendendo a bandeira do Ministério Público, tendo atuado na área criminal e cível. Em 1986, com 27 anos, prestou concurso para o Ministério Público de Minas Gerais, ingressando e passando pelas comarcas de Jaboticatubas (primeira comarca- região metropolitana), Contagem, Juiz de Fora, Santos Dumont, Conselheiro Lafaiete e finalmente em Belo Horizonte(Promotoria Criminal e na Promotoria de Defesa dos direitos do Consumidor).

Luciano Farah), que foi o executor dos disparos. O saudoso Promotor de Justiça estava investigando a “máfia dos combustíveis adulterados e com esquemas de sonegação fiscal”. Um juiz, delegados e policiais civis estão sendo investigados por envolvimento na morte do Promotor, já que indícios de pagamentos de propinas a integrantes da Justiça (“fábrica de liminares”), para impedir o lacre a postos com combustíveis adulterados, pela máfia dos combustíveis, chegaram ao conhecimento de Lins do Rêgo. Uma força-tarefa, composta pela Polícia Federal, Polícia Militar, Polícia Civil e Ministério Público Mineiro, com comando total pelo premiado Procurador de Justiça, Exmo. Dr. André Ubaldino, bem como diversos membros do *parquet* designados para continuar as investigações iniciadas por Lins do Rêgo, foram compostos para dar celeridade ao triste episódio.

Diante da escalada de seqüestros no Brasil, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou medida provisória alterando as atribuições da Polícia Federal (artigo 144, §1º da CF/88), para incluir investigações sobre seqüestros e outros crimes.

Para se ter uma idéia da força das “Empresas do Crime”, em São Paulo, no ano de 2001, 238 policiais militares foram expulsos da Corporação; 523 presos fugiram dos estabelecimentos prisionais; 72 agentes penitenciários foram afastados por facilitação de fuga. O seqüestrador mais temível (Andinho) ainda não foi capturado. A facção – Primeiro Comando da Capital -, conta, a nível nacional, com 70.000 membros, sendo 60.000 presos e 10.000 gozando a liberdade, segundo estatística do advogado do grupo, exibida no programa Fantástico (Rede Globo de TV).

Com base neste prisma de miséria humana, desemprego e falta de políticas sociais, surge com toda força as Organizações Criminosas, através do fenômeno do “clientelismo”, prática antiga, também presente em campanhas eleitorais. Segundo o professor Fernando Capez (“Lei do Crime Organizado”, p.9, apostila do Curso MPM, 2ª edição, 1997),

“a negligência do Estado e das elites proporciona o surgimento de uma imensa camada de miseráveis, vivendo abaixo da condição de pobreza. Pessoas sem esperança e sem perspectivas que, portanto, nada têm a ganhar ou a perder. Aproveitando-se dessa situação de miséria humana, as organizações criminosas passaram a atuar como prestadoras de serviços sociais, em substituição ao Estado ausente. Surge um ‘Estado’ dentro do Estado, o que permite a essas organizações obterem legitimação popular e camuflarem-se no meio da imensa multidão sem rosto”.

Especialistas em segurança pública, reunidos no “Seminário Internacional – Mapeamento de Crime e Policiamento Comunitário”, em Belo Horizonte/MG, de 27 a 29/01/2002, que reuniu as polícias de vários países, concluíram pela ineficiência do setor de inteligência das polícias, que sequer é integrado a nível nacional.

Uma das maiores autoridades da área, a professora de antropologia da Universidade Federal do RJ, Alba Zaluar, destacou que as organizações criminosas atuam em redes cada vez mais complexas e violentas, pois as quadrilhas de roubo de

carga se relacionam com as de tráfico de drogas, que mantêm contato com as de contrabando de armas e assim, as ramificações criminosas vão se espalhando por toda a sociedade.

As investigações sobre as Organizações Criminosas devem ser semelhantes a um jogo de xadrez, pois a Polícia Judiciária deve conhecer as peças, as regras de cada facção, quais são as principais peças e quais as medidas que poderão desestabilizar o grupo.

Segundo a professora,

“a ditadura reforçou o papel repressivo da força policial. Os sistemas de investigação e planejamento foram desmontados e ainda enfrentam dificuldade para se recuperar. Essa fraqueza facilitou o surgimento de grupos, principalmente a partir do final da década de 80”.

Associado a isto, onde a presença do Estado se esvaziou, sem qualquer política contra o desemprego e problemas sociais, o crime organizado se estruturou, a ponto de ficar mais forte que o próprio Estado, que pela corrupção e falta de crescimento, se viu refém das máfias estruturadas, com lavagem de dinheiro etc.

Portanto, diante da globalização da economia, o Estado brasileiro se deu conta das Organizações Criminosas, que se infiltraram em todos os setores, desde a década de 1950, com reforço em 70 (membros da ditadura militar – “Operação Condor”). Na década de 90, tornou-se uma atividade bem lucrativa, chegando a abalar e até anular as economias de alguns setores.

Ademais, a legislação anacrônica e o Judiciário moroso contribuíram para o crescimento das organizações criminosas, sabedoras da impunidade total.

Neste aspecto, podemos citar que correntes do Direito Penal Mínimo, bem como correntes favoráveis a progressão em crime hediondo, sob arguta sofista de que o “Estado nada conseguiu com o aumento das penas e com a lei dos crimes hediondos”, ganharam força nos Tribunais, quando na verdade o problema sempre foi de Política Penitenciária (falta de estabelecimentos prisionais adequados) e Política Criminal (investimentos em trabalhos internos etc). O descompasso do Direito Penal Mínimo com os anseios da sociedade são visíveis, pelo próprio aumento da criminalidade.

Mas isto não significa que deve haver um Direito Penal Máximo, pois não adiantaria uma nova Constituição prever pena de morte, perpétua; aumentar as penas para determinados crimes; impedir progressão de regime; diminuir a imputabilidade penal, se ao final do processo de conhecimento, todos os condenados fugiriam pelas portas da frente, através da conspiração e corrupção.

O Marquês de Beccaria², há cerca de 200 anos, já dizia:

² **BONNESANA**, Cesare, *Del Delitti e delle pene*, 1764

“O que diminui a criminalidade não é o tamanho da pena, mas a certeza da punição”.

Assim, independentemente de Direito Penal Mínimo ou Máximo, as leis existentes devem ser rigorosamente aplicadas, principalmente para aqueles réus detentores do poder econômico e político. Após isto, com tranquilidade se aperfeiçoaria a legislação pátria.

Conforme lições da professora Denise Frossard, as organizações criminosas não são um fenômeno novo.

“Suas origens são tão antigas quanto as pirâmides do Egito e os bandos ordenados de ladrões, que pilhavam as câmaras onde eram depositados os tesouros dos faraós, ou ainda, nos bandos ordenados de ladrões, que se moviam em perseguição a Jesus Cristo, liderados por Barrabás”.

Citando a Organização Criminosa chinesa *Triad*, a Organização Criminosa japonesa *Yakuza*, o crime organizado na Grã-Bretanha, o crime organizado na Escócia, a Organização Criminosa *Camorra* (Espanha e Itália), a Organização Criminosa *Black Hand* (Itália e EUA), a origem da Máfia, a Máfia de New York e Chicago e o Sindicato do Crime nos EUA, a professora Frossard conclui que

“a diferença palpável entre manter as mãos limpas e biblicamente lavar as próprias mãos reside na adoção imediata de ações concretas com base na reestruturação legislativa criminal, inclusive de cunho constitucional, de molde a instrumentalizar, com a seriedade que este grave momento exige, o Poder Judiciário a punir atividades que sequer são consideradas criminosas, como a lavagem de dinheiro³ proveniente não só do tráfico de entorpecentes, mas também dos crimes conhecidos como do “Colarinho Branco”, geralmente praticados por banqueiros, empresários, investidores do mercado financeiro etc. Também não se pode deixar de mencionar ao menos a necessidade de criação de um programa sério de proteção a testemunhas, imprescindível, e ainda, a possibilidade de beneficiar, sob a chancela judicial, aqueles criminosos que porventura venham efetivamente a colaborar com a Justiça, com resultados positivos”

Sem dúvida alguma, Denise Frossard, conhecida nacionalmente pela prisão do bicheiro Castor de Andrade, no RJ, quando ainda julgava, influenciou o advento das Leis 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 9.807/1999 (Lei de Proteção a testemunhas, regulamentada pelo Decreto 3.518, de 20.06.2000, DOU 21.06.2000) e as Leis do Crime Organizado, prevendo a delação premiada, inclusive (Leis 9.034/95 e 10.217/2001).

³ Na época da palestra (1996), a lavagem de dinheiro não era crime, sendo que a mesma influenciou o advento da Lei nº 9.613/98 (Lei da “lavagem de dinheiro”).

A origem, no Brasil, de uma legislação sobre o crime organizado, contudo, teve o seu marco com a vinda de juízes italianos no Brasil, para retratar a experiência do Judiciário Italiano contra as conhecidas máfias, o que ficou conhecido como “Operações Mãos Limpas”.

O legislador brasileiro, encantado com os resultados obtidos na Itália e com as palestras dos juízes no Brasil, resolveram simplesmente copiar, na íntegra, aquele modelo italiano, sem se preocupar com a técnica legislativa, conceituação legal, princípios processuais brasileiros referentes a investigação policial etc.

Desta forma, a Lei 9.034/95 nasceu praticamente inaplicável, para muitos juristas de renome, sendo taxada de inconstitucional em diversos dispositivos. Um exemplo claro disto está na “*possibilidade do juiz, de ofício, agir na fase de investigações, verificando dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, quando houver possibilidade de violação de sigilo preservado pela CF/88*

ou pela lei”, obedecendo, no entanto, todo o rito do artigo 3º (sigilo etc).

Na Itália, o Procurador (membro do Ministério Público) pertence a mesma carreira do magistrado, sendo num momento próprio, facultado escolher entre a investigação/acusação (o que seria similar ao Ministério Público brasileiro) ou o julgamento propriamente dito (o que seria similar ao Poder Judiciário brasileiro), mas podendo ingerir, seja qual for a escolha, na fase investigativa, quando se tratar de Organização Criminosa, ou seja, a carreira do Ministério Público na Itália é diversa da brasileira. Primeiramente, existe um só concurso para ingresso na carreira da Magistratura e um só Conselho Superior da Magistratura. Magistrados são todos aqueles que atuam, sejam na função judicante, seja na ministerial. Não existem distinção e hierarquia entre seus membros. A peculiaridade está na possibilidade de escolha da função a ser exercida pelo recém concursado.

No Brasil, o juiz que assim age, infringe o princípio processual da imparcialidade.

A CF/88 vedou ao Juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar sua imparcialidade. Daí porque conferiu legitimidade exclusiva ao *parquet* para a propositura da ação penal pública, não recepcionando o artigo 26 do CPP, onde o magistrado agia de ofício (procedimento judicialiforme).

Assim, o princípio do *ne procedat iudex ex officio* preserva o juiz e o próprio réu, de ter um devido processo legal, longe da parcialidade ou da figura do “juiz inquisidor”, nascido na época do Império Romano, com destacada atuação na Idade Média (Santa Inquisição), sendo finalmente proscrito na Revolução Francesa. Processo inquisitivo é aquele realizado sem as garantias do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, juiz natural etc).

Conclui-se, nesta linha, que o juiz que atuar desta forma, investigando em crimes organizados, não poderá julgar, pois do contrário trocará a função judicante pela policial, subtraindo funções (artigo 144 da CF/88) e quebrando o princípio do *due process of law*, já que a colheita de prova na fase preliminar comprometeria

psicologicamente o juiz em sua imparcialidade, conforme doutrina de Fernando Capez e Luiz Flávio Gomes (obras citadas).

Vê-se que a Lei de combate ao Crime Organizado, ao copiar o modelo italiano sem ver a realidade processual penal brasileira, passou a ser praticamente inócua, uma “lei da caixa preta”.

Tanto é verdade que podemos citar como único exemplo de efetiva aplicação desta lei, desde o seu advento, com resultados práticos, apenas o desmantelamento da conhecida “máfia dos fiscais”, na cidade de São Paulo/SP, fato ocorrido no início de dezembro de 1998. Formou-se em São Paulo a primeira força-tarefa do Brasil contra o crime organizado, copiada do modelo norte-americano, contando com a presença de 5 Promotores de Justiça, 8 Delegados, 100 agentes policiais (detetives, investigadores, peritos etc), fiscais de Secretaria da Fazenda, agentes da Receita Federal e membros do Ministério Público de outras áreas (Promotoria da Cidadania, de Licitação e Urbanismo etc).

De 1993 a 1999, esta máfia, que agia com vereadores e membros do Executivo Municipal (ápice da estrutura hierárquico-piramidal), funcionários públicos de alto escalão até de menores escalão, até os administradores regionais (base da estrutura – verdadeiros “gerentes”), atingiu mais de 80% da Administração Pública Municipal de São Paulo e revelou, por levantamento de economistas, um prejuízo à cidade de **13 bilhões de reais**. Para se ter uma idéia, o orçamento da cidade de São Paulo, por ano, é de mais ou menos 7 bilhões de reais, o que prova que esta máfia consumiu quase dois orçamentos pelo ralo, neste período.

Dados de 2001 revelam que cerca de 160 pessoas foram processadas criminalmente, mais de 65 condenados, centenas de investigadas; mais de 300 indiciadas; 120 Inquéritos Policiais em andamento e 1.100 funcionários públicos afastados, exonerados ou demitidos do serviço público municipal de SP.

Este foi o resultado do investimento no Grupo Especializado no Combate ao Crime Organizado, do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Na legislação brasileira, numa visão panorâmica, as Leis 9.034/95 e 10.217/2001, tratam do “Crime Organizado”, tendo como objetos:

- a) equiparação do “crime organizado” com o crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), pelo artigo 1º da Lei 9.034/95, com ampliação pela Lei 10.217/2001;
- b) impossibilidade de Liberdade Provisória com ou sem fiança;
- c) impossibilidade de recurso de apelo de sentença condenatória em liberdade;
- d) possibilidade de identificação criminal, independentemente da identificação cível;
- e) prazo para encerramento da instrução criminal de 81 dias (réu preso) e 120 dias (réu solto – prazo aqui impróprio);

- f) delação (desde que espontânea e não voluntária) premiada de co-autor ou partícipe que levar ao esclarecimento da infração e sua autoria, ou seja, redução da pena de 1/3 a 2/3;
- g) início do cumprimento da pena no regime fechado, o que gera a absurda possibilidade de progressão de regime;
- h) “ação controlada”, ou seja, momento mais adequado para intervenção policial e obtenção de prova, que resultará no “flagrante prorrogado” ou “flagrante prorrogado retardado”;
- i) possibilidade do juiz, de ofício, agir na fase de investigações, verificando dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, quando houver possibilidade de violação de sigilo preservado pela CF/88 ou pela lei;
- j) escuta ambiental e demais provas investigatórias amplas, mediante autorização judicial;
- k) infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas.

Registre-se, finalmente, que a maior autoridade sobre o assunto é, sem dúvida, o professor Luiz Flávio Gomes, que esgota a matéria em profundidade, principalmente no livro Crime Organizado, RT/SP, ficando desde já a merecida homenagem ao notório jurista.

1.1 Crítica ao termo “crime organizado” e origem do instituto brasileiro.

Em primeiro lugar, por questão técnica conceitual, a expressão “crime organizado” é descabida, pois não é o crime que se organiza, mas sim os elementos humanos que o pratica.

Assim, o que existe na realidade são ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, que praticam infrações penais.

1.2 Conceito de “Crime Organizado” e Espécies de Organização Criminosa

No Brasil, não existe uma definição, pelo legislador, do que seja “crime organizado”, tampouco “Organização Criminosa”.

O nosso legislador, de forma equivocada, na Lei 9.034/95, **equiparou** o crime organizado ao crime de quadrilha ou bando, pura e simplesmente, desconhecendo que nem toda Organização Criminosa tem as feições do artigo 288 do CP. Dizia o artigo 1º:

Art. 1º. “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.”

Assim, esta equiparação criou uma balbúrdia jurídica, até a vinda da Lei 10.217/2001 que mudou esta vertente, ou seja, modificou o conceito do artigo 1º da Lei 9.034/95 e usou a expressão “ou” para definir outros casos de crime organizado. Vejamos:

A Lei 10.217/2001 expressou:

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Com base nisto, ousou estabelecer **duas espécies** de Organizações Criminosas:

- a) **Organização Criminosa propriamente dita**, cuja origem é remota, sem todas as exigências do crime de quadrilha ou bando;
- b) **Organização Criminosa complexa** – esta, análoga ao crime de quadrilha ou bando, mais um *plus* especializante.

Ambas tem as penas do crime do artigo 288 do CP.

Perante a legislação brasileira, a organização criminosa foi equiparada, inicialmente, ao crime de quadrilha ou bando (artigo 1º da Lei nº 9.034/95).

O professor Fernando Capez sustentou, com razão, que a equiparação era inadequada, pois

*“a quadrilha ou bando é um agrupamento sem qualquer sofisticação, complexidade ou estruturação diferenciada. Inclui-se no gênero ‘criminalidade massificada’...
Organização Criminosa é algo muito mais complexo que quadrilha ou bando. Integra o gênero ‘criminalidade sofisticada’ e requer um número maior de requisitos para sua existência”.*

Com base nisto, o festejado autor Luiz Flávio Gomes sugeriu a interpretação sistemática do artigo 1º da Lei 9.034/95, de forma a diferenciar o crime de quadrilha ou bando de organização criminosa, razão pela qual os meios operacionais das Leis do Crime Organizado somente se aplicarão para este e não para uma simples quadrilha ou bando.

Assim, o professor sustentava que haveria duas posições:

1ª - todo o crime de quadrilha ou bando (art.288 do CP) seria sinônimo de Organização Criminosa, pela interpretação gramatical ou literal do artigo 1º da Lei 9.034/95. Portanto, “quadrilha ou bando” apenas foi rotulada com outro nome (Organização Criminosa).

Veremos que com a nova redação do artigo 1º da Lei 10.217/2001, esta corrente servirá para definir a Organização Criminosa propriamente dita, exceto em relação ao elemento objetivo do tipo, pois bastará duas ou mais pessoas;

2ª - Organização Criminosa teria sua base mínima nos requisitos do crime de quadrilha ou bando (ou seja, reunião de mais de três pessoas, estabilidade ou caráter permanente do agrupamento e finalidade de praticar reiteradamente crimes – crime formal), além de um “*plus* especializante”, tornando-o um crime de tipo doloso aberto, que somente estará configurado se o magistrado verificar, no caso concreto, a existência de no mínimo três das seguintes características (elemento normativo do tipo)⁴:

2.1 – **previsão de acumulação de riqueza indevida** (basta o intuito do lucro ilícito ou indevido, pouco importando se efetivamente acumulou-se);

2.2 – **hierarquia estrutural** (poder estruturado de forma vertical, do tipo piramidal, até chegar ao comando central, o que torna difícil a identificação do líder, já que as informações chegam na base de forma compartimentada, bem como o líder não executa o serviço, apenas funciona como autor intelectual);

2.3 – **planejamento do tipo empresarial** (fachada de empresa lícita, com quase todas as características desta, como recrutamento e pagamento de pessoal, programação de fluxo de caixa, estrutura contábil, registro de atividade lícita para encobrir a ilícita, etc);

2.4 – **uso de meios tecnológicos sofisticados** (uso da telemática, comunicação por cabos, satélites, aparelhos pré-pagos que impedem o rastreamento, gravadores pequenos com poder de captação de som a longa distância, armas bélicas, veículos equipados etc);

2.5 – **divisão funcional de atividades** (especialização de atividades, parecido com organizações paramilitares ou terroristas, com recrutamento, trotes ou provas de fogo para ingressar e provar fidelidade, treinamento, possibilidade ou não de ascensão na estrutura hierárquico etc);

2.6 – **conexão estrutural com o Poder Público** (agentes públicos ou políticos integram essas organizações por medo, corrupção, chantagem etc. É comum essas organizações contribuírem, como destaca Capez, maciçamente em campanhas eleitorais, “*criando fortes vínculos de mútua dependência com líderes governamentais*”, “*criando uma barreira intransponível na qual o Estado não consegue penetrar*”, chegando ainda na possibilidade de financiamento de estudos para membros ingressarem em concursos públicos ou mandatos eletivos);

⁴ Esta segunda corrente, com o advento da nova redação do artigo 1º da Lei nº 10.217/2001, servirá para conceituar a **Organização Criminosa Complexa**.

2.7 – **ampla oferta de prestações sociais** (fenômeno do clientelismo, em face do Estado ausente ou omissor nas questões sociais e assistenciais, dando legitimidade popular às ações das organizações, em face do sentimento de miserabilidade e abandono popular);

2.8 – **divisão territorial de atividades ilícitas;**

2.9 – **alto poder de intimidação**(esse poder chega a intimidar, calar ou omitir até as próprias autoridades e poderes constituídos, infundindo medo em todos e preservando a impunidade);

2.10 – **real capacidade para a fraude difusa** - uso de meios fraudulentos, mediante meios morais (ardil) e/ou materiais (artifício), dificilmente perceptíveis (“invisibilidade”), como lavagem de dinheiro, “criminalidade dourada” (colarinho branco), simulações, fraudes documentais etc;

2.11 – **conexão local, regional, nacional ou internacional como outras organizações.**

Portanto, com a alteração do artigo 1º da Lei 10.217/2001, o legislador não quis apenas cuidar da Organização Criminosa complexa, mas aquela que também é nociva a sociedade.

Assim, teremos:

I - Organização Criminosa propriamente dita, cuja origem é remota, bastando os requisitos mínimos do crime de quadrilha ou bando(art.288 do CP), exceto a exigência de 4 ou mais pessoas, ou seja, bastará:

- a) reunião de duas ou mais pessoas, já que o artigo 1º da Lei 10.217/2001 também cuida das *associações criminosas de qualquer tipo*;
- b) estabilidade ou caráter permanente do agrupamento;
- c) finalidade de praticar reiteradamente infrações penais.

Nota-se que na Organização Criminosa propriamente dita não há exigência dos requisitos especializantes.

II - Organização Criminosa complexa – esta, análoga ao crime de quadrilha ou bando, com requisitos especializantes, da forma preconizada pelo professor Luiz Flávio Gomes.

1.2.1- Conceito norte-americano (Estados do Mississippi e da Califórnia)

Nos EUA, na década de 50, surge um primeiro conceito, a nível Estadual (Estado do Mississipi, já que o direito penal e processual penal norte-americano compete ao Estado) de Organização Criminosa:

“Organização Criminosa se dá em 2 ou mais pessoas conspirando para cometer crime para conseguir dinheiro em uma base contínua”.

Contudo, este conceito não satisfaz, já que deixa de lado Organizações Criminosas mais complexas.

Assim, o conceito do Estado da Califórnia é mais amplo:

“Organização Criminosa consiste em 2 ou mais pessoas que, em continuidade de propósitos, se engajam em uma ou mais atividades, em provimento de coisas ou serviços ilegais como vícios, usura, além de crimes predatórios, como furtos, roubos e ainda, extorsões, crimes de negócio restritos, terrorismo ou gangues”.

Estas duas definições norte-americanas explicam a espécie – Organização Criminosa propriamente dita, mas não a espécie - Organização Criminosa complexa (pois quando o legislador brasileiro equiparou crime organizado com quadrilha ou bando, esta tem como elemento objetivo do tipo a presença de 4 ou mais integrantes, sendo incompatível com as definições alhures.

1.2.2 – Conceito do Grupo Especializado ao Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado de São Paulo.

No Estado de São Paulo, o Grupo Especializado de Combate ao Crime Organizado esboçou definição adequada a realidade brasileira, conforme palestra do combativo Promotor José Carlos Blat, no Encontro Regional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na cidade de Passos/MG:

“Organização Criminosa é uma organização com 2 ou mais pessoas que estão engajadas em uma estrutura hierárquico-piramidal, tendo membros que cada qual tem sua divisão de tarefas (tarefas direcionadas), contando sempre com a participação de agentes públicos e tendo como objetivo principal a obtenção de poder e dinheiro, em uma base territorial”.

Novamente este conceito se aplica apenas para a Organização Criminosa propriamente dita e não para Organização Criminosa complexa.

1.2.3 – Conceito perante a legislação brasileira

Perante a Lei 10.217/2001, que deu nova redação ao artigo 1º, podemos dizer que existe duas novas espécies de organização Criminosa:

I - Organização Criminosa propriamente dita.

Nesta, podemos assim conceituá-la:

“Organização Criminosa é uma organização com 2 ou mais pessoas que, com a finalidade de praticar reiteradamente infrações penais, em continuidade de propósitos (estabilidade ou caráter permanente do agrupamento), estão engajadas em uma ou mais atividades, visando coisas ou serviços ilegais, tais como vícios, usura, além de crimes predatórios, como furtos, roubos e ainda, extorsões, crimes de negócio restritos, terrorismo ou gangues ou similares”

Nota-se que na Organização Criminosa propriamente dita não há exigência dos requisitos especializantes, que podem até existir (um ou mais), mas não é necessário para sua configuração.

II - Organização Criminosa complexa – esta, análoga ao crime de quadrilha ou bando, com requisitos especializantes, da forma preconizada pelo professor Luiz Flávio Gomes.

Nesta, podemos assim conceituá-la:

Organização Criminosa é a composição de 4 ou mais pessoas, com estabilidade ou caráter permanente do agrupamento, em uma estrutura hierárquico-piramidal, dentro de uma base territorial, podendo estar interligada com outras organizações, num mesmo país (a nível local, regional ou nacional) ou com ramificações em outros países, tendo membros com divisão de tarefas, recebendo, na parte inferior da estrutura, informações compartimentadas do superior hierárquico, bem como contando com a participação de agentes públicos ou políticos, e, ainda, usando de ardis ou artifícios, de aparente invisibilidade (fraude difusa), como lavagem de dinheiro, uso de meios tecnológicos sofisticados, ampla oferta de prestações sociais e outros, tendo como finalidade a prática reiterada de crimes e como objetivo o poder e acumulação de riqueza indevida ou ilícita, valendo-se do alto poder de intimidação e do abuso do poder econômico.

1.3. Características das Leis de combate as Organizações Criminosas.

Seja a Organização Criminosa propriamente dita, seja a complexa, ambas tem um ponto em comum:

- finalidade de praticar reiteradamente ilícitos. Com base nisto, passa a ser possível falar-se em Organização Criminosa em contravenção, se a espécie for Organização criminosa propriamente dita. Já a Organização Criminosa complexa, pela equiparação legal do

artigo 1º ao crime de quadrilha ou bando, deixa de fora dos meios operacionais das Leis 9.034/95 e 10.217/2001, a contravenção do jogo do bicho, exceto se conexa a prática de crimes.

Curioso é que, antes da Lei 10.217/2001, a Lei 9.034/95 falava em “crime”, deixando de fora a contravenção.

Mas será que é possível falar-se em Organização Criminosa com intuito de praticar apenas **um** crime, ao invés de **crimes** (como exige a norma da quadrilha ou bando) ?

Quando o artigo 1º da Lei 9.034/95 usava a expressão “crime”, no singular, mas ao mesmo tempo prosseguia com a expressão “resultante de ações de quadrilha ou bando”, a dúvida existia.

Mas quando a Lei 10.217/2001 usou a expressão “ilícitos”, no plural, a resposta passou a ser negativa, ou seja, somente se pode usar os meios de prova das duas Leis, quando a Organização Criminosa tiver por finalidade a prática de ilícitos (leia-se ‘infrações penais’), ou seja, crimes (na Organização Criminosa Complexa) ou crime e contravenção ou contravenções ou crimes (na Organização Criminosa propriamente dita).

Ao equiparar o crime de organização criminosa complexa com quadrilha ou bando, o crime passou a ser formal, pouco importando se os crimes almejados pela organização se efetivem. Caso se efetivem haverá concurso de crimes (crime material, já que a Organização Criminosa se consuma com a simples finalidade de praticar reiteradamente crimes).

Daí porque interessante a divisão do professor Luiz Flávio Gomes em:

a) **crime organizado por natureza** – aquele que consiste na reunião de mais de três pessoas, com estabilidade ou caráter permanente do agrupamento, para o fim de cometer reiteradamente crimes, além do *plus* especializante (3 das 11 características analisadas) – É a mera formação da organização criminosa, que por si só, já é crime (artigo 288 do CP);

b)

c) **crime organizado por extensão** – é o praticado pela Organização Criminosa, ou seja, resultante de suas ações. Neste caso, haverá concurso de crimes.

Já os crimes praticado pela Organização Criminosa propriamente dita também será formal, pois tem como integrante do tipo, a finalidade de praticar ilícitos (infrações penais), ou seja, basta a finalidade.

A lei usa a expressão “versarem sobre crimes resultantes de ações”, o que sugere apenas crimes por comissão e não por omissão (ex: crimes de peculato por omissão), embora poderá haver corrente que sustentará a analogia, se considerar a Lei 9.034/95 como lei meramente processual (artigo 3º do CPP – permissão para o uso de analogia e interpretação extensiva). A expressão “meios operacionais” compreende todos meios de prova desde a fase investigativa até a sentença, na fase processual.

Problema sério é saber se a lei do crime organizado é lei processual ou mista. Para uns é meramente processual (Capez), de forma que tem aplicação imediata a todos processos que estiverem em andamento, pouco importa a data do crime (artigo 2º do CPP).

Para Luiz Flávio Gomes a lei é mista, pois em que pese regular matéria processual, atinge a liberdade do réu, logo, tem caráter de direito penal também, já que atinge o *substantial right* do acusado. Neste caso, sendo norma mista, segue as regras do Direito Penal, ou seja, não retroage a casos anteriores a lei, salvo se beneficiasse o acusado, o que não é hipótese. Assim, não retroage a Lei a casos anteriores a mesma, segundo o mestre Luiz Flávio Gomes, posição que comungo, já que a Lei 10.217/2001, ao alterar o artigo 1º da Lei 9.034/95, deixou bem firme esta posição.

A Lei 9.034/95 também prevê:

- a) acesso de dados, documentos e informações fiscais, bancárias⁵, financeiras e eleitorais, sem contudo, exigir ordem judicial, apenas na hipótese de possível quebra de sigilo (artigo 3º), quando o juiz, de ofício, faria esta tarefa. Contudo, é claro que será exigido ordem judicial, face o artigo 5º, X da CF/88 (vide artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e artigo 11, II da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbem ingerências na vida privada, todos aprovados no Brasil por decreto-legislativo). Sem ordem judicial a prova será ilícita (artigo 5º, LVI da CF/88);
- b) restrição ao princípio da publicidade, previsto no artigo 3º, como forma de segredo de justiça, no rito ali empregado. Tal restrição não é inconstitucional, ou seja, não fere o princípio da publicidade das decisões judiciais, pois a própria CF/88, no seu artigo 5º, XL permite a restrição da publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Idem em relação ao artigo 93, IX da CF/88. A defesa da intimidade do acusado, com a restrição da publicidade, será preservada, bem como o interesse público de não ser alterado os dados;
- c) o problema surge quando o artigo 3º, §4º da Lei 9.034/95 não permite a juntada dos argumentos das partes no processo, referentes a diligência

⁵ Lei que regula o sigilo bancário – Lei 4.595/64, recepcionada pela CF/88 e adequada como lei complementar. Esta lei somente permite a quebra de sigilo bancário mediante ordem judicial. Exceções a esta lei, ou seja, que pode haver quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, são:

- a) CPI – artigo 58, §3º da CF/88;
- b) Lei Orgânica do Ministério Público da União, que, por força do artigo 80 da Lei Orgânica Nacional do MP (Lei 8.625/93), se aplica subsidiariamente ao Ministério Público do Estado. O STF contudo, tem permitido a quebra de sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, sem autorização judicial, **DESDE QUE A FINALIDADE SEJA A DE APURAR DANO AO ERÁRIO, já que previsto como função institucional.**

de quebra de sigilos, o que torna o dispositivo inconstitucional(artigo 93, IX da CF/88- princípio da motivação das decisões judiciais), já que como poderá o juiz usar na sua convicção aquela diligência apartada, sem torná-la pública, já que o processo é público ?;

d) identificação criminal independentemente da cível :

A CF/88, no seu artigo 5º, LVIII determina que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em Lei. Assim, a Lei 9.034/95 é uma exceção permitida, como é a Lei 10.054/2000. Isto porque as Organizações Criminosas tem facilidade de falsificação de documentos de identidade, em face da conexão estrutural com o Poder Público. Assim, deve haver indício razoável de autoria no crime organizado, para nova identificação (criminal).

Como é cediço, a identidade é o conjunto de dados que podem ser considerados para tornar uma pessoa conhecida e individualizada, como nome, cor, sexo, altura, peso, etc.

O reconhecimento pela identidade da pessoa sofreu um processo histórico de evolução, sendo a seguinte ordem cronológica:

1º - Processo de mutilação – na história muito primitiva e nas leis muçulmanas que ainda hoje vigoram, a pessoa que fosse apontada como bandido era mutilado; o furtador tinha mutilada a mão; o estuprador, o órgão sexual etc. Assim, o reconhecimento do criminoso era pela mutilação;

2º - Ferro em brasa – por este processo de identificação, marcava-se o criminoso como gado;

3º - Fotografia (retrato do criminoso) – por este processo, a pessoa tinha seu reconhecimento pela fisionomia. A crítica era que a pessoa poderia mudar seu fenótipo, bastando crescer a barba, usar peruca etc, para dificultar o reconhecimento;

4º - Retrato falado – surgiu com Bertilon, usando o lápis e a habilidade dos desenhistas. A mesma crítica do processo acima se alinha neste;

5º - Antropometria (homem/desenho) – também surgiu com Bertilon, e consistia no registro de uma ficha contendo vários dados pessoais de uma pessoa, para individualizá-lo no meio social;

Todavia, com a explosão demográfica, este processo de identificação tornou-se obsoleto e impraticável, além de faltar espaço físico para armazenar os dados;

6º - Processo Datiloscópico (mão) – na China, Japão e na Índia era comum a utilização de desenhos na mão para impressão em contratos, cerâmicas, porcelanas etc.

Henri Fontes, que estava no Japão, viu que um bandido deixou no muro um desenho de sua mão e o que estava sendo acusado do crime tinha um desenho diferente. Publicou este trabalho numa revista até chegar ao conhecimento de DON RUAN

SUSETICHE, na Argentina, que desenvolveu um trabalho intenso até chegar ao conhecido Processo Datiloscópico de identificação.

Segundo o professor Tourinho Filho, para surgir 2 pessoas com impressões digitais iguais é necessário 4.670.337 séculos.

Esse processo de identificação é possível desde o 1º mês do nascimento até o início da putrefação.

A crítica deste processo é que existem causas que podem impedir esta identificação:

- amputação da mão;
- cicatriz profunda;
- hanseníase;
- putrefação avançada.

A CF/88, no seu artigo 5º, impõe que o civilmente identificado não poderá ser novamente identificado na esfera penal (artigo 6º, VII do CPP), salvo se houver dúvidas sobre sua identidade, como por exemplo, a existência de diversos RG's, etc.

Nesse sentido:

LVIII - o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei – as Leis que regulamentam a matéria é a Lei 9.034/95(para crimes de organização criminosa) e recentemente, a Lei nº 10.054/2000(para as demais infrações penais).

A Lei 9.034/95 foi a primeira lei a regulamentar a exceção prevista no artigo 5º, LVIII da CF/88. Em seguida, a Lei nº 10.054, DE 07 DE DEZEMBRO DE 2000 regulamentou também a matéria, assim estabelecendo:

Art. 1º O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (artigo 61, caput e parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico.

Parágrafo único. Sendo identificado criminalmente, a autoridade policial providenciará a juntada dos materiais datiloscópico e fotográfico nos autos da comunicação da prisão em flagrante ou nos do inquérito policial.

Art. 2º A prova de identificação civil far-se-á mediante apresentação de documento de identidade reconhecido pela legislação.

Art. 3º O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:

I - estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave

ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II - houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

III - o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V - houver registro de extravio do documento de identidade;

VI - o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

Art. 4º Cópia do documento de identificação civil apresentada deverá ser mantida nos autos de prisão em flagrante, quando houver, e no inquérito policial, em quantidade de vias necessárias.

Para o professor Damásio Evangelista de Jesus (publicação no Jornal Síntese nº 48 - FEV/2001, pág. 6), “somente os pobres sujarão as mãos”, já que os investigados abastados certamente argüirão a não incidência de exceções previstas em lei. Sobre a lei, diz o renomado professor:

“A relação contempla o homicídio doloso, abrangendo as formas simples, privilegiada e qualificada. Suponha-se o caso do pai que mata o raptor violento da filha. Ele, pai, ainda que civilmente identificado, deverá ser submetido ao vexame da identificação criminal, pois trata-se de homicídio doloso, mencionado no inc. I, ainda que privilegiado. Mas o raptor civilmente identificado, caso tivesse sido preso em flagrante, não sofreria a mesma humilhação, tendo em vista que o rapto violento (CP, art. 219, caput) não é crime contra a liberdade sexual, não se encontrando previsto no Capítulo I do Título VI do Código Penal (está descrito no Capítulo III).

O tipo menciona os crimes contra a liberdade sexual. Só os previstos no Capítulo I do Título VI do CP: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude (arts. 213 a 216). A locução "crimes contra a liberdade sexual" possui significado técnico e localização própria no estatuto penal, não podendo ser estendida para abranger outros delitos contra os costumes. Note-se que a norma não menciona "crimes contra os costumes", o que alcançaria todos os delitos do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234), mas "crimes contra a liberdade sexual", que se encontram descritos, com esse nomen juris, num capítulo específico do Código Penal. E, cuidando-se de dispositivo que excepciona um direito fundamental, não admite interpretação extensiva. É estranho, mas não vemos como interpretar o texto de maneira diferente. Pasmem os aplicadores do Direito: a exceção inclui o crime de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP), que dificilmente acontece, excluindo o rapto violento (art. 219).

O elenco é discriminatório, uma vez que menciona, em sua maioria, crimes geralmente praticados pela população pobre (homicídio

doloso, roubo, latrocínio, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor). Qual a razão da não-inclusão de todos os delitos hediondos, como a falsificação de medicamentos, e os assemelhados, como o tráfico de drogas e a tortura? Por que a lei incluiu a receptação qualificada e não o contrabando?

Há motivo para ficarem fora da relação os delitos de corrupção passiva, concussão, facilitação de contrabando, fraude contra o sistema financeiro, peculato, crimes contra as finanças públicas e os delitos próprios de responsabilidade?

E a "cifra dourada"? E os autores de crimes do colarinho branco? Por que não foram incluídos na imposição vexatória de "sujar os dedos"? A razão "jurídica" é simples: porque, se incluídos, ao arrumar a gravata para a foto, iriam sujar o colarinho!

Ao disparar a flecha da humilhação contra a parte pobre da população, uma vez que, lembrando o Direito Penal do Autor, a lei só alcança assaltantes, homicidas, seqüestradores e violentadores sexuais, o legislador atentou contra os princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade humana. Só os pobres vão sujar os dedos!

Não nos esqueçamos de que o restabelecimento da credibilidade da Justiça passa pela boa elaboração das leis”.

e) **Delação eficaz ou premiada** (artigo 6º da Lei 9.034/95) - Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. Cuida de causa obrigatória de diminuição da pena. Damásio⁶ entende que a lei não foi pedagógica, pois ensina que trair traz benefícios. Todavia, passa a ser um “mal necessário” para nossas realidades policiais. Portanto, a delação deve estar relacionada a um crime + ser espontânea (e não voluntária) + eficaz (nexo causal entre a delação e o efetivo esclarecimento das infrações e sua autoria). O momento adequado da delação não foi taxado pelo legislador, o que leva a suposição de que pode ocorrer a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado, caso em que a pena será reduzida via revisão criminal.

A lei usa a expressão “esclarecimento de infrações penais”, no plural, o que leva a conclusão que se a delação apenas atingir um crime, não terá a redução da pena. Todavia, o professor Damásio entende que a redução ainda será possível se atingir apenas um crime, pois a colaboração com a Justiça foi empregada.

Esta delação não guarda relação com a que visa à libertação do sequestrado (artigo 159, §4º do CP), nem tampouco com a prevista no artigo 8º, parágrafo único da Lei 8.072/90(cuja finalidade é o desmantelamento da quadrilha).

Não se pode esquecer, por outro lado, que a Lei de Proteção à testemunha, vítima e réu colaborador(Lei 9.807/99) permite a este o perdão judicial ou a redução da pena a casos de delação. Assim, os artigos 13 e 14 prevêm:

⁶ Boletim do IBCCrim n º 5, junho de 1993, p.01

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

Nota: Ver Decreto nº 3.518, de 20.06.2000, DOU 21.06.2000.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no artigo 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.:

Nestes casos citados, o Ministério Público deverá orientar, junto da Polícia Judiciária, sobre estes benefícios, para aquele que se arrependeu dos crimes, devendo, no entanto, filmar todas estas entrevistas, para evitar acusações de pressão ou de corrupção (se ver vítima deste colaborador, que pode o acusar de integrar a Organização).

- f) O artigo 7º da Lei 9.034/95 impõe que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. Isto não é inconstitucional, face a Súmula 09 do STJ, na medida em que o artigo 310, parágrafo único e 324, IV do CPP também prevêem que não caberá Liberdade Provisória quando presentes os motivos da prisão preventiva. Ora, quem age intensa e efetivamente em organização criminosa, ofende a ordem pública (paz social), além de poder prejudicar a instrução criminal, ofender a ordem econômica e impedir a aplicação do direito penal objetivo;

- g) O art. 8º da Lei 9.034/95 impõe que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto. (Redação dada pela Lei nº 9.303, de 05.09.1996). Este dispositivo acabou com a antiga redação cuja interpretação dominante era no sentido do prazo de 180 dias para o trânsito em julgado e não para o encerramento da instrução;
- h) O artigo 9º da Lei 9.034/95 determina que o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei, o que para muitos, fere o princípio da inocência, salvo se presentes os motivos da prisão preventiva;
- i) Já o artigo 10 da Lei 9.034/95 fixa que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.
- Este dispositivo permitiu a progressão de regime, acreditem. Suponhamos a existência de uma Organização Criminosa para prática de latrocínios. Por estes últimos crimes, não terá progressão de regime, em face da Lei dos Crimes Hediondos. Mas para o crime de Organização Criminosa que foi a gênese dos demais, terá a progressão;
- j) Por fim, o artigo 11 da Lei 9.034/95 permite a aplicação subsidiária do CPP, no que não for incompatível. Assim, aplicável os artigos 312 e ss.. Também aplicável o artigo 366 do CPP (salvo no caso de lavagem de dinheiro – Lei 9.613/98, artigo 2º, §2º) etc. Também aplicável a Lei 9.296/96(interceptação telefônica) e outras relacionadas a prova e meios de investigação (prisão temporária etc).

A Lei 10.217/2001, por seu turno, teve os seguintes pontos:

- a) usou a expressão Organização Criminosa, sem contudo conceituá-la, criando uma imensa confusão entre o que desejava a Lei anterior(9.034/95) e a nova(10.217/2001);
- b) criou outros meios de prova, em qualquer fase da *persecução penal*, entre eles, a captação e interceptação ambiental de sinais. eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. Assim, mediante autorização judicial, é possível o uso de microfones, câmaras de vídeo e outros instrumentos eletrônicos, de tamanhos variáveis, para ouvir conversas entre criminosos no interior de residências, comércios, indústrias, gabinetes e até repartições públicas. Instrumentos quase invisíveis passam a ser potenciais instrumentos de prova;
- c) previu a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes,

mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso V do artigo 2º acrescentado pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, DOU 12.04.2001, já que a Lei 9.034/95, curiosamente no próprio artigo 2º, inciso I, tinha sido, neste particular, vetada). A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

A expressão “inteligência” permite que agentes da Secretaria da Fazenda, da Receita Federal, da ABIN e até oficiais ou agentes do próprio Ministério Público sejam infiltrados nas Organizações Criminosas. Somente em casos extremos e imprescindíveis é que poderia ser usado este meio de prova, pois dúvidas surgirão, como:

- será que o agente infiltrado pode ficar por muito tempo na Organização Criminosa ?
- estará ele no estrito cumprimento do dever legal (excludente da ilicitude) se praticar crimes na Organização Criminosa por natureza (prevista no vetado inciso I do artigo 2º da Lei 9.034/95) e até na Organização Criminosa por extensão(já que a Lei 10.217/2001 nada falou) ? E se lhe obrigarem a praticar homicídios?
- porque o inciso I do artigo 2º da Lei 9.034/95, que foi vetado, previa a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, sem permitir, contudo, a participação em crimes cometidos pelo grupo(organização criminosa por extensão), exceção feita ao próprio crime de participação de quadrilha ou bando, cuja ilicitude ficaria excluída (organização criminosa por natureza), ENQUANTO QUE o inciso V acrescentado pela Lei 10.217/2001 prevê a infiltração de agentes, policiais e até de inteligência, mas nada diz sobre exclusão da ilicitude em organização criminosa por natureza ou em que crimes na Organização Criminosa por extensão ?

Ora, se o infiltrado não pode cometer crimes, sua identidade será certamente revelada, pois a prática de crimes é uma das primeiras medidas para ingressar na Organização, como prova de coragem e lealdade, e neste caso, a vida de um agente estaria correndo risco.

Supõe-se, assim, que para esta infiltração ser possível, da forma como prevista, somente poderá ocorrer quando os agentes policiais ou de inteligência não correrem risco de vida e nem forem obrigados a praticar crimes, o que somente pode ocorrer em algumas espécies de Organizações Criminosas propriamente ditas, jamais nas Organizações Criminosas complexas.

1.4- Modalidades de Organizações Criminosas.

Em relação a estrutura hierárquico-piramidal, podemos dizer que existem as seguintes Organizações Criminosas:

4.1 – **Organização Criminosa TRADICIONAL** – de origem remota, ligada a atividades relacionadas com jogos ilícitos, exploração de prostituição, tráfico de drogas, de armas, mantendo vínculo afetivo entre seus membros (geralmente família) e contando com a participação de agentes públicos, visando o *status* e vida fácil.

Ex: SP/SP – máfia dos chineses.

4.2 - **Organização Criminosa EMPRESARIAL** – não mantém qualquer vínculo afetivo entre seus membros, sendo que suas atividades se restringem ao poder e lucro de determinados membros, contando com a participação de agentes públicos.

Ex: Belo Horizonte/MG – máfia dos postos de combustíveis.

4.3 - **Organização Criminosa ESTATAL** – modalidade TÍPICAMENTE BRASILEIRA, onde o principal objetivo é lesar os cofres públicos, em prejuízo da sociedade. O que difere esta das outras é que a mesma é criada e desenvolvida **apenas e exclusivamente** por agentes públicos ou políticos, sem interferência de particulares.

Ex: SP/SP – máfia dos fiscais.

1.5. A nova modalidade de flagrante discricionário

Como se sabe, no Brasil, as espécies de flagrante são:

- próprio ou real(art.302, I e II do CPP);
- impróprio ou “quase flagrante”(art.302,III do CPP);
- presumido ou ficto (art.302,IV do CPP)
- recentemente, com a Lei 9.034/95, o “flagrante prorrogado” ou “prorrogado retardado”.

O **flagrante próprio** ocorre quando o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou logo após cometê-la (art. 302, I e II, do CPP).

Já o **flagrante impróprio** é o que ocorre quando o agente é perseguido, logo após a prática do ilícito penal, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração (art. 302, III, do CPP).Este flagrante deve ser combinado com o conceito de perseguição do artigo 290 do CPP, ou seja, a perseguição deve ser ininterrupta ou se interrompida, apenas por instantes para tomar informações fidedignas do paradeiro do perseguido. Assim, a expressão “logo após” poderá durar dias, desde que ocorra a hipótese do artigo 290 do CPP. O prazo, contudo, para iniciar a perseguição é tido pela Jurisprudência entre 30 minutos a algumas horas do flagrante(variando conforme os Tribunais brasileiros).

Flagrante presumido ocorre quando o agente é preso, logo depois de praticar uma infração penal, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do ilícito. (fórmula mnemônica: “PIÃO”) (art 302, IV, do CPP). A expressão logo depois é interpretada pela Jurisprudências dos Tribunais brasileiros, havendo decisões em vários sentidos, mas variando entre 30 minutos a 7 horas depois do delito.

Nesse sentido:

ROUBO – Prisão em flagrante. Segregação ocorrida sete horas após a subtração da coisa. Legalidade. Inteligência do art. 302, IV, do CPP. O fato de a prisão haver ocorrido cerca de sete horas depois da subtração da coisa não torna ilegal a prisão em flagrante, porque esse período de tempo pode ser considerado como alcançado pela expressão logo depois, mencionada no art. 302, IV do CPP. (TACRIMSP – HC 269.346/0 – 1ª C – Rel. Juiz Pires Neto – J. 05.01.1995) (RT 715/462);

HABEAS CORPUS – ESTUPRO – Pretendida declaração de nulidade ou anulação do flagrante, sob alegação de inocorrência do estado de flagrância e ausência de perseguição iniciada no local do evento. Flagrante revestido das formalidades legais. Ordem denegada. As expressões logo depois e logo após empregados nos incisos III e IV do artigo 302 do CPP devem ser entendidas segundo as peculiaridades de cada caso, o que exige flexibilidade de interpretação. (TJSC – HC 11.493 – 1ª Câm. Crim. – Rel. Des. Genésio Nolli – DJSC 20.04.1994).

Mas o que se entende por “flagrante prorrogado” ou “flagrante prorrogado retardado” do artigo 2º, II da Lei nº 9.034/95, que é sinônimo de “ação controlada” ou de “flagrante discricionário” ?

“Flagrante prorrogado retardado” (Damásio) ou “prorrogado” (Luiz Flávio Gomes), é aquele previsto no artigo 2º, II da Lei nº 9.034/95, na qual, em se tratando de crimes de organização criminosa, a lei permite ao policial retardar uma prisão em flagrante (“ação controlada da Autoridade Policial), para chegar primeiro a organização criminosa.

Ex: A Polícia Federal investiga uma grande organização criminosa de cocaína e heroína no Brasil, que tem ligações com o Cartel de Cali. Todavia, após interceptar uma ligação telefônica, a Polícia se dirige a um depósito abandonado, local do encontro de um dos membros da quadrilha e presencia um homicídio. Assim, para não flagrar de plano aquele homicídio, o que redundaria na descoberta pela Organização Criminosa que está sendo investigada, a Polícia Federal, com base nesta lei, pode prorrogar o flagrante, ou seja, pode continuar investigando e quando conseguir desmantelar a organização criminosa, voltará no tempo e prenderá em flagrante o autor daquele homicídio.

Esta última espécie de flagrante é de duvidosa constitucionalidade, mas sequer foi objeto, até então, de Ação Direita de Inconstitucionalidade.

Aproveitando o tema flagrante, em relação as modalidades doutrinárias de flagrante, temos:

- flagrante forjado;
- flagrante preparado;
- flagrante esperado.

Flagrante forjado é aquele onde o responsável pelo flagrante “forja”, “cria” ou “planta” uma situação inexistente, apenas para incriminar o indigitado preso em flagrante.

Assim, se por exemplo um agente policial coloca substância entorpecente num carro de uma pessoa inocente ou mesmo suspeita de integrar uma Organização Criminosa, apenas para incriminá-la, responderá pelo porte de substância entorpecente + abuso de autoridade + denúncia caluniosa, pois esta modalidade é vil, abjeta e fere todos os princípios constitucionais do cidadão e da ordem jurídica pátria.

Flagrante preparado ou provocado, também conhecido como “crime de ensaio, de experiência ou de delito putativo por obra do agente provocador”, é aquele em que o agente é induzido (esta é a palavra-chave) à prática da infração penal, ao mesmo tempo em que são tomadas as providências para a sua não consumação, como por exemplo, o aviso à polícia, a qual põe seus agentes de sentinela, para apanhar o autor no momento da prática ilícita.

Portanto, flagrante preparado é o flagrante ocorrido por força do induzimento do meliante à prática delitiva, influenciando a polícia ou outrem em seu animus.

Como é cediço, no nosso sistema jurídico pátrio, não é possível tal figura, como ocorre nos Estados Unidos da América, pois o induzimento da milícia para o agente cometer a infração penal exclui a vontade da conduta e conseqüentemente, o fato típico.

Por este motivo, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, Corte Máxima Judiciária brasileira, sumulou:

Súmula 145 do STF:

“Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”.

Mutatis mutandis, a Egrégia Casa entendeu que no flagrante preparado, como os meios empregados e o objeto material jamais poderiam levar à consumação da infração penal, materializa-se o crime impossível (art. 17 do estatuto repressivo). Corolário, no Brasil não é possível a modalidade de flagrante preparado.

Flagrante esperado, pelo contrário, é aquele que a Polícia ou outrem legitimado não influi na vontade do autor do crime e sim, sabendo que o mesmo irá praticá-lo, espera o momento oportuno para surpreendê-lo.

Nesta modalidade, não há induzimento para que o meliante cometa o crime e sim, este o comete de forma livre, sem saber que um flagrante lhe espera. Esta modalidade é permitida no Brasil.

Ex: Câmeras em Supermercados, onde há aviso de filmagem, bem como em estabelecimentos bancários etc.

Nesse sentido:

PRISÃO EM FLAGRANTE – FLAGRANTE ESPERADO – PRISÃO DOMICILIAR – Não decorrendo a prática delituosa de induzimento ou provocação da autoridade policial, que apenas assenhoreou-se de informações que possibilitaram a prisão em flagrante, tem-se por caracterizado o flagrante esperado, e não o preparado.... . (STJ – RHC 640 – PB – 6ª T. – Rel. Min. Costa Leite – DJU 13.08.1990)

É possível a subsistência do flagrante em caso de flagrante preparado em crime de ação múltipla e conteúdo variado c/c crime permanente?

O flagrante preparado, como vimos, é crime impossível, não sendo aceito pela Legislação Penal Pátria, pela Doutrina e pela Jurisprudência brasileira.

Todavia, nos crimes de ação múltipla ou conteúdo variado, se o flagrante preparado incidir num dos verbos, por exemplo, no crime de ausência de registro/ausência de porte ilegal de arma, “portar”, a saber, a polícia induz o agente a sair de sua residência portando arma de fogo, neste verbo do tipo não há enquadramento típico, face o flagrante ser preparado. Mas, o flagrante ainda é possível, por exemplo, no verbo possuir, sem autorização legal, arma de fogo, ou seja, a falta de registro da arma, eis que este é outro verbo do tipo, onde não houve induzimento e ainda, crime permanente (inteligência do art. 303 do CPP).

Exemplo: Imaginemos que um agente policial a paisana, infiltrado numa Organização Criminosa, induz um dos traficantes a vender-lhe maconha, marcando-se dia para tanto. O traficante, sem saber que o comprador é policial infiltrado, marca com o mesmo em sua casa, onde tem o hábito de guardar grande quantidade de maconha.

Ato contínuo, o policial pede a droga e paga pela mesma. No instante em que o traficante lhe vende, o policial se identifica e o prende em flagrante.

Na presente hipótese houve flagrante preparado, de sorte que a atitude - verbo vender - está viciada, já que obtido por forma ilícita. Contudo, o verbo guardar está caracterizado e o meliante será denunciado por esta conduta, eis que não pode ser considerado prova derivado de ilícita, pois não houve nexo de causalidade entre umas e outras. Da mesma forma, não se pode alegar que a prova derivada (verbo guardar) não podia ser obtidas senão por meio da ilícita (verbo vender), eis que, no exemplo dado, o traficante guardava a droga em sua casa há certo tempo, o que poderia, inclusive, ser objeto de busca e apreensão.

Todavia, se no exemplo dado, o traficante guardou a droga em sua casa, apenas para vendê-la ao policial, neste caso o verbo guardar caracteriza prova derivada da ilícita (verbo vender), de forma que não poderá ser processado, em face da teoria do fruto da árvore envenenada, já prova derivada (verbo guardar), nesta hipótese, não poderia ser obtida senão por meio da ilícita (verbo vender).

Ressalva-se que a Comissão responsável pelo projeto do novo CPP impediu tanto a prova obtida por meio ilícito, com base no artigo 5º, LVI da CF/88, bem como a derivada da ilícita, deixando um recado muito sério aos aplicadores da lei, no sentido de

que não se permite, no Processo Penal, a teoria maquiavélica de que os fins justificam os meios, pois no Processo Penal o princípio basilar é do *favor rei*, não se permitindo chegar a uma condenação por meios escusos, ilícitos ou obnubilantes.

Finalizando o tema “Organizações Criminosas”, nesta primeira seção, por questão de ética profissional, não podemos deixar de veicular a atual posição do professor Luiz Flávio Gomes, com relação ao advento da Lei 10.217/2001, que deu nova redação ao artigo 1º. Segundo o festejado professor, esta lei praticamente deixou sem efeito a Lei 9.034/95, conforme o artigo – “Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001”, publicado no *site* www.estudoscriminais.com.br, em 30.01.2002.

Segundo Gomes,

“nosso legislador, sem ter a mínima ideia dos(geralmente nefastos) efeitos colaterais de toda sua(intensa e confusa) produção legislativa, talvez jamais tenha imaginado que, com o novo texto legal, ... estaria eliminando a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei 9.034/95”.

O fundamento do autor funda-se em não ser possível delimitar o que seja a expressão “organização criminosa”, citada na nova lei pelo legislador, ou seja, quando o legislador estabeleceu as expressões, no artigo 1º da Lei nº 10.217/2001, “quadrilha ou bando”, referiu-se ao já conhecido conceito do artigo 288 do CP; a expressão “associação criminosa”, referiu-se aos artigos 14 e 18, III da Lei 6.368/76, bem como o artigo 2º da Lei 2.889/56, que cuida da associação para prática de genocídio).

Mas o que seria “organização criminosa”?

Assim, como o legislador não definiu o que seja isto, a Lei 9.034/95 perdeu sua eficácia jurídica, porquanto não auto-executável e sim de eficácia jurídica limitada ou restrita ou contida, em face dos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei criminal.

Como a lei distinguiu com “clareza insuspeitável” a quadrilha ou bando das associações criminosas e organizações criminosas, todos dispositivos da Lei 9.034 que usam a expressão “organizações criminosas” (e se referem exclusivamente a estas) perderam sua eficácia, ou seja, os dispositivos 2º, II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10 (progressão de regime) da Lei 9.034/95 perderam eficácia, sendo que somente voltarão a ter eficácia no dia em que o legislador “revelar o conteúdo desse conceito vago”. Assim, organização criminosa passou a ser no ordenamento jurídico brasileiro uma “alma (uma enunciação abstrata) em busca do corpo (de conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade)”.

Aplicável portanto, a Lei 10.217/01 e 9.034/95 somente para os conceitos “associações criminosas” e “quadrilha ou bando”, na forma já enunciada no direito pátrio e apenas para os dispositivos 2º, III (acesso a dados bancários, fiscais etc), IV (interceptação ambiental), V (infiltração policial); artigo 3º (juiz inquisidor, que o STF

afirmou ser constitucional) e o artigo 8º (prazo da instrução), sendo que o artigo 9º (proibição para apelar em liberdade) é inconstitucional para o citado professor. Esta conclusão foi extraída da Lei 10.217/01 que no artigo 2º da Lei 9.034/95 suprimiu a expressão “ação praticada por organizações criminosas”. Todavia, como também não suprimiu a expressão “organizações criminosas” nos artigos 2º, II; 4º; 5º; 6º, 7º e 10º, quis que estes artigos somente se aplicassem às organizações criminosas, sem, contudo, definir o que seja isto, acabando por tornar ineficaz a própria Lei 9.034/95, nos citados dispositivos.

O professor comenta no artigo, de grande relevância face inúmeros questionários respondidos, que no “pacote” de segurança pública anunciado no dia 29.01.2002 pelo Presidente da República, inclui-se projeto para definir o que se entende por crime organizado e organização criminosa.

Com imenso respeito ao professor Luiz Flávio Gomes, ousou discordar deste entendimento que, com farta e profunda sustentação jurídica que o sustenta, levará na prática a absolvições de perigosos marginais por prova ilícita (nos usos dos meios operacionais das Leis 9.034/95 e 10.217/2001 contra as “organizações criminosas por natureza”) ou derivadas da ilícita (fruto da árvore envenenada – nos crimes que a organização criminosa praticar, ou seja, nas “organizações criminosas por extensão”, se estes crimes forem descobertos em face do nexos com o uso dos meios operacionais das citadas leis que se intitulam sem eficácia).

Noutro prisma, vejo a intenção do legislador apenas em separar organização criminosa propriamente dita, já explicada alhures e com origem remota, mais simples e também perigosa, que englobaria os conceitos (“quadrilha ou bando” e “associação criminosa”), da organização criminosa complexa (que englobaria o conceito “organização criminosa”, do artigo 1º da Lei 10.217/2001). Esta última teria todos elementos do crime de quadrilha ou bando, mais um *plus* especializante, ou seja, com o advento do artigo 1º da Lei nº 10.217/2001 teremos:

I – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PROPRIAMENTE DITA (leia-se as expressões “quadrilha ou bando” ou “associação criminosa”, ambas da Lei 10.217/2001, art.1º), cuja origem é remota, bastando os requisitos mínimos do crime de quadrilha ou bando (art.288 do CP), exceto a exigência de 4 ou mais pessoas, ou seja, bastará:

- a) reunião de duas ou mais pessoas, já que o artigo 1º da Lei 10.217/2001 também cuida das associações criminosas de qualquer tipo, enfim, poderá haver 2 ou mais pessoas (leia-se “associação criminosa”) ou até 4 ou mais pessoas (leia-se “quadrilha ou bando”) que estará caracterizada;
- b) estabilidade ou caráter permanente do agrupamento;
- c) finalidade de praticar reiteradamente “ilícitos” (Lei 10.217/2001 - leia-se infrações penais, ou seja, crimes ou contravenções ou crime e contravenção)

Nota-se que na Organização Criminosa propriamente dita não há exigência dos requisitos especializantes, o que a torna diferente da Organização Criminosa complexa.

II - Organização Criminosa complexa – esta, análoga ao crime de quadrilha ou bando, com todos os seus requisitos básicos e ainda, com requisitos especializantes, ou seja:

- a) reunião de 4 ou mais pessoas;
- b) estabilidade ou caráter permanente do agrupamento;
- c) finalidade de praticar reiteradamente crimes(aqui somente pode ser crimes por ter vinculação ao crime de quadrilha ou bando como fundação)
- d) 3 dos seguintes requisitos especializantes:
 - d.1- previsão de acumulação de riqueza indevida;
 - d.2- hierarquia estrutural;
 - d.3- planejamento do tipo empresarial;
 - d.4 - uso de meios tecnológicos sofisticados;
 - d.5- divisão funcional de atividades;
 - d.6- conexão estrutural com o Poder Público;
 - d.7- ampla oferta de prestações sociais (fenômeno do clientelismo);
 - d.8- divisão territorial de atividades ilícitas;
 - d.9- alto poder de intimidação;
 - d.10- real capacidade para a fraude difusa;
 - d.11- conexão local, regional, nacional ou internacional como outras organizações.

Este entendimento se extrai dos próprios princípios políticos-constitucionais da CF/88(artigo 1º ao 4º), que são alicerce e cláusula pétrea(pois implícitos ou inerentes a própria fundação da Carta Suprema, logo, intangíveis), bem como a exegese dos princípios jurídicos-constitucionais(artigo 5º e outros difusos) já que, quanto a este último, ao interpretarmos a Carta Magna, temos que ater que nenhum direito ou garantia individual deverá ser usado contra a coletividade ou como escudo para a prática de crimes, pois do contrário teremos a *SOCIEDADE EM PERIGO VIRTUAL !*

2. A Sociedade em Perigo Virtual. Segurança Pública. Medidas de combate ao crime organizado (unificação das polícias e desarmamento).

No Brasil, após diversos episódios que causaram clamor público, alhures mencionados, e, às vésperas das eleições gerais de 2002, os partidos se mobilizaram com a exigência da sociedade e começaram a proclamar plataforma de mudanças na segurança pública, visando combater o crime organizado e a própria escalada da violência.

Dentro deste contexto, surgiram várias propostas.

Inicialmente, o tema que mais desperta atenção é a unificação das polícias estaduais (civil com a militar).

O então Presidente da República, Sr. Fernando Henrique Cardoso, no dia 28.01.2002(terça-feira), pediu urgência na aprovação de leis pelo Congresso Nacional que garantam a unificação das polícias e a proibição da venda de armas, como forma de combater a violência.

O tema unificação das polícias estaduais não é novo. Portugal e Estados Unidos (Polícia de Los Angeles) possuem polícia unificada.

Mas o que seria Polícia unificada?

A Polícia única seria um órgão polícia-uniformizada e outro polícia-velada (investigativa), mas pertencente a mesma Instituição. Ex: Polícia do Estado de Minas Gerais. Não será mais militarizada, ou seja, se fundirá com a polícia civil, porém uniformizada e com hierarquia (gradações).

Os adeptos desta corrente sustentam que a militarização na polícia não combina com o Estado Democrático de Direito, já que a atual Carta Constitucional é “Cidadã”, u

rgindo uma polícia unificada civil.

Ex: A Polícia Civil de Los Angeles (EUA) é polícia civil, é uniformizada, possui graduações (vai até capitão), existindo muito respeito ao superior hierárquico, mesmo não sendo ela militarizada, pois o regulamento é duro, resultando em grande eficiência. A Polícia de Los Angeles (EUA), unificada, dispensa a figura do Inquérito Policial, pois o policial pega a ocorrência na rua, leva para o Distrito Policial, faz tudo o que precisa e encaminha para a Corte Judiciária, havendo imediata punição, o que corresponde a figura recente do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), nas infrações brasileiras de menor potencial ofensivo.

Quais os atuais projetos que tramitam no Congresso Nacional neste sentido?

São três:

- a) proposta de Emenda à Constituição nº 613/98, da deputada federal Zulaiê Cobra, do PSDB, onde todos os servidores do sistema de segurança pública, federal e estaduais, seriam servidores civis, regidos por estatuto próprio. Assim, nos Estados haveria somente uma polícia, responsável desde a apuração das infrações penais até preservação da ordem pública, havendo dois Departamentos: o de Polícia Judiciária (e de Investigação) e o de Polícia Ostensiva. Por esta proposta, poderia ainda haver convênios para formação de Conselhos Regionais de Segurança Pública, para integrarem as respectivas polícias estaduais;
- b) Proposta de Emenda à Constituição (da lavra do Governo de São Paulo), visando a absorção da parte mais significativa da Polícia Militar pela Polícia Civil. Por seu turno, a Polícia Civil teria também função preventiva uniformizada. Essa proposta mantém a Polícia Militar, diminuindo, porém, os seus efetivos e as suas tarefas, assegurando para a PM a Polícia de Choque, a Polícia Rodoviária e a de trânsito, a Polícia

Florestal e de mananciais, assessorais militares, segurança escolar e dos presídios e atividades de bombeiros;

- c) Proposta de Emenda à Constituição nº 514/97, de iniciativa do Poder Executivo Federal, através do Ministério da Justiça, onde na respectiva Exposição de Motivos lê-se textualmente que “o atual modelo traçado pela CF/88 se mostra inadequado para garantir a segurança pública”. Partindo disto, permite aos Estados a criação de seus órgãos de segurança, na forma que considerarem adequado, dando ampla autonomia aos Estados, inclusive a repartição de competência com os Municípios, através de ampliação das atribuições das guardas municipais, já previstas pela CF/88. Portanto, a Polícia Militar de cada Estado-membro seria mantida ou não, conforme as suas conveniências. No entanto, se preservada, a PM estaria destinada, primordialmente, à manutenção da ordem pública e da segurança interna, além de outras funções estabelecidas em lei estadual.

Mas será que a Polícia unificada resolverá todos os crimes?

Evidentemente que não, pois os crimes não têm apenas problemas estruturais, mas sociais, econômicos, biológicos, patogênicos etc.

Ocorre que o atual problema de segurança pública não tem causa na PM, havendo, pois, uma espécie de desvio de foco, tornando a PM um “bode espiatório”.

A própria PM registra os menores índices de corrupção do que a Polícia Civil e, ainda, quando detectada a “banda podre”, expulsa o militar dos quadros de forma mais célere, via procedimento disciplinar, enquanto que a Polícia Civil é lenta na apuração e demissão do servidor, quando não o promovem do local para evitar uma repulsa social, que no fim das contas, para ser um prêmio para o meliante, que continua no exercício da Autoridade.

Todavia, a CPI do Narcotráfico, realizada pelo deputado federal Magno Malta registrou um índice alto: 30% dos membros das polícias (não especificou qual) está comprometida com o Crime, de alguma forma.

Não podemos esquecer que a posição da PM na CF/88 é diferenciada, pois trata-se de “força reserva” do Exército”. Erroneamente, há quem sustente que no Brasil, com o golpe militar de 1964, surgiu a idéia de se criar uma força militar auxiliar do Exército, com a finalidade de se combater os opositores do regime militar, onde fundiram-se, em São Paulo, a Guarda Civil e a Força Pública, dando origem à Polícia Militar, sendo igualmente em outros Estados de Federação. Essa idéia de dar origem ditatorial à Polícia Militar é equivocada, pois a mesma tem origem remota, como o caso da Polícia Militar de Minas Gerais, que em 2002 completou 226 anos de existência, ou seja, bicentenária e com metade da idade do Brasil. Alferes Tiradentes pertenceu a força pública mineira.

Ademais, a Polícia Militar não se encontra subordinada ao Ministério do Exército e sim, ao Ministério da Justiça, o que prova que sua função é dupla sim, sem perder-se em nefastos rótulos.

Por outro lado, não se pode comparar a PM com o Exército, pois este é tropa aquartelada, que somente é preparada para combate (defesa da Pátria), enquanto que a PM sai às ruas, executando polícia ostensiva de preservação da ordem pública, tratando diariamente com os civis e por assim dizer, tem muito mais probabilidade de cometer abusos de autoridade e crimes. Por isto é que se deve preparar, aparelhar e treinar a PM, ao invés de colocá-la como o problema da segurança pública.

O termo militar originariamente se referia ao soldado (*miles*) e às corporações treinadas para a guerra. Na modernidade, identifica não somente os membros das Forças Armadas, como as Polícias Militares, de atuação preventiva, repressiva e ostensiva.

As polícias são militarizadas em face de sua organização e princípios, tendo atividades de segurança pública e civis (proteção e socorro), com hierarquia e disciplina.

A CF/88 ampliou o conceito de militares não somente para membros das Forças Armadas, mas para as Polícias Militares, o que, em muitas infrações, os levou para a Justiça Castrense. O caráter militar da polícia levou na edição da Emenda Constitucional 18/98, consagrando-a no artigo 42, saindo da função ditatorial para se ajustar a nova Carta Magna e exercera defesa do cidadão e da sociedade, sem prejuízo de serem consideradas forças auxiliares e reserva do Exército (artigo 144, §5º da CF/88), o que a faz também protetora da Nação, num conceito de segurança pública maior do que se imaginava.

Por conseguinte, não bastará integrar e unificar as polícias, para os adeptos desta corrente, devendo estas serem motivadas, treinadas e aparelhadas, com eficiência na parte preventiva e de inteligência (que deve ser integrada nacionalmente).

Ademais, será preciso mudar o CP, o CPP, que são arcaicos, de forma séria (ou seja, não podemos aceitar a “legislação do pânico”), bem como dar mais poder de polícia, sem atingir direitos constitucionais, pois atualmente a impunidade e as “válvulas de escape” da legislação brasileira são estímulos para os meliantes detentores do poder econômico.

Percebe-se que, no momento atual, é preciso usar da chamada “legislação de emergência”, como as leis temporárias, apenas para atacar pontos emergenciais, por exemplo, com duração de 5 anos e após, o Congresso se reuniria e analisaria a necessidade de transformar os pontos positivos em lei mais duradoura ou simplesmente torná-la automaticamente sem efeito (fim da lei temporária). Não se deve confundir isto com legislação do mosaico, ou seja, muda-se hoje este ponto da lei, amanhã aquele e assim fica a conhecida “colcha de retalho”.

Vejamos algumas incongruências da lei:

- a) o crime de estupro é crime hediondo na Justiça Comum, mas não é na Justiça Militar, o que permite a progressão de regime para um militar que, por exemplo, o pratique num quartel;
- b) a Lei 9.099/95, que define infrações de pequeno potencial ofensivo, estas sim, por serem menores, deveriam se aplicar aos militares, mas não se aplica face o artigo 90-A da citada lei, criando situação de injustiça quando um policial militar a pratica junto com um policial civil. Todavia, se o crime praticado pelo militar for abuso de autoridade (Lei 4.898/65), por não ser crime militar (já que não previsto no CPPM e sim em lei extravagante – Súmula 172 do STJ), com o advento da Lei 10.217/2001 (que alterou o artigo 61 da Lei 9.099/95 – conceito de “infrações penais de pequeno potencial ofensivo”), poderá haver a composição civil dos danos e transação penal, dos artigos 74 e 76 da Lei nº 9.099/95, pois será competente para tanto a Justiça Comum (por seu órgão JECRIM), o que prova a completa falta de sistematização legal;
- c) Em 1996, duas leis criaram também situações inusitadas: c.1 - a que previu, na esfera penal, que o “seqüestro relâmpago” (que na verdade é uma espécie de extorsão mediante seqüestro, o que não permitiria a progressão de regime por ser crime hediondo), seria roubo com causa de aumento de pena (o que permite a progressão de regime por não ser crime hediondo) e c.2 – na esfera processual penal, a que proibiu o processo e condenação a revelia do réu (novo artigo 366 do CPP), não trazendo exceções como a de crimes graves, como a dos estrangeiros que sequestraram Washington Olivetto e fugiram do país. Foi preciso a conhecida “Lei da Lavagem” de bens e valores, em 1998, estabelecer que para este crime não seria aplicável o 366 do CPP, para corrigir em parte a distorção;
- d) Como se não bastasse, a Lei 9.455/97 (artigo 1º, §7º), diante da expressão “iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”, permitiu a progressão de regime no crime de tortura, o mesmo acontecendo com a Lei 9.034/95, no artigo 10 (Organizações Criminosas).

Ademais, será preciso uma reforma de estrutura física, tais como:

- a) punição severa e célere de criminosos estatais;
- b) construção de Estabelecimentos de Menores e Presídios modelos (com trabalho interno etc);
- c) construção de presídios de segurança máxima federais, com forte esquema de segurança para os chefes de organizações criminosas;
- d) vencimentos adequados, com reajustes suportados através de um fundo de segurança pública;
- e) cumprimento efetivo das leis existentes;

- f) Judiciário equipado, com vencimentos adequados, com maior contingente de pessoal humano para evitar a morosidade. Rui Barbosa dizia que “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

O Governo Federal tem buscado, antes da unificação, a integração das polícias civil e militar, com medidas concretas de integração, sem grandes sucessos, tendo determinado que se as próprias cúpulas não sugerissem propostas de unificação, esta sairia de “cima para baixo”, após encontro em setembro de 2001 no Ministério da Justiça, dos Comandantes da PM. Na época, o Ministro José Gregori tratou do encontro e da proposta de unificação. Como é cediço, o Ministério da Justiça possui uma Secretaria Nacional de Segurança Pública, com objetivo de fazer a coordenação entre as polícias dos Estados-membros, já que diversos crimes, atualmente, atingem as divisas de vários Estados (crimes plurilocais) ou de países (crimes à distância – atribuição da Polícia Federal).

Para 2002, o Governo Federal prometeu R\$ 155 milhões para reaparelhamento das polícias, desde que adotem medidas concretas de unificação.

Se analisarmos um ponto positivo da unificação, por outro lado, ela acabará com a distinção absurda da lei entre civil e militar, pois se este comete crime de menor potencial ofensivo junto do civil, o civil recebe os benefícios da Lei 9.099/95, enquanto que o militar não recebe, em face do artigo 90-A da mesma lei, em situação de desproporcionalidade e desigualdade, ferindo a Constituição.

O Dr. Paulo Fortunato, com mais de 30 anos de Delegado de Polícia Civil, Presidente da Associação de Delegados de Polícia de São Paulo/SP, é, a princípio, contrário a unificação, pois entende difícil a integração entre policiais militares e civis.

Segundo o mesmo, a PM também não deseja a unificação, havendo, na prática, uma completa desintegração. Em setembro de 2001, em Rio Verde/GO, os Delegados de Polícia Civil defenderam a idéia de uma polícia única, desde que fosse civil. Fortunato defendeu um plebiscito nacional sobre a unificação, junto das eleições de 2002.

De regra, constata-se que a cúpula da Polícia Civil deseja a unificação, mas a cúpula da PM não, apenas a base. Muitos acusam a PM de não desejar a unificação, porque nem o Secretário de Segurança Pública tem ingerência sobre a PM, havendo assim, uma ausência de controle total (apenas parcial pelo Governo do Estado), o que deixa a cúpula sem controle externo pelo Ministério Público nas questões administrativas, apenas quando se trata de infração militar. Mas isto não é verdade. Não se pode jogar fora séculos de tradição, de treinamento, de serviços prestados à população.

Portanto, unificar as polícias civil e militar dos Estados será uma tarefa do Governo Federal e dos Governos Estaduais, representando uma mudança de comportamento e de filosofia. Em muitos países, como Portugal, a unificação foi adotada atr

avés de décadas.

Outro ponto a ser debatido é a questão salarial. O *ofice* de polícia de Los Angeles, ou seja, cargo mais raso, inicia ganhando US\$ 36.000/ano, média de US\$ 3.000/mês. Já o chefe de polícia (capitão) ganha US\$ 180.000/ano, média de US\$ 15.000/mês. Assim, a diferença de quem ganha menos para quem ganha mais é de 5 vezes.

No Brasil, de soldado para coronel da PM ou para Delegado de classe especial (Polícia Civil) chega a alguns Estados-membros (MG,SP) com diferença de 5 vezes, considerando que o soldado recebe R\$ 1000 a 1150. Mas alguns lugares do Brasil a diferença de quem ganha menos para quem ganha mais é de 12 vezes. Soma-se a isto que os vencimentos brasileiros são muito baixos, proporcionalmente ao que ganha a Polícia de Los Angeles e ao próprio risco inerente da função, o que facilita a corrupção, omissão e prevaricação.

Para se ter uma idéia do descaso, um policial é policial 24 horas, mesmo quando está a paisana e sendo assim, se morre nesta situação, não recebe seguro; se morresse em serviço (fardado), receberia seguro.

Entre outras medidas que tramitam na Assembléia Legislativa de São Paulo/SP(gnascimento@al.sp.gov.br e wmoraes@al.sp.gov.br), está a legalização do “bico do policial”, ou seja, legalizaria atividades extras dos policiais por no máximo 4 horas, devendo no demais cumprir o horário de polícia. O deputado estadual paulista Gilberto Nascimento é o autor da proposta. Em Los Angeles (EUA) existe a regulamentação do “bico”, sendo que a empresa ou comércio que pede o serviço de segurança paga-se até o Estado, ficando o policial com escala de 12 horas.

Para aqueles que pensam que um policial com farda tem mais chance de morrer em serviço do que aquele que faz bico, o deputado estadual paulista Wilson Moraes divulga estatística de que, em 2001, foram assassinados 44 policiais em serviço em SP, sendo que foram assassinados 318 fazendo “bicos” (ainda não regulamentados, ou seja, bicos de forma ilegal). Isto porque o policial não está preparado para matar, mas para defender outrem, o que o abala psicologicamente, devendo ter acompanhamento psicológico.

Após a morte do Prefeito de Santo André e os inúmeros seqüestros em SP(a cada 7 horas uma pessoa é seqüestrada em SP), o Governador Geraldo Alckimin propôs as seguintes mudanças na segurança pública:

- equipar a polícia;
- aperfeiçoar o Infocrim, trabalho de inteligência, de banco de dados;
- criação de forças-tarefas para combate a crimes graves (seqüestros, tráfico de armas e de drogas);
- atacar a corrupção policial;
- fim de celulares pré-pagos, a ser pensado pelo Governo Federal. A justificativa é que este tipo de celular não permite a localização da chamada, facilitando o seu uso para fins criminosos. Segundos dados da ANATEL, em janeiro de 2002 existiam 29 milhões de celulares (66%, ou seja, 19,5 milhões pré-pagos e 31,5%, a saber, 9,5 milhões pós-pagos). A projeção para 2005 era de 67 milhões de celulares (68,7% pré-pagos e 31,3 pós-pagos). O Governo Federal aboliu, depois, esta idéia;

- permitir o uso de bloqueadores de celular em presídios;
- aumentar a ROTA - Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar(a 4ª CIA seria criada com 200 homens para a Grande São Paulo);
- retornar com a TOR(Polícia Rodoviária), para combate efetivo dos roubos de carga etc;
- compra de 2.500 Blazer/Chevrolet, carros, motocicletas(2.532 veículos, com investimento de R\$ 79 milhões);
- descentralização da corregedoria de polícia para o interior;
- aumentar o sistema penitenciário, pois atualmente nada adianta a condenação, se ocorre fuga ou resgate por helicóptero etc;
- sugestão de pena perpétua para o Congresso Nacional (o que é inconstitucional, por ser cláusula pétreia – artigo 5º, XLVII, “b” c/c 60, §4º da CF/88). Esta idéia foi aprovada pelo Presidente do Senado, o Senador Ramez Tebet, que prometeu colocar proposta de emenda constitucional neste sentido, em que pese a polêmica do tema;
- sugerir que as Forças Armadas permitam às polícias estaduais a compra de equipamentos especiais e armamentos específicos para o combate ao crime, já que as armas de calibre mais pesado são de uso exclusivo das Forças Armadas;
- tornar indisponíveis os bens de seqüestradores ou de pessoas envolvidas em seqüestros, assim como inverter o ônus da prova para esses criminosos. Note que esta sugestão já está no CPP de 1941, nas conhecidas medidas assecuratórias (sequestro, arresto etc). Inicialmente também se cogitou da indisponibilidade dos bens dos sequestrados, o que foi descartada porque estimularia a família do sequestrado a não comunicar a polícia, face o medo da morte de seu familiar;
- aumentar a pena para o crime de porte ilegal de arma, com aumento de pena para a arma adulterada;
- restringir os direitos de presos (visitas íntimas etc) que comprometem o funcionamento do sistema penitenciário;
- permitir a realização de audiências e investigações nos próprios presídios por intermédio de meios eletrônicos e pessoais, evitando, assim, que se mobilize um importante efetivo da polícia para fazer exclusivamente o transporte de presos nesses casos;
- liberação imediata de R\$ 190 milhões, com 12 mil policiais na rua, sendo 6 mil militares que prestam serviço administrativo substituídos por estagiários e 2 mil policiais civis substituídos por estagiários de direito;
- nomeação de 899 escrivãos de Polícia Civil

Após o histórico encontro de Geraldo Alkmin com FHC, o Governo Federal também divulgou suas medidas:

- investimentos de R\$ 155 milhões para 2002;
- unificação das polícias civil e militar dos Estados;
- Corregedoria de Polícia atuante, excluindo de forma célere os policiais corruptos e criminosos. Este ponto é fundamental, pois Juvenal já perguntava: “Mas quem irá vigiar os guardas”?
- Bloqueio de bens de seqüestradores identificados;

- Construção de penitenciárias federais;
- Intervenção da Polícia Federal em crimes de sequestro, cárcere privado, extorsão mediante sequestro (desde que haja motivação política ou a vítima for autoridade que ocupe função pública) formação de cartel e relativos à violação de direitos humanos com repercussão interestadual ou internacional– Medida Provisória publicada no dia 25.01.2002(DOU). Mas será que a Polícia Federal vai dar conta desta nova empreitada?

Parece difícil, pois a Polícia Federal, em todo o Brasil, está endividada em torno de R\$ 25 milhões.

No Amazonas, o estoque de combustíveis da PF estava no fim e os telefones foram cortados, atingindo a dívida de R\$ 280.000. Por seis meses a PF não pagou diárias de viagens para agentes, peritos e Delegados. Somente com as dívidas de diárias, o valor chegou a R\$ 200.000, ou seja, todos que se deslocam a serviço pagam hotel e alimentação do próprio bolso.

No Pará, as frotas de veículos estão paradas (quase a metade), por falta de dinheiro para a revisão obrigatória dos veículos. As munições estão defasadas, atingindo a segurança dos policiais.

Na Bahia, a PF contabiliza a dívida com os fornecedores.

No RS a PF deve na praça R\$ 3 milhões.

Com este quadro, em todo o Brasil, caiu a apreensão de drogas pela PF. No Rio Grande do Sul, em 2000, foram apreendidos 319 quilos, enquanto que em 2001, 63 quilos.

A Direção do Departamento de Polícia Federal, em Brasília, disse que dos R\$ 51 milhões, apenas R\$ 11 milhões foram liberados e a previsão era pagar até o fim de janeiro de 2002.

- Possibilidade de intervenção do exército no tráfico;
- Projeto que tramita no Congresso Nacional proibindo a venda de armas e munições no País ou, alternativamente, aumento da pena para seis anos e restrição de armas para policiais e militares, com exceções para casos de comprovada necessidade;
- Criação de banco nacional de impressões digitais;
- Criação do Ministério de Segurança Pública;;
- Criação de Conselhos Externos para fiscalização das polícias;
- compra sem licitação de bloqueadores de telefones celular para presídios de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal e Paraná que concentram os principais líderes do crime organizado no País. A experiência começará em fevereiro de 2002 e será financiada pelo Fundo Penitenciário reservados para a Polícia Federal. Atualmente a utilização de aparelho de radiofrequência é proibida pela legislação das telecomunicações, mas a ANATEL concluirá sua regulamentação. O custo unitário do equipamento é de R\$ 20 mil;

- Criação de um Banco de Dados com informações sobre os criminosos considerados mais perigosos;
- Aumento da pena mínima para receptação de cargas roubadas, de 3 para 6 anos;
- Implementação de interrogatórios por sistema de teleconferência, inicialmente nas grandes cidades, feitos à distância para evitar deslocamentos de presos ao Fórum;
- Agilizar a reforma do processo penal e priorizar o julgamento de crimes violentos e narcotráfico;
- Tentativa de cumprimento dos 200 mil mandados de prisão, ainda não cumpridos no Brasil;
- Redução da maioridade penal;
- Tipificação de seqüestro relâmpago;
- Criação de polícia comunitária (formação de núcleos comunitários e policiamentos integrados regionalizados).

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos, reuniu-se no dia 25/01/2002 e destacou 4 causas para a impunidade:

- a) Crime Organizado;
- b) Acesso fácil as armas;
- c) Corrupção policial e
- d) Condição de vida (causas sociais).

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos sugeriu medidas de emergência:

- a) polícia integrada e
- b) meios operacionais contra o crime organizado(interceptação telefônica, infiltração de agentes, escuta ambiental etc).

No Brasil, além disto tudo, outro fato preocupou a nação: o seqüestro do publicitário Washington Olivetto, realizado por grupos do Chile. A questão que surgiu foi:

- Grupos de bandidos que dão conotação política a suas ações para não serem julgados como criminosos comuns, será que estamos virando uma nova Colômbia?

Isto se questionou face a prisão dos estrangeiros sequestradores (do Chile, igual ao seqüestro do empresário Abílio Diniz, da Rede Pão de Açúcar), pois o líder chileno (Maurício Hernandez Norambuena) que foi preso, teve como defesa feita por sua irmã, que chegou a São Paulo, dizendo que o mesmo era apenas um revolucionário internacional. A imprensa chilena apontou um dos participantes do seqüestro como um dos ex-integrantes da facção Esquerda Revolucionária, a mesma que organizou o seqüestro do empresário Abílio Diniz.

Em verdade, os sequestradores do publicitário Olivetto não são criminosos políticos, pois não vieram no Brasil visando atingir as instituições democráticas, a organização política ou mesmo o Presidente da República e sim, vieram com o único intuito de lucro (patrimonial), dando a boa imagem de “criminosos políticos” apenas para suavizar que são homicidas, sequestradores e facínoras. Na verdade, existe uma

globalização do crime, onde as diversas máfias se interligam (a do tráfico, pede armas; a das armas

Ilegais pede equipamentos sofisticados; esta, pede entorpecentes etc).

No Brasil, o caso Abílio Diniz abriu precedente no STF de que o crime não era político e sim meramente patrimonial. Note bem, neste caso, houve uma decisão de primeiro grau onde se deu regime semi-aberto para os sequestradores e, como não havia ali Instituto Penal Agrícola e Industrial (como de regra não existe no Brasil), correspondeu ao regime aberto, que na verdade foi prisão domiciliar àqueles estrangeiros que não tinham domicílio no Brasil. Houve recurso para o TJ/SP que deu penas elevadíssimas e outro para o STJ que fez a adequação da pena. A pena deu sua publicidade (prevenção geral). Todavia, o Ministro José Gregori, junto com o Presidente da República, resolveram que este baixasse um decreto, determinando a expulsão dos estrangeiros, ou seja, a decisão da Justiça brasileira foi praticamente desmoralizada.

Note que se o Presidente da República não praticasse a expulsão (cuja atribuição é sua pelo Estatuto do Estrangeiro), os mesmos cumpririam a pena no Brasil e somente após seriam extraditados.

Isto prova que existe uma criminalidade transnacional, o que existe uma polícia de inteligência internacional interligada, um tribunal internacional etc.

O Poder Legislativo também se preocupa. A criação da Comissão Permanente de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico, formada por 35 deputados, deverá ser uma das primeiras deliberações da Câmara dos Deputados em fevereiro de 2002.

A CPI do Crime Organizado, realizada em Campinas/SP retratou a média de 4 seqüestros por semana no Estado, mais de 600 pessoas assassinadas em 2001; filho do ex-Prefeito de Diadema seqüestrado; morte do Prefeito de Campinas (Toninho do PT) na saída do Shopping; morte do Prefeito de Santo André (Celso Daniel) etc.

Todavia, não é SP o Estado com maior número de seqüestros. Pernambuco supera as estatísticas, pois a taxa é 3 vezes maior que SP, em nível proporcional de habitantes.

O Estado do Rio de Janeiro foi o que desvendou o maior número de seqüestros. Um grupo de áreas especiais da PM (Gepae - Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais) ocupou o morro do RJ, acabando com os tiroteios, pois este grupo não tolera:

- a) pessoas armadas;
- b) pessoas e crianças com atividades ilícitas;
- c) policiais com desvio de conduta (abuso de autoridade etc).

Além disto, projetos sociais na favela resultaram em extraordinário avanço, em que pese a forte crítica de que os seqüestros apenas diminuíram no RJ em face dos próprios bandidos chefes do narcotráfico que não gostaram da concorrência, já que diminuíram seus lucros.

Portanto, os lugares mais perigosos do Brasil, com maior índice de homicídios são:

- a) em primeiro lugar, Pernambuco;
- b) no Espírito Santo, 70% das prisões está ligada ao tráfico de drogas;
- c) Rio de Janeiro;
- d) Roraima;
- e) São Paulo;
- f) Rondônia;
- g) Amapá

No ranking do horror⁷(em número de homicídios para cada 100 mil habitantes), temos:

- 1º lugar: El Salvador: 95;
- 2º lugar: Colômbia: 74,7;
- 3º lugar: Brasil: 28,1;
- 4º lugar: Equador: 10,1;
- 5º lugar: Costa Rica: 4,4;
- 6º lugar: Chile: 2,9.

O PPS anunciou suas propostas para segurança pública, visando as eleições de 2002:

- a) fim do *sursis*;
- b) fim do livramento condicional;
- c) aumento para cumprimento máximo da pena em 40 anos;
- d) *chip* instalado na TV para os pais vedarem cenas de sexo e violência – projeto que foi sancionado recentemente;
- e) fim da Lei Fleury, ou seja, fim da possibilidade de alguém, condenado, responder o recurso em liberdade (artigo 594 do CPP).

O didático professor Luiz Flávio Gomes⁸, em matéria publicada no Síntese Jornal (dezembro/2001 – ano 5 – nº 58, p.3/5), intitulada “*A impunidade no Brasil: de quem é a culpa(esboço de um decálogo dos filtros da impunidade)*”, valendo da teoria do fenômeno da impunidade vinculado ao da “cifra negra”(“cifra ou zona escura, *dark number*), ou seja, o terreno existente entre a criminalidade real e a registrada, faz um esboço de um decálogo dos filtros da impunidade no Brasil, adotando a teoria dos “filtros de ARNO PILGRAN” e fazendo as devidas adaptações à realidade brasileira, da seguinte forma:

⁷ Dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento(BID).

⁸ Luiz Flávio Gomes é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid; Mestre em Direito Penal pela USP; Professor Honorário da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santa Maria(Arequipa/Peru); co-editor do *site* www.ibccrim.com.br e Diretor Presidente do Centro de Estudos Criminais(www.estudoscriminais.com.br).

“1. Filtro da criminalização primária (... que é da responsabilidade do legislador):

- a) ausência de criminalização (ex.: delitos informáticos próprios ou puros, que ainda não foram criminalizados no nosso País);*
- b) criminalização dúbia, confusa e lacunosa(ex.: Lei 9.034/95, que nem sequer definiu o que é crime organizado; crime sexual ficto não é crime hediondo);*
- c) criminalização excessiva (... há hoje no Brasil mais de mil tipos penais ... a falta de técnica é patente: há crime que não é crime (Lei 1.079/50); já houve crime sem pena(Lei 8.212/91); há pena sem crime (Lei Ambiental, art.40-A) e há pena que não é pena (pena de multa, depois do trânsito em julgado é mera dívida de valor).*

O processo inverso ao da criminalização hipertrofiada é o da descriminalização, que hoje se consegue no Brasil principalmente por meio de medidas provisórias (ex.: MP 1.710 que descriminalizou inúmeros delitos ambientais;

2. Filtro da ‘notitia criminis’: descrença na Justiça, alto risco da vitimização secundária, falta de expectativas reais, desestímulo, risco de perder dias de trabalho etc; tudo isso contribui para que a vítima não noticie oficialmente o delito. Desse modo, a própria vítima também contribui para a impunidade ...;

3. Filtro da abertura da investigação (nem todos os casos noticiados são investigados por ...

- a) falta de estrutura de material (da polícia e do MP);*
- b) falta de estrutura humana;*
- c) falta de conhecimentos técnicos(sobre contabilidade, operações nas bolsas de valores, criminalidade informática, lavagem de capitais, etc.);*
- d) corrupção generalizada(o que não significa que “todos” os policiais sejam corruptos);*
- e) ao lado dessa “banda podre” existe, é verdade, a “banda pobre” (miserável, paupérrima), que é composta dos policiais – totalmente desestimulados – que vivem do ‘hollerith’, sem fazer “bicos”;*
- f) infiltração ‘criminosa’ de policiais no crime organizado;*
- g) falta de controle funcional da polícia (o MP vem sendo omissivo no seu dever constitucional de controle externo da polícia).*

4. Filtro da investigação (nem todos os casos apurados são devidamente apurados): a autoria e a materialidade ficam comprovadas em poucos casos:

- a) as vítimas e as testemunhas às vezes não colaboram;*
- b) falta de recursos técnicos (a pobreza das Polícias Científicas é franciscana);*
- c) morosidade, cartorialização e burocratização do inquérito policial (na reforma do CPP são previstas várias medidas contra essa burocratização); o anacronismo do inquérito deriva, aliás, da*

sua estrutura totalmente cartorializada. É peça altamente burocratizada;

d) vítimas e testemunhas são ameaçadas (crime organizado, tortura, crimes envolvendo policiais, etc.);

e) nos crimes funcionais, as investigações são corporativistas;

f) nos crimes financeiros, a investigação é manipulada (80,5% são arquivados). A investigação policial funciona bem nos crimes em que o sujeito é preso ainda com o produto do crime na mão. Nos crimes que envolvem “poderosos”, há a chamada “paralisação prescricional”.

5. Filtro da abertura do processo: (nem todos os casos investigados são denunciados):

a) filtro dos requisitos formais: CPP, art.41 (denúncias genéricas ineptas);

b) filtro do “ engavetamento” no Ministério Público (como denunciou recentemente o Sen PEDRO SIMON);

c) filtro das imunidades (parlamentares, do Presidente da República, etc.);

d) filtro do art.366 do CPP, etc.

6. Filtro da comprovação legal e judicial do delito (exigida pela presunção de inocência; nem todos os casos denunciados são comprovados):

a) provas ilícitas;

b) provas judicialmente produzidas;

c) vítimas e testemunhas que têm medo (pouco funcionam os programas de proteção às vítimas e às testemunhas);

d) a “originalidade” brasileira que anunciou publicamente a casa de proteção às testemunhas no Rio de Janeiro;

e) vítimas e testemunhas que desaparecem (morosidade da Justiça);

f) atraso tecnológico da Justiça; precatórias e rogatórias morosas; videoconferência, etc.) (mesmo na era digital a Justiça continua analógica).

7. Filtro da “Justiça territorializada ‘ versus ’criminalidade globalizada ”.

a) globalização de vários crimes (narcotráfico, tráfico de mulheres, tráfico de crianças, tráfico de órgãos humanos, tráfico de armas, tráfico de animais, corrupção internacional);

b) internacionalização do criminoso (que se tornou mais poderoso);

c) globalização das vítimas (crimes informáticos, p. ex.);

d) globalização dos bens jurídicos (meio ambiente, p. ex.);

e) filtro da Justiça territorializada (versus Justiça globalizada, que está nascendo agora com o tratado de Roma, de 1998);

f) filtro da cooperação internacional (incipiente ainda);

g) filtro do despreparo tecnológico da Justiça criminal;

8. *Filtro da condenação (nem todos os casos processados são condenados):*

- a) *filtro da presunção de inocência (que exige provas validamente produzidas);*
- b) *filtro da racionalidade do sistema (é irracional o sistema de quesitação no júri), etc.*

9. *Filtro da prescrição: morosidade da Justiça versus multiplicidade de prescrições (prescrição pela pena máxima em abstrato, prescrição retroativa, prescrição intercorrente, prescrição da pretensão executória, prescrição antecipada ou em perspectiva). Na atualidade, nenhuma pena concreta até dois anos se efetiva, desde que a Defesa se valha de todos os recursos cabíveis: apelação, embargos, recurso especial, recurso extraordinário, etc. Nossos Tribunais (de segunda instância e superiores) não julgam nenhum caso em menos de quatro anos, que é o prazo prescricional da pena de até dois anos;*

10. *Filtro da execução efetiva (nem todos os casos condenados são executados): quanto à pena de prisão:*

- a) *filtro dos mandados de prisão não cumpridos: seletividade, corrupção (há muitos casos de réu foragido na rua “tal” número “tal”...);*
- b) *filtro da “indústria das fugas” (o réu cumpre a pena se não quiser fugir);*
- c) *filtro da inexistência de estabelecimentos prisionais (fechado, semi-aberto e aberto).*

Quanto às penas alternativas:

- a) *filtro da inexistência de fiscalização (a solução está na criação de Varas Especializadas e Centrais de Acompanhamento e alternativo cumprimento do art.48 do CP);*
- b) *há “ becos se saída ” (descumprimento da transação penal, p. ex.);*
- c) *filtro da (adequada) individualização da pena (aplicação de multa a quem não tem a mínima condição de pagar: nem pagamento espontâneo, nem pagamento em parcelas, nem desconto nos vencimentos, nem desconto no salário, nem penhora de bens imóveis, nem penhora de bens móveis).*

A população, desesperada, totalmente incrédula, sem ter a mínima idéia da quantidade enorme de fatores que contribuem para a impunidade e sem ter a mínima idéia de como combatê-los, pede o irracional (pena de morte), o inconstitucional (prisão perpétua), o absurdo (agravamento de penas, mais rigor na execução) e o aberrante (diminuição da maioria penal). Percebe a anomia e pede mais leis! Percebe que o direito penal não funciona, mas crê que o problema está na pena anterior fixada (que foi insuficiente). O poder Político (muitas vezes demagogicamente), por seu turno, atende

(Lei dos Crimes Hediondos, p. ex.) ou faz gestos de que vai atender todos ou alguns desses atávicos reclamos.

O problema da criminalidade (e da sua impunidade) é muito mais complexo do que o imaginário popular alcança enxergar, é muito mais profundo do que o simbolismo e a simplicidade das medidas legais. Até quando perdurará a ignorância? ‘Quousque tandem abutere patientia nostra ? (‘Até quando – os que detêm o poder – abusarão da nossa paciência ?)’.

Rui Barbosa, há cerca de 90 anos, proferiu estas palavras que retratam bem o Brasil de hoje:

“De tanto triunfar as nulidades, e tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”.

E o caos da segurança pública está materializando a profecia de Rui Barbosa, deixando assim, *A SOCIEDADE EM PERIGO VIRTUAL!*.

3. Conclusão.

*“Em uma terra de fugitivos, aquele que anda na direção contrário parece estar fugindo”
(T.S Eliot)*

No Brasil, as Organizações Criminosas devem ser combatidas, de forma séria e com grandes investimentos.

As Leis devem ser aperfeiçoadas e principalmente aplicadas no caso concreto, independentemente do poder econômico, político, independentemente de cor, raça, crédito etc.

O Judiciário deve interpretar as Leis 9.034/95 e 10.217/2001 de uma forma a proteger a sociedade, ou seja, a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro.

A sociedade perdeu a paciência no tocante as medidas a serem implantadas na segurança pública, exigindo efetivo cumprimento da paz social, pois se assim não entendermos, quem vai lutar pela inocência, quando estamos sempre negando as evidências?; quem vai lutar pela Justiça, quando lavamos as mãos diante da verdade???

Fica registrado o esboço da escalada da criminalidade, do desvio de foco quando se fala em “unificar” as polícias e ainda, um estudo profundo das Organizações Criminosas, para que possamos, junto do Ministério Público, colacionar a segunda Carta de São Paulo a Timóteo (2 TM 4,6):

*“Aproxima-se o momento da minha partida;
Combati o bom combate, completei a corrida, guardei a fé”.*

Dedico esta monografia jurídica ao colega de Ministério Público Francisco José Lins do Rêgo Santos (*In memoriam*), que dedicou sua vida, literalmente, ao combate do crime, das organizações criminosas, do cartel, dos exploradores da miséria humana.

4. Legislação

LEI Nº 9.034, DE 03 DE MAIO DE 1995
(DOU 04.05.1995, ret. DOU 09.09.1996)

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA DEFINIÇÃO DE AÇÃO PRATICADA POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E DOS MEIOS OPERACIONAIS DE INVESTIGAÇÃO E PROVA

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, DOU 12.04.2001)

Nota: Assim dispunha o artigo alterado:

"Art. 1º. Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando."

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (NR) (Redação dada ao caput pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, DOU 12.04.2001)

Nota: Assim dispunha o caput alterado:

"Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:"

I - (VETADO)

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob

observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais;

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso acrescentado pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, DOU 12.04.2001)

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso acrescentado pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, DOU 12.04.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, DOU 12.04.2001)

CAPÍTULO II DA PRESERVAÇÃO DO SIGILO CONSTITUCIONAL

Art. 3º. Nas hipóteses do inciso III do artigo 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º. Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º. O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º. O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º. Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º. Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

CAPÍTULO III DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 4º. Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas.

Art. 5º. A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Art. 7º. Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Art. 8º. O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto. (Redação dada pela Lei nº 9.303, de 05.09.1996)

Art. 9º. O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei.

Art. 10. Os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 11. Aplicam-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 03 de maio de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Milton Seligman

5. Referência Bibliográfica

BONNESANA, Cesare, *Del Delitti e delle pene, 1764*

BLAT, José Carlos. Palestra sobre “Crime Organizado” e “Reforma do Processo Penal” no Encontro Regional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na comarca de Passos/MG, 2001

CAPEZ, Fernando. Apostila – “*Lei do Crime Organizado*”, do curso MPM – Curso Preparatório aos Concursos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas, 2ª edição, 1997;

FROSSAD, Denise. Palestra proferida para os alunos do curso de Direito da PUC Minas Contagem, em 19 de novembro de 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado*, RT, SP, 1995.

GLOBO NEWS PAINEL, 9 de fevereiro de 2002 , tendo como debatedores, Walter Maierovitch(ex-Secretário Nacional de Drogas e atualmente presidente do Instituto Geovane Falconi), Magno Malta(deputado federal – PL/ES, responsável pela CPI do Narcotráfico) e Diógenes Viegas Dalle Lucca(Capitão da Polícia Militar de SP e Comandante do GATE/SP – Grupo de Ações Táticas Especiais, responsável pelo seqüestro de Patrícia Abravanel, filha do empresário Sílvio Santos, bem como participou das negociações do seqüestro de Abílio Diniz e ainda da mega rebelião dos presídios paulistas, com mais de 20 estabelecimentos prisionais rebelados, sendo que o GATE e o 3º Batalhão de Choques controlaram a situação, mas deixando 5 policiais do GATE feridos por armas de fogo com 1.200 pessoas de reféns, a maioria familiares de presos).

ADITIVOS

Tese aprovada por unanimidade, com inclusão das seguintes propostas às conclusões:

- 1) Mudança legislativa de forma técnica, com referendo da CONAMP e AMB, nas distorções legais;
- 2) Legislação temporária – art. 3º CP – em relação às organizações criminosas;
- 3) Previsão de Orçamentos Federal e Estaduais para combate às organizações criminosas, com urgência, visando a implantação imediata de infra-estrutura e proteção de autoridades do Ministério Público, Judiciário, Polícia e testemunhas.



V CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS
OURO PRETO 26 A 28 DE MARÇO DE 2003

Grupo III

Direito Privado e Questões Institucionais

REFORMULAÇÃO DA ATUAÇÃO MINISTERIAL

André Luís Alves de Melo
Promotor de Justiça em MG

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público assumiu uma nova forma de atuação e de envolvimento social. Grande parte desta mudança ainda não foi absorvida pela comunidade jurídica, que ainda adota currículos escolares defasados, inclusive os próprios concursos, e continuam se atendo à função tradicional do Ministério Público, até mesmo pelo fato de que alguns segmentos jurídicos não têm interesse em divulgar esta atuação inovadora do Ministério Público.

O art. 129, IX, da CF autoriza o Ministério Público a exercer outras funções desde que compatíveis com a sua natureza. Nesse sentido, o art. 6º, inc. XX, da LC 75/93 permite ao membro do Ministério Público expedir recomendações ao serviço público, fixando prazo para cumprimento, mas não prevê sanção. E a função de recomendação é aplicável aos Ministérios Públicos Estaduais em face do art. 80 da Lei 8625/93.

A finalidade da posição constitucional do Ministério Público foi a de exercer a função inovadora de uma função fiscalizadora, como se fosse o *ombudsman*, conceito que vem sendo desenvolvido na Europa.

Assim, não podemos deixar de destacar que a ação civil pública foi introduzida no Brasil em 1985 com o apoio intenso de promotores paulistas que fizeram cursos na Europa e apresentaram uma sugestão de substitutivo a um projeto de lei que já tramitava no Congresso Nacional, o qual foi aprovado e se transformou na Lei 7347/85, que veio permitir uma revolução na atuação ministerial. Corroborando assim, a importância da pesquisa e de cursos no Exterior. E mais, comprovou que o direito não acontece em processos judiciais como inconscientemente imaginam alguns, mas ocorre no âmbito do Legislativo, do Executivo, das comunidades, de uma forma pluralista. Assim com o intuito propositivo, apresentamos a seguinte idéia, com base na poder de fiscalização já em funcionamento na defesa do consumidor, inclusive já existente no âmbito do Ministério Público Mineiro e também similar ao Tribunal de Contas, INSS, Receita Federal e Estadual:

- 1) alteração legislativa no sentido de se permitir recomendações também a pessoas físicas e/ou jurídicas de direito privado.
- 2) que em caso de descumprimento, o membro do ministério público instaure o devido procedimento administrativo ou inquérito civil e dê o prazo para defesa ao notificado. Nada impede também a instauração de inquérito policial.

*** Tese aprovada por unanimidade, com aditivos às conclusões**

- 3) o descumprimento da recomendação poderia ser entendido como dolo eventual ou direto.
- 4) a recomendação deve ter caráter preventivo.
- 5) seja prolatada, pelo membro do Ministério Público, após a devida instrução, decisão fundamentada sobre o arquivamento ou pela aplicação de multa (nos termos da lei.
- 6) depois da intimação da parte sobre a decisão, seja concedida à mesma possibilidade de recurso ao Conselho após o trânsito em julgado, seja a multa convertida em título executivo *extrajudicial* ministerial.
- 7) prever na norma a legitimidade do Ministério Público para executar o título, para evitar confusão com a Procuradoria do Estado ou a União, como vem ocorrendo na multa penal.
- 8) executado judicialmente o título, poderá o requerido apresentar a defesa devida, via embargos. Dessa forma, o processo poderia ser mais célere.
- 9) encaminhamento destas sugestões à CONAMP para verificar a viabilidade de se converter em proposta legislativa.

ADITIVOS

Inclusão de emenda aditiva às conclusões, como item de nº 10:

- 10) o valor das multas seria destinado a um fundo também criado por lei, gerido pelo Ministério Público e Judiciário, ou por conselho de composição mista.

EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE – ATUAÇÃO PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA ABORDAGEM EPIDEMIOLÓGICA

Rodrigo Iennaco de Moraes
Promotor de Justiça

1. APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer prioridades de atuação do Ministério Público quanto ao fomento dos mecanismos de controle social do SUS, a partir da missão constitucional do *Parquet* e de uma visão multidisciplinar que deve orientar a elaboração de planos gerais de atuação, dentre as atribuições variadas – e sem prejuízo destas.

O enfoque metodológico, saliente-se, diz respeito à reunião de elementos conceituais que sirvam de referência à atuação prática quando da propositura de ações civis públicas e elaboração de Termos de ajustamento de conduta, com preponderância na tutela preventiva de danos a saúde pública a partir da abordagem epidemiológica, com seus reflexos na proteção de outros interesses coletivos (meio ambiente, fornecimento de produtos ao consumidor final etc.).

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

Conforme anota **Sebastião Tojal**¹, a Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente, nos moldes da concepção desenvolvida por **J. J. Gomes Canotilho**: não se concebe apenas como "estatuto organizatório", como simples "instrumento de governo", definidor de competências e funções, mas aspira a transformar-se num plano normativo que determina, metas, programas e finalidades a serem materializadas. O texto constitucional de 1988, portanto, objetiva a mudança social ('plano global normativo'). No âmbito da Constituição Econômica, impulsiona, em sede principiológica, à implementação de uma *nova ordem econômica e social*, que exige a atuação do Estado como agente integrador do processo de transformação social, conferidor da necessária medida de racionalidade materialista, que não é apenas

* Tese aprovada por maioria, com supressões às conclusões

1 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário. In Curso de extensão em Direito Sanitário. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social no SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 19-38

instrumental mas essencialmente substantiva, porque comprometida com a justa distribuição da riqueza social, valorização do trabalho e prevalência da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a disciplina constitucional preconizada para a ordem econômica é a expressão máxima do caráter dirigente da CR/88, haja vista que a Constituição Econômica aponta uma *nova ordem econômica e social*: sistema de produção capitalista, marcado pela livre iniciativa, porém afetado por um regime econômico que visa à realização dos imperativos constitucionais da existência digna, conforme os ditames da justiça social, com vistas à reduzir as desigualdades regionais e sociais: justa distribuição da riqueza social.

A lei fundamental, assim, representa um *programa normativo* do Estado e da sociedade, definindo, em sede constitucional, tarefas econômicas e sociais a serem cumpridas por ambos (Estado e sociedade). Trata-se de um conjunto de imposições constitucionais endereçado ao Estado e à sociedade, materializado pela atividade normativa, econômica e social a que especialmente o Estado está vinculado pelo seu *dever jurídico* de implementação de uma *nova ordem econômica e social*.

No que diz respeito ao Direito Sanitário, nota-se que a força dirigente da Constituição traz, via de conseqüência, a obrigação jurídica de o Estado exercer ações e serviços de saúde visando à construção da nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais. A força vinculativa do Estado e da sociedade à Constituição dirigente transcende a realização infra-constitucional das normas programáticas constitucionais, para acolher também a própria atuação econômico-social do Estado. A partir deste instante é que se pode falar em modificação *paradigmática* da Ciência Jurídica, porque o Direito assume o papel de fator implementador das transformações sociais, veiculando inclusive prestações públicas; fala-se, aí, em *rematerialização* da racionalidade legal e em processo de *juridificação*.

O Direito, assim, "é instrumentalizado em função dos objetivos e finalidades do sistema político, que assume a responsabilidade pela condução de certos processos sociais e na definição dos objetivos a alcançar, na escolha dos instrumentos normativos, no processo de formulação e de implementação de normas." O Direito Sanitário, a propósito, não se conforma aos modelos clássicos de um Direito concebido à luz de paradigmas estatutários, informados por princípios como *certeza e segurança jurídicas*; agora, reconhece-se a *rematerialização da racionalidade legal*, a partir da legitimidade assentada numa ética de convicção. Ao lado dessa idéia, *juridificação* "designa (...) um processo no qual o Estado Social intervencionista cria um novo tipo de Direito, o direito regulatório, marcado pela materialização e finalismo político-intervencionista".

Aqui – deixando claro que a regulação, no modelo de função estatal que se pretende, distancia-se da noção clássica de competência administrativa regulamentar –, os novos contornos da descentralização administrativa não estão restritos à conotação de um poder normativo representado apenas pela fixação de normas regulamentares tradicionais (poder regulamentar clássico do executivo e controle judicial de legalidade

dos atos administrativos). A transferência que se opera para *agências reguladoras* tem por objeto atividades decisórias e regulatórias que extrapolam os limites regulamentares tradicionais, indo fomentar a independência desses novos órgãos reguladores, com autêntica, posto que não ilimitada, função normativa – característica até então reconhecida ao legislativo (no modelo clássico).

2.1. Condições de saúde no Estado

Pela constatação das múltiplas e variadas demandas enfrentadas nas Promotorias de Justiça pelo curador de saúde, os municípios enfrentam entraves vários para o desenvolvimento e qualidade de vida da população. Algumas regiões, como o norte, apresentam os menores índices de desenvolvimento do estado, figurando entre os piores do país.

A escassez de recursos hídricos repercute diretamente na economia, baseada fundamentalmente na estrutura agrícola familiar, com a comercialização de produtos, de maneira rudimentar, em feiras livres. Não há rede de saneamento básico, a rede hospitalar é precária e o número de leitos insuficientes, os animais são abatidos no campo, não há rede de transporte e os acessos viários são precários. Na maior parte do estado, a situação não difere, fundamentalmente.

A população rural enfrenta sérias dificuldades para o atendimento médico, valendo ainda registrar que os casos de maior complexidade, ou mesmo relativos a determinadas especialidades médicas, e às vezes encaminhados para municípios distantes, quando o tratamento fora do domicílio é de fato encaminhado no âmbito do SUS. A saúde permanece sendo encarada pela maioria da população, preponderantemente sem instrução formal, como benevolência do Poder Público Municipal, e não como direito.

Também no norte do estado, na década de 70, houve intensa campanha de reflorestamento com eucalipto, atraindo grandes empresas para extração de carvão que alimenta fornos industriais nos grandes centros. Outra frente de oferta de emprego é constituída por olarias. As condições de trabalho são degradantes e contribuem não só para a degradação ambiental, mas para a multiplicação de doenças vinculadas à atividade laborativa e pela precariedade dos recursos materiais da população, afastando o homem do campo e levando-o, com a família, para a periferia das cidades, vivendo, fundamentalmente, de auxílios oficiais e comunitários (bolsa-escola, bolsa-renda etc.)

3. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

3.1. Gestão municipal do SUS

As mudanças do modelo de seguridade social ocorrido a partir da Constituição de 1988 levaram a uma reforma universal com inclusão segmentada, ou seja, de diversos "cidadãos", todos agora cobertos mas por diversos benefícios sociais, com a

convivência íntima e contraditória de sistemas públicos e privados. Atualmente, as duas principais propostas para garantir a continuidade do SUS, são a descentralização, com a municipalização e a consolidação de Sistemas Locais de Saúde por intermédio da estratégia da saúde da família

3.1.1. Responsabilidade pela saúde nos municípios

Apesar de haver claramente a identificação do responsável pela gestão no município na pessoa do Secretário Municipal de Saúde, a população é ainda desinformada e até certo ponto desinteressada. A parcela mais esclarecida da população ou recorre a planos de saúde ou faz parte do mesmo círculo social dos médicos. A população carente vislumbra apenas o atendimento médico-hospitalar e a figura do Prefeito, herança, por certo, do *coronelismo* que ainda deixa suas marcas no estado e na região – o que, no eufemismo mineiro, *tradição política*.

O Poder Legislativo municipal, igualmente, enfrenta dificuldades no reconhecimento de seu papel de fiscalização da atividade administrativa da saúde municipal, além do que, na maioria dos casos, divide-se em dois grupos "políticos": situação ou oposição ao Prefeito pura e simplesmente.

3.1.2. Conselhos Municipais de Saúde

Os Conselhos de Saúde, no dizer de **Adalgisa Balsemão**², constituem-se na regulamentação da diretriz constitucional da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde, tornando-se, portanto, a instância deliberativa e fiscalizadora do SUS em cada esfera de governo. Os conselheiros de saúde estão nos conselhos exercendo atividades de relevância pública.

Cabe à respectiva Secretaria de Saúde garantir o apoio administrativo, operacional, econômico, financeiro, de recursos humanos e materiais necessário para o pleno e regular funcionamento dos Conselhos de Saúde. O Conselho de Saúde é um órgão do Poder Executivo e, para o seu exercício, necessitaria de dotação orçamentária própria para não ficar à mercê da respectiva Secretaria de Saúde, muitas vezes interessada em manter absoluto controle sobre o Conselho de Saúde.

Quanto à periodicidade das reuniões, a recomendação do Congresso Nacional de Conselhos de Saúde é de que sejam realizadas, no mínimo, uma vez por mês, sem prejuízo de reuniões plenárias extraordinárias.

Os Conselhos de Saúde são formados por quatro segmentos, sendo que 50% das vagas são destinadas às entidades do segmento usuário. Os outros três segmentos

² BALSEMÃO, Adalgisa. Competências e rotinas de funcionamento dos conselhos de saúde no sistema único de saúde do Brasil. In *Curso de extensão em Direito Sanitário. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 177-191

terão a seguinte divisão: 25% para as entidades de Profissionais de Saúde e 25% para governos e prestadores de serviço.

É significativo o número de Conselhos de Saúde que conseguem eleger seus presidentes, mas é importante destacar um fenômeno que deve ser objeto de estudo e acompanhamento: os Conselhos de Saúde continuam sendo presididos pelos gestores do SUS em cada esfera de governo. Tal fato, a nosso sentir, é desaconselhável, pois se o gestor é o presidente do Conselho de Saúde (que é a instância deliberativa e fiscalizadora do SUS), ele é fiscal de si mesmo, portanto ele homologa as resoluções que ele mesmo assina como presidente.

As comissões nos Conselhos de Saúde têm caráter propositivo e a atribuição principal de elaborar análises e pareceres, que serão submetidos ao plenário do Conselho de Saúde. Os pareceres das comissões poderão ser consubstanciados em Resoluções. A organização e funcionamento das comissões são definidos no Regimento Interno do Conselho. Convém registrar que a Resolução 33/92 do Conselho Nacional de Saúde estabelece normas para constituição e estruturação dos conselhos de saúde.

A iniciativa de constituir uma Organização Nacional de Conselhos de Saúde com o objetivo de articular as políticas de saúde da esfera nacional com as esferas estaduais e municipais de forma a assegurar ao SUS a integralidade e a unidade. A Plenária de Conselhos de Saúde é uma instância de Articulação entre os Conselhos de Saúde em âmbito Nacional, Regional e Estadual.

A Coordenação da Plenária Nacional de Conselhos de Saúde, é composta por: 04 representantes do CNS, 03 representantes da região nordeste, 02 representantes da região norte, 02 representantes da região sudeste, 02 representantes da região centro oeste e 02 representantes da região sul, totalizando 15 coordenadores. Os coordenadores das regiões são todos eleitos na Plenária Nacional e os representantes do CNS são escolhidos pelo Plenário do CNS.

No município de Taiobeiras/MG, representativo da realidade do norte de Minas Gerais, por exemplo, o Conselho Municipal de Saúde foi instituído pela Lei n. 671, de 22 de outubro de 1991, com alterações promovidas pela Lei n. 760, de 12 de janeiro de 1996, preservando-se a representação paritária. Na prática, o conselho ainda se mostra incipiente, pouco ativo, e a população não tem conhecimento de sua existência, não o identificando como interlocutor entre o cidadão e o poder público nas questões relativas às políticas públicas de saúde.

Apesar de, no plano legislativo e regulamentar, o Conselho Municipal se mostrar estruturado, não se apresenta, na prática, atuante. A sociedade, portanto, não está mobilizada e não participa efetivamente do planejamento e controle da execução das ações e serviços de saúde. O incentivo do Poder Público, no sentido de oferecer condições físicas de funcionamento do Conselho, é insuficiente para os resultados esperados e, no caso, parece que a falta de interesse na divulgação e incentivo à comunidade revela o desejo de controle centralizado e garantia da ausência de questionamento das políticas públicas e aplicação dos recursos. Garante a

Administração Pública, desta maneira, pela própria tradição política regional, a perpetuação da visão paternalista na oferta dos serviços de saúde à população.

3.1.3. Estudo epidemiológico

Eleonor Conill³ leciona que as práticas de saúde são o resultado de uma longa acumulação de saberes, técnicas e lutas entre grupos de interesse. Com efeito, *os sistemas de saúde são resultado de uma complexa interação de elementos históricos, econômicos, políticos e culturais* que se expressam em movimentos sociais e em processos concretos na esfera jurídica, política e administrativa através dos quais reside a possibilidade de que esses sistemas possam ser modificados em direção a uma função social mais adequada.

Para **Rouquayrol e Goldbaum** (1999) epidemiologia é:

"a ciência que estuda o processo saúde-doença⁴ em coletividades humanas, analisando a distribuição e os fatores determinantes das enfermidades, danos à saúde e eventos associados à saúde coletiva, propondo medidas específicas de prevenção, controle, ou erradicação de doenças, e fornecendo indicadores que sirvam de suporte ao planejamento, administração e avaliação de saúde"

Enquanto a *clínica* preocupa-se com a doença em indivíduos, tratando caso a caso, a *epidemiologia* trabalha problemas de grupos de pessoas. No conceito de epidemiologia transcrito, temos o enfoque num conjunto de pessoas, com o estudo de doenças infecciosas, crônico- degenerativas e de agravos à integridade física (acidentes, homicídios, suicídios, etc), inseridos num conjunto de processos sociais interativos que definem sua dinâmica.

Quanto ao acesso a um conjunto de bens e serviços disponíveis, este depende das relações estabelecidas entre as classes sociais (**Hortale**, et alii, 1999). O estudo dessa trajetória das práticas em saúde pode ser dividido em quatro grupos: histórico; epistemológico (saberes predominantes e suas transformações); político (intervenções

³ CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e Sistemas de Saúde – fundamentos históricos e conceituais para uma discussão sobre o acompanhamento de direitos na prestação de serviços. In *Curso de extensão em Direito Sanitário. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 109-130

⁴ Para **Laurell** (1983), processo saúde/doença é o modo específico como se dá nos grupos sociais o desgaste biológico e de reprodução das condições concretas de existência, levando em determinados momentos a um funcionamento biológico diferente com prejuízo de atividades cotidianas, conhecido por doença. A saúde ou a doença não ocorre ao acaso, de forma pontual e isolada e sua contextualização será sempre necessária, conforme veremos a seguir, também para a compreensão das respostas institucionais e sociais face a ela, ou seja, o tipo de política e o formato predominante do sistema e serviços de saúde de cada país.

do Estado); e econômico (relações com o modo de produção).⁵ Com as modificações no panorama sócio-econômico, assiste-se, à substituição de doenças infecto-contagiosas pelas crônico-degenerativas⁶. Isto vem fortalecer outro modelo explicativo do processo saúde-doença determinando novas formas de intervenção.

No modelo epidemiológico vigente oriundo de um contexto onde predominavam doenças infecciosas, a hipótese é "causa única/efeito único". No caso de doenças crônico-degenerativas (cardiovasculares, neoplasias), não há uma única causa e *a importância de fatores comportamentais e ambientais torna-se mais evidente. Na perspectiva multicausal, a saúde é determinada por um conjunto de fatores agrupados em quatro grandes categorias: estilo de vida, ambiente, organização dos cuidados e biologia humana.*

Neste aspecto, em particular na região norte, mas em raciocínio aplicável a todo o Estado, *a proteção ambiental, acompanhada da racionalização da política sanitária, de saneamento etc., tende a contribuir para a oferta de melhores condições de vida, mormente no que tange aos padrões de higiene, qualidade dos alimentos,*

⁵ As sociedades primitivas interpretam a doença de uma forma mágica e sobrenatural. Depois, tem-se um olhar mais empírico (Grécia, Século V a.C., escola de medicina de Hipócrates), desenvolvendo-se a observação empírica, já demonstrando uma visão epidemiológica. A Idade Média pode ser referida como "uma grande cegueira": movimentos populacionais, miséria, promiscuidade e falta de higiene criam condições para surtos epidêmicos. A renascença traz o início da modernidade e da era da razão na interpretação da saúde/doença. O paradigma cartesiano passa a definir como real o que pode ser explicado ou analisado mediante um conjunto de procedimentos que incluem a experimentação e a quantificação. Paralelamente à emergência do modo de produção capitalista e ao racionalismo científico, a conjuntura política é marcada pela aparição dos Estados modernos, com diferentes tipos de intervenção estatal sobre a questão da saúde das populações (Rosen, 1975). O que predominará é o olhar autoritário, cujo berço é a Alemanha (polícia ou política médica ou sanitária): medidas compulsórias de controle e vigilância de enfermidades, além de imposição de regras de higiene através de leis e regulamentos. Na medida em que se desenvolve o tecido urbano no final do século XVIII, aumenta a inquietude político-sanitária com o crescimento de populações em cidades como Paris. As ações vão dirigir-se então para o saneamento, ventilação das ruas e construções públicas, afastando-se para a periferia áreas consideradas miasmáticas tais como matadouros e cemitérios. A revolução industrial traz o fenômeno concreto da força de trabalho e do desgaste da classe trabalhadora com deterioramento das condições de vida e de saúde. A passagem do século XVIII para o século XIX é marcada então pela consolidação do poder político da burguesia emergente, com o Estado moderno impondo sua autoridade frente às populações por intermédio de ações sanitárias no espaço urbano e social. No século XIX verifica-se o predomínio científico, dividido em três momentos: o olhar contábil da estatística e das medidas; o olhar epidemiológico; e, finalmente, o olhar armado, que com o uso do microscópio e a descoberta do germe inaugurará importante ruptura epistemológica no campo da saúde. O grande avanço da fisiologia, patologia e bacteriologia tornaram menos importante o conhecimento sobre a vertente social e política da saúde, instituindo a supremacia da explicação unicausal do processo saúde/doença. Esse modelo organicista unicausal, pela ênfase na biologia e na intervenção médica individual tornar-se-á conhecido como modelo biomédico persistindo sua hegemonia até os dias atuais. Na gênese de sua construção, "a abordagem curativa individual teria suplantado o enfoque coletivo "higiênico" no tratamento da questão saúde e seus determinantes" (Almeida Filho, 1999). Ao longo da primeira metade do século XX expande-se a oferta de serviços de saúde e políticas de proteção social.

⁶ Este é o chamado modelo clássico ocidental de transição epidemiológica (Omran 1971 apud Minayo, 2000).

prevenção de doenças etc. Porém, estes pontos precisam ser encarados pelo Ministério Público como pontos prioritários na defesa das ações e políticas de saúde pública. Até porque, a questão da saúde coletiva é a que se identifica, a nosso sentir, com o mister constitucional de defesa dos interesses sociais, no plano dos interesses difusos e coletivos. A atuação institucional planejada a partir dessa perspectiva "multicausal", atende aos anseios da atuação múltipla (meio ambiente, consumidor etc.), formando uma rede integrada de ações, com economia de esforços e racionalização das metas – com resultados práticos globais e significativos.

Vale acrescentar que o sistema de organização dos serviços, nessa "nova visão", é dividido em serviços preventivos, curativos e de recuperação. Propõe-se, também quanto às políticas de saúde, uma racionalização da atenção que partindo de comunidades geograficamente definidas permitiria um melhor conhecimento da situação epidemiológica. Os cuidados devem ser organizados em níveis de complexidade crescente de atenção mas a ênfase deve mudar do cuidado hospitalar de nível terciário para a atenção primária e comunitária fornecida por equipes multidisciplinares. *A comunidade e os usuários são incentivados a controlarem e a participarem dos serviços.*⁷ Este aspecto, por óbvio, merece, igualmente, atenção prioritária do Ministério Público, no que tange à *responsabilidade social no controle do SUS*. Assim, estando os Conselhos Municipais estruturados, as demandas individuais (fornecimento de atendimento médico-hospitalar individual no município) que chegam até às Promotorias de Justiça seriam encaminhadas ao Conselho, evitando-se medidas judiciais (inclusive para as quais a legitimidade ministerial é, no mínimo, duvidosa) e

⁷ Este novo discurso, formulado em parte em Universidades norte-americanas no final da década de 60, marcará os anos 70 influenciando reformas com esse conteúdo democrático racionalizador no Canadá (Québec), Inglaterra, Espanha e Itália, entre outros. Também para países periféricos, como o Brasil, a Organização Mundial de Saúde/OMS salienta a importância de obter-se "Saúde para todos (...)" (Alma-Ata, Rússia, 1978). Nos anos 80, no entanto, o discurso mudará adquirindo uma conotação neo-liberal, com uma tendência a criação de mercados na assistência e uma ação supletiva e focalizadora do Estado. Em função da crise fiscal e desequilíbrios de contas públicas, as palavras de ordem são "menos Estado", privatização, flexibilidade e desregulação. Além disso, há o argumento de que é preciso diminuir e controlar custos sociais em função da competitividade de mercados no contexto da globalização. Embora diversos países centrais tenham realizado reformas nessa direção, sob a égide do controle de custos, é importante salientar que em nenhum deles, houve um recuo importante nas diretrizes de universalização e de financiamento público da saúde (Almeida, 1995, Giovanella, 1997, Conill, 1999). Ainda que numa nova conjuntura, continue-se a enfatizar a importância da atenção primária e da promoção da saúde. A reforma sanitária brasileira pode ser considerada uma reforma tardia, preconizando princípios democráticos racionalizadores com a formulação e implementação do Sistema Único de Saúde/SUS numa conjuntura neoliberal. Apesar de avanços nos plano político-administrativo, reconhecem-se dificuldades no plano operativo e no modelo assistencial. Nas últimas décadas, a problemática das políticas sociais e econômicas no Brasil tem fortalecido a crise estrutural do setor público, ampliando a lacuna existente entre os direitos sociais garantidos em lei e a capacidades efetiva de oferta dos serviços públicos respectivos. O SUS está incluído nesta condição e, não obstante avanços ocorridos, a sua consolidação continua em trânsito (notando-se também o crescimento do subsistema de atenção médica supletiva – os planos de saúde).

fomentando na própria sociedade o desenvolvimento da responsabilidade para com as políticas públicas de saúde e a administração dos recursos provenientes do erário.

A epidemiologia, registre-se, já é utilizada como instrumento de acompanhamento e avaliação de sistemas de saúde, sendo que os estudos avaliativos são divididos da seguinte forma⁸: *disponibilidade e distribuição social dos recursos* (cobertura, acesso, equidade); *efeito das ações* (eficácia, efetividade, impacto); *custos* (eficiência); *adequação das ações ao conhecimento técnico e científico vigente* (qualidade técnico-científica); *percepção dos usuários sobre as práticas* (satisfação, aceitabilidade).

Portanto, percebe-se que uma das funções da epidemiologia é a de fornecer indicadores que sirvam de suporte ao planejamento, administração e avaliação, o que inclui o acompanhamento das ações ("epidemiologia de serviços", que inclui também estudos que possam relacionar ações com resultados), tendo como grande desafio no acompanhamento e avaliação de sistemas de saúde é estabelecer julgamentos acerca de resultados, tendo em vista as características multifatoriais do processo saúde/doença. Atualmente, dados sobre a estrutura (recursos), processos (consultas, internações, outras atividades) e resultados (morbidade, mortalidade, condições dos nascimentos) dos sistemas municipais (e também estaduais) não têm em geral um acompanhamento integrado, estando dispersos.⁹

⁸ Silva e Formigli (1994)

⁹ Com o processo de implementação do SUS, vem se desenvolvendo um conjunto de tentativas para um melhor acompanhamento do sistema público, principalmente nos municípios. Para repasse de recursos financeiros federais foram estabelecidas Normas Operacionais Básicas (MS, 1993, 1996) conhecidas como NOB's, cuja última versão, publicada em 26 de janeiro de 2001, foi denominada Norma Operacional da Assistência à Saúde/NOAS (MS, 2001). Essas normas definiram uma série de condições regulando a municipalização: modalidades de gestão; existência de Fundos Municipais; plano e Conselho de Saúde; relatório de gestão; e comprovação de contrapartida municipal (MS, 1993). Nas versões mais recentes (MS, 1996, 2001) foram acrescentados requisitos justamente no que se refere aos sistemas de informação sobre a situação de saúde e a criação de estruturas municipais nas áreas de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica e de controle e avaliação. Pela última regulamentação, os municípios podem habilitar-se a duas modalidades de gestão para recebimento dos recursos federais: gestão plena da atenção básica ampliada e gestão plena do sistema municipal. No primeiro caso, devem garantir a existência de cadastro, auditoria, controle e avaliação dos serviços de atenção básica⁹, no segundo, essas ações dizem respeito ao conjunto de prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares. No setor de epidemiologia, além do monitoramento dos casos de doenças, que podem assumir proporções epidêmicas, está sediada (num processo ainda incompleto de descentralização), a gestão dos seguintes sistemas de informações sobre a situação de saúde: a) **SIM** – Sistema de Informação de Mortalidade; b) **SINASC** – Sistema de Informação de Nascidos Vivos – fornece dados sobre o acompanhamento pré-natal e condições dos nascimentos; c) **SINAN** – Sistema de Informação de Agravos de Notificação – fornece dados sobre doenças de notificação compulsória como, por exemplo, cólera, coqueluche, dengue, doença meningocócica, hepatite B, malária, AIDS, tétano, tuberculose.

É importante atentar para o fato de que a lógica que rege as particularidades funcionais do sistema de saúde pode não necessariamente estar voltada para o bem-estar da população, visto que o comportamento dos diversos (e muitas vezes antagônicos) atores sociais dentro de tal sistema pode direcionar sua dinâmica para outros fins. No âmbito do que denomina uma *democracia inconclusa*, **Gershman** (1995) considera que a reforma brasileira mostra-se ainda incompleta, campo de permanente interação de atores sociais. Utiliza o conceito de regimes democráticos, que se refere à capacidade que governo e sociedade possam ter para gerar comportamentos democráticos para além do campo estritamente político. Significa o estabelecimento de novas dimensões nas relações Estado-Sociedade, incluindo direitos e políticas sociais. Considera possível expandir a reprodução da democracia por *aproximações sucessivas*.

Reconhece-se o papel importante da epidemiologia no sentido de integrá-las numa perspectiva abrangente em direção à proposta atual de *vigilância da saúde*. Esta é uma nova perspectiva de redefinição das práticas, que faz a distinção e assume a importância do controle de determinantes, riscos e danos, com a incorporação de um conjunto ampliado de sujeitos sociais e que, portanto, deve orientar o planejamento prioritário de atuação institucional na área da saúde.

Por fim, para registro de verificação analógica entre atuações clínicas e epidemiológicas no âmbito da aplicação das normas jurídicas, percebemos que o Ministério Público, quando propõe ação civil pública em defesa de direitos coletivos, visando a coibir e prevenir danos que atingem uma parcela generalizada e indeterminada de pessoas, atua em perspectiva "epidemiológica", diversamente do que ocorre nas pretensões levadas até o judiciário para salvaguarda de interesse individual ("clínico"). Defendemos a tese de que a atuação ministerial deve ter por norte, por força de previsão constitucional neste sentido como primeiro ponto a ser focado, reconhecido o desenvolvimento ainda incipiente de infra-estrutura e da política ambiental de maneira planejada.

Em parcela significativa dos municípios do Estado, apesar de a municipalidade contar, formalmente, com um serviço de epidemiologia, o que se percebe é a ausência efetiva de inquérito epidemiológico eficiente, ausência de serviços efetivos de vigilância sanitária etc.

4. EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Prof. **José Afonso da Silva**¹⁰ qualifica de *espantosa* a constatação de que apenas na Constituição de 1988 um bem extraordinariamente relevante á vida humana – a saúde – tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. Para o festejado constitucionalista, o direito à saúde há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 298

da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais. Percebe-se, desde já, a preocupação com a efetividade das normas relativas à consagração positiva do direito à saúde.

Já o eminente Prof. **Luis Roberto Barroso**¹¹ aduz que a dicção do art. 196, da CR/88, que faz referência ao *direito* à saúde e ao *dever* do Estado é ambígua e foi erigida a partir de redação própria às normas programáticas, ao falar em *políticas sociais e econômicas* que não estão especificadas. Lembra que no Supremo Tribunal Federal, a partir de voto do Min. **Celso de Melo**, a matéria foi assim sistematizada:

"a) o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar;

b) o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional;

c) o caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental;

d) o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.

vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade."

Verifica-se que, apesar das variadas abordagens do direito à saúde (prerrogativa jurídica, norma programática, direito fundamental), o que demonstra, a nosso sentir, o reconhecimento da dificuldade do discurso argumentativo jurídico em lidar com tais demandas político-econômico-sociais, a jurisprudência pátria tem procurado conferir efetividade à norma, superando pela via judicial, em homenagem à preponderância da dignidade da pessoa humana em sede hermenêutica, as omissões da Administração Pública, mesmo ao custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira, mas que vem em boa hora.¹²

Conforme salienta **Dallari**¹³, a conceituação de *relevância pública* ou *serviços de relevância pública*, estruturado tendo em vista as ações e serviços da área de saúde, têm por escopo a elaboração de textos normativos que atendam aos requisitos da adequação do conteúdo sanitário e das exigências formais da técnica jurídica - fazer da pesquisa em Direito Sanitário um instrumento para a conquista da saúde como Direito de todo o povo.

Compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito... dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (CR/88, art. 129.II). Sabemos que às ações e serviços de saúde foi reconhecido o caráter de relevância pública (C.F. art. 197).

O Brasil, pela primeira vez, em 1988, organizou, em sede constitucional, um sistema de saúde e, também, definido as funções institucionais de um órgão destinado a defender direitos difusos e coletivos. Curiosamente, nestas duas oportunidades o constituinte usou a mesma expressão – "relevância pública"¹⁴ – que não tem tradição nos meios jurídicos brasileiros.

¹² Cf. BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*

¹³ DALLARI, Sueli Gandolfi et al. *O conceito de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992

¹⁴ "Relevância pública": a *indeterminação*, no caso, não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referir-nos a *termos indeterminados de conceitos* e não a *conceitos indeterminados* - não existem "*conceitos indeterminados*". Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. Os conceitos jurídicos são usados para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. O conceito cuja determinação buscamos, *no caso*, não é o de "relevância pública", porém o de *serviço de relevância pública*; logo, seria estéril, *no caso*, qualquer debate travado a respeito do conceito de apenas *relevância pública*; o conceito de *serviço de relevância pública* está referido a uma significação (axiológica) atribuível a determinados serviços (e ações, a teor do artigo 197 da Constituição); função dos conceitos jurídicos é a de ensejar, permitir a aplicação de normas jurídicas; logo, impõe-se discernirmos quais os serviços aos quais se deve ligar o predicado axiológico "*serviços de relevância pública*", sendo natural a suposição (porque se trata de conceito jurídico) de que disso resulte a aplicação, a esses serviços, de determinadas normas jurídicas.

Não se superpõem os conceitos de *serviço público* e de *serviço de relevância pública*. *Serviço de relevância pública* é predicado axiológico (conceito) que abrange todos os *serviços públicos* (melhor dizendo: todas as coisas, estados ou situações a que se aplica o conceito de *serviço público*) e alguns serviços do setor privado (*atividade econômica*)

A Constituição não enuncia quais são os serviços de relevância pública além dos de saúde. São também serviços de relevância pública os serviços prestados pelo setor privado em regime de concessão ou permissão. Noutro enfoque, a noção de relevância pública está diretamente associada com a de interesse público. As ações e serviços públicos de saúde são de relevância pública porque existe, quanto a sua prestação, um interesse público primário.

A função cumprida pelo conceito de *relevância pública*¹⁵ no quadro constitucional é a de ensejar que o Ministério Público atue, em relação a eles, nos termos do que dispõe o artigo 129, II da Constituição. Como consequência, o efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição por tais serviços (isto é, no desempenho de tais serviços, inclusive pelo setor privado) está sujeito ao zelo do Ministério Público, incluindo-os entre aqueles considerados pelo preceito inserido no artigo 129, II da Constituição. Todavia, defendemos que atuação ministerial só se legitima a partir do enfoque coletivo das ações e serviços de saúde, sob o prisma epidemiológico multidisciplinar, por representar a conclusão que se extrai de todo o sistema jurídico-normativo.

Entendendo o artigo 196 e 197, juntamente com a competência do artigo 129, inciso II, verificamos que a fiscalização da matéria relativa as ações de saúde e serviços de saúde estão diretamente ligadas a fiscalização do Ministério Público, quer a nível federal, que estadual. De outro viés, o sistema é estruturado a partir da responsabilidade social, de tal sorte que na tutela coletiva do direito à saúde, o Promotor de Justiça não pode se transformar em gestor do sistema, servidor do Executivo (nas três esferas de governo), administrador hospitalar etc. O que se pretende estabelecer é que a fiscalização ministerial do SUS, papel de relevo no controle social do sistema, deve ser realizada a partir de definição planejada de atribuições, a partir da perspectiva preventiva e coletiva – o que só é possível a partir do enfoque epidemiológico, como defendemos até aqui, num e noutro ponto deste trabalho. Tendo como premissa metodológica o enfoque epidemiológico, as medidas judiciais e extrajudiciais devem

¹⁵ Convém acrescentar que os princípios constitucionais encontram-se no conceito de relevância pública; todos os valores especificados no artigo primeiro, da Constituição Federal são relevantes, assim como os do artigo terceiro. Não deve cuidar, portanto, o Ministério Público, de qualquer serviço público de relevância, mas de todo serviço público de relevância com relação aos direitos assegurados na Lei Maior. Por outro lado, á luz da hermenêutica constitucional, todos os serviços necessários para a realização dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º) são de relevância pública.

mirar a questão sanitária (aterros controlados, preservação de recursos hídricos etc.), qualidade de alimentos destinados ao consumidor final (incluindo o abate de animais etc.) e, noutro prisma, a participação da coletividade nas instâncias decisórias (fomento e responsabilização dos conselheiros de saúde).

O inciso II, do artigo 129, da CR/88, cuida de, além de determinar a competência fiscalizadora ao Ministério Público, garantir a promoção, para seu cumprimento, das medidas necessárias e sua garantia. Assim, pelo princípio da máxima proteção aos interesses *coletivos*, assegura-se o manejo da tutela diferenciada, adequada à proteção efetiva do direito material (no caso, a saúde); sendo que o interesse público motivador da intervenção do Ministério Público, é lógico, não se confunde com o interesse do Estado; antes, pode a ele contrapor-se.

Assim, podemos afirmar:

a) a saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os que, mesmo que entes privados, sob a chancela deste, a garantam;

b) a saúde é sempre assegurada através da atuação de uma função pública estatal, mesmo quando prestada por particulares, sendo que apenas as suas "ações e serviços" não têm exercício exclusivo do Estado; por isso mesmo, são consideradas de relevância pública;

c) como função pública estatal, cabe ao Estado a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo aquele fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes; com isso, pode-se dizer que é limitada a liberdade dos prestadores privados;

d) como direito público subjetivo, a saúde cria uma série de interesses na sua materialização, interesses esses que ora são tipicamente públicos, ora difusos, coletivos, individuais homogêneos ou individuais simples;

e) tais interesses, quando contrariados, dão legitimidade a uma série de sujeitos, públicos e privados, para buscarem, judicialmente, sua proteção (para tanto pode-se utilizar, além de outros estatutos a Lei n. 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor);

f) nem toda exigência de efetividade do direito à saúde se encontra na esfera de atribuição do Ministério Público, somente justificando-se a atuação no âmbito coletivo, com ênfase na atuação preventiva, multidisciplinar e, prioritariamente, a partir do planejamento epidemiológico;.

Como conclusão, temos que o conceito de relevância pública, aplicado às ações e aos serviços de saúde, implica o poder de controle e fiscalização:

a) pela *sociedade*;

b) pela própria *Administração*;

c) pelo *Ministério Público*. Em todos os casos, zelando pela sua efetiva prestação e por sua qualidade, dada a essencialidade¹⁶ do serviço.

4.1. Saúde individual e saúde coletiva

Tendo em vista a necessidade de efetiva garantia da universalidade do sistema, além das deficiências históricas do sistema de saúde, algumas estruturais, outras circunstanciais, sem falar na centralização por parte de determinados grupos políticos detentores do poder decisório, problemas individuais de deficiência no atendimento chegam até a Promotoria de Justiça. O Ministério Público, desta forma, acaba absorvido com questões individuais, na maioria solucionadas (quando solucionadas, extra-judicialmente) Tal atuação paliativa poderia ser mitigada em favor de um esforço preventivo, a partir de mobilização dos agentes políticos envolvidos direta ou indiretamente com o SUS, principalmente através do arrefecimento do Conselho Municipal.

Dessa maneira, a atuação preponderante do Ministério Público na área da saúde, observadas as características municipais, deverá pautar-se pela defesa da saúde no plano coletivo, com ênfase na prevenção – ressalvada a questão de interesses individuais da infância e da juventude, que merecem, sempre, por determinação constitucional, atenção prioritária.. Tal opção vai ao encontro, inclusive, da estrutura administrativa da maioria das Promotorias de Justiça, onde o Promotor de Justiça acumula, dentre outras, as atribuições das Curadorias de Saúde, Criança e Adolescente, Meio Ambiente, Idosos e Deficientes Físicos e Patrimônio Público – relacionados a vários municípios das respectivas comarcas.

Deve-se ainda salientar que a primordial atribuição ministerial, a partir da Constituição de 1988, diz respeito à defesa dos interesses sociais, tutelados coletivamente (interesses difusos e coletivos - e individuais homogêneos).

5. PLANO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atento às peculiaridades municipais e regionais, considerando ainda a opção pela política preventiva, para tutela coletiva do direito à saúde, a atividade do Ministério Público deve abranger, prioritária e exemplificativamente, as seguintes áreas, todas vinculadas à questão da saúde a partir da abordagem epidemiológica (multidisciplinar: proteção ambiental, consumidor etc.):

a) Construção de *matadouros municipais* (incentivo à associação de comerciantes de carne para construção e gestão posterior, com obtenção de recursos

¹⁶ Por “*relevância pública*” deve-se entender que o interesse primário do Estado, nas ações e serviços de saúde, envolve a sua essencialidade para a coletividade, ou seja, sua relevância social. Ademais, enquanto direito de todos e dever do Estado, as ações e serviços de saúde devem ser por ele privilegiados.

públicos e assessoria técnica de instituições de ensino superior e entidades de pesquisa, de matadouro municipal, evitando-se o abate clandestino e facilitando o monitoramento da qualidade dos alimentos destinados a consumo da população);

b) efetividade do *Conselhos Municipais de Saúde* (para que as questões relativas ao planejamento de saúde não permaneçam apenas atreladas ao modelo assistencialista em favor de determinados segmentos político-partidários, deve-se fomentar o funcionamento regular e dinâmico do Conselho Municipal já existente no plano formal, colaborando, inclusive, para que desenvolva mecanismos de absorção de demandas individuais atualmente suportadas, especificadamente e sem permitir a identificação e solução de problemas que se reprisam, pelos Promotores de Justiça – a exemplo do projeto "Minas de bons conselhos");

c) *Controle de resíduos* urbanos (tratamento de esgoto; aterro sanitário: as questões envolvendo as condições de higiene, salubridade e saneamento, bem como o manejo inadequado do "lixão" municipal, a céu aberto e com presença constante de animais e pessoas, pode ser solucionada a médio prazo a partir de termos de ajustamento de conduta com o Executivo Municipal, buscando-se o apoio técnico de órgãos como a COPASA (Cia. de Saneamento), FEAM (Fundação Estadual do Meio Ambiente) etc., que já possuem convênio com o Ministério Público de Minas Gerais);

d) *Vigilância Sanitária* (o diálogo contínuo e a sensibilização dos Poderes Públicos Municipais pode contribuir para efetiva implementação de programa de planejamento e vigilância sanitária. A Secretaria Municipais de Saúde, via de regra, ao menos formalmente, demonstram interesse de implementação de serviço de Vigilância Sanitária, a partir do momento em que o município estivesse classificado junto à Secretaria de Estado da Saúde sua adesão ao plano estadual de média complexidade da vigilância sanitária, o que dotaria o município de recursos humanos e financeiros para atendimento das necessidades nesta área);

e) *equipes de saúde de atuação preventiva* (a atividade ministerial pode viabilizar o contato com instituições que favoreçam a capacitação de agentes comunitários de saúde, no âmbito de programas de saúde da família, nos moldes hoje desenvolvidos pelo NATES, na Universidade Federal de Juiz de Fora).

6. CONCLUSÃO

O discurso jurídico não é auto-suficiente para abordagem do tema SAÚDE. Os mecanismos de controle social do SUS, da mesma forma, não se podem limitar à atividade fiscalizatória (ou mesmo através da via judicial) do Ministério Público.

O desafio da universalização do acesso à saúde trouxe como consequência a saúde como direito. A obrigação correspondente é responsabilidade de todos os agentes públicos e comunitários.

O direito à saúde, do ponto de vista do Ministério Público, não pode ser tratado isoladamente. A atividade multifacetada encontra em outras áreas, como a proteção ambiental, importantes mecanismos de prevenção de riscos à saúde coletiva.

Da mesma forma, a atenção às lesões individuais não pode representar o grau de comprometimento do Ministério Público com a questão da saúde – devendo ser remetida à atuação dos conselhos municipais, instância representativa da responsabilidade da sociedade para com o SUS. A atividade extrajudicial, neste aspecto, tende a produzir maiores resultados se comparada à proliferação de demandas judiciais. É bom frisar que deverá ser sempre privilegiada a perspectiva *resolutiva* na atividade ministerial, elegendo-se como premissa a solução pela via extra-judicial, principalmente através da mobilização dos recursos da própria comunidade e da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.

O enfoque epidemiológico para tutela preventiva da saúde no âmbito coletivo deve orientar o planejamento estratégico geral (art. 19, da LC 34/94), priorizando atribuições, não se justificando, fora desta perspectiva, a atuação institucional do Ministério Público.

7. BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Márcio Iorio [coord.]. *Curso de extensão em Direito Sanitário. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 77-107.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo:Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SUPRESSÕES

Com supressões, as conclusões, foram aprovadas, por maioria, com a seguinte redação:

O enfoque epidemiológico para tutela preventiva da saúde no âmbito coletivo deve orientar o planejamento estratégico geral (art. 19, da LC 34/94), priorizando atribuições, não se justificando, fora desta perspectiva, a atuação institucional do Ministério Público.

NULIDADE DE INVESTIGAÇÕES INFORMAIS PELA CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rodrigo Souza de Albuquerque
Promotor de Justiça

Durante os anos de 2000 e 2001, enquanto exerci minhas atribuições na Promotoria de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte, fui instado quase uma dezena de vezes a prestar informações a Corregedoria-Geral do Ministério Público acerca de representações formuladas por agentes públicos investigados ou processados pela Promotoria.

1. Introdução

O pedido de informações ao Promotor de Justiça representado feito pela Corregedoria ainda não é procedimento disciplinar administrativo. O pedido de informações é ato informal, que precede a decisão de abertura de procedimento disciplinar administrativo formal¹. Em suma, não é um rito obrigatório ao qual deve se submeter a Corregedoria do Ministério Público.

Mas como é um *plus* concedido àquele que poderá vir a ser acusado, permitindo-lhe uma defesa antes mesmo da instauração do procedimento disciplinar formal, é aceitável. Não é um ato que pode causar prejuízo ou violar direito, até porque adstrito à Corregedoria e ao representado.

Diferente, entretanto, é quando a Corregedoria, sem a instauração de qualquer procedimento disciplinar administrativo, passa a exercer atividade investigativa e a produzir prova, quando a lei não lhe atribui tal prerrogativa. Esta hipótese pode parecer absurda a ponto de sequer merecer "status" de tese trabalho que aponte sua ilegalidade, não fosse o fato da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais reiteradamente proceder desta forma.

Assim, pretendo ilustrar a idéia defendida nesta tese com um caso concreto, uma vez que o intuito final é concluir serem nulas as investigações informais pela Corregedoria-Geral do Ministério Público.

* Tese aprovada por unanimidade, com aditivos às conclusões

¹ Pelo menos é este o posicionamento exposto no Expediente nº 154/2001, em parecer integralmente acolhido pelo então Corregedor-Geral: "...conclui-se que o expediente em análise é preliminar a uma sindicância ou procedimento disciplinar administrativo, onde se busca apurar sumariamente os fatos e, se ocorrer eventual falta disciplinar, elencá-la em portaria inicial do respectivo processo."

2. Exposição

Em meados de 2001, todos os então Promotores de Justiça da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte receberam ofícios da Corregedoria para que prestassem informações acerca de fatos que lhes eram atribuídos por agente público investigado e processado pelo Ministério Público.

No mesmo despacho a Corregedoria, além de facultar as informações apontadas, ainda determinou:

"Oficie-se ademais, aos jornais 'Estado de Minas', 'O Tempo', 'Hoje em Dia', 'Diário da Tarde', jornal da AFAEMG, da AMIE e da APPMG; bem como, às emissoras de televisão 'Globo', 'SBT', 'Bandeirantes' e 'Record', a fim de que encaminhem as respectivas matérias veiculadas contra o IPSEMG; seu Presidente e servidores, nas quais os retro-referidos Promotores de Justiça tenham manifestado posicionamento."

Vale ressaltar que até então nenhuma portaria havia sido baixada para instauração de sindicância ou procedimento disciplinar administrativo formal. Tratava-se do chamado *expediente preliminar*² que, como vimos na introdução, não tem qualquer previsão legal, mas se limitado a mero pedido de informações ao Promotor de Justiça representado, não traz em si prejuízo capaz de macular sua legalidade.

Mas no caso em exame, a Corregedoria foi além e requisitou informações dos maiores órgãos de imprensa do Estado. Em outras palavras, passou a produzir provas fora do procedimento formal.

A Corregedoria-Geral do Ministério Público, como a Administração de modo geral, tem seus atos limitados pelo exato alcance da lei³. E em nenhum momento, lei alguma autoriza a investigação de condutas senão dentro de um procedimento formal, legalmente instituído e revestido de todos os requisitos exigidos para a validade de qualquer ato da administração.

Assim, é que a Corregedoria pode requisitar documentos e informações *indispensáveis ao bom desempenho de suas funções* (art. 39, XIV da Lei 34/94). Mas não pode fazê-lo quando não for para o desempenho de suas funções. E suas funções são

² Vide nota 1.

³ Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos: "É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer." E mais adiante: "De tudo ressalta que a Administração não tem fins próprios, mas há de buscá-los na lei, assim como, em regra, não desfruta de liberdade, escrava que é da ordem jurídica" – Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 1994, p. 25.

aquelas que a lei lhe confere. E a lei não lhe confere, como não poderia mesmo conferir, a possibilidade de investigações informais, com ritos inventados.

No momento em que a Corregedoria, sem a instauração de qualquer procedimento formal que lhe compete, requisitou cópias de matérias jornalísticas acerca do caso, praticou ato de administração nulo, e isso por lhe faltarem todos os requisitos, quais sejam: competência⁴, finalidade⁵, forma, motivo⁶ e objeto⁷.

Mas não é tudo. Na prática, os Promotores de Justiça se viram constrangidos a ter suas condutas investigadas sem sequer a existência de um procedimento formal, e todas as garantias advindas dele.

No caso concreto, as consequências ainda podiam ter sido piores. Na medida em que as requisições foram dirigidas a terceiros, estes tomaram conhecimento da ‘investigação’. Diga-se de passagem, terceiros estes que são os maiores órgãos de imprensa do Estado, ocasionando o severo risco desse fato ser explorado pelo representante. Afinal, não se podia descartar a fortíssima possibilidade desses órgãos jornalísticos buscarem tanto no Ministério Público, quanto junto ao representante, a causa da requisição, mesmo porque as arbitrariedades cometidas no ente público tinham merecido ampla cobertura da imprensa. A Corregedoria podia ter dado ao representante, numa ‘canetada’, o que ele buscava há muito tempo sem sucesso, a chance de arguir impedimento ou suspeição dos Promotores de Justiça representados, o que destruiria meses de trabalho, consubstanciados em quase meia centena de volumes.

Atitudes como esta da Corregedoria, podem prejudicar sobremaneira o trabalho árduo e difícil do Promotor de Justiça. Se a Corregedoria pretende informações que entende realmente importantes, deve instaurar o procedimento cabível, com as garantias de contraditório e ampla defesa a ele inerentes, inclusive a possibilidade legal de decreto de sigilo, evitando-se que o fato possa ser usado politicamente pelo representante. A Corregedoria pode e deve investigar as condutas de Promotores e Procuradores de Justiça, mas deve fazê-lo nos estritos limites da lei, a fim de que não seja usada, involuntariamente, para outras finalidades.

⁴ Segundo Celso Ribeiro Bastos: “Competência são os poderes conferidos por lei a cada órgão público para que possa desempenhar suas funções específicas” – ob. cit., p. 92.

⁵ O mesmo autor (p. 96) aponta que “a finalidade do ato administrativo só pode ser aquela indicada, explícita ou implicitamente na lei”. Temos pois, que a requisição pela Corregedoria do Ministério Público não pode ser feita para a averiguação da necessidade ou não de instauração de procedimento disciplinar, mas exatamente para instruir procedimento já instaurado, como aponta a lei. Há um ato administrativo, portanto, dissociado de sua finalidade.

⁶ “O agente tem a obrigação de justificar a existência da situação que autorizou a edição do ato, sob pena de ser invalidado” – ob. cit. p. 95/96.

⁷ “Da mesma forma, como no direito privado, o objeto ou conteúdo deve ser certo, lícito e materialmente possível, e, modernamente, o objeto do ato administrativo deve ser também moral” – ob. cit. p. 93.

3. Conclusões

1) A Corregedoria-Geral do Ministério Público pode facultar informações ao Promotor ou Procurador de Justiça representado antes da instauração do formal procedimento disciplinar administrativo, vez que se trata de ato que não trará prejuízo e ficará adstrito ao representado e órgão corregedor;

2) A Corregedoria-Geral do Ministério Público não pode emitir requisições ou desempenhar outras atividades investigativas da conduta de Promotor ou Procurador de Justiça, senão no estrito cumprimento de suas funções, dentro de procedimento disciplinar administrativo ou sindicância, formal e regularmente instaurados segundo previsão legal.

ADITIVOS

Com emenda aditiva, as conclusões, foram aprovadas com a seguinte redação:

1) A Corregedoria-Geral do Ministério Público pode facultar informações ao Promotor ou Procurador de Justiça representado antes da instauração do formal procedimento disciplinar administrativo, vez que se trata de ato que não trará prejuízo e ficará adstrito ao representado e órgão corregedor;

2) A Corregedoria-Geral do Ministério Público não pode emitir requisições ou desempenhar outras atividades investigativas da conduta de Promotor ou Procurador de Justiça, senão no estrito cumprimento de suas funções, dentro de procedimento **próprio** disciplinar administrativo ou sindicância, formal e regularmente instaurados segundo previsão legal.

POSSIBILIDADE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA SER MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rodrigo Souza de Albuquerque
Promotor de Justiça

1. Introdução

Este assunto nos chamou a atenção inicialmente em 2001, durante discussão temática no 14º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Recife. Naquela ocasião se discutia sobre a democracia no Ministério Público brasileiro e o tema foi abordado por um Promotor de Justiça pernambucano.

Depois daquele Congresso procuramos trazer as principais idéias debatidas sobre o tema democracia no Ministério Público através de artigo publicado na página e no informe do SindiMP. Todavia, o ponto novo daquele debate foi exatamente a discussão sobre a possibilidade de Promotor de Justiça ser membro do Conselho Superior do Ministério Público. Naquela oportunidade tratou-se apenas de discussão, não sendo defendida ou aprovada tese nesse sentido.

Obviamente comungando com esta possibilidade, acreditamos ser hora do Ministério Público de Minas Gerais, através deste Congresso Estadual, discutir o assunto e quem sabe, dar um passo de vanguarda rumo a plenitude da democracia institucional.

2. Exposição

Como tivemos oportunidade de asseverar no citado artigo, o Ministério Público vive uma pseudo-democracia. No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, nós, Promotores de Justiça, escolhemos através do voto o Procurador-Geral e os membros do Conselho Superior, e somos aliados da escolha do Corregedor-Geral e membros da Câmara de Procuradores. E para nenhum cargo Institucional podemos nos candidatar.

*** Tese aprovada por maioria**

"Bela democracia" onde nem para tudo se pode votar e para nada se pode ser eleito. Se considerarmos a proporção aproximada de sete Promotores para cada Procurador de Justiça, a conclusão é que vivemos uma aristocracia institucional.

Mas a legislação estadual, e isso não é nenhuma novidade, se encontra divorciada do texto Constitucional no que tange a possibilidade de participação do Promotor de Justiça como candidato à lista tríplice para escolha do Procurador-Geral. Esta não é só uma vontade da classe, com mais de 71% dizendo sim em pesquisa realizada pelo SindiMP. Importantes precedentes jurisprudenciais apontam nesse sentido, como exemplo temos a Medida Cautelar nº MC-748 RS 97/0010617-9 proposta pelo Promotor gaúcho José Fernando Gonzalez e a Reclamação nº 595-SE interposta pelo Promotor sergipano Luiz Alberto Moura Araújo. Nos dois casos o Superior Tribunal de Justiça concedeu liminares assegurando a participação desses colegas na eleição para elaboração da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça dos Estados respectivos, embora as leis estaduais locais vedassem tal participação, como em Minas Gerais. É sabido que existe ainda outro precedente do Estado de Pernambuco.

Outrossim, no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Curitiba, foi aprovada tese nesse sentido, por inconstitucionalidade da vedação em lei estadual da participação de Promotor de Justiça no pleito, já que a Carta Magna não o faz.

É bom ressaltar, que em debate promovido pelo SindiMP entre os dois últimos candidatos ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, ambos se mostraram favoráveis a possibilidade de Promotor de Justiça concorrer ao cargo, inclusive comprometendo-se a encaminhar projeto de lei que afastasse de nossa lei orgânica esta inconstitucional impossibilidade.

Pois bem, se há certa tranqüilidade na possibilidade de Promotor de Justiça ocupar o cargo de Procurador-Geral de Justiça, resta daí uma outra questão, exatamente a que nos interessa: Poderia o Promotor de Justiça se candidatar a uma vaga no Conselho Superior do Ministério Público? Não vemos maiores dificuldades. Ora, basta lembrar que o Procurador-Geral de Justiça é o Presidente do Conselho Superior do Ministério Público. Portanto, se o Promotor de Justiça pode ser Procurador-Geral e conseqüentemente Presidente do Conselho, é um contra-senso não poder ser membro do Conselho. É a velha máxima, *quem pode o mais, pode o menos*.

A participação de Promotores de Justiça no Conselho Superior do Ministério Público se mostra vantajosa por muitos aspectos. Primeiro porque as decisões tomadas no Conselho, na maior parte dos casos, afetam o Promotor de Justiça. O estabelecimento de critérios objetivos para promoção por merecimento, um anseio antigo de todo Promotor de Justiça, apesar de sempre debatido no Conselho nunca foi efetivado satisfatoriamente, existindo sempre os casos que estão a desafiar um mínimo de lógica. Isso talvez porque o Procurador de Justiça está distante dessa realidade. Atingiu o ápice da carreira e os critérios de promoção já não são mais uma preocupação presente. Os critérios eventualmente utilizados, e que variam a cada mudança do Conselho, jamais serão aplicados em seu caso particular. Portanto, a insegurança do Promotor de Justiça que

planeja sua carreira, necessariamente não é a preocupação do Procurador de Justiça. Essa análise se aplica a outras hipóteses como as manifestações em arquivamento de inquéritos civis e a possibilidade de baixar atos em caráter normativo.

Nem se diga que o Promotor de Justiça não poderia ser Conselheiro porque avaliaria os arquivamentos de um colega que atua na mesma instância. A turma recursal dos Juizados Especiais não é formada por Juízes de 2º Grau. As decisões do Conselho Superior são sempre colegiadas e vale mais uma vez lembrar, o voto de qualidade poderá ser dado por um Promotor de Justiça que eventualmente esteja ocupando o cargo de Procurador-Geral.

Outrossim, o Conselho historicamente tem se omitido em questões que lhe compete, como a determinação de publicações dos editais para promoção ou remoção para Comarcas que estão vagas, tarefa que tem ficado a cargo exclusivo da Procuradoria-Geral.

Por último, destaque-se o irrisório número de colegas Procuradores de Justiça que se candidatam a uma vaga no Conselho. Dificilmente ultrapassam a 12 ou 13, já havendo oportunidade em que apenas 9 se candidataram, para 10 vagas. Na prática, temos a demonstração clara de que os assuntos do Conselho Superior do Ministério Público têm trazido pouco interesse aos Procuradores de Justiça, por outro lado, interessam sobretudo ao Promotor de Justiça, que é sempre o destinatário final das decisões Institucionais.

Embora tenhamos dado alguns passos, não somos ainda uma Instituição democrática, como gostamos de dizer. Acreditamos firmemente que só com uma participação mais ativa do Promotor de Justiça, seremos tudo que podemos ser.

3. Conclusões

- 1) Padecem de inconstitucionalidade as previsões legais que vedam ao Promotor de Justiça candidatar-se e ocupar vaga no Conselho Superior do Ministério Público;
- 2) O Promotor de Justiça pode candidatar-se e ser membro do Conselho Superior do Ministério Público.

DA NECESSIDADE DE SE APRIMORAR A PRODUTIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DA RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO NO PROCESSO CIVIL.

Marcelo Cunha de Araújo
Promotor de Justiça

1. INTRODUÇÃO:

Há muito se tem discutido nos meios acadêmicos e, principalmente, institucionais sobre a necessidade de racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil.

Este imperativo veio como consequência direta das novas atribuições provenientes do texto constitucional de 1988. Com a expressa autoridade de guardião da sociedade, na medida em que vela pelo Regime Democrático, Ordem Jurídica e Direitos Sociais e Individuais Indisponíveis, o Ministério Público se viu enfronhado numa infinidade de atuações primordiais, sem o correspondente aparato logístico e de pessoal.

Apesar do enorme desenvolvimento e avanços inegáveis pelos quais vem passando a instituição, tornando-se cada vez mais adequado o número de oficiais, técnicos, Promotores de Justiça e mesmo a estrutura material, percebeu o *Parquet* que, para que se respeite o sentido da norma constitucional que o elevou ao *status* de agente político guardião da cidadania, seria necessário uma focalização de atuação do órgão.

Assim, para que seja desenvolvida na melhor forma possível, em benefício da sociedade, a função determinada na Carta Magna, deverá o Ministério Público se ater às atuações que se adequem à norma fundamental.

Neste sentido, o Conselho Superior do MPMG, em sua Recomendação 01/2001, aconselhou os membros do Ministério Público que não mais interviessem em determinadas espécies de feitos. Tinham em mente os eminentes conselheiros que, com a cessação de atuação do Promotor de Justiça em determinados processos, haveria uma consequente focalização do órgão de execução em matérias que se coadunam à função ministerial constitucional. Saliente-se que, com a entrada em vigor do novo Código Civil, que diminui a menoridade civil para os 18 (dezoito) anos, houve, ainda, uma mais acentuada redução dos processos cíveis com participação do MP.

*** Tese aprovada por unanimidade, com supressões e aditivos às conclusões**

Apesar da lógica teórica perfeita, notamos que não é bem isto que vem ocorrendo na práxis.

2. DA NECESSIDADE DE SE SISTEMATIZAR AS INFORMAÇÕES DA ATUAÇÃO DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA E SE ESTIPULAR UMA PRODUTIVIDADE RAZOÁVEL ESPERADA.

A racionalização da intervenção do MP, pelo que se vem notando, tem servido, salvo raras e louváveis exceções, como um argumento que possibilita uma diminuição no volume de trabalho do Promotor de Justiça sem que se traga, como esperado, a focalização em determinadas áreas até então olvidadas. Exemplifico.

Numa comarca em que exista apenas um Promotor de Justiça, com a racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil, o Promotor de Justiça passa a possuir uma quantidade superior de tempo livre ao que tinha anteriormente. Não existe, porém, qualquer mecanismo de controle institucional que garanta que este órgão de execução fruirá do tempo em benefício de atuações constitucionalmente privilegiadas. É claro que existem colegas que, numa atitude louvável, tratam este cargo público com dignidade e buscam, sempre, o melhor para a comunidade onde vivem. Mas, e os que assim não se portam? A racionalização tem servido, então, tão somente, para que trabalhem menos e não dêem nenhuma contrapartida social.

Numa comarca com vários Promotores de Justiça, por sua vez, a situação se agrava. O que ocorre nestas, como usual, é a especialização das Promotorias de Justiça entre Promotorias Cíveis e Criminais. Com a racionalização da intervenção do Ministério Público nos feitos cíveis, o que se vem percebendo, é que, nas referidas comarcas, o número de Promotorias Cíveis, que deveria logicamente se reduzir (e. g. uma Promotoria Cível, pelo esperado, poderia ser transformada numa Promotoria de Defesa do Cidadão¹), vem se mantendo equivalente, como se a racionalização não trouxesse qualquer alteração na atuação do Promotor. Assim, o Promotor Cível, que atuava perante 1,5 (um vírgula cinco) Varas Cíveis, continua com a mesma atuação, como se não estivesse trabalhando menos com racionalização de sua intervenção. Vê-se, claramente, que, neste caso hipotético, não houve qualquer focalização da atuação do MP. A racionalização serviu, apenas, para que determinado Promotor de Justiça trabalhasse menos.

Entendo que o principal motivo para tal desvirtuamento é a falta de cuidado na implementação da racionalização. Esta é a presente tese: Há uma necessidade gritante de se controlar a racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil.

E como se poderia racionalizar esta focalização do MP em suas atribuições constitucionais? Seguindo o objetivo do presente artigo, apresento algumas sugestões. O

¹ Consideradas como aquelas que acumulam uma ou várias curadorias de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

caminho, em meu entender, deve atacar: **i.** a falta de sistematização e estudo de informações e **ii.** a ausência de controle institucional.

Neste sentido continua nossa argumentação.

O primeiro ponto que entendemos interessante que seja desenvolvido é a necessidade de se sistematizar e estudar o trabalho de cada uma das Promotorias de Justiça do MPMG. Este estudo seria o ponto inicial para se obter uma maior eficiência e transparência na execução das tarefas exigidas pela sociedade. Esta verdadeira pesquisa de atuação procuraria responder a algumas perguntas (entre outras): a) Esta Promotoria de Justiça atua perante quantas Varas?; b) Quantos Processos existem em cada Vara?; c) Destes Processos, em quantos o Promotor de Justiça atua (considerando-se a racionalização da intervenção no Processo Civil)?; d) Existem curadorias afetas à Promotoria de Justiça?; e) Quantos Inquéritos Cíveis/ Ações Cíveis Públicas foram instaurados/propostas pela Promotoria de Justiça nos últimos X meses? f) Há serviço atrasado e qual o motivo?; etc.

Com base nestas informações, que podem facilmente ser obtidas pelo SISCOM, e por entrevista direta com o Promotor de Justiça, um grande mapa de atividades deve ser confeccionado.

Este mapa pode servir não apenas ao estudo da intervenção cível, que é o objeto da presente tese, mas também a diversos outros planejamentos estratégicos. No que tange à intervenção cível, ter-se-ia informações claras a respeito da forma de atuação dos Promotores Cíveis especializados (obviamente que circunstâncias especiais seriam levadas em consideração como a atuação perante Vara de Família ou Varas Cíveis Residuais²).

Com base no conjunto de informações, associado ao diálogo com Promotores Cíveis Especializados, poder-se-ia chegar a um número de Processos que seria considerado como de expectativa razoável quando afetos ao Promotor de Justiça Cível.

Apesar do estudo servir principalmente às comarcas onde exista a especialização cível de funções, também nas Promotorias Únicas a informação seria de extrema relevância para, dentre outros fins, saber o que se pode esperar do Promotor. Assim, ter-se-ia com maior clareza o conceito de "atraso justificável", possibilitando um controle mais efetivo e transparente por meio da Corregedoria Geral do MPMG, aplicável a comarcas tanto de Promotoria Única, como de várias Promotorias.

3. DA NECESSIDADE DE CONTROLE:

3.1. PELA CÂMARA DE PROCURADORES: PROMOÇÃO DA TRANSFORMAÇÃO DE PROMOTORIAS CÍVEIS EM OUTRAS

² Varas Cíveis Residuais, a exemplo do que ocorre em Belo Horizonte, são aquelas varas cíveis que não possuem atribuições de Família, sucessões, acidente de trabalho previdenciário, etc.

Além do estudo inicial capaz de determinar parâmetros objetivos de expectativas em relação aos Promotores, a segunda fase da presente tese é fundamental: o controle institucional.

Mesmo sendo um tema delicado, vez que aborda um comando administrativo muitas vezes desagradável e indesejado, resolvo abordá-lo pela extrema necessidade do mesmo para a efetivação dos objetivos da racionalização. Sugiro, *a priori*, um controle inicial que possibilitariam a implementação da focalização fruto da racionalização da intervenção do MP no Processo Civil: o controle pela Câmara dos Procuradores do Ministério Público.

Saliente-se, antes de mais nada, que o coração da tese aqui se encontra. O apoio deste tão estimado órgão institucional é simplesmente fundamental para a consecução dos objetivos aqui elencados.

Um primeiro passo que sugiro, assim, para se implementar a racionalização da intervenção no processo civil, com objetivo de se respeitar as visões de cada Promotor em sua comarca, seria a possibilidade dada pela Câmara dos Procuradores à cada comarca em decidir acerca de sua própria divisão de serviço. Desta forma, cada uma delas deveria receber o resultado das informações preliminares e a sugestão, individualizada, de transformação/criação de novas Promotorias. Exemplifiquemos:

Suponhamos que uma comarca possua 18 Promotorias de Justiça instaladas (8 cíveis, 8 criminais e 2 de defesa do cidadão, sendo que cada uma Promotoria Cível trabalhe com um número X de Processos que corresponderia, no caso específico desta comarca, a 1,5 Varas Cíveis³ – ou seja, existem 12 Varas Cíveis na Comarca). Suponhamos, ainda, que, após o estudo inicial, concluiu-se que, nesta comarca, seria razoável, após a aplicação da racionalização da intervenção do MP no Processo Civil, que cada Promotoria de Justiça atuasse perante 2 Varas Cíveis (eis que isto corresponderia a uma atuação perante 1,33 X Processos). Com isto, as 12 Varas Cíveis da Comarca deveriam ser divididas entre 6 Promotores Cíveis. Logo, as anteriores 8 Promotorias Cíveis dariam lugar a 6 Promotorias Cíveis e outras 2 novas Promotorias que, de acordo com a necessidade da comarca, poderiam ser de Defesa do Cidadão, Criminais, da Infância e Juventude, etc.

Assim, a Câmara dos Procuradores do MPMG enviaria a esta comarca hipotética o resultado do estudo, requerendo que, por decisão interna dos Promotores desta, houvesse uma nova definição das atribuições (com a transformação/criação destas duas novas Promotorias) num determinado prazo. Após o mesmo, caso houvesse consenso nestes

³ O dado fundamental, obviamente, não é o número de varas perante as quais a Promotoria atua, mas o número de processos efetivamente com intervenção do MP. Por este motivo, a relação Promotoria de Justiça/Vara Cível irá variar entre diferentes comarcas, mas a relação Promotoria de Justiça/Processos com atuação ministerial deverá ser constante.

termos, a decisão seria homologada pelo Procurador Geral de Justiça Adjunto. Em caso contrário, a Câmara de Procuradores imporá a nova divisão⁴.

Importante ressaltar que, sem qualquer aumento orçamentário, duas novas Promotorias, com novas atribuições, seriam criadas. O que houve, para este incremento de força produtiva sem custos, foi, simplesmente, a realocação de energia, o que é justamente o objetivo da racionalização da intervenção do MP no Processo Civil: uma vez que os Promotores Cíveis trabalharão menos com a racionalização, é razoável que respondam por um número absoluto maior de Processos⁵ (e, assim, de Varas Cíveis), possibilitando a criação de novas Promotorias de Justiça não-Cíveis.

3.2 PELA CORREGEDORIA: ESTIPULAÇÃO DE UM CRITÉRIO TRANSPARENTE E OBJETIVO DO "ATRASO JUSTIFICÁVEL" E CRIAÇÃO DE UM LIVRO OBRIGATÓRIO DE PROTOCOLO DE ENTRADA:

Como já dito alhures, o mapa das informações processuais das Promotorias de Justiça do MPMG permitiria uma verificação com maior transparência do que é esperado de cada Promotor de Justiça. Por conseguinte, torna-se evidente que o conceito de "atraso justificável" poderá ser efetivamente quantificável em padrões objetivos, possibilitando um controle não apenas mais eficiente da CGMP, mas também extremamente transparente.

Um outro ponto que poderia ser aprimorado, como já abordado perfunctoriamente *supra*, é a necessidade da verificação da implementação da racionalização também em comarcas de Promotoria única.

Nestas, o Promotor de Justiça, ao aplicar a racionalização, ganha tempo que deveria ser aplicado em atribuições adequadas ao papel constitucional do MP. Mas como garantir que isto ocorrerá, e não simplesmente um aumento do tempo livre do Promotor? Em primeiro lugar, há que se advertir que o controle perfeito é impossível. O que é

⁴ Ressalte-se que a modificação de atribuições de determinadas Promotorias de Justiça pela Câmara de Procuradores possui embasamento legal e não fere o princípio da inamovibilidade do agente político. A inamovibilidade é uma garantia instituída ao Promotor de Justiça com fincas no interesse social, não podendo o argumento ser utilizado justamente em contrariedade a este interesse. Tanto não é absoluta esta garantia que a própria Constituição Federal prevê hipótese de inaplicabilidade da garantia nos casos de interesse público, cf. art. 129, I, "b". A decisão da Câmara dos Procuradores seria, assim, inquestionavelmente constitucional.

⁵ Saliente-se que o número absoluto maior de processos não significa um número maior de manifestações. A racionalização da intervenção do MP diminui o número de manifestações no percentual do total processual. Assim, se antes da racionalização um número total de Processos X correspondia a um número de intervenções Y, após a racionalização, para que se mantenha o mesmo número de intervenções Y, o Promotor de Justiça deve responder perante um número absoluto total de Processos maior que X.

possível e, assim, passível de se tornar uma meta, é um controle que exija do Promotor de Justiça a observação a determinados parâmetros objetivos. Neste sentido a sugestão:

Sabemos que, no interior do Estado, o controle sobre o atraso dos serviços processuais é, apesar de aprimorável (como exposto acima), um controle existente. Não podemos dizer o mesmo em relação às atividades extra-judiciais dos órgãos de execução, vez que os únicos controles existentes são as necessidades de remessa do Inquérito Civil ao CSMP em caso de arquivamento e de requerimento de dilação de prazo nestes procedimentos ao PGJ adjunto. Isto faz com que o órgão responsável pelo controle não saiba efetivamente quais são os Inquéritos Civis instaurados (já que, quando se pede a dilação de prazo não se envia cópias dos procedimentos) e nem mesmo se, em assuntos relevantes, o Promotor de Justiça efetivamente instaura os Procedimentos.

O que ocorre como consequência do exposto é que, em casos de Promotores de Justiça operosos e cômicos de sua importância, há uma atividade intensa extra-judicial. Já nas hipóteses de funcionários públicos que se "revestem" da roupagem de Promotor de Justiça, as representações da sociedade são ignoradas, haja vista a ausência de controle institucional.

Sugiro, assim, que seja incluído entre os livros obrigatórios determinados pela CGMP, um livro de Protocolo. Com ele, ficaria expressa a necessidade de registro dos ofícios e comunicações que chegam à Promotoria vez que o Promotor de Justiça deve despachar todas as comunicações recebidas⁶. Com isto, espera-se iniciar a padronização de procedimentos extra-judiciais. Este livro de protocolo evitaria que se percam documentos na Promotoria, ou permitiria a responsabilização do Promotor de Justiça em caso de inércia injustificada em determinada representação da comunidade. Além disto, daria azo para verificações mais criteriosas da CGMP, quando necessária.

3.3 PELO CONSELHO SUPERIOR: COMUNICAÇÃO DAS INSTAURAÇÕES DOS INQUÉRITOS CIVIS COM INFORMAÇÕES OBRIGATÓRIAS

Além disto, seria de bom alvitre a instituição da comunicação não apenas dos pedidos de dilação e de arquivamento de inquéritos civis, mas também sua instauração e proposituras de eventuais Ações Civis Públicas. No ofício inaugural, algumas informações deveriam ser obrigatórias como, por exemplo, a descrição do fato e as consequências sociais, o prazo esperado para a conclusão e os objetivos que se pretende alcançar (entre outras que o CSMP julgasse adequadas).

Com isto, o mapa de informações já sugerido seria complementado com o número de inquéritos civis e ações civis públicas efetivamente instaurados ou propostos por cada Promotoria de Justiça, sendo mais uma variável a ser observada quando se analisa a

⁶ Neste ponto, é bom que se dê ênfase à necessidade de uma verdadeira "aula" no curso inicial dos novos Promotores de Justiça, por intermédio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPMG, de como conduzir um Inquérito Civil e como despachar as comunicações recebidas pela Promotoria de Justiça.

operosidade dos Promotores de Justiça. Esta operosidade, com transparência fornecida pela objetividade das informações, poderia, inclusive, ser usada, além da aferição do "atraso justificado" como critério mais apropriado à aferição do merecimento para movimentação na carreira.

O controle da atividade extra-judicial do Promotor de Justiça seria, então, social (pelo livro de Protocolo que aponta a responsabilidade quando da inércia injustificada do agente político em face de representações da comunidade) e institucional (pelo constante acompanhamento de toda tramitação dos Inquéritos Cíveis, de seu início ao arquivamento ou à propositura de ACPs, sendo identificado como característica da operosidade do Promotor).

4. CONCLUSÃO E RESULTADOS ESPERADOS:

É bom que se diga, por fim, que não tenho a mínima pretensão de, com a presente tese, apresentar a solução completa para a perfeita implementação da racionalização da intervenção do MP no processo civil. Apenas presenciei este problema e tive a intenção de sugerir uma solução. Porventura a solução sugerida não seja a melhor possível, mas, mesmo assim, talvez se possa aproveitar algo da sugestão para se modificar o que está ocorrendo. O que é certo, porém, é que o problema existe. Chega de fecharmos os olhos a uma distribuição inadequada e ineficiente dos serviços afetos a Promotores de Justiça de uma instituição supostamente UNA e INDIVISÍVEL. Enquanto alguns trabalham aquém do esperado, outros carregam o que podem nas costas, havendo um prejuízo para toda a sociedade. A busca dos resultados da racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil pode gerar, além de uma visão mais transparente de nossa instituição, também a possibilidade de transformação de diversas Promotorias Cíveis em outras (normalmente do cidadão).

Refugiar-nos em desculpas que, na verdade, refletem os interesses particulares de alguns, apenas nos afastam da eficiência institucional na busca de nos tornar-nos cada vez mais próximos à nossa missão constitucional, enfraquecendo a instituição como um todo.

Aos que entendem que se estaria obrigando o Promotor de Justiça Cível a adotar a recomendação do CSMP, no sentido de racionalizar a intervenção, primeiramente cabe dizer que ela é amplamente aceita, sendo uma minoria contrária.

Além disto, havendo decisão não apenas indicativa, mas verdadeiramente explícita (Recomendação 01/2001 CSMP), de que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais fez a opção institucional de não intervir em determinados processos cíveis com fins de focalizar sua atuação, este caminho escolhido não implica na obrigação de todos os agentes políticos de adotarem a racionalização em face da independência funcional. Mas, por outro lado, a escolha do modo de atuação da instituição deixa claro que, aqueles Promotores de Justiça que, por convicção jurídica pessoal, desejem atuar contrariamente à recomendação, não podem ser tratados de maneira diferenciada e benéfica. Caso assim entendêssemos, estaríamos premiando uma atitude que, embora não

possua nenhum atributo pejorativo, é explicitamente contrária à forma de atuação escolhida pelo Ministério Público como um todo.

Assim, sem nenhuma crítica aos que entendem equivocada a Recomendação do CSMP, é bom que se perceba que a racionalização da intervenção é uma opção institucional, e não mera opinião de um ou outro adepto da medida. Em sendo uma opção do conjunto, visando uma maior eficácia e focalização da atuação do Ministério Público, não é cabível que se premie com menos processos aos que pretendem não adotar esta eleição ministerial, dificultando a implementação do aprimoramento de eficácia buscada com a medida.

Elenco, abaixo, alguns resultados esperados com a implementação das mudanças sugeridas:

- 1) Efetivar o principal objetivo da racionalização: focalizar a atuação do MP em atribuições condizentes com a determinação constitucional de "Guardião da Sociedade";
- 2) Determinação de uma quantidade de Processos Cíveis mínimo (e, observe-se, não de varas cíveis mínima), perante os quais um Promotor de Justiça especializado deve trabalhar (obviamente que as peculiaridades devem ser consideradas, v.g. uma Vara de Família não pode ser considerada como uma vara cível comum, nem tampouco uma Vara Cível residual – como em BH);
- 3) Possibilidade da Câmara dos Procuradores do MPMG definir os rumos da implementação da racionalização da intervenção do MP no Processo Civil com respeito aos entendimentos internos das comarcas, haja vista que, com as informações angariadas, seria possível à mesma sugerir a criação/transformação de Promotorias não-cíveis. Apenas no caso de não haver o consenso de como redistribuir os serviços é que a Câmara imporia a nova distribuição mais eficiente;
- 4) Transformação de diversas Promotorias Cíveis em outras, haja vista a racionalização da intervenção. Saliente-se que isto aumentaria a força produtiva do MPMG sem qualquer aumento de custo;
- 5) Possibilidade de atuação mais efetiva da Corregedoria Geral do MPMG, haja vista que a sistematização das informações possibilitaria um controle transparente em relação a serviços atrasados (seria aferível o conceito, até então intangível, do "atraso justificável"). Além disto, com a implementação de um livro de protocolo, haveria uma possibilidade maior de controle social e institucional das representações recebidas e as devidas providências tomadas pelo Promotor de Justiça;
- 6) Maior eficiência no exercício das atribuições por cada Promotor de Justiça, eliminando-se o ponto cego institucional ("deixo de trabalhar porque não haverá qualquer consequência, haja vista que não há controle institucional");
- 7) Redução no número de Promotorias de Justiça com serviço atrasado;
- 8) Distribuição mais equânime do serviço afeto a MP como um todo (todos os Promotores de Justiça teriam, aproximadamente, o mesmo volume de serviço);

9) Possibilidade de atuação mais efetiva do Conselho Superior do MPMG no que tange ao controle extra-judicial, haja vista a necessidade de comunicação não apenas dos pedidos de dilação de prazo e arquivamento de inquéritos civis, mas também de suas instaurações, com informações obrigatórias e das proposituras de ACPs. Estas informações seriam acrescentadas ao mapa de serviços descritos na primeira análise da tese, aferindo-se, num todo a operosidade do Promotor de Justiça.

SUPRESSÕES E ADITIVOS

Com supressões e emendas aditivas, as conclusões, foram aprovadas com a seguinte redação:

1. Realização de levantamento geral em todas as Promotorias de Justiça, para elaboração de um mapa de atribuições, volume de serviço e atividades judiciais e extra-judiciais.

2. Determinação de uma quantidade de Processos Cíveis mínimo (e, observe-se, não de varas cíveis mínimas), perante os quais um Promotor de Justiça especializado deve trabalhar (obviamente que as peculiaridades devem ser consideradas, v.g. uma Vara de Família não pode ser considerada como uma vara cível comum, nem tampouco uma Vara Cível resídua l- como um BH);

3. Possibilidade da Câmara dos Procuradores do MPMG definir os rumos da implementação da racionalização da intervenção do MP no Processo Civil com respeito aos entendimentos internos das Comarcas, haja vista que, com as informações angariadas, seria possível à mesma sugerir a criação/transformação de Promotorias não-cíveis. Apenas no caso de não haver o consenso de como redistribuir os serviços é que a Câmara imporá a nova distribuição mais eficiente;

4. Transformação de diversas Promotorias Cíveis em outras, haja vista a racionalização da intervenção. Saliente-se que isto aumentaria a força produtiva do MPMG sem qualquer aumento de custo:

5. Possibilidade de atuação mais efetiva da Corregedoria Geral do MPMG, haja vista que a sistematização das informações possibilitaria um controle transparente em relação a serviços atrasados (seria aferível o conceito, até então intangível, do "atraso justificável"). Além disto, com a implementação de um livro de protocolo, haveria uma possibilidade maior de controle social e institucional das representações recebidas e as devidas providências tomadas pelo Promotor de Justiça;

6. Possibilidade de atuação mais efetiva do Conselho Superior do MPMG no que tange ao controle extra-judicial, haja vista a necessidade de comunicação não apenas dos pedidos de dilação de prazo e arquivamento de inquéritos civis, mas também de suas instaurações, com informações obrigatórias e das proposituras das ACPs. Estas informações

seriam acrescentadas ao mapa de serviços descritos na primeira análise da tese, aferindo-se, num todo a operosidade do Promotor de Justiça.

REAVLIAÇÃO DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO DO CUSTOS LEGIS NO MANDADO DE SEGURANÇA E EM OUTRAS AÇÕES CÍVEIS

Paulo Calmon Nogueira da Gama
Promotor de Justiça

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo – cujo efeito pretendido tem seu foco no atual contexto de racionalização e otimização de resultados das atividades do Ministério Público¹ – parte da idéia de reavaliação da compatibilidade da legislação infraconstitucional vigente com o contemporâneo perfil constitucional do *Parquet*, no que se refere à sua atuação como *custos legis*.

Apenas para situarmos essa abordagem a uma situação mais específica, optamos por avaliar se o comando inserido no art. 10 da Lei nº 1533/51, no que se refere à participação do Ministério Público nas ações mandamentais, em vista do seu atual tratamento constitucional, pode ou não ser relativizado.

Ou seja: à luz da atual ordem constitucional continua mesmo obrigatória a efetiva intervenção do *Parquet* em todas as demandas mandamentais?

Considerando que a ação mandamental tem origem e expressão constitucional, em se entendendo possível a mitigação da efetiva presença do Ministério Público em relação a casos afetos a essa espécie de ação, mais tranqüilamente ainda poderá isso ser cogitado em face do restante da legislação ordinária.

Assim, as mesmas considerações que aqui serão expandidas em relação à Lei do Mandado de Segurança poderão, sem maior esforço, ser análoga ou igualmente invocadas para a interpretação do alcance de qualquer lei ou norma infraconstitucional que preveja a intervenção do Ministério Público no âmbito direito processual civil.

Para tanto, é fundamental que iniciemos o estudo através de sucinta exposição do que entendemos ser a atual formatação institucional, buscando inclusive apontar a natureza jurídica do poder estatal exercitado pelo atuar do *Parquet*. Assim, poderemos deduzir os parâmetros de interpretação da legislação ordinária em busca de sua harmonia aos princípios e regras constitucionais.

* Tese aprovada por unanimidade, com aditivos às conclusões

¹ A Procuradoria Geral de Justiça (MG) editou a Recomendação 01/2001 em que sugere hipóteses de não-intervenção do representante do Ministério Público em determinados feitos cíveis.

2. O ATUAL PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como é sabido, o grande salto evolutivo do perfil institucional do Ministério Público, observado no transcorrer da década de 80 (século XX), terminou por ser coroado pela promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Nela vimos firmados os principais contornos da Instituição, especialmente no que respeita à sua finalidade, princípios², estrutura e funções.

Nesse novo perfil destaca-se a autonomia funcional e administrativa³ conferida ao *Parquet*, hoje desvinculado dos demais entes detentores de parcelas do poder soberano do Estado.

Diante da clássica idéia de tripartição do poder estatal, muito se debateu, em face do vigente modelo constitucional, sobre o atual enquadramento do Ministério Público.

Conforme tivemos oportunidade de expor alhures⁴, não nos parece acertado o afã de se encaixar o Ministério Público moderno em um dos "três poderes" tradicionais do Estado; tampouco se mostra relevante a classificação da Instituição como sendo um *quarto* poder.

O rótulo aqui perde força ante a fixação da noção – essa sim importante – de que o poder soberano estatal é essencialmente *uno*, muito embora possa ser ele distribuído (ou repartido), para exercícios autônomos, entre diversos entes ou instituições estatais.

Assim, é de se reconhecer que mesmo os tradicionalmente denominados *poderes* jurisdicional, administrativo e legislativo refletem *expressões de um poder estatal uno*, as quais do ponto de vista ontológico não podem ser distinguidas, já que devem ser entendidas como formas de manifestação de um único poder: aquele que caracteriza a soberania estatal e que, na definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA (1997), consiste numa "*energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinado fim*".

Ao nosso parecer, pois, o Ministério Público mesmo sem estar vinculado a qualquer das três clássicas manifestações do Poder Estatal, dele é parte integrante na medida em que detém com autonomia uma parcela de sua expressão.⁵

²Expressou-se no Texto Constitucional que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§ 1º, art. 127).

³Dispõe o § 3º do art. 127, CF/88: "Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento".

⁴ Cf. artigo "O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária", Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, p. 264-307.

⁵ Na ótica de BURLE FILHO: "pode-se concluir que o Ministério Público faz parte do Poder Estatal que, como se viu, é UNO, sem contudo, ligar-se a qualquer um dos três Poderes Públicos, dada a posição adotada pela Constituição de 1988, que o alçou de vez e em última instância, como função independente. A Carta Magna assim quis e determinou, por vislumbrar, como já o faziam diversos publicistas, que o Ministério Público

E essa parcela tem como fonte primária – e também como destinatária – a própria sociedade, a partir de quem se desdobra a formação estatal.

Tal pureza de origem permite que o Ministério Público seja um dos veículos hábeis à concretização *direta* da vontade da sociedade (que já não coincide, necessariamente, com a vontade do Estado dela originado).

Mais ainda: o hodierno perfil de *custos societatis* do Ministério Público, ao tempo em que o insere finalisticamente no seio da sociedade civil, distingue a Instituição de todos demais entes políticos estatais.

3. FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O INTERESSE PÚBLICO

A ordem jurídica, o regime democrático, o interesse social e o interesse individual indisponível a serem defendidos pelo Ministério Público (conforme sua finalidade constitucional), são formas de expressão do *interesse público*.

É a presença efetiva de quaisquer dessas vertentes do interesse público, portanto, o verdadeiro e único fundamento da atuação ministerial.

Mas por se tratar de conceito abstrato – tal como diz SANSEVERINO:

"Não é fácil definir o que seja interesse público, devido não só à multiplicidade de aspectos pelos quais pode ser focado, como, particularmente, pela natural equivocidade de seu conceito. [...] Pode-se dizer, no entanto, em termos simples, porém, não definitivos, que interesse público é pertinente a toda sociedade, personificada no Estado. É o interesse à preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é assim o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do

exerce a defesa 'não do Estado, mas da sociedade' (Geraldo Ataliba). Quer dizer, o Ministério Público exerce função independente que não pode, nem deve e não está inserida em quaisquer das funções essenciais e relevantes, exercitadas pelo Judiciário, Legislativo e Executivo."(Apud MIRABETE; 1991, p. 314). Também A. C. COSTA MACHADO (1989, p. 37), detectando a atual ausência de subordinação do parquet em relação aos demais órgãos estatais, aplaude a opção do constituinte: "É que, da mesma forma como o Ministério Público não deve estar preso ao Executivo, cujas ingerências podem comprometer o bom desempenho de suas atribuições, também não é lógico que se vincule ao Judiciário, uma vez que a defesa eficiente dos interesses indisponíveis da sociedade perante este se subordina, de igual modo, à preservação da sua independência no que concerne à propositura de ações e intervenções em processos instaurados inter alios. Tão séria sempre foi considerada a necessidade de insujeição do parquet ao Executivo ou ao Judiciário, no Brasil, que Alfredo Valadão, há algumas décadas, chegou mesmo a afirmar que se Montesquieu tivesse escrito hoje O espírito das leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a divisão de poderes..."

Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E, por ser de todos, não é de ninguém. Por ele deve velar, conseqüentemente, o Ministério Público".⁶

Assim é que a presença do interesse público, por vezes, é muito mais facilmente *percebida sensitivamente* (por meio da inteligência jurídica, social e política do agente aferidor) do que *definida concretamente*.

No âmbito do presente arrazoado limitamo-nos a registrar a distinção – eis que ainda muito em voga – difundida por ALESSI, segundo a qual o interesse público em sentido amplo engloba o interesse público primário (interesse do bem geral) e o interesse público secundário (interesse público visto sob a ótica da Administração)⁷. Nesse contexto, o zelo do *Parquet* deve incidir apenas sobre o interesse público primário.

4.IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO FACULTATIVA (OU ALEATÓRIA) DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Ainda não são raros os juristas e julgados que sustentam direta ou indiretamente a tese da *facultatividade* da intervenção do Ministério Público em determinadas causas ou hipóteses. Em muitos casos, porém, a utilização do termo "facultatividade" revela mera impropriedade terminológica.

CELSO BARBI (1991, p. 230) ao comentar o inciso III do art. 82 do CPC, alegando a imprecisão do conceito de interesse público, conclui que "*para tornar aplicável a norma do inciso, parece que a solução será considerar essa disposição como simples faculdade do Ministério Público de participar de causas em que, a seu juízo, haja interesse público*".

Mas vejamos o aprimoramento apresentado por COSTA MACHADO:

"não concordamos com a facultatividade que parte da doutrina e da jurisprudência vêem na intervenção fundada no inc. III do art. 82. Se a função institucional do Ministério Público é a defesa da indisponibilidade [...] presente esta, necessariamente intervirá o órgão do parquet. Não importa quão áridos sejam os critérios interpretativos para a verificação do interesse público ou indisponibilidade com base no inc. III; ou o Ministério Público atua porque há interesse indisponível

⁶ In: *Revista Forense*, 254/203-4. Confira-se, a respeito, "O conceito polêmico de interesse público", por João Cândio de Mello Júnior, *in Jus – Revista Jurídica da AMMP*, vol. 17, p. 255/296. E, ainda, "Ministério Público e a jurisdição voluntária", item 2.8, op. e p. cit. .

⁷ ALESSI, Renato, *apud* MAZZILLI (1992).

em jogo ou não atua porque não há. O que não nos parece razoável, em hipótese alguma, é o estabelecimento de um meio-termo (a facultatividade) para aqueles casos em que exista dúvida quanto ao alcance da previsão, como acontece no art. 82, III.¹⁸

A tese da facultatividade⁹ da intervenção do *parquet*, qualquer que seja a hipótese, efetivamente não pode prevalecer.

Entendemos que a fonte do erro de seus seguidores está em confundir num só momento duas operações distintas.

A primeira consiste na aferição - por quem de direito¹⁰ - da presença ou não de interesse público na causa em análise. Superada a "fase" de aferição, detectada a presença - ainda que potencial - do interesse público, necessária será a efetiva intervenção ministerial (2ª fase); e, ao contrário, não se vislumbrando o interesse público, não terá cabimento a atuação do *Parquet*.

Foi nesse mesmo sentido a conclusão de SANSEVERINO:

"Resumindo: a intervenção do Ministério Público é sempre obrigatória, desde que determinada, previamente, a existência de interesse público a resguardar. A intervenção é, assim, um posterius, que supõe, necessariamente, um prius: o juízo de valor em torno da presença ou ausência do interesse público."¹¹

Ao exposto, pensamos que seja melhor submeter a intervenção ministerial à terminologia do *cabimento* (no sentido de *necessidade*) do que da *obrigatoriedade*.¹²

Convém lembrar que o direito processual tem natureza pública, sendo preponderantemente *cogentes* as suas regras. As partes ou interessados, assim como os processos, não podem ser submetidos a fases e atos desnecessários, cuja prática seja deixada ao alvedrio de alguém - ainda que órgão público (seja o Juízo, seja o próprio órgão do Ministério Público). O só fato de não gerar nulidade uma eventual intervenção

⁸ Op. cit., p. 119-120. Ainda a respeito, veja-se HÉLIO CASTELLO BRANCO, in Revista JUS, 12/ 147-155.

⁹ Que não deve ser confundida com a mera impropriedade terminológica do emprego desavisado do vocábulo "facultatividade".

¹⁰ Conforme veremos nos itens a seguir.

¹¹ Op. cit., p. 207.

¹² Isso porque falar em *obrigatoriedade* de intervenção leva a imaginar a *facultatividade* da atuação ministerial sempre que não for tida por obrigatória, o que, conforme o entendimento acima lançado, não nos parece correto.

desnecessária, não deve servir de estímulo a se *fazer aquilo que não é proibido e nem previsto*, já que, muito ao contrário, a regência do direito público prende-se ao *fazer aquilo que é previsto e permitido*.

Em resumo: a intervenção do *custos legis* no processo civil deve ser entendida ou como sendo *necessária*, portanto, *cabida*, ou como *desnecessária*, no sentido de *descabida*. Ou bem é imperativa sua atuação em face de detecção de causa interventiva (interesses indisponíveis); ou bem é afastada por ausência de causa que a justifique.

A questão da aferição de presença do interesse público na causa deve ser encarada com rigor – é ela a rainha das "preliminares" da atuação dos representantes ministeriais – evitando-se manifestações descabidas influenciadas por mero comodismo ou por ímpeto opinativo.

5. AGENTE AFERIDOR DA PRESENÇA DE INTERESSE PÚBLICO

Segundo nos parece, a atuação do *custos legis* no processo civil, observadas as atuais características do *Parquet*, ao contrário do que alguns¹³ sustentam, não se submete às regras gerais da intervenção de terceiros.

A detecção da presença do interesse público – cuja definitiva avaliação deverá caber ao *Parquet* – pode (e deve) ser feita, ainda que precariamente, conforme as circunstâncias, *nos casos concretos*, pelas próprias partes (art. 84, CPC) ou pelo órgão julgador (sem contar que, como veremos mais adiante, o próprio legislador extravagante em hipóteses específicas, *ainda em abstrato*, convoca a oitiva ministerial, presumindo a presença de interesse público nas causas respectivas).

Nenhum problema ocorre quando o órgão judicial e o representante do *Parquet* entendem convergentemente sobre a necessidade ou sobre a desnecessidade da intervenção ministerial.

No caso de divergência, duas situações podem surgir: a primeira, quando somente o juiz detecte a presença de causa interventiva; a segunda, quando somente o representante do Ministério Público avalie a presença de interesse público no feito.

Na primeira hipótese já prevalece tranqüilamente o entendimento segundo o qual – em respeito à independência funcional do *Parquet* – não pode o Judiciário impor a efetiva participação ministerial no processo (ficando afastada a possibilidade de decretação de nulidade fundada nesta não-intervenção efetiva).¹⁴

¹³ Em seu estudo sobre a definição da titularidade da aferição da presença de interesse público a exigir a intervenção ministerial, A. C. COSTA MACHADO, invocando a teoria geral da intervenção de terceiros, conclui que também a intervenção do Ministério Público deve ser submetida ao controle judicial (Op. cit., p. 386-387).

¹⁴ Estribado na melhor doutrina e jurisprudência, HUGO MAZZILLI (1991) revela que "Intimado o órgão ministerial a intervir, como já temos visto, é lícito recusar-se a fazê-lo, quando entenda descabido. Não haverá risco de nulidade em se tomando certas cautelas: intimado o órgão, ainda que não officie, obvia-se a

Havendo recusa pelo órgão ministerial originário, há quem admita a utilização por analogia do mecanismo do art. 28, do Código de Processo Penal Brasileiro¹⁵. Ainda assim, a última palavra sobre a questão fica adstrita ao âmbito ministerial, uma vez que ditada pelo Procurador-Geral de Justiça.

A segunda hipótese de divergência (de ocorrência prática mais rara) ocorreria quando o Ministério Público, vislumbrando presença de interesse público em determinado feito para o qual não foi chamado a intervir, nele requer seu ingresso, o que é negado pelo Judiciário (ao fundamento da inexistência de razão para a pretendida intervenção).

Em tais circunstâncias COSTA MACHADO entende que a palavra final deva ser do órgão jurisdicional, posto que é ele o *dominus processus*. Caber-lhe-ia, assim, decidir acerca desta intervenção, a exemplo do que ocorre com a intervenção de terceiros em geral¹⁶.

Tal solução *data venia* não encontra eco na atual principiologia constitucional.

É que, em verdade, não há "duplicidade" na titularidade definitiva da aferição da presença do interesse público. O que ocorre é que não só o órgão julgador, mas a própria parte (CPC, art. 84), vislumbrando na causa a possibilidade da presença de interesse público – sem qualquer juízo definitivo sobre isso – convoca seu zelador (do interesse público) constitucionalmente instituído, ou seja, o Ministério Público, que após sua definitiva e válida análise, constatará ou não fundamento à sua intervenção e, por conseguinte, intervirá ou não naquele processado.

É necessário salientar que as intervenções de terceiros submetem-se, à semelhança do próprio direito de ação, ao controle judicial sobre a presença ou não de certas condições que habilitem tais exercícios (legitimidade, possibilidade jurídica, interesse).

No caso do Ministério Público sua vocação no sentido protetivo ao interesse público, reitera-se, *tem natureza constitucional*. Trata-se, agora, de uma parcela do poder uno estatal cometida a órgão autônomo e independente, a exemplo daquelas conferidas aos órgãos jurisdicional, executivo e legislativo. O legítimo interesse interventivo do Ministério Público (que sequer se confunde com o interesse público bailado em juízo), passa a ser presumidamente existente pelo só fato de haver indicação nesta direção pelo

nulidade, pois não há como o Poder Judiciário obrigar o órgão ministerial a intervir, se entender este de não o fazer, não raro sendo sua recusa ratificada, eventualmente, pelo procurador-geral (cf. CPC, arts. 84 e 246; v. , ainda, Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1977, t. 16, p. 19; no mesmo sentido, v. Agl 199.369-8-SP, 7ª Câ. do 2º TACSP, Rel. Bóris Kauffmann; Agl 199.370-)-SP, 8ª Câ. do 2º TACSP, v. u., Rel. Freitas Camargo; RT, 572:53; RTJ, 110:310 - STF; RJTJSP, 78:166 e 93:179)" (p. 537).

¹⁵ In verbis: "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peça de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender".

¹⁶ Op. e p. citis.

titular do poder-dever de tutelar o interesse público (isto é, o próprio órgão ministerial), lembrando-se que é a própria Carta Magna quem prevê a atuação em Juízo do *Parquet* como um dos instrumentos para a consecução de suas finalidades.

Ou seja, a independência funcional, desde que alçada ao âmbito constitucional, deve ser respeitada tanto na circunstância *negativa* (recusa à intervenção), quanto na *positiva* (pretensão de ingresso à causa).¹⁷

Em outras palavras: partindo-se da premissa de que a intervenção do representante do Ministério Público nunca é facultativa, da mesma forma que não pode o Judiciário entendendo necessária a manifestação ministerial compeli-lo a *efetivamente* ofertá-la (sob pena de afronta à sua independência funcional constitucionalmente delineada), não cabe ao Juiz afastar a intervenção reclamada, desde que entendida necessária pelo Ministério Público.^{18 19 20 21}

¹⁷ Também HUGO MAZZILLI (1991) vê como sendo do *parquet*, sempre, a titularidade da aferição da necessidade ou não de sua intervenção: “Entretanto, pode ocorrer que o Ministério Público, tomando conhecimento da existência do procedimento, resolva nele intervir, sustentando sua própria legitimidade. Melhor meditando sobre a questão, convencemo-nos de que não é próprio que o órgão judicial afaste a intervenção ministerial, pois, nessa hipótese, ‘acabaria sendo feita pelo próprio Magistrado a valoração discricionária relativa à presença do interesse público’, bem o diz Antônio Celso de Camargo Ferraz (A Intervenção do Ministério Público em favor do interesse público, Reuniões de estudos de direito processual civil, São Paulo, PGJ/APMP, 1984), que, citando Zanzucchi, lembra que tal conclusão ‘se liga simplesmente ao caráter genérico do Ministério Público de ser representante e tutor do interesse público e não cabe pensar em um requisito particular sujeito ao controle do juiz. Opera aqui a discricionariedade de avaliação por parte do próprio Ministério Público.’” (p. 426).

¹⁸ Neste sentido é o “Enunciado Cível nº 3” do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: “Ocorrência de interesse público a justificar a intervenção ministerial nos feitos cíveis - a decisão sobre a ocorrência do interesse público cabe ao próprio Ministério Público e não ao Judiciário. Impossibilidade de fixação a priori de todas as causas nas quais ocorre o interesse público. Necessidade de análise do caso concreto. No âmbito do *Parquet*, cabe à Câmara, nos casos de dúvida do Órgão oficiante, determinar a ocorrência do interesse público...”.

¹⁹ Em Encontro ocorrido em Brasília, em 28/06/2002, o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União deliberou “4 – reafirmar a Súmula nº 5, aprovada no XXIII Encontro, realizado na Cidade de Canela/RS, em agosto de 1998, no sentido de que na hipótese do inciso III, do artigo 82, do CPC, “o que legitimará a intervenção do Ministério Público será a existência de um interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, reconhecendo-se certa margem de discricionariedade à própria Instituição – e não ao Poder Judiciário – para adotar o conceito de interesse público às situações concretas”.

²⁰ Conforme já tivemos oportunidade de assinalar “o único parâmetro restritivo a esse juízo definitivo e discricionário titularizado pelo Ministério Público é aquele utilizado ao controle de qualquer atuação não-vinculada: o respeito ao princípio da razoabilidade. Assim, somente pretensões aberrantes, teratológicas, de ingresso do *parquet* em processos em trâmite, poderiam ser fundamentadamente repelidas pelo órgão julgador. E ainda assim por meio de decisão sujeita ao controle recursal” (Op. e p. cit).

A propósito do tema, arrematemos com a lúcida exposição de TOURINHO FILHO (1989):

"Somente num caso concreto é que se pode avaliar, aferir, pela natureza da demanda ou pela qualidade da parte, se há, ou não, um interesse público em jogo.

Desse modo, concluímos que o inc. III do art. 82 se refere não só às outras causas previstas em lei (mandado de segurança, alimentos, etc.), como também àquelas de difícil previsão específica.

Num primeiro caso (incs. I e II), sua intervenção é obrigatória (...compete ao Ministério Público...). E o é porque a lei a considera.

No segundo, há uma particularidade. É o *punctum pruriens* da questão. A intervenção continua obrigatória, mas a obrigatoriedade está subordinada, condicionada a um exame prévio, qual o da aferição da existência ou não de interesse público. Há, pois, imperiosa necessidade dessa avaliação. Vislumbrando o interesse público, a intervenção é obrigatória. **Cabe, sem dúvida, ao próprio Ministério Público tal exame.**" (Grifos nossos)

6. O LEGISLADOR COMO AFERIDOR EM ABSTRATO DA PRESENÇA DE INTERESSE PÚBLICO

A toda evidência, é mister que atuação ministerial ditada pela legislação infraconstitucional harmonize-se com as atuais diretrizes e balizas constitucionais, na mesma toada dos preceitos acima destacados.

É inadmissível, pois, que determinada lei exclua a participação do Ministério Público em qualquer causa em que se verifique a presença de interesse público. E isso dificilmente se verifica (não nos ocorre à memória qualquer texto de lei que expresse que "o Ministério Público *não será ouvido – ou não intervirá – na causa tal...*").

De igual modo é inconstitucional eventual interpretação sobre texto de lei ordinário que convoque a atuação do fiscal da lei nos feitos em que não se cogite a presença de interesse público, sob pena de promover-se desvio de função vedado constitucionalmente (CF, art. 129, IX).

Com efeito, nosso perfil e finalidade institucional, devidamente desenhados em seara constitucional, mais do que dar poder ao Ministério Público para interpretar o alcance da legislação infraconstitucional naquilo que lhe diz respeito, exige que o mesmo se afaste de assuntos que lhe sejam alheios.

²¹ Vários juristas apóiam a idéia da definitividade da avaliação ministerial na detecção da presença de interesse público na causa: veja-se, v. g., ALVIM (1990, p. 322); confira-se, ainda, comentando a posição de vários, SILVA e GOMES (1997, p. 145-147).

Dessarte, também no particular da intervenção ministerial é fundamental o esforço exegético para se obter o correto alcance da norma infraconstitucional.

Ou seja: devemos ampliar ou restringir a dicção legal – nas hipóteses relativas à participação ministerial em feitos cíveis judiciais – sempre que a interpretação gramatical (pobre por natureza) não seja suficiente para a harmonização com o Texto Constitucional.

Ora, do mesmo modo em que hoje ninguém duvida que exagerou o codificador ao convocar a intervenção *do Parquet* em todas as causas que o Código de Processo Civil alcunhou como sendo "procedimentos de jurisdição voluntária" (cf. CPC, art. 1.105, em sua interpretação literal)²², já que em várias situações não se têm matérias de interesse público; resta-nos admitir que um sem-número de presunções genericamente lançadas pelo legislador, em vários textos legais indicando a necessidade da intervenção ministerial (pela premissa da presença de interesse público), nem sempre se verificarão no caso concreto.

Daí porque faz-se mister tenhamos sempre em mente as duas operações distintas que freqüentemente²³ antecedem a intervenção ministerial: a primeira, de detecção, de natureza precária, na qual o próprio legislador (ainda em abstrato), a parte processual ou Juiz (no caso concreto), vislumbrando a presença de interesse público, convida o órgão responsável por seu zelo a integrar o debate em juízo; e a segunda, de natureza definitiva, quando esse mesmo órgão ministerial, avaliando o caso concreto, afasta ou confirma a presença de causa interventiva (o que levará ou não à sua efetiva intervenção e acompanhamento do feito).

Fica evidente, assim, que os referidos "agentes de detecção" da presença (hipotética ou em concreto) de interesse público – legislador, parte e juiz – devem, sempre que houver a mínima dúvida ou possibilidade remota de interferência da causa em questões que envolvam o interesse público primário, oportunizar a análise daquele que foi constitucionalmente atribuído a exercer o juízo definitivo sobre o tema – o representante do *Parquet*.

Podemos concluir que para a proteção do interesse público é melhor o exagero do que a timidez do legislador no que diz respeito à oportunidade de intervenção ministerial. Como corolário, vemos que estará sempre o representante ministerial, nos casos em concreto, com autonomia e discricionariedade para confirmar ou não a presença de fundamento a exigir sua efetiva participação no feito.

²² Cf. "O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária", A. e p. cits.

²³ Como vimos acima, mais raramente pode ocorrer que os agentes de detecção da presença de interesse público deixem de apresentar ao órgão ministerial uma causa em que se ache em debate aspectos de interesse público primário. O representante do Ministério Público, tendo conhecimento, deve nela ingressar; do contrário, a decisão ali proferida ficará passível da arguição de nulidade (se houver prejuízo à coletividade ou a titulares de direitos indisponíveis). Daí porque, esses agentes de detecção, por exercerem um juízo precário, devem, na dúvida, oportunizar a análise do próprio agente ministerial sobre sua intervenção ou não nos feitos em tramitação.

É pela mesma razão que não deve o *custos legis* delegar a definição de tal análise a outros entes (v.g., o órgão julgador)²⁴, de modo a possibilitar que nos casos fronteiriços – em que não se apresente de maneira evidente a ausência de interesse público – seja ele quem decida se haverá ou não o oferecimento de parecer de mérito.

7. A ATUAÇÃO DO FISCAL DA LEI NO MANDADO DE SEGURANÇA

Pelo que vimos, já é lícito deduzir que a partir da nova ordem constitucional (inaugurada em 1988) pode ser relativizada a efetiva participação ministerial nos feitos mandamentais preconizada pelo legislador federal de 1951 através do artigo 10 da Lei 1.533 (LMS).

Com efeito, o dispositivo em questão prevê que nas ações mandamentais o Juiz decidirá a causa após "ouvido o representante do Ministério Público".

Ora, superadas as fases de *detecção* legislativa e judicial, deverá o fiscal da lei, a partir da "vista" que se lhe for aberta nos autos de qualquer mandado de segurança (como de resto, em qualquer processo judicial), *avaliar* a efetiva presença – naquele feito específico – de interesse público primário que justifique o seu acompanhamento e a exarcação de parecer meritório. Em caso negativo, será bastante que aponha o seu "ciente" no processo e, ao fundamento da ausência de interesse público a ser protegido, decline de sua efetiva intervenção^{25 26}.

Ninguém duvida que em sede de ação mandamental não raramente são agitadas discussões que envolvem interesse público secundário, afeto a determinadas entidades ou autoridades públicas, contrapostos a direitos plenamente disponíveis dos administrados, sem qualquer reflexo socialmente relevante.

Tal quadro parece ter sido acertadamente situado no seguinte aresto do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

²⁴ Até porque a simples oportunidade de manifestação ministerial diminui riscos de declarações de nulidade (as quais, pertinentes ou equivocadas, atrapalham o transcurso processual e a efetivação da Justiça).

²⁵ Em atenção à celeridade processual e à respeitabilidade sobre a firmeza de convicção do posicionamento ministerial, é imperioso que a avaliação da presença de interesse público na causa pelo representante do Parquet se dê logo em sua primeira oportunidade de manifestação (que deverá ser a única, em sendo afastados os fundamentos de sua atuação). Se essa diretriz já é importante nos concentrados processos de Mandado de Segurança (em que não há dilação probatória), assume especial relevo nas causas de rito distendido: é flagrante a inconveniência da situação em que o representante ministerial participa de todo o feito (analisa preliminares, reclama por provas, acompanha a fase instrutória) e, somente ao final, ao se dar conta da inexistência de fundamento à sua intervenção, deixa de manifestar-se meritoriamente (ressalvados obviamente os casos em que a causa de intervenção que antes existia supervenientemente desaparece).

²⁶ Tal solução poderia, inclusive, num futuro aperfeiçoamento legal do atuar do *Parquet*, ser adotada em relação a **todas** as causas cíveis em trâmite, evoluindo-se a dicção dos artigos 81 e seguintes do CPC.

"MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO – Recurso ordinário do ministério público do trabalho. Ilegitimidade. 1. A intervenção do ministério público do trabalho no processo, a qualquer título, quando não há interesse público a reclamar, desvirtua o papel transcendental e constitucional que lhe é reservado, transmudando-se em singelo defensor judicial de interesses privados, em atividade puramente advocatícia. 2. Mandado de segurança impetrado por pessoa jurídica de direito privado contra decisão que determinou o prosseguimento da execução, sem conceder efeito suspensivo aos embargos interpostos à execução. 3. Inexistindo interesse público a ser resguardado, carece de legitimidade para recorrer o ministério público do trabalho. 4. Recurso ordinário não conhecido. (TST – ROMS 298643/1996 – D2 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 15.05.1998 – p. 00321"

Não se argumente, pois, que a efetiva intervenção do *Parquet* em ação de mandado de segurança se deve ao assento constitucional desse instrumento (CF/88, art. 5º, LXIX).

Ora, para a correta fiscalização da garantia de utilização do *writ* pelo impetrante, é suficiente a ciência ministerial do respectivo trâmite (possibilitando inclusive a promoção de eventuais providências extra-autos²⁷), sem que, com isso, veja-se o representante ministerial, desviando-se de sua finalidade constitucional, instado a opinar sobre questões alheias ao interesse público-social.

Não foi sem razão que o deputado federal Dimas Carvalho, egresso do Ministério Público de São Paulo, apresentou neste ano de 2003 um projeto de Lei que segue na mesma direção da que ora apontamos. O PL 72/03 propõe a seguinte redação para o art. 10 da Lei 1.533/51:

"Art. 10º. Findo o prazo a que se refere o inciso I do art. 7º, será aberta vista dos autos ao representante do Ministério Público que, no prazo de 5 (cinco) dias, entendendo presente o interesse público, coletivo, difuso ou individual indisponível, apresentará parecer. Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora".

²⁷

O representante ministerial ao observar que a causa em questão, apesar de não refletir matéria de interesse público primário, possa apontar ocorrência fora dos autos, por exemplo, de dano coletivo, ou de risco difuso, ou de improbidade administrativa, etc., deverá providenciar a remessa de informações e peças que habilitem a instauração do procedimento ministerial próprio pelo órgão com atribuições respectivas, disso dando notícia nos autos ao apor o seu "ciente".

Vejamos a seguir a justificativa apresentada pelo nobre deputado, autor do Projeto de Lei em comento:

"Ninguém pode negar a relevância do mandado de segurança como remédio jurídico fundamental (artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal). Em grande parte das vezes, todavia, o ato administrativo impugnado envolve apenas o interesse individual disponível, ora de administrado, ora de funcionário público, sem repercussão para a comunidade ou parte dela.

Na atual sistemática, o norte para a atuação do Ministério Público no processo civil, seja como parte, seja como fiscal da lei, é o disposto nos artigos 127 ao 129 da Constituição Federal, de modo que não lhe cabe mais, dado o seu novo perfil constitucional, a defesa de interesse individual, exceto o de natureza indisponível.

Não é sem motivo que as Leis Orgânicas do Ministério Público já se adaptaram ao novo regime, desobrigando a Instituição de intervir em causas que não envolvam os interesses público, coletivo, difuso ou, então, o individual quando indisponível (Lei Complementar nº 75/93, artigo 6º, VII, XII, XIV e XV, e Lei nº 8.625/93, artigo 25, IV e V).

Assim, já não se justifica que, até em razão da necessária economia da máquina judiciária e do andamento dos processos judiciais, que o Ministério Público seja obrigado a intervir em todos os mandados de segurança, ainda que não envolvam o interesse público "lato senso".

A abertura de vista dos autos se justifica porque, de outra forma, não teria o Ministério Público conhecimento dos fatos narrados pelo impetrante que, como se pode imaginar, podem ensejar não só a intervenção no caso sob exame, mas ainda o ajuizamento de ação civil pública, conforme a hipótese, a fim de que a defesa do interesse público se concretize, tornando a medida pleiteada pelo impetrante abrangente a todos os demais prejudicados pela ilegalidade ou abuso da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público".(grifamos).

Conforme podemos extrair inclusive pelo destaque em negrito que fizemos acima, a nova dicção legal, acaso vingue, prestar-se-á indubitavelmente para melhor adequar o texto ordinário ao atual perfil constitucional do Ministério Público.

Mas o exercício interpretativo que o presente estudo propõe para a intervenção do Ministério Público no Mandado de Segurança desde agora (ou melhor, desde 05/10/1988) já pode seguir no mesmo sentido desse Projeto. A apresentação, pois, do PL 72/03, propondo o ajuste da gramática legal, somente vem a reforçar a tese ora em exposição.

Mas é claro que se tal aperfeiçoamento vier mesmo a ser positivado no texto legal não será ele de forma alguma inútil ou redundante. A uma, porque colocará uma pá de cal na questão, evitando-se o longo caminho até a pacificação do tema nas searas jurisprudencial e doutrinária; a duas – e principalmente – porque sedimentará a noção da titularidade de aferição definitiva pelo Ministério Público da presença de interesse público na causa, a qual mais tranqüilamente poderá ser invocada (até por analogia) em todas as demais causas cíveis.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida que a assessoria e a fiscalização prestadas pelo representante ministerial no processo civil, bem qualificadas que são em função de sua presumida imparcialidade e refinamento técnico, mostram-se instrumentos valiosos à qualidade da prestação jurisdicional.

Mas esse argumento por si só não justifica o dispêndio das forças da Instituição em tal direção. Do contrário, deveria o *Parquet* atuar *efetivamente* em todas os processos cíveis, independentemente da presença de interesse público subjacente²⁸.

Fosse ilimitada a força de trabalho (e o orçamento) da Instituição ministerial, vivêssemos no setor público nacional uma fase de fartura de recursos humanos e financeiros, poderíamos cogitar da permanência da qualificada assessoria de órgãos ministeriais em toda atividade judicial.

Porém, na realidade em que vivemos (a qual dita o contexto em que devem ser interpretadas a Constituição e as demais normas), o redirecionamento da estrutura humana e material do *Parquet* para concentração nas causas, atividades e procedimentos que efetivamente apresentem relevantes aspectos do interesse público, pode e deve trazer resultados bem mais relevantes a toda sociedade.

Inclusive, num segundo momento, poderá propiciar até mesmo a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional: o reforço da atuação preventiva e extrajudicial do Ministério Público e o incremento do patrocínio de pleitos coletivos tende a impedir a explosão quantitativa das demandas judiciais individuais ou aquelas decorrentes das deficiências e abusos dos entes públicos (os maiores litigantes do Brasil).

Porém, o que não se pode admitir é o simples cessar de uma atividade ministerial reconhecidamente útil – apesar de não fundamental – sem que essa força produtiva seja redirigida. Aqui não se defende, pois, simplesmente, a diminuição da carga de trabalho dos representantes do *Parquet*, mas, muito ao contrário, pretendemos seu redirecionamento

²⁸ Apesar de não ser o objeto principal do presente estudo, registramos que, por nossa opinião, a evolução legislativa ou interpretativa deveria levar a que se oportunizasse a intervenção do representante do Ministério Público em todas as causas judiciais. Caberia ao *Parquet* decidir, em cada feito, pela intervenção efetiva ou pelo lançamento de “cota” que apontasse sua falta de interesse (jurídico).

para resultados mais relevantes à sociedade, que, afinal, é a destinatária única da atuação do Ministério Público.

Ao fecho, trazemos à colação o vaticínio do ilustre Procurador de Justiça JOSÉ GALVANI ALBERTON, atual chefe do *Parquet* catarinense, :

"Em verdade, parece chegado o momento de o Ministério Público, superando eventuais espasmos corporativistas, empreender com coragem e absoluto senso de responsabilidade uma reflexão aprofundada a respeito do conteúdo e alcance dos seus compromissos institucionais, tomando como parâmetro os preceitos inscritos na Carta de 88. Ou a Instituição assume na sua inteireza esses compromissos e busca exaurir com eficiência o extenso rol das suas legitimações ativas, colimando a prestação dos serviços que dela a sociedade espera; ou, diversamente, se refugia no nicho estreito do custos legis, na ilusória convicção de que, como mero coadjuvante processual, lhe seja possível exercer proficientemente o múnus que o constituinte lhe conferiu.

A sociedade, seguramente, espera que a opção seja pela primeira alternativa".²⁹

9. CONCLUSÕES

Em vista do exposto concluímos que:

- 1) O Ministério Público está constitucionalmente atribuído ao exercício autônomo e independente de parcela do poder soberano do Estado.
- 2) O Ministério Público, sem submeter-se ou vincular-se a qualquer outro ente detentor de parcela do poder estatal, revela-se como entidade destinada a expressar e realizar a vontade direta da sociedade.
- 3) Sendo inconstitucional a legislação que desvie o *Parquet* de suas funções e finalidades constitucionalmente delineadas, as normas que prevêm sua intervenção no processo judicial devem ser sempre harmonizadas com a efetiva presença do interesse público na causa, ainda que para tanto seja necessário interpreta-las extensiva ou restritivamente.

²⁹ In “A facultatividade da intervenção do Ministério Público frente à hipótese contemplada no art. 82, III, in fine, CPC”, artigo datado de 30/07/1998, extraído do site www.acmp.netco.com.br.

- 4) Não existe facultatividade na intervenção do *custos legis*. Avaliada positivamente a presença de interesse público primário na causa, será necessária sua intervenção; do contrário, será descabida sua participação efetiva na causa.
- 5) A avaliação definitiva sobre a presença ou não de interesse público cabe ao órgão ministerial, em face de sua independência funcional. É ele quem detém parcela do poder soberano estatal direcionada ao zelo pelo interesse público debatido em Juízo, sendo que a atuação judicial é precisamente um dos instrumentos constitucionais postos à disposição do *Parquet* para a consecução de seus fins. A intervenção do Ministério Público no processo civil, portanto, não se submete à disciplina geral da intervenção de terceiros.
- 6) A situação ideal aponta para a *oportunidade* de manifestação do representante do Ministério Público em todas as causas judiciais, de modo a permitir o pleno exercício de sua prerrogativa de avaliar com primazia aquelas em que se verifique a presença do interesse público a justificar sua efetiva participação; nas demais, seria suficiente apor o seu "ciente" nos autos processuais, externando a ausência de seu interesse jurídico para atuar no feito.
- 7) Como não pode haver intervenção facultativa ou graciosa, não deve o representante ministerial atuar materialmente em causa que saiba descabida sua intervenção, sob pena de afronta à Constituição e desvio de função.
- 8) Em face de sua finalidade e perfil constitucionais, deve ser relativizada a atuação do fiscal da lei nas ações mandamentais. Nos *writs* em que não se veja envolvida matéria relevante, com presença de interesse público primário, deve o representante do Ministério Público, quando de sua oitiva, externar seu desinteresse jurídico pela causa e nela deixar de intervir materialmente.
- 9) Com maior razão e pelos mesmos motivos deve-se relativizar a atuação fundada em causas comuns (cujos institutos não tenham *status* constitucional) previstas em toda a legislação infraconstitucional (codificada e extravagante).
- 10) A força de trabalho do Ministério Público eventualmente poupada das intervenções constitucionalmente consideradas desnecessárias (ainda que

úteis), incluindo sua estrutura humana e material, deve ser redirecionada para as atividades de maior relevância social, otimizando os resultados de sua atuação, de modo a aumentar os *benefícios* trazidos à sociedade sem necessidade de maiores *custos*. Até mesmo o eventual prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional pela ausência do parecerista público em determinadas causas, pode vir a ser compensado através da diminuição de demandas, seja em razão da atuação preventiva extrajudicial do *Parquet*, seja pela melhoria da defesa judicial dos interesses de toda coletividade.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTON, José Galvani. *A Facultatividade da intervenção do Ministério Público frente à hipótese contemplada no art. 82, III, in fine*, CPC. Site do Associação Catarinense do Ministério Público (www.acmp.netco.com.br), 1998.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BRANCO, Hélio H. Castello. *Aspectos da intervenção do Ministério Público nas causas de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte*. Revista Jurídica do Ministério Público Mineiro - JUS, 12-147.
- GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 3-264.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Manual do promotor de justiça. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO JÚNIOR, João Câncio de. O conceito polêmico de interesse público. *Revista Jurídica do Ministério Público Mineiro - JUS*, 17-225.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1990.
- SANSEVERINO, Milton. *O Ministério Público e o interesse público o processo civil*. Revista Forense, 197-254.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. II.

ADITIVOS

- NOVA REDAÇÃO DO ITEM 6

*A situação ideal aponta para a oportunidade de manifestação do representante do Ministério Público em todas as causas judiciais, de modo a permitir o pleno exercício de sua prerrogativa de avaliar com primazia aquelas em que se verifique a presença do interesse público a justificar sua efetiva participação., nas demais, **seria suficiente externar a ausência de seu interesse jurídico para atuar no feito;***

-Inclusão do item 11

Deve ser criado pela Administração Superior do Ministério Público um sistema para fins de orientação, padronização e controle de conduta relativa às hipóteses de não intervenção do Ministério Público em causas cíveis, decorrente da ausência de interesses indisponíveis.

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO DE SIMULAÇÃO

Antonio Joaquim Fernandes Neto
Procurador de Justiça

1. Convidados a analisar, de forma crítica, a atuação do Ministério Público nos últimos dez anos, não podemos deixar de enfrentar questões polêmicas: pontos em relação aos quais há dúvida quanto à necessidade e à forma da intervenção ministerial. Entre essas questões, optamos por examinar a ação de simulação, que visa à declaração de nulidade de negócio jurídico.

Em junho de 2001, o Conselho Superior do Ministério Público mineiro promoveu estudos a respeito da atuação dos membros da instituição nos procedimentos cíveis e concluiu pela "desnecessidade de intervenção do Ministério Público na ação anulatória de ato jurídico entre partes capazes". Fundamentou tal posição em decisões do Superior Tribunal de Justiça.

O pronunciamento do Conselho, referendado pelo Procurador-Geral de Justiça na Recomendação n. 01/2001, passou a integrar as manifestações de alguns Promotores e Procuradores de Justiça que decidiram abster-se de emitir parecer em "ação anulatória", independentemente da causa da invalidade.

Tal posição não se harmoniza com a legislação e a doutrina, tampouco é compatível com as decisões dos tribunais superiores, invocadas pelo Conselho Superior.

O novo Código Civil deixou de arrolar a simulação entre os defeitos do negócio jurídico e passou a tratá-la como hipótese de nulidade absoluta, passível, pois, de arguição pelo Ministério Público. A doutrina, de forma unânime, prescreve a necessidade de atuação do *Parquet* nos casos de nulidade absoluta, e, como se verá, as manifestações dos Tribunais Superiores limitam-se a afirmar a desnecessidade da intervenção ministerial nos casos de nulidade relativa ou anulabilidade.

Diante de tal quadro, a finalidade do presente trabalho é provocar a reflexão a respeito das ações anulatórias – em geral – e das ações de simulação – em particular –, visando ao adequado cumprimento das funções institucionais do Ministério Público.

2. O novo Código Civil adotou, contra a opinião de conhecidos autores nacionais, a classificação dos planos do mundo jurídico – existência, validade e eficácia – proposta por Pontes de Miranda:

*** Tese aprovada, com supressões e aditivos às conclusões**

"No mundo jurídico, há três planos diferentes: o plano da existência, em que há fatos jurídicos (fj), e não mais suportes fáticos; o plano da validade, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o plano da eficácia, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções." (Tratado das ações. Campinas: Bookseller, 1998, v. I, p. 22)

Nossa análise restringe-se à validade dos negócios jurídicos, plano que subdivide os atos jurídicos em *nulos* e *anuláveis*. Há situações menos graves (atos anuláveis) e casos em que a gravidade do defeito conduz à ilicitude (atos nulos).

Em relação aos primeiros, a participação do Ministério Público é dispensável. As questões que envolvem anulabilidade são de ordem privada. Não podem ser conhecidas de ofício. A intervenção, nesses casos, somente ocorrerá se estiver presente alguma outra causa, especialmente a qualidade da parte.

Outra, porém, a situação dos atos nulos. Há, nesses casos, grave violação à ordem jurídica, circunstância que torna obrigatória a intervenção do Ministério Público.

"Nos casos de nulidade absoluta, (...) existe interesse social, além de interesse individual, para que o ato não ganhe força." (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 3. ed. Atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 570)

"Na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do prejuízo, abandonando o princípio que o velho direito francês enunciava – 'pas de nullité sans grief'. Inspirou-se ao revés, no princípio do respeito à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm esse caráter, e, por esta mesma razão, legitimou, para argüi-la, qualquer interessado, em seu próprio nome, ou o representante do Ministério Público em nome da sociedade, que ex officio representa." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 439)

3. O relatório aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público em junho de 2001 descreve, de forma perfunctória, algumas linhas de jurisprudência em relação à intervenção do Ministério Público em matéria civil.

Um dos temas examinados foram as ações anulatórias de ato jurídico "entre partes capazes".

O relatório ressalva as hipóteses em que o cancelamento do registro imobiliário é o pedido principal e indica que as hipóteses de não-intervenção ministerial podem ser definidas com amparo em precedentes do STJ.

"Se o cancelamento do registro imobiliário não se apresenta como o pedido principal, mas como mera decorrência da anulação do negócio jurídico, é desnecessária a intervenção do Ministério Público. Embora se reconheça uma postura inicial vacilante da jurisprudência com relação à matéria, hoje ela se inclina pela não-intervenção ministerial, especialmente após manifestação do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n.ºs 2903-MA (4ª T – DJ 07.05.91), 12661-SP (4ª T – DJ 04.08.97), 162055-PB (4ª T – 23.08.99), 12736-SP (4ª T – DJ 17.12.92), 11736-PR (3ª T – DJ 28.06.93)."

Os arestos indicados tratam de ações nas quais o fundamento do pedido refere-se a defeitos do ato jurídico – erro, dolo, simulação – situações que o Código Civil de 1916 inclui entre as hipóteses de anulabilidade.

No Recurso Especial n. 2.903, julgado em 1991, o voto do Ministro Athos Carneiro esclarece que o Ministério Público manifestou-se, "em sede de apelação, através de parecer com longo exame da causa e do mérito". O suporte fático sugere tratar-se de simulação, defeito considerado menos grave no Código de Beviláqua.

Quanto ao Recurso Especial n. 12661-SP, julgado pela 4ª Turma em 1997, o exame do acórdão revela que o fundamento do pedido foi o dolo, vício do consentimento.

O mesmo ocorre no Recurso Especial n. 162055-PB, julgado pela 4ª Turma em 1999: buscou-se a anulação de escritura pública de doação por "vício de vontade" da donatária.

O exame do Recurso Especial n. 12.736-0 revela que o Ministério Público "tinha de intervir e interveio", na condição de curador especial dos revéis citados por editais.

Finalmente, o último dos julgados apresentados como paradigma não trata de ação anulatória: de acordo com o relatório do Ministro Dias Trindade, o recurso foi interposto em "ação reivindicatória" na qual ocorreu "arguição de usucapião, como defesa". Nota-se, porém, que o relator ressalva expressamente a circunstância de que o Ministério Público "foi intimado e compareceu à audiência, embora sem emitir parecer".

Em resumo, a conclusão do relatório apresentado ao Conselho Superior do Ministério Público deve ser interpretada de forma restrita:

- *Só é desnecessária a intervenção nos casos de anulabilidade decorrente de vícios de vontade;*
- *Ficam expressamente ressaltados os casos em que o cancelamento do registro é o pedido principal.*

Conclui-se, portanto, que a intervenção do Ministério Público nos casos de nulidade absoluta é obrigatória em face da ocorrência de interesse social decorrente da violação de normas de ordem pública.

4. É importante observar que o novo Código Civil, orientado pela necessidade de superação do individualismo liberal, apresenta muitas inovações em matéria de invalidade dos negócios jurídicos. A principal delas é a ampliação das hipóteses de atos nulos, com modificação substancial no *status* da simulação. O antigo vício social, sancionado com mera anulabilidade, passa a ser causa de nulidade absoluta, regido por normas de ordem pública.

Na simulação, sabe-se, as partes utilizam o negócio jurídico de forma fraudulenta, ocultando a realidade.

"Na simulação há conluio. Existe um processo simulatório; acerto, concerto entre os contraentes para proporcionar aparência exterior do negócio. A simulação implica, portanto, mancomunação." (VENOSA, Sílvio de Salvo. Op cit. p. 467)

O ato simulado envolve a prática de atos que constituem ilícitos penais: a falsidade ideológica e o estelionato, no âmbito do Código Penal, e freqüentemente crimes contra a ordem tributária e as relações de consumo.

Assim, se o suporte fático da simulação inclui fatos definidos como crime, é natural que a sua gravidade tenha como consequência, no plano civil, a nulidade absoluta.

Mudança significativa se deu em relação aos requisitos da simulação. No Código Civil de 1916 a anulação só seria possível quando demonstrada a intenção de "prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei" (art. 104). Hoje a situação modificou-se. O novo Código Civil não mais exige que se demonstre a vontade de prejudicar terceiros. Basta a falsidade ideológica para que o ato seja declarado nulo.

"Portanto, o sistema adotado pelo novo Código brasileiro é o da nulidade de todo negócio simulado, não importa o intuito dos contratantes, nem o efeito prático do negócio aparente. Este sempre será nulo e sempre prevalecerá para os figurantes a situação jurídica dissimulada como a relevante para o direito, pouco importando a boa ou má-fé dos simuladores." (THEODORO JR., Humberto. Comentários ao novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, V. 3, t. 1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III, p. 474)

Para o Ministério Público a principal consequência do novo *status* atribuído à simulação é a possibilidade de alegação da nulidade, que pode ser apresentada por meio de

parecer ou de ação incidental ou principal – sem prejuízo, é claro, da ação penal decorrente da falsidade ideológica e outros delitos.

5. Concluindo, no novo Código Civil "é nulo o negócio jurídico simulado", e o Ministério Público, em face do ilícito, dispõe de meios para promover a responsabilidade civil e criminal dos autores da falsidade.

ADITIVOS E SUPRESSÕES

Foram submetidas à votação duas conclusões, sendo aprovada a primeira, por maioria, com a seguinte redação:

- No novo Código Civil "é nulo o negócio jurídico simulado ", e o Ministério Público, em face do ilícito, dispõe de meios para promover a responsabilidade civil e criminal dos autores d a falsidade.

Foi rejeitada, também por maioria, a segunda conclusão com a seguinte redação:

- "... a intervenção do Ministério Público nos casos de nulidade absoluta é obrigatória em face da ocorrência de interesse social decorrente da violação de normas de ordem pública." (pág.211)

A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA EM FACE DA LEI 10628 DE 2002: JUSTIÇA PARA PRETO, POBRE E PROSTITUTA?

A PROCLAMAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO STF CONTRA O PODER ECONÔMICO

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira
Promotor de Justiça

“As classes dominadas internalizaram o caráter violento, injusto e desigual de sua situação. Elas não vêem seu direito à segurança realizado; têm de se defender por si mesmas. Usam da violência – que, na verdade, é antiviolência, reação a uma violência anterior – como estratégia de sobrevivência e também como meio político de recuperar o que lhes foi negado ou expropriado. Vingam-se assaltando e destruindo”.

“O pluralismo das formas de racionalidade nos libertou, é verdade, das velhas hierarquias e esquemas de dominação totalitária a partir de um único tipo de exército da razão. Mas fez surgir um outro problema: como se relacionam entre si as várias formas de racionalidade ?”

(Leonardo Boff – “A Voz do Arco-Íris” - , Editora Letraviva Editorial).

EMENTA:

NA DISCUSSÃO DA LEI 10.628/02 UMA GRANDE DÚVIDA CERTAMENTE PROVOCARÁ CONFLITOS JURÍDICOS E PROCESSUAIS:

- O INDEFERIMENTO DA LIMINAR NA ADIN 2797 PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP), TEM EFEITO VINCULANTE (STARE DECISIS DO DIREITO NORTE-AMERICANO?)

***Tese apresentada com duas conclusões, sendo a primeira aprovada por maioria e a segunda conclusão aprovada por unanimidade.**

1. A competência originária

A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA, também chamada de “competência em razão da pessoa” ou “foro privativo”, cuida da competência pela prerrogativa de função, sendo esta competência absoluta.

As perguntas que são feitas para descobrir a competência originária é:

Qual é a JURISDIÇÃO competente?

Jurisdição Superior ou Jurisdição Inferior? – enfim, a Ação deverá ser proposta na 1ª instância, ou diretamente na 2ª instância.

Se a resposta for na 2ª instância, neste caso, tratar-se-á de competência originária.

A primeira característica do foro privativo é ser estabelecido em relação ao cargo que a pessoa ocupa e não em relação a sua pessoa. Daí porque alguns autores de renome na doutrina não gostarem das expressões “foro em razão da pessoa” ou “foro privilegiado”.

Assim, o foro privilegiado, a saber, levando em conta a pessoa e não o cargo que a mesma ocupa, é INCONSTITUCIONAL, pois configura juízo de exceção (artigo 5º, XXXVII c/c artigo 37, caput e 37, II, todos da CF/88). Logo, lei determinar que o STF julgará “A” e sua família é foro privilegiado em relação a pessoa, sendo moralmente e juridicamente repudiável. Da mesma forma, lei criada após o fato criminoso, prevendo competência originária, fere o princípio do juiz natural, já que configura também, Tribunal de Exceção.

Portanto, todos temos direito de ser julgados por um órgão judiciário previamente estabelecido em lei e por juízo competente.

Outro aspecto de relevo neste contexto é que as garantias dadas pela Carta Magna aos Promotores, Magistrados, Parlamentares são em razão do cargo que ocupam, e não para sua pessoa. Assim, se por exemplo um parlamentar está sendo processado e tem garantias constitucionais para seu cargo, se disser que “abre mão delas”, estará mentindo, pois não são para sua pessoa e sim para seu cargo, devendo, portanto, renunciar ao cargo e assim, se não for aplicável a Súmula 394 do STF (restaurada pela Lei 10.628/02), sujeitar-se-á as medidas legais como qualquer cidadão.

Uma questão filosófica e jurídica da competência originária, é saber quais as razões para a Constituição Federal estabelecer o foro pela prerrogativa de função (competência originária)?

A resposta dada pela doutrina é:

1) Evitar a inversão da hierarquia, ou seja, impedir que uma alta autoridade seja julgada por órgão de instância inferior de jurisdição;

Ex: Um desembargador que comete um crime. Ora, não teria sentido o mesmo ser julgado, por exemplo, por um juiz substituto.

2) Evitar que o órgão de jurisdição inferior sofra pressões. No exemplo acima dado, o STJ estará menos sujeito a pressões ou forças políticas, do que o juiz substituto;

3) O julgamento por Tribunais de jurisdição superior, sempre colegiado, oferece segurança jurídica maior, pois o julgamento será feito por “várias cabeças experientes”.

A competência pela prerrogativa de função, em síntese apertada, ocorre nos seguintes casos expressamente delineados na CF/88:

1. Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “b” e “c”)

Incumbe ao STF processar e julgar o Presidente da República em crime comum, com juízo de admissibilidade realizado pela Câmara dos Deputados, pela autorização de 2/3 de seus membros (artigo 51, I da CF/88).

Incumbe, outrossim, julgar o Procurador-Geral da República, o Ministro do STF, Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, todos em crimes comuns.

Em relação aos Ministros de Estado, o STF julgá-los-á por crimes comuns e de responsabilidade, salvo, este último, se cometido em conexão com o Presidente da República, caso em que o Senado Federal julga-los-á, bem como os membros dos Tribunais superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (artigos 102, I, “c” c/c 52, I, todos da CF/88).

E se um cidadão comete um crime em co-autoria ou participação com o Presidente da República, quem julga-lo-á?

Prevalece a jurisdição superior, logo, o STF julgará ambos, exercendo a vis atrativa. Ex: O Ex-Presidente da República Collor foi processado no STF, juntamente com Paulo César Faria e Bandeira, que não tinham foro pela prerrogativa de função.

E o advogado-geral da União, quem julgará?

A CF/88 lamentavelmente não previu o foro privativo para o advogado-geral da União, embora tenha dado ao mesmo prerrogativas de Ministro de Estado (artigo 131 e ss). Logo, para alguns, quem julgará o advogado da União será o juiz federal (em crimes federais) ou juiz de direito local ou o Tribunal do Júri (se praticar crime doloso contra a vida). Para outros, será o STF, em face da prerrogativa de Ministro de Estado.

2. Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, “a” da CF/88)

Incumbe ao STJ julgar o Governador e Desembargadores pelos crimes comuns. Alguns Estados-membros prevêem em suas Constituições Estaduais, o juízo de admissibilidade feito pela Assembléia Legislativa, o que vem sendo interpretado como inconstitucional pelo STF, face a CF/88 não ter previsto tal juízo de prelibação.

3. *Tribunal Regional Federal (artigo 108, I e 109, XI da CF/88)*

Incumbe ao TRF processar e julgar os juízes federais da área de sua jurisdição, inclusive os juízes da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar, nos crimes comuns e de responsabilidade, inclusive os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Por força das Súmulas 2081 e 2092 do STJ, o TRF ainda julgará, por “simetria constitucional ao Tribunal de Justiça”, Prefeitos que cometerem o crime no mandato e ainda estiverem no mandato (ou que o deixarem – vide Lei 10628/02) por desvios de verbas sujeitas a prestação de contas perante órgão federal.

Todavia, como a CF/88 não fez distinção entre crimes estaduais e federais, todos os demais crimes não previstos na Súmula 208 do STJ não contemplados nas citadas Súmulas, deverão ser julgados pelo Tribunal de Justiça.

O TRF somente julgará Prefeito (combinando as Súmulas 208 e 209 do STJ) se a verba da União desfalcada não estiver incorporada ao Município, porque assim, atinge um bem da União e não se pode falar em violação da Carta Magna, artigo 29, X, em face do artigo 109, IV(interpretação sistemática). Se estiver incorporada ao Município, a lógica é que a verba não mais pertence a União e assim, compete a Justiça Comum Estadual o seu processo, via Tribunal de Justiça (Súmula 209 do STJ c/c artigo 29, X da CF/88).

4) *Tribunais de Justiça (artigo 29, X e 96, III da CF/88)*

Incumbe ao Tribunal de Justiça julgar o Prefeito por crime comum, bem como os Promotores e Magistrados, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹ “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”(referência a CF/88, art. 109, IV);

² “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”(referência a CF, art. 29, X).

Igual previsão de competência é prevista no Poder Constituinte Derivado Decorrente³ (Constituição Estadual), artigo 106, I, “b”, fixando a competência para o Egrégio Tribunal de Justiça.

E se um civil cometer um delito junto com um juiz de direito?

Prevalece a competência do foro pela prerrogativa de função, logo, ambos serão julgados pelo Tribunal de Justiça.

Contudo, a dúvida surge em relação ao crime da competência do Júri, prevalecendo o entendimento que deve haver o desmembramento, ou seja, o juiz será julgado pelo TJ e o civil pelo Egrégio Tribunal do Júri, pois ambas as competências são extraídas da CF/88.

Ressalva-se que pouco importa que o Promotor, Prefeito ou Juiz do Estado de Minas Gerais cometam crimes em outro Estado da Federação, pois o julgamento será no Tribunal de Justiça do Estado que for lotado, logo, no exemplo dado, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

E se um juiz comete crime da competência da Justiça Federal, por exemplo, crime contra o INSS ou tráfico internacional de entorpecentes?

Sendo juiz estadual será julgado pelo TJ do Estado que pertencer e não pelo TRF. Da mesma forma, se um juiz federal cometer crime da competência da Justiça Comum Estadual, será julgado pelo TRF e não pelo TJ.

A única exceção é se o juiz federal ou estadual cometer crime eleitoral, pois neste caso quem julgá-lo-á será a Justiça Eleitoral.

Um outro problema sério da competência originária encontra-se na figura da *Exceção da Verdade*.

*Exceção da verdade*⁴ é meio de defesa pelo qual o réu/querelado, em crimes contra a honra, se propõe a provar a verdade da alegação feita, que ensejou o processo contra a honra.

Tal mecanismo processual está prevista no Código Penal, admitindo, de regra, na calúnia; em apenas um caso na difamação (ofensa contra funcionário público no exercício de suas funções) e não admitindo na injúria. Também prevista na Lei de Imprensa e no Código Eleitoral.

Ex: “A” diz que “B”, no dia x, hora y, local z, cometeu um crime de homicídio, junto de “C” etc. Trata-se de um fato tipificado como crime, logo, calúnia. “B” sente-se

³“Poder Constituinte Derivado decorrente, por sua vez, consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal” (FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES-O Poder Constituinte, SP, Editora Saraiva, 1985, pg141)

⁴ Artigo 116, I do CP(suspende a prescrição).

caluniado e propõe queixa-crime (peça inicial da Ação Penal Privada). Assim, “A”, querelado, pode defender-se, apresentando a exceção da verdade.

O problema surge quando uma pessoa tem possui foro pela prerrogativa de função.

Ex: um Promotor de Minas Gerais foi vítima de calúnia, sob a arguta que cometeu um crime de furto, tendo sido proposta queixa-crime por seu advogado, perante o juiz de direito da comarca de Patos de Minas (e não denúncia por outro colega Ministerial, pois o crime indigitado não foi no exercício de suas funções-peculato-, pois, se fosse, o crime seria de Ação Penal Pública Condicionado a representação).

Ocorre que o querelado (quem em tese cometeu a calúnia), na sua defesa, ajuizou a exceção da verdade.

Ora, tendo foro privativo, quem julgará esta exceção da verdade, o juiz de direito local ou o TJ/MG?

Quem julgará a exceção da verdade será o TJ/MG.

Ora, neste caso o TJ/MG não deve julgar também a Ação Penal Privada proposta pelo advogado do Promotor?

O entendimento majoritário de doutrina e jurisprudência é que não, devendo processar e julgar somente a exceção da verdade, permanecendo o Processo-Crime com o juiz de 1ª instância.

Assim, o juízo de admissibilidade da exceção da verdade será processado na 1ª instância e, após o juízo de prelibação, o juiz de direito remete os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que fará o juízo de admissibilidade definitivo, para depois, fazer o juízo de delibação (julgamento), caso em que:

a) se o TJ/MG acolher a exceção da verdade, extrairá peças para o Procurador-Geral de Justiça processar o Promotor, devolvendo os autos à 1ª instância para o juiz absolver o querelado;

b) se o TJ/MG não acolher a exceção da verdade, devolverá os autos à 1ª instância, para o juiz condenar o querelado ou se for o caso, extinguir a sua punibilidade (sendo ação penal privada pode ocorrer a perempção, o perdão, ou mesmo, a prescrição, o que acarretará a extinção da punibilidade), não podendo, entretanto, reconhecer a veracidade dos fatos.

Finalizando essa introdução de competência originária, importante frisar que o procedimento ou rito a ser empregado nos processos de competência pela prerrogativa de função encontra-se na Lei 8.038/90, com defesa prévia antes do recebimento da exordial acusatória pelos Tribunais.

2. . A Lei 10.628/02 e seus bastidores

No tocante ao foro privativo, duas Súmulas do STF devem ser trazidas à colação: a Súmula 394 e 451 do STF.

Vejamos inicialmente a Súmula 394 do STF e sua história nos Tribunais brasileiros.

Súmula 394 do STF:

“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (princípio da perpetuação da jurisdição c/c o tempo do crime-artigo 4o do Código Penal).

O sempre didático professor Luiz Flávio Gomes⁵ relembra a origem da Súmula 394 do STF:

Essa súmula foi editada pela Suprema Corte brasileira em 03.04.1964, com o objetivo de que houvesse um certo “resguardo no exercício de relevantes funções públicas, assegurando-se aos seus exercentes, em eventual julgamento, a isenção e a independência necessárias.” (Geraldo Menezes).

Consistia, em síntese, em uma garantia bilateral, assegurando imparcialidade e independência do órgão julgador e conseqüentemente segurança jurídica ao acusado, pressupondo a atualidade do exercício do cargo ou do mandato e concomitância do fato/exercício do cargo ou mandato.

A súmula exigia uma relação de contemporaneidade (crime cometido durante o exercício funcional), resguardando desse modo a "perpetuatio jurisdictionis" (processo iniciado numa Corte deveria nela continuar, apesar da cessação da função).

⁵ GOMES, Luiz Flávio, Foro especial por prerrogativa de função: a recente lei 10.628/02 não tem a extensão que parece, in www.iusnet.com.br, 13.01.03.

Por esta Súmula, por exemplo, um Promotor de Justiça que cometeu crime durante o exercício de suas atribuições, mas em seguida, foi-lhe concedida aposentadoria, onde seria julgado ?

Pelo Tribunal de Justiça, face a Súmula 394 STF, visto que a competência foi fixada na prerrogativa de função, c/c a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (nº 8.625/93), artigo 40 e Lei Complementar nº 34/94, artigo 105, §4º.

Da mesma forma, um Prefeito que cometeu o crime durante o exercício do mandato, será julgado pelo Tribunal de Justiça, mesmo que deixar o cargo (artigo 29, X da CF/88 c/c a Súmula 394 do STF).

Todavia, a Súmula 394 do STF foi cancelada, ou seja, o Excelso *STF CANCELOU A SÚMULA 394 POR UNANIMIDADE*, razão pela qual não mais se aplicava o princípio da perpetuação da Jurisdição, ou seja, pelo atual entendimento do STF a competência pela prerrogativa de função somente se firma no caso de indiciado, acusado ou réu que ainda se encontrava desempenhando o cargo ou mandato que lhe garantisse o foro especial.

Depois de vigorar por mais de 35 anos (editada em 03/04/1964), *a citada Súmula teve seu cancelamento na Sessão Plenária do dia 25/08/1999, no julgamento iniciado em 30 de abril de 1997*, de questão de ordem suscitada no Inquérito nº 687-SP, em que figurava como indiciado ex-deputado federal.

Desta forma, emprestou o Excelso STF interpretação restrigente ao artigo 102, I, “b” da CF/88 (competência originária do STF), entendendo que aquele dispositivo *não alcançava pessoas que não mais exercem cargo ou mandato*.

O relator do caso, MD. Ministro Sidney Sanches determinou que a medida de cancelamento tivesse efeito ex nunc (daí para frente), validando todos os atos praticados e decisões proferidas com base na multicitada súmula, em respeito ao instituto da coisa julgada.

No julgamento do STF, o Ministro SIDNEY SANCHES descreveu:

“(...) a prerrogativa de foro visa garantir o exercício do cargo ou do mandato e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo(...); as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos”.

Desta forma, além da Justiça Social igualitária, a decisão agilizaria os Processos em suas comarcas / seção judiciária de origem, evitando a expedição de cartas de ordem pelos Tribunais para diligências probatórias.

Mas a felicidade durou pouco.

O STF, em 2002, no julgamento da Reclamação nº 2138-6 (Relator Ministro Nélson Jobim, que deu voto favorável⁶ ao foro privilegiado e enviou a matéria ao Plenário do STF), na área cível, no tocante à improbidade administrativa, admitiu, por 5 votos iniciais (tendo sido suspenso o julgamento pelo Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso) a prerrogativa do foro de agentes políticos mesmo após a cessação do mandato.

Esta decisão do STF, apesar de ainda não ter se firmado, já que o Ministro Carlos Velloso pedira vista, faltando 6 Ministros para votarem, foi a sinalização do STF para que a Lei 10.628/02 entrasse no cenário jurídico e fosse, pela maioria do STF, reconhecida como constitucional.

E não deu outra.

O Congresso Nacional entendeu o sinal do STF e promulgou a Lei 10.628/02, a “toque de caixa”⁷, sendo rapidamente sancionada pelo então Presidente da República à época, Sr. Fernando Henrique Cardoso, diga-se de passagem, um dos beneficiários da nova lei.

A contradição restou no fato de que, na área criminal a Súmula 394 do STF que havia sido cancelada, foi resgatada em Lei Ordinária e na área cível (improbidade administrativa) os dizeres da antiga Súmula 394 do STF foram também estendidos.

Todos perguntaram incrédulos:

- Que Justiça é essa?

Será que a Justiça agora, será para pretos, pobres e prostitutas?

⁶ O Ministro Nelsom Jobim concedeu liminar à reclamação 2138-6, apresentada pela Advocacia-geral da União, com pedido de suspensão da condenação do ex-Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Ronaldo Morta Sardenberg, ocorrida na 14ª Vara da Justiça Federal de Brasília. O ex-Ministro havia sido condenado, a partir de ação proposta pelo Ministério Público Federal, por ter feito, junto com familiares, várias viagens a passeio em aviões da Força Aérea Brasileira(FAB).

Também estavam processados e condenados pela Justiça Federal de primeira instância, com liminar dada suspendendo a condenação pelo Ministro do STF Gimar Mendes(ex advogado-Geral da União do ex-Presidente FHC), o ex-Ministro da Fazenda Pedro Malan, o ex-Ministro da Casa Civil Pedro Parente e o ex senador José Serra, na época titular do Ministério do Planejamento. Os três, juntamente com funcionários do Banco Central, autorizaram o financiamento do pagamento de até R\$5 mil, com recursos públicos, a correntistas de bancos que sofreram intervenção em 1995. Na operação teriam sido gastos cerca de R\$ 200 milhões.

⁷ A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal aprovou a lei nas vésperas da Copa do Mundo(recesso de julho), onde todos estavam dispersos, enquanto que a lei foi sancionada no dia 24.12.2002, ou seja, um verdadeiro presente de natal para o ex-Presidente da República FHC.

Indignados ou não, o certo é que a Lei 10.628/02 teve seus “bastidores” originados em face de diversos políticos, Ministros e autoridades processadas em ações civis públicas de improbidade administrativa ao longo destes dez anos da Lei 8.429/92, pelo Ministério Público Federal e Estadual, resultando em perda de cargos e suspensão de direitos políticos.

O projeto, de autoria do deputado federal Bonifácio de Andrada(PSDB/MG), pai do advogado-geral da União, José Bonifácio Borges de Andrada, não teve dificuldade alguma para ser aprovado, inclusive, pelo ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso que a sancionou, já que defensor deste foro e também do projeto de emenda constitucional do “senador vitalício”⁸.

Os adeptos da nova Lei (Lei 10.628/02) sustentavam que a medida preservaria a dignidade do cargo, pois do contrário, como no Brasil qualquer pessoa pode ajuizar uma ação⁹, seja em litigância de boa-fé ou má-fé, o Presidente da República, deixando o cargo, teria que percorrer todo o País na Justiça de primeira instância para responder a processos não contra o cidadão, mas contra a figura do ex-Presidente. *Some-se a isto que a CF/88 previu formas de investidura e perda do cargo ou mandato de agentes políticos, não podendo uma lei ordinária (Lei 8.429/92) decretar suspensão de direitos políticos e perda do cargo em dissonância constitucional. Por fim, o último argumento é que tendo o Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa reflexos penais (geralmente a conduta cível gera conseqüências na esfera penal, já que resulta também em crimes), o foro pela prerrogativa de função deveria ser igual ao penal, já que este é previsto na CF/88.*

Já os contrários à Lei 10.628/02 tem vários pontos de discórdia: primeiro, afirmam que o ex-Presidente não precisaria e nunca precisou percorrer todo o País no caso de processos difusos, pois o mesmo seria ouvido por carta precatória onde estivesse domiciliado.

Segundo, este foro privilegiado resultaria em Tribunal de Exceção, quebrando o princípio do juiz natural, já que lei ordinária não poderia exceder as hipóteses formais previstas na Carta Magna, havendo inconstitucionalidade do instrumento legal que a originou.

Por fim, os contrários à Lei 10.628/02(entre eles eu), tem um argumento ainda mais robusto: pela CF/88, *o cargo de Procurador-Geral da República é por indicação do Presidente da República, enquanto que os cargos de Procuradores-Gerais de Justiça dos*

⁸ Em artigo publicado no IELF – “TO BE OR NOT TO BE – THIS IS THE QUESTION – O SENADOR VITÁLÍCIO E A PEDRA FILOSOFAL”, exponho o absurdo de projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional, criando o “elefante-branco” do senador vitalício, ou seja, todos os Presidentes da República seriam senadores vitalícios, sem qualquer votação popular. Confirmam no site do IELF: www.ielf.com.br

⁹ A CF/88, no seu artigo 5º garante a todos o direito de ação.

Ministérios Públicos Estaduais decorrem de lista tríplice eleita pela classe, sendo que *o Governador do Estado é quem escolhe* dentre os três mais votados.

Ora, se a legitimidade das ações de improbidade for apenas do Procurador-Geral da República (indicado pelo Presidente da República) e do Procurador-Geral de Justiça (escolhido pelo Governador do Estado), teriam estes a *imparcialidade/neutralidade jurídica* devida para a iniciativa de ação de improbidade (no cível) com resultado de suspensão dos direitos políticos daquele que o indicou? E se o Procurador-Geral de Justiça pudesse se reconduzir ao cargo, o que possibilitaria nova escolha pelo Governador do Estado? O critério da ação civil pública por improbidade administrativa não corria o risco de ser político?

Ademais, imaginem a caravana política que alguns Prefeitos ímprobos de um Estado, por exemplo, fariam, quando o Governador fosse escolher, dentre a lista tríplice, o candidato a Procurador-Geral de Justiça que iria processá-los!!!

E o pior: como poderia um Procurador-Geral de Justiça ajuizar ações de improbidade *em todo o seu Estado*, nos rincões ou lugares mais longínquos?

Usaria do próprio Promotor que estivesse próximo ao local para fazer diligências?

Por outro lado, o Tribunal expediria cartas de ordem aos juízes de primeiro grau? Os Tribunais conseguiriam vencer o tempo, fundamental para uma Justiça não cair na lentidão e descrédito da sociedade¹⁰?

Por fim, uma corrente meio-termo surgiu à época de discussão da Lei, entendendo que a Lei 10.628/02 apenas deveria estipular o foro privativo para ex-Presidentes da República, cuja função enquanto Presidente era em todo território federal e não para ex-Governadores ou ex-Prefeitos, cuja dimensão territorial de atuação não justificaria o foro por prerrogativa de função.

Todavia, a Lei 10.628/02 aplicou-se aos ex-Presidentes da República, estendendo ainda para ex-Governadores, ex-Prefeitos, ex-parlamentares, enfim, todos ex-agentes políticos.

Levantamento realizado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça e por membros do Ministério Público Federal indica que, no ano de 2002, estavam em tramitação 5.526 *ações cíveis de improbidade administrativa em todo o Brasil*, sendo que destas, a maioria em Minas Gerais contra Prefeitos (cerca de 1.304).¹¹

O Ministério Público Federal, até 2002, movera 562 ações de improbidade administrativa contra autoridades de alto escalão e parlamentares:

¹⁰ Rui Barbosa dizia: “A Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

¹¹ Jornal Estado de Minas de 20 de novembro de 2002, p.5, seção política.

A estatística maior em Minas Gerais se explica pela atuação ímpar do Procurador de Justiça, Gilvan Alves Franco, da Procuradoria Especializada em crimes praticados por Prefeitos, além do trabalho incansável dos Promotores de Justiça da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público (área cível).

- a) 32 contra ex-Ministros de Estado;
- b) 35 contra parlamentares e ex-parlamentares;
- c) uma contra o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso;
- d) dez contra Governadores e ex-Governadores;
- e) 448 contra Prefeitos;
- f) 34 contra magistrados;

g) duas ainda, contra membros do próprio Ministério Público Federal, entre eles, o então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro.

Ademais, com esta interpretação do STF, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que até então era aplicada por tipificar como ato de improbidade administrativa a manipulação dos orçamentos públicos, deixaria de contar com o instrumento jurídico imediato e rápido na primeira instância, fornecido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) que punia agentes políticos ordenadores de despesas, ficando agora eventual ação e processo junto a 2ª instância, com a lentidão dos Pretórios pelo acúmulo de lides originárias e recursos.

Vejam, agora, o resgate do absurdo, o foro realmente “privilegiado” para ex-Presidentes da República¹², ex-Ministros¹³, ex-Governadores¹⁴, ex-Secretários de Estado¹⁵, ex-Parlamentares federais (deputados federais e senadores)¹⁶ e estaduais (deputados estaduais ou distritais)¹⁷, ex-prefeitos¹⁸, ex-Magistrados¹⁹, ex-membros do Ministério

¹² Ação proposta no STF somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹³ Ação proposta no STF somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁴ Ação proposta no Superior Tribunal de Justiça somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁵ Ação proposta no Superior Tribunal de Justiça somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁶ Ação proposta no STF somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁷ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

¹⁸ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

Público²⁰ e ex-membros de Tribunais de Contas²¹, chamado pelo Sr. Fernando Henrique Cardoso de “foro adequado” e não foro privilegiado:

LEI Nº 10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1o O art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1o A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2o A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1o."

Art. 2o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de dezembro de 2002; 181o da Independência e 114o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

¹⁹ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

²⁰ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

²¹ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

²² *Lei publicada no DJU do dia 26.12.2002.

José Bonifácio Borges de Andrada

3. A Lei 10.628/02. Inconstitucionalidade?

Como vimos, o cancelamento da Súmula 394 do STF, que se aplicava apenas na seara criminal, enquanto que na seara cível (improbidade administrativa) não havia foro privativo, foi alterado pela Lei 10.628/02.

Portanto, a Lei 10.628/02 criou duas figuras distintas e autônomas:

a) na esfera criminal – resgatou o foro privativo para agentes políticos e ex-agentes políticos (ainda que terminassem o mandato, cargo ou função), desde que por infrações penais praticadas quando do exercício daquele mandato, cargo ou função. Enfim, foi resgatada a interpretação da Súmula 394 do STF²³, através de lei ordinária. Portanto, o foro privilegiado, na seara criminal, está consagrado na Lei 1079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade de agentes políticos e agora na Lei 10.628/02.

O professor Luiz Flávio Gomes²⁴, numa visão excepcionalmente didática, usa de sua vasta experiência de magistério para assim delinear as hipóteses que podem surgir com a Lei 10.628/02:

“1ª) crime cometido antes do início da função: havendo processo penal em andamento (antes do início das funções), a partir do início delas devem os respectivos autos ser remetidos para ao Tribunal competente (nesse caso, se cessada a função sem que o processo tenha sido julgado, deve retornar ao órgão jurisdicional de origem, porque não se trata de crime cometido nem “no” nem “durante o” exercício das funções, senão “antes” dele). Todos os atos praticados anteriormente ao início das novas funções do acusado, no juízo de origem, entretanto, são válidos. Tempus regit actum;

2ª) crime cometido após o exercício das funções: não conta com foro especial quem comete crime depois de já cessadas suas funções (Súmula 451 do STF). Juiz ou qualquer outro agente que goza de foro especial, se comete crime quando aposentado ou quando já cessado o mandato etc. não há que se falar em nenhuma prerrogativa de função;

²³ Se no Brasil a Súmula 394 fosse lei, poderíamos afirmar que a Lei 10628/02 expressamente a teria ripristinado.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio, Foro especial por prerrogativa de função: a recente lei 10.628/02 não tem a extensão que parece, in www.iusnet.com.br, 13.01.03.

3ª) crime cometido durante o exercício das funções: agora, por força da Lei 10.628/02, está assegurado (novamente) o foro especial, mesmo depois de cessado seu exercício”.

E critica:

“Há uma grande diferença entre “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente...” e “Cometido o crime durante o exercício funcional...”.

A súmula 394 era muito ampla, versava sobre todos os crimes cometidos “durante” o exercício funcional (fossem funcionais, fossem particulares). A nova lei fala em “atos administrativos do agente”. Por isso só se pode entender atos funcionais, atos inerentes à função, atos propter officium.

Nunca podemos confundir um crime funcional (cometido “no” exercício da função ou a pretexto de exercê-la) com um crime que nada tem a ver com o cargo ocupado pelo agente.

No caso do Deputado Landim, por exemplo, se comprovado que ele de fato tenha se envolvido com o narcotráfico, isso nada tem a ver com as funções parlamentares. Logo, nesse caso específico, seria um absurdo prevalecer a competência especial por prerrogativa de função. Não se tratando de crime propter officium e cessadas suas funções parlamentares, automaticamente deixa de existir o foro especial. Não há que se confundir crime cometido “no” exercício do cargo com crime cometido “durante” o exercício do cargo.

Em suma: a súmula 394 não era correta porque assegurava (depois de cessadas as funções) o foro especial em “todos” dos crimes cometidos “durante” o cargo. A sua extinção (pura e simples) pelo STF tampouco passou a retratar o melhor Direito. Logo, correto, doravante, é interpretar a nova lei (Lei 10.628/02) segundo o justo e razoável. Primeiro pela sua literalidade (atos administrativos do agente). Segundo pela sua razoabilidade”.

Finalmente, Luiz Flávio Gomes arremata:

“A Lei 10.628/02 fixa regra de competência. Logo, tem incidência imediata (CPP, art. 2º). Nos processos que estão tramitando em primeiro grau por delito cometido “durante” o exercício das funções e “no” exercício delas, propter officium, portanto, deve o processo ser enviado imediatamente ao tribunal competente, salvo se já conta com sentença em primeira instância. O STF tem ressalvado essa última hipótese, quando há alteração de competência. Caso já sentenciado segue sua

tramitação normal. Fora disso, deve o processo (que está tramitando em primeiro grau) ser enviado ao Tribunal. Mas, repita-se, a regra da preservação do foro especial só diz respeito aos crimes funcionais típicos (crimes cometidos no exercício da função). Se se trata de crime não relacionado com as funções, não há que se falar em preservação do foro especial.

... Diante da Lei 10.628/02 não há dúvida que também os prefeitos, mesmo após cessadas suas funções, continua com foro especial para os crimes cometidos “no” exercício do mandato (note-se, como vimos na parte segunda, acima, que nós não comungamos da tese de que todos os crimes cometidos “durante” o exercício do cargo devam estar sob a égide da Lei 10.628/02)”.

b) **na esfera cível (Lei 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa)**, foi prevista pela primeira vez, o foro privativo para os agentes políticos e ex-agentes políticos ímprobos, mesmo que terminassem o mandato, cargo ou função, desde que por infrações cíveis (improbidades administrativas) praticadas quando do exercício daquele mandato, cargo ou função. Assim, após 10 anos de efetividade da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), na área cível, resolveu-se interpretá-la de inconstitucional, via lei ordinária (Lei 10.628/02).

Apenas um exemplo do que a Lei 10.628/02 provocará no cenário político e jurídico nacional²⁵:

Na primeira dezena do mês de fevereiro de 2003, o ex-Prefeito de São Paulo (PPB), Paulo Maluf, fez petição, por seus advogados, pedindo a aplicação da Lei 10.628/02, ou seja, remessa de todos os atos que apuravam eventuais improbidades administrativas para o Tribunal de Justiça de São Paulo. Maluf estava sendo investigado, via inquérito civil público, pelo Ministério Público de São Paulo, através de Promotores de Justiça que suspeitavam de seu envolvimento em suposto esquema de corrupção na administração municipal e na remessa de valores para a Suíça e Ilhas Jersey. Em petição de seis páginas ao Promotor de Justiça Sílvio Marques, o escritório Leite, Tosto e Barros Associados sustentam a plena aplicação da nova lei, com aplicação imediata. As investigações estavam centralizadas na Promotoria de Justiça da Cidadania e na 4ª Vara da Fazenda Pública (primeira instância, portanto), onde tramita ação cautelar que tornou indisponíveis os bens que Maluf teria depositados em paraísos fiscais. Por meio de cartas rogatórias despachadas em outubro de 2001, a Justiça de primeira instância de São Paulo havia solicitado às autoridades de Genebra e de Jersey cópias de extratos bancários que indicavam movimentação financeira em nome de Maluf.

A questão inicial que se coloca é:

²⁵ Jornal Estado de Minas de 10 de fevereiro de 2003

A Lei 10.628/02 é inconstitucional, pois está criando competência originária não expressamente prevista na CF/88, tanto para crimes (ex-agentes políticos, que deixam o cargo), quanto para ilícitos cíveis (estes foros sequer tratados na CF/88) ?

Entendo que sim. O próprio Procurador-Geral da República, em parecer na ADIn 2797, assim também entendeu (vide o anexo desse artigo).

Usando da mesma linha de raciocínio do STF ao cancelar a Súmula 394 do STF, deve ser dada a CF/88 interpretação restritiva, não podendo lei ordinária ampliar casos de competência originária para ex-agentes políticos na seara criminal e na seara cível.

Ora, ao cancelar a Súmula 394 do STF, o próprio Excelso STF deu interpretação restrigente ao artigo 102, I, “b” da CF/88 (competência originária do STF), entendendo que aquele dispositivo não alcançava pessoas que não mais exercem cargo ou mandato. Com muito mais razão, não poderia ampliar o rol de prerrogativa de função para área cível (improbidade administrativa).

Portanto, padece a Lei 10.628/02 de Inconstitucionalidade formal.

Por que o legislador não quis, ao invés de fazer uma lei ordinária (Lei 10628/02) fazer emenda constitucional prevendo o mesmo assunto, sendo que, se fosse emenda constitucional não se aplicaria a teoria da “emenda constitucional inconstitucional”, já que emenda constitucional, ao entrar em vigor, tem o mesmo status das demais normas constitucionais (segundo o STF, face o sistema rígido das normas constitucionais)?

A resposta novamente está nos bastidores da política.

Uma emenda constitucional demoraria muito para ser aprovada com agilidade, face o sistema constitucional bicameral e quorum qualificado.

Preferiu o legislador pegar um atalho, um caminho mais fácil: uma lei ordinária encomendada de urgência!

Portanto, parece simples a questão da inconstitucionalidade, mas não é.

Apesar de ser a Lei 10.628/02 notoriamente inconstitucional, o controle de constitucionalidade de leis, no Brasil, pelo sistema misto, é feito por qualquer juiz ou Tribunal (controle difuso) ou via ação (controle concentrado – apenas pelo STF).

Para complicar a lógica jurídica da aplicação em todo território nacional da Lei 10.628/02, surgirá uma dúvida atroz:

O Ministério Público, pela CONAMP (Associação Nacional do Ministério Público) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2797) no STF contra a Lei 10.628/02, em dezembro de 2002, tendo o Ministro Ilmar Galvão negado liminar.

Uma polêmica grande (que certamente será explorada em concursos públicos, principalmente certames do Ministério Público) será a seguinte:

Será que a ADIN da CONAMP (Associação Nacional do Ministério Público), questionando a constitucionalidade da Lei 10.628/02, que teve a liminar²⁶ sido indeferida pelo Ministro Ilmar Galvão no dia 10/01/03(às 18h37minutos), terá efeito vinculante?

Enfim:

Como a liminar foi indeferida no controle concentrado e a Lei 9.868/99 impõe o efeito vinculante (*stare decisis* do sistema norte-americano), poderá os Promotores de cada comarca pedirem, incidenter tantum o controle difuso de constitucionalidade ao magistrado para declarar a Lei 10.628/02 inconstitucional e continuar processando ex-Prefeitos na 1º instância por crimes cometidos quando do cargo ou ainda por ilícitos cíveis decorrentes de improbidade administrativa (via ação civil pública)?

Será que a liminar do Ministro Ilmar Galvão tem efeito vinculante, proibindo o controle difuso pelos juízes e Tribunais do Brasil ou somente o mérito da ADIN é que tem efeito vinculante? – ESSE É O TEMA!

Assim, a polêmica alhures descrita realmente será o tema do momento, bastando citar um exemplo prático disto, divulgado pela imprensa em fevereiro de 2003:

No dia 24 de janeiro de 2003, a 9ª Câmara de Direito Público de Férias, do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu, por votação unânime, que "a Lei Federal nº 10.628/2002 não encontra fundamento na Constituição Federal de 1988. O art. 37, § 4º da Magna Carta trata da suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. A ação proposta tem natureza eminentemente civil, não obstante possa ser ajuizada a competente ação penal."

Segundo o TJ-SP, o foro privilegiado tem natureza constitucional, não podendo ser ampliado por simples lei. Em consequência, os atos de improbidade administrativa, praticados por agentes e ex-agentes políticos, continuam a ser processados e julgados em primeira instância.

Esse entendimento foi firmado pelos Desembargadores paulistas ao negarem provimento a agravo de instrumento interposto pelo Vice-Prefeito de Dracena (SP), Elzio Stelato Júnior, alegando ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando a defesa de interesse individual, privado e disponível.

²⁶ Vide anexo neste artigo com "Notícias do STF".

Agiu corretamente o TJ/SP? Poderia fazer esse controle difuso de constitucionalidade (incidenter tantum), mesmo com a liminar da ADIn 2797 do STF negando a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02²⁷?

Haverá duas posições sobre o tema:

1ª posição: não se pode colocar fora do sistema difuso de controle de constitucionalidade nenhuma presunção de constitucionalidade. Desta forma, a presunção não impede, de per si, o exame da constitucionalidade por qualquer órgão do Poder Judiciário. Aliás, a possibilidade de qualquer juiz, de qualquer instância, reconhecer a inconstitucionalidade de lei, faz com que tal presunção seja aplicada apenas aos órgãos administrativos do Poder Público, que, como se sabe, atuam debaixo de lei. Evidentemente, tal não se aplica ao Ministério Público, quando do ajuizamento da ação penal, e também ao Juiz, ao exame de sua pertinência.

Não se pode extrair da decisão que rejeita a liminar qualquer consequência vinculante, uma, porque se trata de juízo meramente perfunctório e, o mais importante, de decisão individual.

A Lei 9.868/99, quando prevê efeito vinculante para a decisão judicial proferida em sede de ADIN fê-lo apenas e tão somente para a decisão concessiva da medida cautelar, que, como não poderia deixar de ser, depende do voto da maioria dos membros da Suprema Corte (ver art. 10 e art. 11, da citada lei).

Não se pode, aqui, por absoluta inadequação, valer-se de processo dedutivo a contrário senso, porquanto não se pode pensar em retirar a competência jurisdicional de todos os membros do Judiciário (no controle difuso, por óbvio), por decisão individual e preliminar de membro da Suprema Corte, quando a própria Lei que regula as ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade está a exigir quorum QUALIFICADO para a imposição de efeitos vinculantes.

Assim, não se pode falar em presunção de constitucionalidade de lei, oponível ao Judiciário e ao Ministério Público, órgãos funcionalmente independentes.

Por outro lado, como não há previsão de efeito vinculante em decisão individual que rejeita pedido liminar, é perfeitamente possível aos membros do Judiciário reconhecerem a inconstitucionalidade da recente e casuística Lei 10.628/2002, via controle difuso.

²⁷ Em Santa Catarina, o Juízo da Comarca de Joaçaba também acolheu, via controle difuso, a inconstitucionalidade levantada pela Promotora de Justiça (conferir no Anexo ou na página:

www.mp.sc.gov.br/canal_mpsc/noticias/03_fev/120203_2.htm

Neste diapasão, para os adeptos da primeira corrente, somente será possível extrair efeitos cautelares ou antecipatórios as decisões proferidas em ADIN, quando CONCESSIVAS DA LIMINAR e não quando denegatórias. Uma coisa será aceitar efeitos vinculantes de decisão que concede a liminar - seja em ADIN²⁸ ou ADC²⁹ - outra, é da decisão que a rejeita.

Destacarão, os adeptos, que em uma e outra há decisões de conteúdo significativamente diferentes, já que o juízo positivo - seja de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade - implica reconhecimento da relevância, necessidade e urgência do atendimento judicial da pretensão posta em juízo.

Tal não ocorre com o juízo negativo - de rejeição da liminar -, com o qual apenas se difere o exame da questão para o julgamento do mérito.

De outro lado, não há como negar que o indeferimento de liminar, na prática, antecipa juízo quanto à questão de direito, ou seja, de mérito. Mas, todavia, no plano da eficácia da decisão do STF, não se poderá reconhecer, ainda, vinculação de efeitos. Numa palavra: pode-se reconhecer presunção de manutenção da decisão, ou presunção de constitucionalidade, mas não de decisão vinculante, suficiente a impedir julgamentos em sentido contrário, via controle difuso, como vem ocorrendo desde a edição da Lei 10.628/02.

Esta posição tende a ser a do Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça e da CONAMP, que certamente baixarão instruções normativas para que os membros do Ministério Público continuem processando na primeira instância os agentes políticos (em ilícito civil de improbidade administrativa) e ex-agentes políticos (em ilícito civil de improbidade administrativa e também nos ilícitos criminais).

2ª posição: a segunda posição, rebatendo de forma técnica a primeira alhures, assim expressará:

Em primeiro lugar, a liminar dada na ADIN não se trata de juízo meramente perfunctório, a primae facie, como sugere e tampouco decisão individual.

É que apesar da Lei 9.868/99 prever efeito vinculante para cautelar, também o fez no final da ação principal, diante do princípio da hierarquia constitucional do STF como órgão incumbido do controle da constitucionalidade, tendo como regra, efeito vinculante, erga omnes e ex tunc.

Notamos, então, na segunda corrente que surgirá, alguns postulados:

a) a decisão liminar na ADIn não pode jamais ser tida como individual, diante da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CF/88, que exige que somente pelo voto da

²⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

²⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade.

maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Nesse sentido:

Art. 22 da Lei 9.868/99 (da decisão na ADIN e ADC):

“ A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros ” – consagração da “cláusula de reserva de plenário” do artigo 97 da CF/88.

Diante disso, a liminar indeferida pelo Ministro Ilmar Galvão será analisada pelo Plenário do STF em face da “cláusula de reserva de plenário”. Portanto, o quorum qualificado está presente na própria CF/88, artigo 97, aplicado também em liminares do STF. Daí veio a Lei 9.868/99 e exigiu para ADIN (ação principal e cautelar). Essa lei é polêmica, porque cria novas figuras não previstas na CF/88;

b) pois bem, a própria lei polêmica (9.868/99) diz que ADIn (e argüição de descumprimento de preceito fundamental) terá efeito vinculante, quando a CF/88 disse que apenas Ação Direta de Constitucionalidade é que terá. O problema já começa aqui, embora o STF não a tenha declarado inconstitucional;

c) considerando que a Lei 9.868/99 não foi considerada inconstitucional, resta-nos que a Adin (e ADC) tem efeito vinculante e ex tunc (artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99), salvo se o STF por deliberação de 2/3 seus membros entender que o efeito terá que ser ex nunc (o que Ives Gandra chamou de "inconstitucionalidade interrompida" – artigo 27 da Lei 9.868/99);

d) portanto, a competência jurisdicional de todos os membros do Judiciário (no controle difuso, por óbvio) estará autorizada, desde que o controle concentrado do STF não profira decisão, até porque nenhuma utilidade teria o controle difuso, se o STF se pronunciou, já que, qualquer recurso extraordinário derrubaria o controle difuso. Uma vez que o STF já decidiu a matéria e é o órgão de cúpula. Pior será para aqueles que não recorrerem ou que perderem o prazo do recurso, pois neste caso haverá decisões judiciais contraditórias em desprestígio da Justiça, onde uns seriam processados, outros não, num mesmo plano jurídico;

e) cumpre lembrar que a Lei 9.868/99 não previu efeito vinculante apenas para ação cautelar³⁰, mas também para a ação principal (ADIN e ADC – artigo 28, parágrafo único). Todavia, na cautelar, a regra será o efeito ex nunc (salvo exceção do artigo 10, §1º

³⁰ Sustento, ainda, que com a nova redação do artigo 273, §7º do CPC, que se aplica subsidiariamente no controle concentrado de constitucionalidade de leis, não será mais necessário entrar com uma ação principal (ADIN, ADC etc) e uma cautelar, bastando na ação principal pedir a cautelar como antecipação de tutela, na forma do artigo 273, §7º do CPC (expressão máxima do princípio da instrumentalidade das formas).

da Lei 9.868/99), enquanto que na ação principal (ADIN), o efeito será *ex tunc* (salvo exceção da “inconstitucionalidade interrompida”). A dúvida é se a liminar da ação principal tem efeito vinculante, o que sustento nesta tese.

Conclusão do autor:

Adoto a 2ª corrente.

Para este autor, usando a exegese da Lei 9.869/99, a liminar da ADIN, via controle concentrado, tem efeito vinculante, de forma que, até o mérito, a Lei 10.628/02 é presumidamente constitucional, de sorte que, se os Promotores de Justiça não a observarem e continuarem processando ex-agentes políticos por crime ou improbidade administrativa, os processos deverão ser rejeitados (na esfera criminal-artigo 43 do CPP) ou extintos sem julgamento do mérito (na esfera cível- artigo 267 do CPC – falta de legitimidade ad causam), pois, por exemplo, somente o Procurador-Geral de Justiça é quem pode processar ex-Prefeitos.

Evidente que a liminar referida no controle concentrado não impede o Ministério Público de atuar pedindo o controle difuso, já que vincula apenas os órgãos judiciários, uma vez que o MP é instituição autônoma e, de tanto insistir, pode ser que o STF, mudando seus membros ou revendo sua posição, decida contrário ao entendimento pioneiro.

Todavia, entendo que, caso assim procedam, ou seja, caso os juízes e Tribunais façam o controle difuso, a via recursal ou mesmo o mandado de segurança³¹ será o instrumento jurídico para devolver o status quo da Lei 10.628/02, já que o STF, em liminar na ADIn 2797 não a reconheceu como inconstitucional.

Na verdade, repito, a questão é polêmica e espinhosa, pois a CF/88 diz que apenas terá efeito vinculante, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Daí vem a Lei Ordinária 9.868/99 e estende o efeito vinculante para Ação Direta de Inconstitucionalidade e para Arguição de Descumprimento de preceito fundamental.

Será que esta ampliação é constitucional? Esse é o tema.

Como resolver esse impasse?

Usando a lógica, pois o Direito deve preservar o bom senso.

Pela lógica jurídica aplicada, no Brasil toda lei é presumidamente constitucional, salvo se o STF declará-la inconstitucional (controle concentrado), ou juízes e Tribunais (no controle difuso).

O STF não declarou que a Lei 9.868/99 é inconstitucional (embora para mim seja, mas eu não sou o STF).

³¹ Na esfera criminal, para os ex-agentes, o remédio heróico será o *Habeas Corpus*, em face da violação do princípio constitucional do juiz natural.

Logo, mesmo que a CF/88 não tenha previsto que ADIN tenha efeito vinculante, o fato da Lei 9.868/99 ter previsto e o STF não a ter declarado inconstitucional, prova que a ADIN tem efeito vinculante, até o STF dizer em contrário.

Se assim não fosse, qual a razão da Lei 9.868/99 prever em seu artigo 9º, §2º que “o relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição”, no caso de ADIN?

Primeira conclusão lógica:

A Lei 9.869/99, até o momento, é constitucional ao prever que a ADIN tenha efeito vinculante.

Por outro lado, como fica a liminar indeferida sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02?

Usando a mesma lógica jurídica aplicada, vimos alhures que a ADIN (controle concentrado de constitucionalidade) tem efeito vinculante pela Lei 9.868/99, ou seja, uma vez decidida a questão pelo STF, vincula todos os juízes e Tribunais do Brasil naquele mesmo sentido, o que os proíbe de fazer o controle difuso de constitucionalidade sobre o mesmo tema no caso concreto, em respeito à hierarquia do STF (ou seja, o STF ser a cúpula do Judiciário brasileiro e o guardião da hermenêutica final da CF/88).

Segunda conclusão lógica:

Se toda lei é presumidamente constitucional, ao ingressar no ordenamento jurídico e a Lei 9.869/99 prevê que a ADIN tem efeito vinculante, por três motivos o indeferimento de liminar do Ministro Ilmar Galvão, na ADIN 2797, dá cunho de constitucionalidade à Lei 10.628/02:

1º - toda lei é presumidamente constitucional;

2º - a ADIN tem efeito vinculante, seja no mérito, seja em liminar (em decorrência do primeiro motivo alhures);

3º - e para que esta lógica tenha ainda mais sustentação fática, relembro a sinalização do STF que 5 votos (embora com vista ao Ministro Carlos Velloso e aos demais 5 outros Ministros), deu parecer favorável na Reclamação 2138-6 (relator Ministro Nélson Jobim), autorizando o foro por prerrogativa de função nos casos de improbidade administrativa (seara cível). Apesar da reclamação não vincular o julgamento de uma ADIN, não deixa de ser um sinal mais do que visível do STF da presunção de constitucionalidade da Lei 10.628/02, em que pese eu, simples mortal, entender que

formalmente jamais uma lei ordinária poderia ampliar o foro pela prerrogativa de função prevista na CF/88.

Some-se outra sinalização: na liminar da ADIN 2797, o STF, pelo Exmo. Ministro Ilmar Galvão, entendeu a mesma constitucional, o que dependerá do referendo da Corte, mantendo o indeferimento da liminar ou reformando a mesma e concedendo a liminar (declarando a lei inconstitucional). Ora, uma liminar indeferida, ainda que superficialmente, expressa o mérito da causa, salvo se fatos outros alterarem o panorama do objeto do pedido.

Certamente leitores mais atentos à minha conclusão deverão estar pensando nesse momento:

Como pode o professor Thales Tácito Cerqueira sustentar que a Lei 10.628/02 é inconstitucional, que o Ministério Público tem liberdade de atuar, mas, por outro lado, parecendo contraditório, diz que a liminar do STF tem efeito vinculante?

Afinal, de que lado está o professor Thales?

Sempre da sociedade, razão da essência de minha atividade ministerial.

Explico aos meus fieis leitores.

Imaginem todos, agora, esquecendo de toda a tecnicidade jurídica e detalhes processuais:

-Se o STF, em liminar, deu 7 votos pela constitucionalidade da Lei 10628/02, ou seja, já alcançou mais da metade dos 11 Ministros, será que no mérito vai julgá-la inconstitucional?

Parece pouco provável, mas nada impede.

Então, surge o problema: vejamos duas hipóteses do que pode ocorrer na decisão de mérito da ADIn 2797:

a) se no mérito, o STF declara a Lei 10.628/02 constitucional, confirmando a liminar, o efeito da ADIN, segundo a polêmica Lei 9.868/99 será vinculante e pior, ex tunc, ou seja, todos aqueles juízes de primeira instância que julgaram no controle difuso inconstitucional a Lei 10628/02 terão seus processos tidos como nulos, desde o início, por falta de legitimidade ad causam. O efeito será devastador, como se fosse um meteoro caindo na terra e até lá poderá haver prescrição de sanções políticas, criminais e outras benesses para os réus;

b) no entanto, se o STF julgar a Lei 10.628/02 inconstitucional, teremos duas hipóteses:

b.1 - os juízes que fizeram o controle difuso terão validados, definitivamente, seus entendimentos, de forma que a primeira instância ganhou tempo processando os agentes políticos. Restará saber se poderiam assim agir, em face do efeito vinculante de uma liminar, o que certamente provocará discussões de nulidade etc. Será que o tempo economizado valerá o risco de nulidade? Esse é o tema!;

b.2 - já para os juízes que não fizeram o controle difuso, entendendo que a liminar os vinculava, sabe o que vai acontecer? Nenhum efeito devastador, ou seja, como eles cumpriram a liminar do STF e enviaram o processo para o Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, cumpriram a liminar do STF e o PGJ e o PGR iniciaram os processos. Se no mérito o STF volta atrás e diz que a Lei era na verdade inconstitucional, o que vai acontecer? Os processos que estavam com o PGJ e PGR voltam para a primeira instância, aproveitando todos os atos já praticados, ou seja, todos atos processuais praticados serão válidos e não nulos, já que foi respeitado estritamente o que o STF disse em liminar e mérito.

Portanto, comparo o processo a um jogo de xadrez. É preciso adivinhar a jogada do outro desafiante para você fazer a sua, sob pena de "xeque-mate".

E a sociedade, tenha a certeza, não agüenta mais "xeque-mate".

Qual seria a solução, então, no momento?

Entendo que a estratégia ministerial deveria ser a mesma adotada no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. O então Procurador-Geral de Justiça, Exmo. Dr. Cláudio Barros Silva, com a Lei 10.628/02, está delegando a um “grupo de Procuradores ou Promotores de Justiça” as atribuições de investigação e ajuizamento de Inquéritos Cíveis e Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa. Em relação a investigação, ainda pode o Procurador-Geral delegar tal mister aos Promotores do interior que, necessitando de ajuda, convida o grupo para se deslocar até o local dos danos. A propositura da ação, porém, é somente do grupo. Ajuizada a ação, esta será protocolada junto à 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois o Poder Judiciário também criou Câmara Especial para evitar a lentidão da Justiça.

Com isso, as vantagens serão:

a) o Promotor de Justiça do interior, até o julgamento final da ADIN, ficará protegido de “pressões políticas” e alvo do crime organizado, em algumas situações;

b) criar-se-á especialidade no Ministério Público (grupos especiais por delegação do Procurador-Geral de Justiça) e no Poder Judiciário (Câmaras especializadas), referente a crimes praticados por agentes políticos e ex-agentes, além de ilícitos cíveis de improbidade administrativa praticados por agentes políticos e ex-agentes.

Estas são minhas singelas considerações sobre a tese no sentido de uma reflexão sobre a verdadeira eficácia do princípio da utilidade do provimento jurisdicional (máxima do dogma da instrumentalidade das formas).

Tudo isso, volto a frisar, se deve a uma discussão no sentido de uma liminar na ADIn possuir ou não efeito vinculante, entendendo que possui, pelos postulados alhures mencionados.

4. A Lei 10.628/02 se aplica aos crimes ou improbidades administrativas cometidas após a cessação do mandato, cargo ou função? Existe alguma limitação pelo STF?

Para responder essa pergunta, fica fácil de elucidá-la com a então vigente Súmula 451 do STF:

Súmula 451:

“A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”.

Apesar dessa Súmula se aplicar apenas na esfera criminal, usando da interpretação analógica (onde se aplica a mesma razão, se aplica o mesmo direito), também ser-lhe-á emprestada para a improbidade administrativa (seara cível), sob pena de violação do princípio constitucional do juiz natural, pois notoriamente estar-se-ia criando Tribunais de Exceção.

Portanto, seja na seara cível (improbidade administrativa), seja na criminal, os ex-agentes políticos que deixarem seus cargos, mandatos ou funções e, após isto, cometerem crimes ou ilícitos civis de improbidade administrativa, serão julgados pela Justiça Comum de primeira instância (Estadual ou Federal, conforme o crime).

Neste contexto, surge apenas uma dúvida razoável:

Se o agente político, enquanto estiver no seu mandato, cargo ou função, mas tiver que se afastar, perderá o foro pela prerrogativa de função da Lei 10.628/02?

A licença do cargo, função ou mandato não derruba a prerrogativa de função³², ou seja, não perderá a competência originária o agente político que ainda esteja no cargo,

³² Mero afastamento do cargo não significa cessação nem perda. Logo, continua o foro especial, segundo Jurisprudências firmadas:

“Supremo tribunal Federal

(HC-80026/RS - Publicação DJ DATA-04-05-01 PP-00004 EMENT VOL-02029-03 PP-00500 - Relator Min. MOREIRA ALVES - julgamento 25/04/2000 - Primeira Turma)

EMENTA:

“Habeas corpus”.- A condenação definitiva a que alude o § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei 201/67 é a condenação transitada em julgado.- No caso, não se decretou a perda do cargo de imediato, mas sim o afastamento do exercício dele.

- Assim, e de qualquer sorte não tendo ainda o ora paciente perdido o cargo de Prefeito, pois a perda deste só ocorrerá com o trânsito em julgado de sua condenação, o Tribunal de Justiça local, ao prolatar originariamente a condenação que agora se pretende invalidar, era competente para proferi-la com base no artigo 29, X, da Constituição Federal, não interferindo nessa competência o cancelamento da súmula 394 desta Corte, o que só ocorreria se tivesse havido essa perda.

“Habeas corpus” indeferido”.

função ou mandato e apenas pediu licença do mesmo, pois licença não significa perda ou renúncia do cargo ou mandato.

Portanto, não se pode confundir licença do cargo com pedido de exoneração deste. Na primeira hipótese, o foro perpetua; na segunda não, sob pena do foro ser para a sua pessoa e não para o seu cargo, caracterizando-se Tribunal de Exceção proibido pela CF/88.

Exemplo:

Imaginemos um Prefeito que cometeu crime quando prefeito e pediu licença da Prefeitura para tratar de saúde. Permanece com o foro no Tribunal de Justiça (pois licença não é exoneração) e com um plus: permanecerá com o foro no Tribunal de Justiça, mesmo que deixar de ser Prefeito, pois seu crime foi praticado quando era Prefeito e esta é a novidade trazida pela Lei 10.628/02(prerrogativa de foro para ex-agentes políticos).

Importante salientar, a propósito do tema, que continua vigente no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de afastamento do prefeito do seu cargo.

“Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: HC 11293/PI (199901051274)/ 369326 HABEAS CORPUS

DATA DA DECISÃO: 23/05/2000 /ORGÃO JULGADOR: - SEXTA TURMA/ RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO /FONTE: DJ DATA: 11/09/2000 PG: 00293 RSTJ VOL.: 00136 PG: 00523

E M E N T A

DIREITO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO.

1. Inaplicabilidade e revogação não se confundem, não havendo falar em derrogação do Decreto-Lei nº 201/67 pela Lei nº 8.038/90, aplicável às ações penais originárias e, assim, aos processos por crime de responsabilidade de Prefeito, na força da disposição constitucional que lhes deferiu privilégio de foro por prerrogativa de função (Constituição da República, artigo 29, inciso VIII), subsistindo íntegra a medida cautelar de afastamento temporário do exercício do cargo de Prefeito, prevista no artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, e também plenamente, à falta de qualquer antagonismo com a Lei nº 8.038/90.

2. Os delitos definidos no Decreto-Lei nº 201/67 são de ação pública incondicionada, cujo exercício independe, assim, de representação, tanto quanto, por outro lado, nada obsta a inexistência de inquérito policial o oferecimento de denúncia, desde que disponha o Ministério Público de elementos bastantes para tanto.

3. Ordem denegada”.

Exemplo 2:

Imaginemos um Prefeito que cometeu crime quando prefeito e pediu:

a) exoneração do cargo (renúncia) para assumir um Ministério do Governo Federal. Nesta hipótese, como exonerou-se do cargo pioneiro para assumir outro cargo, prefere a prerrogativa do novo cargo, ou seja, será julgado agora para o STF, devendo o Tribunal de Justiça enviar o processo, da forma que encontrar, para o STF. Todavia, quando deixar o Ministério, será que voltará a ser julgado pelo Tribunal de Justiça novamente?

Entendo que não, pois se o mesmo exonerou-se do primeiro cargo para assumir outro, deve ser julgado na Justiça Comum (Federal ou Estadual, conforme o crime), de primeira instância, porque renunciou ao cargo que pioneiramente ocupava.

A Lei 10.628/02 não pode alcançar ex-agentes políticos que exoneraram/renunciaram suas funções, cargos ou mandatos, pois neste caso, se a Lei 10.628/02 estendesse para esse entendimento, estaria dando foro pela prerrogativa de função para a pessoa e não para o cargo, caracterizando Tribunal de Exceção.

b) apenas licença do cargo para assumir um Ministério do Governo Federal. Nesta hipótese, como sua licença foi para assumir outro cargo, prefere a prerrogativa do novo cargo, ou seja, será julgado agora para o STF, devendo o Tribunal de Justiça enviar o processo, da forma que encontrar, para o STF. Todavia, quando deixar o Ministério, volta a ter prerrogativa do cargo onde pioneiramente ocupava e retornou do fim da licença, ou seja, volta a ser julgado pelo TJ. Por fim, importante destacar que o STF tem limitado a remessa dos autos, no nosso exemplo, do TJ para o STF ou, no retorno, do STF para o TJ, quando houver sentença proferida, em respeito a coisa julgada.

5. Conclusão

Em uma terra de fugitivos, aquele que anda na direção contrário parece estar fugindo” (T.S Eliot).

Sempre fui um defensor da Justiça, dizendo, na qualidade de Promotor de Justiça, que a máxima “justiça para pobre, preto ou prostituta”, no Brasil, dependia de cada profissional, de cada juiz ou Promotor ou defensor que, na luta diária, usava instrumentos possíveis para evitar a justiça apenas para a classe dominada.

A classe dominante (elite), por sua vez, se escapava facilmente na área criminal, encontrava um pavor na área cível, em face da improbidade administrativa, face o trabalho

de nota do Ministério Público Federal e Estadual no Brasil, que soube entender o caráter da CF/88: tratar todos igualmente na justiça, ricos ou pobres.

Mas a Lei 10.628/02 pode representar um abalo no sistema.

Primeiro, tentaram nos amordçar: A lei da mordça para o Ministério Público e Imprensa, verdadeira censura à liberdade de pensamento e expressão.

Depois, espalha-se uma onda de terrorismo jurídico:

- sustentam que o STF, ao decidir a questão da constitucionalidade ou não da reclamação citada, com base inclusive na aprovação da Lei 10.628/02, poderá dar interpretação visando anular todas as ações cíveis de improbidade administrativa que tramitavam no Brasil, antes da Lei 10.628/02, em virtude da iniciativa delas não ter observado o foro privilegiado, causando a extinção do processo sem julgamento do mérito (falta de legitimidade ad causam superveniente). Isto desrespeitaria o princípio de que a aplicação imediata da nova lei, DEVE RESPEITAR OS ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS NA VIGÊNCIA DA LEI ANTERIOR, além de ser a maior impunidade para a classe dominante (elite) já vista num cenário jurídico!

Vale frisar, portanto, que esse “terrorismo processual” não tem nenhuma procedência técnica, pois socorrendo novamente das lições do professor Luiz Flávio Gomes³³, o festejado penalista recorda o cancelamento da Súmula 394 do STF e o princípio do tempus regit actum:

Na mesma ocasião em que anunciou o cancelamento da Súmula, o ex-Presidente da STF (Min. Carlos Velloso) ressaltava a validade de todos os atos processuais praticados pelos Tribunais até 25.08.99 (os atos processuais são regidos pela lei do seu tempo: tempus regit actum).

Nessa decisão histórica, foi assinalado pelo Ministro Sydney Sanches, relator do caso, que a medida de cancelamento tem efeito ex nunc. Significa isso dizer que subsistem válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na multicitada súmula (cf. Informativo STF 159).

Agora, tira-nos de todos membros do Ministério Público o instrumento jurídico cível que mais funcionava: a Lei de Improbidade Administrativa, via ação civil pública e o coloca nas mãos de Chefes (Procurador-geral de Justiça - PGJ e Procurador-Geral da República-PGR), cujo critério de escolha é do Presidente da República ou do Governador do Estado. Critério político, diga-se de passagem.

³³ GOMES, Luiz Flávio, Foro especial por prerrogativa de função: a recente lei 10.628/02 não tem a extensão que parece, in www.iusnet.com.br, 13.01.03.

Não que o PGJ ou o PGR tenham menos valor pela escolha política e não da classe. Em Minas Gerais, existe atualmente um Procurador-Geral de Justiça que é o Presidente do Conselho de Procuradores-Gerais de Justiça, ético, probo, combativo e que a classe recentemente elegeu como o mais votado, e o Governador ratificou a escolha da classe.

Mas o perigo que a Lei 10.628/02 representa no revés da questão, ou seja, fazer do critério de escolha política do PGJ e do PGR um campo de batalha e tornar ainda mais lenta a Justiça junto à 2ª instância é grande.

O Ministério Público brasileiro, tido como instituição mais confiável pela população, fica frágil na seara criminal e cível, no tocante à classe dominante (elite), apenas sendo extremamente forte para a classe dominada.

O poder dado pela CF/88 ao Ministério Público brasileiro ficou fracionado por uma lei ordinária, acreditem!

Das duas uma: ou se faz uma emenda constitucional prevendo que o critério para escolha do Procurador-Geral de Justiça e da República será por eleição em toda classe, concorrendo não somente Procuradores de Justiça mas também Promotores de Justiça, nos Estados e, no Ministério Público Federal, concorrendo todos Procuradores da República, dando legitimidade à classe do MP e tirando o critério político do defasado sistema do check and balance ou, de forma corajosa e jurídica, o STF declare, inconstitucional, a Lei 10.628/02, mostrando que não é órgão político e sim jurídico, apesar da indicação ser política.

Desta forma, duas propostas serão importantes para o Ministério Público aguardar a decisão de mérito da ADIN 2797, com todos os seus reflexos jurídicos, sem afrontar a Lei 10.628/02 e sem correr o risco de sua classe se tornar eminentemente política (em face da escolha do Procurador-Geral de Justiça ou da República):

1º proposta: A nível estadual, renovar ofício a CONAMP para que, na Reforma do Judiciário, no Plenário, rerepresente emenda constitucional prevendo que a escolha do Procurador-Geral de Justiça dar-se-á apenas pela escolha da classe (eleição pelo critério do mais votado), sem interferência de indicação final pelo Governador do Estado, enquanto que a escolha do Procurador-Geral da República também dar-se-á pela escolha da classe (eleição pelo critério do mais votado), sem interferência de indicação pelo Presidente da República;

2ª proposta: A nível do Ministério Público Estadual, a se iniciar pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, oficial e promover moção ao Procurador-Geral de Justiça em exercício, para que o mesmo providencie junto à Assembleia Legislativa, iniciativa de projeto de lei alterando a Lei Orgânica Estadual para permitir que Promotores de Justiça concorram ao cargo de Procurador-Geral de Justiça e não somente Procuradores de Justiça, adotando critérios mínimos a ser escolhido pela classe e usando como norte os critérios do Ministério Público de Goiás e Paraná, que assim já o fizeram e com isso, ampliaram a representatividade da classe ministerial e diluíram as ingerências políticas do Governador do Estado, já que o colégio eleitoral passará a ser mais expressivo.

Por outro norte, é preciso que o STF demonstre a toda sociedade seu papel eficaz de proteção a CF/88 e as instituições que a guarnecem (no caso, o Ministério Público e Poder Judiciário brasileiro).

Conclamo, apesar de simples mortal, o STF a novamente

“Proclamar a Independência do Brasil contra o poder econômico”!

Que Deus e o Espírito Santo protejam nossos Ministros do STF, no mérito da ADIN 2797!

“BEM AVENTURADOS OS QUE TÊM FOME E SEDE DE JUSTIÇA, PORQUE SERÃO SACIADOS...

BEM AVENTURADOS OS QUE PROMOVEM A PAZ, PORQUE SERÃO CHAMADOS FILHOS DE DEUS...

BEM AVENTURADOS OS QUE SÃO PERSEGUIDOS POR CAUSA DA JUSTIÇA, PORQUE DELES É O REINO DOS CÉUS...

FELIZES VOCÊS, SE FOREM INSULTADOS E PERSEGUIDOS, E SE DISSERAM TODO TIPO DE CALÚNIA CONTRA VOCÊS, POR CAUSA DE MIM.

FIQUEM ALEGRES E CONTENTES, PORQUE SERÁ GRANDE PARA VOCÊS A RECOMPENSA NO CÉU”³⁴.

³⁴ (*Sermão da Montanha-BEM AVENTURANÇAS*, in Bíblia Sagrada, “A palavra de Deus Ilustrada”, edições paulinas, aprovada pelo Presidente da CNBB, o Reverendíssimo .Sr.Luciano Mendes de Almeida- LIVRO DE MATEUS, CAPÍTULO 5, versículo 1-12).

6. Bibliografia

BLAT, José Carlos. Palestra sobre “Crime Organizado” e “Reforma do Processo Penal” no Encontro Regional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na comarca de Passos/MG, 2001

CAPEZ, Fernando. Apostila – “Lei do Crime Organizado”, do curso MPM – Curso Preparatório aos Concursos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas, 2ª edição, 1997;

FROSSAD, Denise. Palestra proferida para os alunos do curso de Direito da PUC Minas Contagem, em 19 de novembro de 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado, RT, SP, 1995. Foro Especial por prerrogativa de função. A recente Lei 10.628/02 não tem a extensão que parece - Disponível em: Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (www.ielf.com.br), no curso via internet (www.iusnet.com.br, 13.01.03)

GLOBO NEWS PAINEL, 9 de fevereiro de 2002, tendo como debatedores, Walter Maierovitch (ex-Secretário Nacional de Drogas e atualmente presidente do Instituto Geovane Falconi), Magno Malta (deputado federal – PL/ES, responsável pela CPI do Narcotráfico) e Diógenes Viegas Dalle Lucca (Capitão da Polícia Militar de SP e Comandante do GATE/SP – Grupo de Ações Táticas Especiais, responsável pelo seqüestro de Patrícia Abravanel, filha do empresário Sílvio Santos, bem como participou das negociações do seqüestro de Abílio Diniz e ainda da mega rebelião dos presídios paulistas, com mais de 20 estabelecimentos prisionais rebelados, sendo que o GATE e o 3º Batalhão de Choques controlaram a situação, mas deixando 5 policiais do GATE feridos por armas de fogo com 1.200 pessoas de reféns, a maioria familiares de presos).

CERQUEIRA³⁵, Thales Tácito, Direito Eleitoral Brasileiro, 2ª edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Observações sobre a nova redação do artigo 84 do CPP e o novo conceito de maioria para o Código Civil que entrou em vigor em janeiro fluente, artigo jurídico da página do Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (www.ielf.com.br) (data: 27/01/03)

³⁵ Ressalvo que a 3ª edição, no prelo, programada para 2004 (eleições municipais e Reforma Política), contém esse artigo sobre a Lei 10.628/02 e o artigo do senador Vitalício

7.. Anexo (Notícias do STF³⁶)

27/12/2002 -16:53

Chega ao STF ação questionando foro especial para ex-autoridades

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou hoje (27/12) perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797), com pedido de liminar, contra o artigo 1º da Lei nº 10.628/02 que acrescenta os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

Os dispositivos tratam do foro especial - devido à prerrogativa de função - concedido às autoridades que respondem a processos por atos administrativos, mesmo após terem deixado seus cargos.

O presidente da CONAMP, Marfan Martins, e o ex-procurador da República, Aristides Junqueira, que protocolaram a ação no STF, sustentam que os dispositivos são inconstitucionais porque os parlamentares não têm legitimidade para modificar a Constituição Federal quando “acrescentam competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal”, já que isso caberia a uma Assembléia Constituinte.

“Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, regular matéria que só pode ter sede constitucional”, diz Junqueira, que aponta ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Martins e Junqueira questionam a concessão de competência especial aos Tribunais de 2ª instância, aos Tribunais Superiores, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF para processar e julgar as autoridades que já tenham deixado sua função pública.

No parágrafo primeiro que está sendo impugnado, o foro privilegiado será concedido inclusive nos casos em que o inquérito ou a ação judicial tenham iniciado após o término do exercício da função pública.

A ação de improbidade administrativa também será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente a autoridade nos casos de prerrogativa de foro.

Segundo Junqueira, os efeitos da Lei 10.628/02 devem ser suspensos imediatamente, “para que não se instaure a insegurança jurídica no Poder Judiciário e no Ministério Público, nem se permita que uma lei ordinária possa tornar prejudicado julgamento já iniciado pelo STF”.

Aristides Junqueira afirma que “a remessa imediata para os tribunais de milhares de ações em andamento perante a Justiça de primeira instância, em virtude da vigência de ambos os parágrafos impugnados, é conseqüência desastrosa

³⁶ Site do STF: www.stf.gov.br

10/01/2003 - 18:37:

STF nega liminar a Conamp em ADI contra

Foro especial para ex-autoridades

O vice-presidente do STF no exercício da presidência, ministro Ilmar Galvão, negou (7/1) a liminar requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) para suspender dispositivos do Código de Processo Penal. O dispositivos questionados tratam do foro especial - devido à prerrogativa de função - às autoridades que respondem a processos por atos administrativos, mesmo após terem deixado seus cargos.

A liminar foi pedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797) ajuizada pela Conamp. A ação contesta o artigo 1º da Lei 10.628/02, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, ao acrescentar a ele os parágrafos 1º e 2º.

A Conamp pediu a suspensão dos dispositivos para evitar a insegurança jurídica e prejuízo ao julgamento, pelo Supremo, da Reclamação 2186, para que não ocorra a remessa imediata para os Tribunais de milhares de ações em andamento perante a Justiça de primeira instância. A Reclamação 2138 discute o foro privilegiado e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) aos agentes políticos.

No despacho, o ministro Ilmar Galvão disse que o julgamento da Reclamação 2168 não depende de concessão da liminar requerida. Ele também considerou não ser razão suficiente para suspensão da lei a provável remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, com a interrupção de seu processamento, como havia alegado a Conamp.

20/02/2003 - 17:12 –

STF recebe parecer de Brindeiro sobre Lei que estabeleceu

foro especial para ex-autoridades

O procurador-geral da República, Geraldo Brindeiro, opinou (18/2) pela concessão, em parte, do pedido feito pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), que questiona a Lei 10.628/02 - responsável por estabelecer foro privilegiado, por prerrogativa de função, às autoridades que respondem a processos por atos administrativos.

O parecer foi dado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797), na qual a Conamp contesta o artigo 1º da Lei 10.628/02, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, ao acrescentar a ele os parágrafos 1º e 2º.

Para Brindeiro, uma lei ordinária - que inclui normas no Código de Processo Penal - não pode “conferir caráter criminal aos atos administrativos em geral que configurem improbidade administrativa, segundo a Lei nº 8.429/92, quando a Constituição dá tratamento específico à improbidade administrativa e há a distinção, até clássica, entre a esfera administrativa e penal, como instâncias independentes para fins de sanção”.

Ele acrescenta, ainda, que a própria Constituição distingue o conceito de crimes de responsabilidade e as punições aplicadas, assim como define os órgãos do Judiciário ou do Legislativo competentes para processá-los e julgá-los.

O procurador destacou que o STF tem reconhecido, ao julgar várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a competência privativa da União para legislar sobre crimes de responsabilidade, como estabelece o artigo 22, inciso I, da CF/88.

“Não pode o Congresso Nacional aprovar e o presidente da República sancionar lei definindo como crimes comuns todos os atos administrativos tipificados como de improbidade administrativa, trazendo como consequência a aplicação do foro por prerrogativa de função nos tribunais, inclusive no STF”, salientou.

O parecer foi no sentido de declarar inconstitucional o parágrafo 1º, do artigo 84, do CPP, introduzido pela Lei 10.628/02, bem como da expressão “observado o disposto no § 1º”, presente no parágrafo 2º, parte final, do mesmo artigo.

Brindeiro também opinou por declarar inconstitucional, em parte, sem redução de texto, o parágrafo 2º, a fim de que seja interpretado conforme a Constituição Federal, “para considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradoras de crimes de responsabilidade”.

8. Anexo 2(Notícias do Ministério Público de Santa Catarina)

Joaçaba: Judiciário acata argumentos do MP contra

Lei 10.628, que ampliou foro privilegiado

Os argumentos do Ministério Público de Santa Catarina, considerando inconstitucional a ampliação do foro privilegiado para ex-agentes políticos, foram acatados, pela primeira vez no Estado, pelo Juízo da Comarca de Joaçaba. O Judiciário qualificou como "absoluta inconstitucionalidade" o dispositivo estabelecido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, e deferiu, liminarmente, todos os pedidos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pela Promotora de Justiça Vera Lúcia Ferreira Copetti, que argüiu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da referida lei, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal.

A pedido da Promotora de Justiça, o Juiz de Direito André Alexandre Happke decretou, liminarmente, o bloqueio de bens e a quebra do sigilo bancário e fiscal de Normélio Zílio,

Ex-Prefeito de Joaçaba, e dos servidores municipais Marcos Antonio Calai Kranz (Joaçaba) e Leandro Rosário Hommerding (Água Doce).

Na ação, a Promotora de Justiça responsabiliza o Ex-Prefeito por improbidade administrativa e os dois servidores por enriquecimento ilícito, atos que teriam causado prejuízo de R\$ 87.470,38 aos Municípios de Luzerna, Herval d'Oeste, Ibicaré, Treze Tílias e Joaçaba.

OS FATOS - Conforme a Promotora de Justiça relata na ação, Kranz e Hommerding foram requisitados pelos Juízes Eleitorais para exercer cargos junto às Zonas Eleitorais da Circunscrição de Santa Catarina em que estão inscritos. Desde 21 de maio de 1985 Kranz vem exercendo as funções de Chefe de Cartório da 18ª Zona Eleitoral. Hommerding exerceu, inicialmente, a função de Auxiliar Eleitoral e, no período compreendido entre 6 de junho de 1995 e 10 de julho de 2000, a de Chefe do Cartório Eleitoral da 85ª Zona Eleitoral.

"Os requeridos acima indicados passaram a exercer as funções próprias dos cargos para os quais foram requisitados, sem prejuízo dos direitos e vantagens inerentes aos cargos ocupados junto às administrações públicas municipais de origem, na forma da Lei Federal nº 6.999/82", afirma a Promotora de Justiça.

"Além disso, tanto Kranz como Hommerding recebiam gratificações, em razão das funções eleitorais desempenhadas, pagas pelo Tribunal Regional Eleitoral, além de remuneração por horas extraordinárias prestadas. Conforme certidão expedida pelo TRE, Kranz recebeu, nos últimos cinco anos, a quantia de R\$ 45.515,23, a título de gratificação, acrescida de R\$ 1.054,80, como remuneração de horas extraordinárias; no mesmo período, Hommerding, percebeu as quantias de R\$ 27.430,64 e R\$ 994,02, a título de gratificação eleitoral e horas extraordinárias, respectivamente", complementa Vera Copetti.

"Kranz decidiu obter vantagem indevida em razão do exercício do cargo eleitoral por ele ocupado e em prejuízo do patrimônio de vários municípios. Assim, junto com os prefeitos que, à época, se achavam à testa da Associação dos Municípios do Meio Oeste Catarinense (AMMOC), criou-se um estratagema para que Kranz recebesse, indecorosa e ilegalmente, gratificações suportadas pelo erário dos municípios que integram tal entidade", relata a Promotora de Justiça.

"Assim, os municípios da AMMOC passaram a pagar, mensalmente, gratificações embutidas em suas contribuições para a entidade associativa, de forma que a destinação daquelas permanecia encoberta e imune à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado sobre a aplicação dos recursos dos Municípios e também da Associação", diz Vera Copetti.

Conforme a Promotora de Justiça, quando Hommerding passou a exercer a função de Chefe de Cartório da 85ª Zona Eleitoral, também "começou a receber as gratificações lesivas aos cofres públicos".

Kranz e Hommerding receberam, indevidamente, no período compreendido entre fevereiro de 1998 e outubro de 2000 as quantias de R\$ 43.427,80 (quarenta e três mil, quatrocentos e vinte e sete reais e oitenta centavos) e R\$ 12.769,38 (doze mil, setecentos e sessenta e nove

reais e trinta e oito centavos), respectivamente, em prejuízo dos Municípios de Luzerna, Herval d'Oeste, Ibicaré e Treze Tílias, informa a Promotora de Justiça.

"Kranz locupletou-se, ainda, mediante o recebimento de vantagens pecuniárias que lhe foram pagas pelo Município de Joaçaba, a título de horas extraordinárias e gratificação correspondente à função de chefia", afirma Vera Copetti.

Segundo ela, o Ex-Prefeito Normélio Zílio, no período em que exerceu o mandato, concordou em conceder os "benefícios" a Kranz, determinando, conforme admitiu no curso do procedimento administrativo em que se baseou a ação civil pública, que lhe fossem pagas horas extras sobre as quais jamais foi realizado qualquer controle e que nunca foram prestadas. Zílio também nomeou Kranz (Portaria nº 2.340, de 4 de janeiro de 1999), "para exercer as funções de Chefe do Setor de Serviços Gerais, nível AF-2, da Secretaria de Administração e Finanças" de Joaçaba. Com o recebimento dessas vantagens, Kranz incrementou seu patrimônio, ilicitamente, com a quantia de R\$ 31.273,20 (trinta e um mil, duzentos e setenta e três reais e vinte centavos).

Notícia publicada no site do TJSC em 25/09/02 - 17:40

Desembargador acolhe tese do Foro Privilegiado

O Desembargador Nilton João de Macedo Machado deferiu pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto pelo ex-prefeito de Joaçaba, Normélio Zílio, determinando a suspensão da liminar concedida pela Justiça de 1º grau que tornava indisponível os bens e ainda quebrava o sigilo bancário do réu, em ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público.

Na prática, o magistrado acolheu a tese da constitucionalidade da lei 10.628/02, que trata sobre a questão do foro privilegiado para ex-dirigentes públicos.

Com seu despacho, a ação na Comarca de Joaçaba fica em suspenso até o julgamento do mérito do agravo de instrumento junto a uma das três câmaras de direito público do Tribunal de Justiça.

Segundo o magistrado, levando em consideração a presunção de constitucionalidade que ozam as leis - as quais somente devem ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma das formas de interpretação a ajustar conforme a Constituição - aliada à constatação de que as normas trazidas pela Lei 10.628/02 estão em conformidade com a Constituição, fica clara a relevância da fundamentação no sentido de garantir ao agravante o processo e julgamento perante o Tribunal de Justiça, por atos e infrações praticados no exercício do mandato de prefeito de Joaçaba.

"O exame das demais questões, por evidente, fica dependendo da confirmação, ou não, da incompetência do juízo de primeiro grau, assim como de eventual acolhimento da ADI pelo Supremo Tribunal Federal", anotou o Desembargador, em seu despacho. Há uma semana, em outra decisão monocrática, o Desembargador César Abreu determinou o

retorno de uma ação civil pública contra prefeito de Barra Velha à Comarca de origem, por entender existir inconstitucionalidade na lei 10.628/02.

O julgamento do mérito do agravo de instrumento por uma das câmaras de direito público será a primeira manifestação colegiada do Tribunal de Justiça catarinense sobre esta polêmica questão.