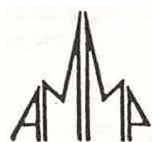


ANAIIS DO I CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

14 JUS

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
BELO HORIZONTE

REALIZADO EM BELO HORIZONTE / MG

27 a 29 de março de 1992

APRESENTAÇÃO

Temos a certeza de que o Ministério Público, através da sua trajetória histórica de realizações e luta, atingiu o patamar de Instituição fundamental e indispensável ao progresso da sociedade democrática, tendo os seus representantes o dever inarredável de zelar pela proteção dos mais sagrados direitos e bens do cidadão e da coletividade.

Entretanto, não podemos desconhecer que a consolidação dessa situação constitucional somente ocorrerá com a sedimentação do nosso amplo espaço de atuação, através do trabalho determinado e despretendido de cada integrante da Instituição em favor da sociedade.

É nesse trabalho árduo e permanente, que é de todos, que a Associação Mineira do Ministério Público, a par de outras atividades em defesa da classe, efetiva esforços no sentido de possibilitar aos seus associados espaços culturais para o debate das ideias. o exame crítico da atividade ministerial e a absorção de novos conhecimentos, fazendo com que os integrantes da Instituição estejam cada vez mais preparados para cumprir suas elevadas obrigações.

Nesse sentido, entre os inúmeros eventos realizados com sucesso no decorrer da atual administração, um merece destaque: o I Congresso Estadual do Ministério Público, realizado em Belo Horizonte, no período de 27 a 29 de março de 1992.

Vários fatores marcaram de forma vitoriosa este conclave, evento cultural maior da nossa entidade de classe. De plano, porque fora projetado, organizado e realizado com o exclusivo suporte administrativo da nossa Casa e com o apoio da Procuradoria Geral de Justiça, não havendo a necessidade de se recorrer à participação de empresas especializadas na área. Por outro lado, a presença expressiva de autoridades dos executivos e legislativos mineiros que prestigiaram a abertura do Congresso, além da participação dos colegas de outros Estados (ES, MT, SP, PR) e do presidente da Confederação Nacional do Ministério Público, Voltaire de Lima Moraes, demonstrou o respeito que se tem pelo Ministério Público do nosso Estado.

Entretanto, o fato que caracterizou de maneira mais sensível este Congresso foi a participação maciça dos promotores e procuradores de Justiça que de todos os recantos das Gerais acorreram para esta Capital, com o objetivo de debater suas idéias acerca dos novos caminhos que se descortinam perante o *Parquet* mineiro. Foram mais de trezentos participantes, com a apresentação de 26 teses do mais alto nível, sobre temas ligados aos diversos campos da nossa atuação ministerial.

Todos aqueles que tiveram a oportunidade de participar desse trabalho conjunto têm ainda vivo na memória o sentimento de entusiasmo e alegria desses três dias de encontro ou que respiramos, em todos os espaços da nossa sede, os ares da democracia que vitalizam a nossa Instituição.

É com esse espírito que acreditamos ter colaborado com a realização do I Congresso Estadual do Ministério Público, para que os objetivos norteadores da nossa Instituição sejam destemidamente perseguidos e alcançados.

Por tudo isso, estamos lançando a presente publicação com o escopo de materializar um momento marcante vivido pela classe e, ainda, o de registrar os trabalhos apresentados e as idéias debatidas pelos seus participantes.

Resta-nos agradecer a todos os colegas e funcionários que contribuíram para que esse evento se realizasse e, ainda, conclamar aqueles que ainda não se motivaram a contribuir para os inúmeros trabalhos desenvolvidos pela nossa Associação Mineira do Ministério Público que sigam esse exemplo feliz, pois, na verdade, todos nós estamos unidos pela mesma paixão e pelo mesmo orgulho, o de pertencer ao Ministério Público, Instituição que sempre lutou para melhor servir à sociedade e nunca dela se servir.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

PRESIDENTE

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JUS — REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundada em 1969

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Associação Mineira do Ministério Público

DIREÇÃO

DIRETOR

Procurador de Justiça J. CABRAL NETTO

REDATORES COLABORADORES

Promotor de Justiça NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Promotor de Justiça BERTOLDO MATEUS DE OLIVEIRA FILHO

Promotor de Justiça PAULO ROBERTO MOREIRA CANÇADO

REDAÇÃO

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rua Timbiras, 2.928 — Tel.: 337-2325

30.140 — BELO HORIZONTE — MG

**Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são da
responsabilidade exclusiva de seus autores**

DIRETORIA

PRESIDENTE: Nedens Ulisses Freire Vieira

1º VICE-PRESIDENTE: Amando Prates

2º VICE-PRESIDENTE: Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

3º VICE-PRESIDENTE: Antônio Aurélio Santos

4º VICE-PRESIDENTE: Antônio Sérgio Tonet

1º DIRETOR ADMINISTRATIVO: Jacson Rafael Campomizzi

2º DIRETOR ADMINISTRATIVO: Marco Antônio Lopes de Almeida

1º DIRETOR FINANCEIRO: Vagner Vartuli

2º DIRETOR FINANCEIRO: José Silvério Perdigão de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO

CAPITAL

— Edilson Olímpio Fernandes

— Epaminondas Fulgêncio Neto

— Gilvando Almeida Botelho

— José Antero Monteiro Filho

— Luiz Carlos Abritta

— Márcio Heli de Andrade

— Renato Martins Jacob

INTERIOR

— Alberto Eduardo Araújo Barretto

— Ângela Maria Pereira Gravina

— Duarte Bernardo Gomes

— Eduardo Rinco

— Geraldo de Souza Brasil

— Mauro Flávio Ferreira Brandão

— Paulo Roberto Caixeta

CONSELHO FISCAL

EFETIVOS

— Alceu José Torres Marques

— José Pontes Júnior

— Paulo Roberto Moreira Cançado

SUPLENTE

— Ana Ivanete dos Santos

— Paulo Roberto Rodrigues da Silva

— Ricardo Emanuel de Souza Mazzoni

ASSESSORIAS ESPECIALIZADAS DE:

Administração do Condomínio:

— Néelson Rosenvald

Assistência Social:

— Antônio Sérgio Tonet

Assuntos Extraordinários:

— Derivaldo Paula de Assunção

Assuntos Legislativos:	— Flodesmidt Riani — José Pontes Júnior — Luiz Vicente Ribeiro Calicchio — Luiz Terra
Estudos Jurídicos:	— André Estevão Ubaldino Pereira — Antônio Francisco Patente — Bertoldo Mateus de Oliveira Filho
Eventos Artísticos:	— Sérgio Parreiras Abritta
Promoções Esportivas:	— Acúrcio Lucena Pereira Filho — Almir Alves Moreira — Afonso Henrique de Miranda Teixeira
Promoções Sociais, Relações Públicas e Comunicação:	— Armênia de Oliveira e Souza Rocha — Humberto Salerno Lisboa — Maria de Lourdes Oliveira e Silva Soares — Maurício Braga de Mendonça
Publicações e Promoções Culturais:	— Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa — João Batista da Silva — Joaquim Cabral Netto — Luiz Renato Topan
Turismo e Lazer:	— Luíza de Marillac Martins Carelos — Ruth Lies Scholte Carvalho
Departamento dos Aposentados:	— Odélio Bento da Silva — Roberto Atílio Jávare

ÍNDICE DOS ASSUNTOS

APRESENTAÇÃO	2
DIRETORIA DA AMMP	3
DOCTRINA.	6
1. Promotor <i>ad hoc</i> — JOÃO BATISTA FERREIRA GOMES	7
2. Controle das atividades policiais — Intervenção do Ministério Público na produção de provas como órgão fiscalizador — OTONIO RIBEIRO FURTADO	11
3. Recurso <i>ex officio</i> — Revogação pelo artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988 — GIOVANNI MANSUR	13
4. Prescrição retroativa aferida antecipadamente — Arquivamento dos autos e Ministério Público — CARLOS OTÁVIO TEIXEIRA LEITE	16
5. Requisições do Ministério Público e as hipóteses legais de sigilo — ALBERTO VILAS BOAS VIEIRA DE SOUSA	18
6. Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e o interrogatório do acusado — CELSO SILVA FILHO	23
7. Execução penal e Ministério Público — VICTOR CORRÊA DE OLIVEIRA	27
8. Ação penal subsidiária da pública e assistência do Ministério Público. Interesse de agir — ROGÉRIO GRECO	40

9. Apuração de infrações penais pelo Promotor de Justiça — JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO	44
10. Presunção de inocência — O princípio em face da art. 5º. item LVII, de Cans — titulação Federal — CLÁUDIO FLEURY BARCELLOS	51
11. Prisão domiciliar em situações especialíssimas — NEILA DO CARMO FANUCHI, GILVAN ALVES FRANCO	52
12. Defesa dos consumidores — Legitimidade de atuação do Ministério Público — LUIZ PRUDENTE DA SILVA, ALFREDO BARBOSA FILHO, JÚLIO CÉSAR GUTIERREZ BAPTISTA	54
13. Direitos difusos e coletivos — Controle extrajudicial da Administração Pública e o Ministério Público em face da Carta Política Institucional — JOÃO BATIS- TA DA SILVA	60
14. Inquérito policial — Arquivamento em presença de excludentes — LINDOMAR DE PAULA GUIMARÃES	71
15. Famílias substitutas — Interesse e legitimidade do Ministério Público nos pedi- dos — ANTÔNIO JOAQUIM FERNANDES NETO	76
16. Atos da administração pública — Controle administrativo pelo Ministério Público (Responsabilidade pelo não-exercício) — JOÃO CÂNCIO DE MELO JÚNIOR ...	82
17. Mandato eletivo — Ação de impugnação e legitimidade ativa do Ministério Públi- co — FERNANDO ANTÔNIO FAGUNDES REIS	100
18. Ministério Público e defesa da ordem jurídica — MÁRCIO FERNANDO S. ETIENNE ARREGUY	107
19. Decreto-Lei n. 201/67 como fonte subsidiária das leis orgânicas municipais — Posição do Ministério Público diante do processo político-administrativo — EPAMINONDAS DA COSTA	108
20. Crédito tributário — Intervenção obrigatória do Ministério Público — ANTÔNIO SÉRGIO TONET	111
21. Executivo Fiscal e Promotor de Justiça — LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA	113

DOCTRINA

PROMOTOR AD HOC*

JOÃO BATISTA FERREIRA GOMES
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Comentários; 3. Outras considerações; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A gênese da presente tese foi inspirada no artigo confeccionado pelo Dr. Jesseir Coelho de Alcântara (Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo)¹, sob o título *Possibilidade de nomeação de promotor ad hoc*.

O culto magistrado fundamentou o seu entendimento em um julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa tem a seguinte redação:

“Recurso Especial n. 2.123, do Espírito Santo. Processo Penal. Promotor ad hoc.

A vedação do art. 55, da Lei Complementar n. 40/81, não pode implicar cerceamento ao normal exercício da função constitucional do Poder Judiciário. Configurada tal hipótese, é de admitir-se a designação de promotor ad hoc. Recurso não conhecido.”

O Acórdão é de 21 de agosto de 1990, tendo sido publicado no *Diário da Justiça da União* de 10 de setembro do mesmo ano.

* Aprovada por maioria, com emendas.

O respeitável membro do Judiciário se apega essencialmente no teor do art. 2º do Diploma Maior, que dispõe:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Salienta, entretanto, que a independência não é absoluta, pois não é admissível que um Poder impeça o funcionamento do outro.

Ressalta, ainda, que a deficiência de um Poder não pode prejudicar a ministração da Justiça por outro Poder e seja atingido de frente o determinado pela Carta Magna aos acusados — direito a ampla defesa.

Cita, a título de exemplo, a hipótese do instrumento da precatória, onde, se no Juízo deprecado inexistir representante ministerial, a nomeação do advogado para funcionar *ad hoc* em substituição é medida que se impõe, mormente quando há emperramento da cúpula ministerial para indicação de outro substituto para funcionar no feito, haja vista que a determinação é de caráter excepcional ao cerceamento do normal exercício de função constitucional que justifica a interferência do Poder Judiciário na prática de atos de natureza administrativa.

Continua o nobre Justiceiro que a nomeação deve ocorrer tão-somente para o ato, não devendo o magistrado ficar nomeando a seu bel-prazer Promotor *ad hoc*, mas, somente, em casos excepcionais.

Finaliza o trabalho ressaltando que, muito embora exista determinação expressa constitucional em sentido contrário (art. 129, § 2º), admite que a independência dos Poderes, que se erige em um dos postulados fundamentais da Carta Magna, sobrepuja o que dispõe o artigo acima citado, sendo, portanto, possível a nomeação de Promotor *ad hoc*, em casos especiais.

2 COMENTÁRIOS

O autor, em inúmeras passagens, cita constantemente o vocábulo *Poder*, individualizando-o, como sendo um atributo particular do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Equivoca-se, pois, a doutrina, maciçamente, quando inclina-se no sentido de enfatizar o Poder como sendo *Uno*.

Michel Temer² já há muito tempo leciona que o Poder é uma unidade sendo um atributo do Estado.

A distinção é entre os órgãos desempenhantes de *funções*.

Idêntica opinião comunga o festejado jurista, Celso Ribeiro Bastos³, quando ministra que “qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo Poder. Daí ser incorreto afirmar-se a tripartição de *Poderes Estatais*, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o Poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴, também, entende que a forma clássica da separação dos Poderes carece de teor científico, pois, inexistindo Estado sem Poder, e sendo este o princípio unificador da ordem jurídica, como tal, evidentemente, é *uno*, consistindo a separação de Poderes, na verdade, em funções estatais.

Feita esta pequena digressão, sob a ótica da mais pura doutrina constitucional, verifica-se, na verdade, que o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo não passam de desmembramentos do Estado único, que desempenham funções cujo fim precípuo é a própria razão de existência do Estado, este sim, detentor de um Poder *uno*.

O que significa, então, a denominada *independência* entre os Poderes, a que tanto o autor se reporta como sustentáculo de seu convencimento.

Magistralmente, o emérito Prof. de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Michel Temer, expõe de maneira contundente e insofismável o seu pensamento.

Inicialmente, expõe o renomado cientista que é revelada essa independência pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no texto constitucional, ressaltando que nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram entregues pelo constituinte.

Cita exemplos arrancados da Carta Magna, dentre os quais o art. 95, que assegura aos juízes os seguintes predicamentos:

I — vitaliciedade; II — inamovibilidade; III — irredutibilidade de vencimentos.

Verifica-se, assim, que o constituinte se preocupou com a Instituição para conferir-lhe independência.

O Executivo e o Legislativo têm a independência revelada pelas competências privativas que lhes são atribuídas pelo próprio texto constitucional.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 8. edição.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 17. edição.

Outro fator que corrobora a regra da independência dos Poderes é o da indelegabilidade de atribuições.

Na Constituição de 1967, estava preceituado, no art. 6º, parágrafo único, que, "salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro".

Na Constituição atual — embora não declare expressamente sobre a delegação de atribuições, através de uma breve incursão no seio do ordenamento jurídico —, verificaremos que está implícita.

Ainda, sob os ensinamentos de Michel Temer, constata-se que o próprio art. 2º, ao proclamar a independência, separando as funções e entregando-as a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam eles, a seu critério, delegar atribuições uns aos outros.

Pensar de outra maneira seria ilógico.

Some-se ao exposto que a Constituição, ao possibilitar hipóteses de delegação, o faz expressamente.

Tal qual a indelegabilidade de atribuições, impossibilita-se, também, a investidura em funções de Poderes distintos. Quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

De tudo o que foi exposto, chega-se à inafastável conclusão de que o objetivo constitucional foi preservar a independência de cada órgão do Poder.

Dessa forma, o alicerce de fundamentação do autor originário — pela qual a independência não é absoluta, e pode ser tombada, quando impedir o funcionamento de outro poder — cai por terra, pois a regra é a da indelegabilidade de atribuições, salvo as hipóteses previstas pela Constituição.

Se nem mesmo o Procurador-Geral de Justiça pode delegar atribuições exclusivas do Ministério Público a membros estranhos à instituição, como pode um membro de outro órgão invadir campo alheio e ferir a regra da independência dos Poderes?

O autor, ao conceber como possível a nomeação de Promotor *ad hoc*, ingenuamente acredita que com tal atitude irá contribuir para o engrandecimento do princípio da ampla defesa, quando na verdade, com sua conduta, irá macular direitos constitucionais de toda uma sociedade.

O prof. Celso Ribeiro Bastos assevera:

"todas as garantias para o indivíduo cujo asseguramento se pretende obter por meio da separação de funções e poderes estariam condenadas à incerteza e à fragilidade, se permitida fosse a delegação de competências entre os poderes".

Assim, a independência é *conditio sine qua non* para a preservação de nossos direitos fundamentais.

O que pode suceder com o entendimento do culto magistrado é dotar o Judiciário de um Poder que vai além da própria norma fundamental kelseniana, quando o pensamento político contemporâneo repugna a ilimitação do Poder.

3 — OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Desde o advento da Carta Magna de 1988, diversos autores nacionais do maior quilate expuseram seus pensamentos no que concerne à possibilidade de nomeação de Promotor *ad hoc*.

Hugo Nigro Mazzilli⁵, Promotor de Justiça paulista, com a ponderação que sempre lhe foi peculiar, nos ensina que inicialmente a vedação de Promotores *ad hoc* teve como marco inicial o art. 55 da Lei Complementar n. 40/81, onde se vedou o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, sepultando de vez as disposições elecandas nos arts. 419 e 448 do Código de Processo Penal.

Com a promulgação do Diploma Máximo, foi jogada uma pá de cal sobre as pretensões daqueles entendimentos diversos, pois o art. 129, § 2º, proclama de forma absoluta que "As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação".

Como bem lembra o renomado autor, a jurisprudência⁶ tem se posicionado no sentido de considerar como nulidade relativa a nomeação de Promotor *ad hoc*.

Digladiando contra tal entendimento, vale-se de dispositivos constitucionais, que contrariam *in totum* o teor dos acórdãos.

São eles:

1. Preservação da imparcialidade do juiz (Cf, art. 5º, LIV).
2. Zelo de interesses sociais e individuais disponíveis (CF, art. 127).
3. Funções privativas do Ministério Público (CF, art. 129, § 2º).

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro *O Ministério Público na Constituição de 1988*.

⁶ JSTF, *Lex*, 75/442; RTJ, 11/1.329; RT, 581/385, 578/392.

Detenhamo-nos nos citados artigos.

Preceitua o art. 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

É a consagração do *due process of law*, sendo dupla a garantia que oferece⁷.

Primeiramente, é indispensável a aplicação de qualquer pena, segundo a regra *nulla poena sine iudicio*, e que o devido processo legal significa o processo, onde estejam presentes os princípios do contraditório, da isonomia e ampla defesa.

Verifica-se, portanto, que o Promotor de Justiça, atuando dentro de sua órbita, delineada pela Constituição, não faz outra coisa senão preservar em toda a sua pureza os mencionados princípios.

Já a regra insculpida no art. 127 demonstra que o Ministério Público é um órgão político, de garantia das instituições fundamentais da sociedade, quer no campo do direito público, quer no campo do direito privado, encontrando-se sua atuação acima dos interesses imediatos de determinado administrador, legislador ou mesmo órgão judiciário⁸.

No que concerne à norma constitucional preceituada no art. 129, § 2º, entendemos ser desnecessário maiores comentários, visto a transparência de seu teor.

Dessa forma, conclui Hugo Nigro Mazzilli, ser nulo, quando não mesmo inexistente, o ato praticado por Promotor *ad hoc*.

Dentro dessa mesma coerência, Antônio Cláudio da Costa Machado⁹ entende que foi desejo da Lei Maior estabelecer vedação à nomeação de Promotores *ad hoc*, impedindo que exerçam funções ministeriais estranhas aos quadros da Instituição.

Já nos idos de novembro de 1981, o Doutor José Roberto Antonini, então 1º Curador-Geral de Campinas, Estado de São Paulo¹⁰, já anunciava que a ausência do membro da instituição deveria ser remediada de outra maneira, nunca pela nomeação de Promotor *ad hoc*, que correspondia, no fundo, à supressão do Ministério público, como se não existisse a Seção VII do Cap. VII do Tít. I da Constituição da República.

Com uma visão voltada para o futuro, o nobre colega, tal como Calças, já profetizava que "As reformas legislativas devem visar ao aprimoramento. E a subsistência do Promotor *ad hoc* no nosso Código de Processo Penal seria lamentável, passados mais de 40 anos desde que entrou a vigorar o Código atual, com o Ministério Público hoje bem organizado em todas as unidades da Federação, tendo a sua estrutura delineada não só na Constituição da República como nas correspondentes Constituições estaduais e achando-se prestes a ser editada a lei complementar, de âmbito nacional, prevista no art. 96, parágrafo único, da CF."

As reformas legislativas estão aí, e no ápice de todo o ordenamento positivo.

Tanta luta, tanta reflexão, tanto estudo por parte dos Ministérios Públicos estaduais e federal, atingiu um dos grandes objetivos, que foi afastar, por vez, a figura esdrúxula do Promotor *ad hoc*, que agora, graças à acórdãos e entendimentos pouco amadurecidos, pode voltar à tona, ressuscitando uma praxe *contra legem* Promotor *ad hoc*.

4 CONCLUSÕES¹¹

1. É inadmissível a nomeação de Promotor *ad hoc*, sob o argumento de que a independência dos Poderes é relativa, podendo o "poder" Judiciário ingressar em seara alheia quando pressentir que um outro "poder" está impedindo o funcionamento do seu.

2. Dessa forma, a possibilidade da nomeação do Promotor *ad hoc* é, sob a nossa ótica, uma verdadeira fantasia, um conto de fadas, pois o alicerce de fundamentação do Superior Tribunal de Justiça e de seu arauto foi erigido em areias movediças, e irá ruir ao menor toque, tal como um castelo de cartas, porém, trata-se de uma realidade, quando observamos perplexos o teor do referido Acórdão e trabalhos sendo elaborados ao arripio da Lei Maior.

Assim, tais entendimentos devem ser repelidos, a todo custo, por aqueles que vêem no Ministério Público um instrumento de defesa da ordem política e da sociedade.

Finalizando, no que concerne ao citado "poder" Judiciário, cabe menção a feliz frase de Lord Acton, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com o brilhantismo que lhe sempre foi incomum, complementou:

"Todo poder corrompe, inclusive o democrático"

⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 1º v. p. 166.

⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério público no processo civil brasileiro*.

¹⁰ RT n. 553 p. 470.

¹¹ Aprovadas pelo Plenário

5 BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed., São Paulo: Saraiva.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. São Paulo: Vellenich.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: RT.

CONTROLE DAS ATIVIDADES POLICIAIS — INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRODUÇÃO DE PROVAS COMO ÓRGÃO FISCALIZADOR*

OTONIO RIBEIRO FURTADO
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. A questão legal; 2. Conclusões; 3. Bibliografia.

1 A QUESTÃO LEGAL

É cediço lembrar que a Constituição Federal reservou ao Ministério Público, em seu art. 129, o controle das atividades policiais e poderes de natureza investigatória:

Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

VII — exercer o controle da atividade policial, na forma da Lei Complementar mencionada no artigo anterior;

VIII — *Requisitar diligências investigatórias* e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações;

Por certo que essas funções poderiam ser tratadas em lei ordinária, porém, o legislador quis reforçar, a nível constitucional, o poder investigatório do Ministério Público como corolário natural do exercício da ação penal. Ofereceu ao membro do *Parquet* o contrato antecipado e direto com as provas na “fase da colheita”, evitando, assim, as investigações mal dirigidas.

Aprovada, integralmente, por maioria.

Fazendo uma incursão ligeira ao Direito Comparado, veremos que em vários países do Primeiro Mundo, como a França, a Espanha, a Itália e Portugal, a polícia judiciária é subordinada ao Procurador-Geral. Somente a título de ilustração, diz o art. 14, do Dec.-Lei 35.007, o qual dispõe sobre a direção preparatória, e que alterou o art. 159 do Código de Processo Penal português:

“Art. 14 - A direção da instrução preparatória cabe ao Ministério Público, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo auxílio que para esse fim necessitar (GONÇALVES, M. Código de Processo Penal português — Anotado e comentado).

Porém, sabemos que o exercício das novas atribuições tem encontrado resistência sob o pseudo-argumento de que a lei complementar ainda não disciplinou a matéria — mormente naqueles que, acostumados ao período de autoritarismo, sempre recorreram aos atos de violência e a outras arbitrariedades, como instrumentos de elucidação de crimes.

A atuação e a subordinação das diligências ao Ministério Público evitarão os abusos, a corrupção e os desmandos, o que, com certeza, trará aborrecimento a muitas pessoas.

Todas as conquistas ministeriais sempre foram obtidas após muita luta — e essa não será diferente!

Porém, enquanto aguardamos a legislação complementar, devemos ocupar as trincheiras que a legislação atual já nos reservou.

Ao analisarmos o art. 16 da Lei Adjetiva e o art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, veremos que o membro do *Parquet* poderá requerer novas diligências investigatórias que entender imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Ninguém melhor para apreciar a conveniência da diligência que o titular da ação penal, tanto que ao Juiz nunca couberam poderes de indeferir o requerimento de diligências, sob pena de sua decisão sofrer correição parcial.

Para o interrogatório do infrator, foram reservadas quatro oportunidades distintas:

- a) durante o inquérito policial, na qualidade de indiciado;
- b) após o recebimento da denúncia ou queixa, no procedimento comum;
- c) em plenário do júri (nos crimes dolosos contra a vida e suas formas tentadas);
- d) perante o tribunal, nos casos de infrações de competência originária dos tribunais.

Sabemos, outrossim, que existem duas interpretações sobre o art. 187 do CPP, o qual impede a interferência ou influência do defensor, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas do inquirido.

A primeira entende que o dispositivo é inconstitucional porque viola o princípio da ampla defesa, e a segunda, por sua vez, entende que a proibição só atinge o defensor, com autorização para o Ministério Público, segundo a regra da hermenêutica *inclusus unis exclusus alterius*.

Porém, ambas as correntes não são aceitas, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência: o interrogatório é um ato privativo do magistrado.

Concordo plenamente que a proibição de intervenção ou influência deva se estender ao Ministério Público, pois nessa fase processual, após o oferecimento da denúncia, o Promotor está agindo como *persecutio criminis*, como órgão acusador em prol dos interesses da sociedade que representa. No entanto, por outro lado, não existe impedimento legal referente ao contato prévio com o infrator, antes do oferecimento da denúncia. Pelo contrário, nesse caso, o Promotor age tão-somente como órgão fiscalizador da Lei.

É dispiciendo lembrar que o Promotor pode requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial se entender que não deve oferecer denúncia, quer pelo fato ocorrido não constituir crime, quer pela fragilidade das provas, quer por qualquer outro motivo.

O contato do Promotor com o indiciado antes da denúncia (que não precisa ser necessariamente um interrogatório) permite àquele a apreciação prévia de um dos principais elementos de prova, quais sejam, as palavras do infrator, as quais devem ser examinadas em cotejo com as demais provas coligidas no instrumento investigatório.

Tal contato permite o exercício do direito constitucional da ampla defesa em sua total vastidão, pois aí o indiciado apresentará sua versão sobre os fatos, onde se verificará terem sido seus direitos violados ou não pela polícia.

Poderá manter-se no silêncio e se apresentar acompanhado por um advogado, caso deseje. Ressalte-se que o Ministério Público atua nessa fase somente como órgão fiscalizador do cumprimento da Lei, como um paladino do princípio da “Verdade Real”.

A interpretação dada aos artigos supra citados deve ser *in bonam partem*, ou seja, a favor do réu.

Ainda nessa oportunidade de contato, que não precisa ter obrigatoriamente a solenidade de uma audiência, o Promotor dará ao indiciado ciência de seus direitos, inclusive o de reparar seu dano ou restituir a coisa, nos casos de crimes sem violência ou grave ameaça, onde o juiz *obrigatoriamente* terá de reduzir sua pena de um a dois terços.

É de se ressaltar, ainda, que esse dispositivo legal de grande valia não vem sendo exercido a contento pela polícia judicial, ora por desconhecimento, ora por inércia, ora por algum outro motivo. Essa restituição ou reparação deverá ser feita antes do oferecimento da denúncia, pois, caso contrário, passa a ser somente um atenuante, onde a diminuição da pena fica restrita a critério abstrato por parte do magistrado.

Como o prazo é relativamente exíguo para apreciação e oferecimento da denúncia, especialmente quando são réus presos, a apresentação do indiciado ficará a critério do Promotor, o qual poderá requisitar a presença do réu, quando preso, ou proceder a sua intimação para comparecimento, quando solto. Isso, como diligência investigatória de sua alçada.

2 CONCLUSÕES

1. O Promotor de Justiça poderá manter contato prévio com o indiciado, antes do oferecimento da denúncia, como diligência investigatória de sua alçada.

2. No contato pessoal, o Ministério Público atuará na fase pré-processual como órgão fiscalizador.

3. O controle da atividade policial far-se-á também através do contato direto com o indiciado, oportunidade em que se verificará se houve violação de direitos, dando-lhe ciência de suas garantias constitucionais.

3 BIBLIOGRAFIA

COLETÂNEA do XVII Seminário Jurídico dos Grupos de Estados, 1989.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição*.

GONÇALVES, M. *Código de Processo Penal português* — Anotado e comentado.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual do processo penal*.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*.

TESES apresentadas no 7º Congresso Nacional do Ministério Público.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*.

RECURSO *EX OFFICIO* — REVOGAÇÃO PELO ARTIGO 129, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.*

GIOVANI MANSUR

Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Sistema recursal brasileiro no processo penal; 2. Hipóteses de recurso *ex officio* no processo penal; 3. A *ratio* do recurso *ex officio*; 4. Artigo 129, I, da CF/88: titularidade da ação penal pública e recurso *ex officio*; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1 — SISTEMA RECURSAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Caracteriza o sistema recursal vigente no Brasil a complexidade e o grande número de oportunidades de recorrer, havendo em determinados casos, como lembra Vicente Greco Filho¹, a possibilidade de análise de um processo por nada menos que quatro instâncias diferentes (juiz singular, Tribunal de Justiça ou de Alçada, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

São as seguintes, como se sabe, as oportunidades de se recorrer no processo penal brasileiro:

a) *Recurso em sentido estrito*: cabível contra decisões em regra interlocutórias, taxativamente arroladas pelo artigo 581 do CPP.

b) *Apelação*: cabível contra decisões definitivas de absolvição ou condenação por juiz singular, decisões proferidas pelo Tribunal do Júri nos casos do artigo 593, IV, a, b, c,

* Aprovada por maioria, com emenda.

e d, e das decisões definitivas ou com força de definitivas, se não for previsto o recurso em sentido estrito.

c) *Protesto por novo Júri*: recurso privativo da defesa, cabível quando ocorre uma condenação pelo tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 20 (vinte) anos.

d) *Embargos*:

— de declaração, quando ocorrer ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão na sentença ou acórdão;

— infringentes, que têm por pressuposto um julgamento em 2ª instância não unânime, com voto vencido favorável ao réu, versando sobre matéria de mérito;

— de nulidade, que pressupõem julgamento em 2ª instância não unânime, com voto vencido favorável ao réu, versando sobre matéria estritamente processual capaz de invalidar o processo;

— de divergência, previsto na Lei 8.038/90, cabível quando houver divergência, em recurso especial, da decisão de uma turma, da seção ou do órgão especial.

e) *Carta testemunhável*: admissível quando for denegado recurso em sentido estrito ou protesto por novo Júri, evitando-se que o juiz subtraia algum inconformismo do conhecimento do tribunal.

f) *Correção parcial*: destinada ao combate do *error in procedendo*.

g) *Agravos*: presentes na execução penal e nos procedimentos dos tribunais superiores.

h) *Recurso ordinário*: para o STJ, cabível de decisão denegatória de *habeas corpus* decidido em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou tribunais dos Estados, DF e Territórios; para o STF, de decisão denegatória de *habeas corpus*, decidido em única instância por tribunais superiores, bem como no caso de crime político.

i) *Recurso especial*: cabível contra decisão que contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

j) *Recurso extraordinário*: reservado às hipóteses de contrariedade à Constituição Federal.

Não nos referimos ao *habeas corpus* e à revisão criminal, já que a melhor doutrina os tem não como recursos, mas como verdadeiras ações.

2 O RECURSO *EX OFFICIO* — HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA

Muito embora inserido no Título II do Livro III do CPP, que trata dos recursos em geral, na realidade o recurso *ex officio* não é exatamente um recurso.

Com efeito, entende-se por recurso o pedido de uma nova decisão judicial, para que se modifique decisão proferida anteriormente.

No recurso *ex officio* não há qualquer pedido. Conforme ensinamento de Tourinho Filho², o magistrado *a quo* diz, ao final de seu decisório: “dessa decisão recorro para o Egrégio Tribunal (de Justiça ou de Alçada, conforme o caso)”.

Trata-se, conforme acentua Vicente Greco Filho³, de requisito ou condição necessária à preclusão ou trânsito em julgado de uma decisão ou sentença.

São as seguintes as hipóteses em que, atualmente, é cabível o recurso *ex officio*:

a) das decisões concessivas de *habeas corpus* pelos juízes de 1º grau (art. 574, I, do CPP);

b) da absolvição sumária, na fase da pronúncia, nos crimes da competência do Tribunal do Júri (art. 574, II, do CPP), quando o juiz se convence da ocorrência de causa que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 20, 21, 22, 23, 26, *caput*, e 28 § 1º — erro de tipo, erro de proibição, coação irresistível, obediência hierárquica, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, inimizabilidade e embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior).

c) das sentenças absolutórias de acusados por crimes contra a economia popular (art. 7º da Lei 1.521, de 29/12/51).

3 A *RATIO* DO RECURSO DE OFÍCIO

Fundamenta-se a existência do recurso de ofício, segundo seus defensores, na relevância dada pelo legislador a determinadas matérias, tanto no âmbito criminal quanto no cível.

Tais matérias, por sua importância exasperada, estão a merecer que se lhes dê tratamento diferenciado.

Argumenta-se ainda em favor da medida a possibilidade de conluio entre as pessoas que figuram na relação processual ou de deficiência na tutela dos interesses públicos (acentuadamente na esfera cível).

De ver-se que, a rigor, nenhum dos argumentos são suficientemente plausíveis para a manutenção de tal medida, tanto no processo civil quanto no penal.

Em primeiro lugar, é um verdadeiro dogma jurídico afirmar-se que as situações previstas no artigo 574, incisos I e II, do CPP, bem como no artigo 7º, da Lei 1.521/51, sejam as de maior relevância, a ponto de merecerem o tratamento diferenciado que lhes é dispensado pela lei.

São, a toda evidência, situações importantes. Mas, no meu modesto sentir, equivalem-se em importância a inúmeras outras situações, como, por exemplo, a decisão que concede a liberdade provisória, ou a que absolve alguém pela prática de um crime hediondo (de ver-se que o homicídio sequer é considerado crime hediondo). Os exemplos se multiplicam.

Não se encontra, s.m.j., uma justificativa de ordem lógica que diferencie tais situações de tantas outras não sujeitas ao duplo grau de jurisdição necessário.

Quanto à possibilidade dos representantes do Poder Público (no caso juízes e promotores de justiça) agirem com incúria, não pode também ser utilizada como justificativa razoável.

Conforme asseveram Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci⁴, se houver desvios na conduta de juiz e promotor (conluio, por exemplo) em prejuízo do fiel cumprimento da lei, deverão ser eles punidos pelos meios regulares de direitos, e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular.

Como se vê, a existência do recurso *ex officio* é vazia de fundamentação, e supérflua dentro do contexto jurídico brasileiro.

Ousaria afirmar que tal medida se constitui numa verdadeira burocracia jurídica, perfeitamente dispensável em nosso ordenamento.

4 ARTIGO 129, I, DA CF/88 — TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E RECURSO *EX OFFICIO*

Diz o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal em vigor:

“Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

I — Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Tal dispositivo fulmina qualquer iniciativa de ação penal pública que não advier do Ministério Público.

Chegamos, então, ao ponto central da presente discussão: é o recurso *ex officio* uma forma de iniciativa da ação penal?

Entendo que sim.

Da mesma forma com que cabe privativamente ao Ministério Público provocar a prestação jurisdicional através da ação penal pública, somente esta Instituição terá interesse na modificação de tal prestação, caso essa seja contra seus interesses.

É certo que o recurso *ex officio* não impede o recurso do *Parquet*, se esse tiver interesse na modificação da decisão. Não poderia ser diferente. Nesse caso, o recurso de ofício é de manifesta inutilidade.

Mas, mesmo que o MP não recorra da decisão, o recurso *ex officio* invade ostensivamente o âmbito de suas atribuições.

Se o Promotor de Justiça, titular da ação penal, diante de uma decisão que contrarie a denúncia (v.g. absolvição sumária), dela não recorre, é porque mostrou-se satisfeito com o resultado da ação por si promovida. É ele o órgão acusatório, e a ele cabe a iniciativa de se prosseguir ou não na apreciação do feito perante a segunda instância.

Recorrendo da decisão, reinicia o juiz a apreciação da ação penal, cujo órgão de persecução exclusivo já se deu por satisfeito. É uma incoerência.

Muitas vezes, nos procedimentos da competência do Tribunal do Júri, o Promotor, na fase do artigo 406 do CPP, chega a pedir a absolvição sumária do réu (o que evidentemente não vincula a decisão do magistrado, que pode entender de modo diverso e enviar o réu a julgamento pelo júri popular). Decidindo o juiz pela absolvição sumária, não só com a concordância, mas atendendo a pedido do MP, está prestada a tutela jurisdicional de forma adequada. A ação penal está satisfeita. Como pode então um membro do Poder Judiciário colocar a máquina da Justiça novamente em funcionamento para analisar uma ação cujo titular exclusivo considera plenamente satisfeita? Reside exatamente aí a afronta ao texto constitucional atualmente em vigor.

Com julgados pioneiros, essa vem sendo a orientação do E. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul.

Em acórdão proferido em 21 de junho de 1989, assim se manifestou aquela Corte:

“Com o advento da nova Constituição Federal, baniu-se da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou-se o sistema acusatório, cuja característica principal é, exatamente, a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e julgar. Com efeito, é o que dispõe expressamente o artigo 129, I, da CF, ao estabelecer constituir

função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública.

Assim, constituindo a apelação de ofício forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-se como tendo sido revogadas pelo artigo 129, I da CF as normas que obrigam os juízes a recorrer de ofício (arts. 574, I e II, do CPP, e 7º da Lei 1.521/51) pela excrecência jurídica que encerram e pela dicotomia decorrente do princípio processual” (RT 659/305).

Notícia a mesma decisão, em seu corpo, a existência de inúmeros julgados anteriores a partir da Apelação Criminal 289.020/79, da 3ª Câmara Criminal daquela Corte, datada de 18 de abril de 1989, nos quais não mais se passou a conhecer dos recursos interpostos de ofício conforme determinado no artigo 574 do CPP.

5 CONCLUSÃO

São inconstitucionais, em face do art. 129, I, da Constituição Federal, os artigos 594, II, do Código de Processo Penal, e 7º, da Lei n. 1.521/51.

6 BIBLIOGRAFIA

1. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*.
2. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*.
3. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*.
4. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*.

PREScrição RETROATIVA AFERIDA ANTECIPADAMENTE — ARQUIVAMENTO DOS AUTOS E MINISTÉRIO PÚBLICO*

CARLOS OTÁVIO TEIXEIRA LEITE
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. A questão legal; 2. Conclusão.

1 — A QUESTÃO LEGAL

Em Comarcas ou Varas criminais extremamente saturadas de inquéritos policiais, muitos dos quais de crimes de pequeno impacto ofensivo, tenho verificado a prática de um expediente que revela grande vivacidade de espírito, mas que é ao mesmo tempo profundamente ilegal: refiro-me à praxe de certos colegas, encampada pelos juízes criminais, de, “adivinhand” qual será a pena concreta afinal imposta àquele indiciado, propugnar, “por economia processual”, desde já, o arquivamento dos autos, sobre o fundamento de que inútil é a atividade do Estado se se conclui que o *ius puniendi*, dada a “pena justa”, extinguiu-se entre o cometimento do ilícito e o recebimento da denúncia.

Com as devidas adaptações, este expediente também vem sendo aplicado “com sucesso” em processos de há muito paralisados (geralmente por desídia dos juízes): requer então o Promotor ao magistrado a “antecipação” do reconhecimento da “prescrição retroativa” (não pela pena em abstrato cominada ao crime, mas por aquela que “certamente” o juiz imporá ao réu), e, deferida a extinção, eis parte do trabalho evitada.

Ora, a intenção de minorar o trabalho, e em particular o trabalho que afinal terá se revelado inútil, é perfeitamente legítima. Acontece que essa criação do raciocínio jurídico

supra-exposta, afora seu evidente brilhantismo, importa numa série de atitudes e conseqüências ilegais e indesejadas, que muito certamente não chegam a ser visualizadas pelos seus entusiásticos defensores. Senão veja-se:

1º) o primeiro defeito está em que, "adivinhandos", sob pretexto variados (que o réu é primário e de bons antecedentes, etc.), que a pena concreta não será diversa do mínimo legal, o Promotor investe-se indevidamente numa função que não é sua, mas do juiz.

Nem se diga que, *a parte objecti*, qualquer um possa com facilidade ver que, no caso concreto, a pena realmente não "poderá" ser distinta do mínimo; é que, como diz candidamente Hélio Tornaghi, o juiz tem a última palavra não por ser um técnico em Ciências Jurídicas sem par (objetivamente falando, nada impede que o Promotor, o advogado ou mesmo o escrivão saibam mais direito que o próprio magistrado...), mas sim e simplesmente porque é um "oficial público" para quem a divisão de trabalho entre os órgãos do Estado tocou emitir o conceito definitivo e insubstituível em tema de lei. Só isto. De modo que é a ele, não ao Promotor, que compete reconhecer que a pena realmente naquele caso não poderá ir além do mínimo legal, e ao primeiro nada resta no processo senão aguardar tal veredito, ainda que de antemão já o anteveja, como decorrência inelutável dos elementos dos autos;

2º) o Promotor que recusa denúncia e pede arquivamento dos autos, sobre o fundamento de que "a prescrição pela pena em concreto já terá tornado inútil o 'nosso' trabalho", dispõe assim do *direito estatal de punir*, o que está proibido ao mesmo. Ser o *dominus litis poenalis* para o MP nada mais é, no nosso Direito, do que ser o veículo da acusação, não o de deixar de acusar fora daqueles casos taxativamente previstos na lei (assim, morte do agente, inexistência de crime, etc.);

3º) o Promotor, negando denúncia à vista dos "elementos" do inquérito policial, que lhe permitem desde já antever como certa a pena mínima, diminui a real importância, na aferição da verdade, da prova trazida: 1. perante o Juízo pelo próprio MP (i. é, que a este não foi fornecida pela Polícia), e 2. perante o Juízo, pela defesa.

Tive caso interessante de crime culposos de trânsito, em que os testemunhos e documentos trazidos pela defesa, pleiteando a absolvição, foram os elementos decisivos nos quais me baseei para pedir pena acima do mínimo. Não fossem tais elementos (e eles nunca existiriam se eu, oniscientemente, previsse a pena concreta como sendo sempre e necessariamente o mínimo), certamente a pena teria de ser igual ao mínimo. Mas aí está o cerne da questão: como poderia o Promotor asseverar, ainda na "fase" do simples inquérito, se eles seriam ou não produzidos?

4º) o expediente criticado, embora em casos extremos possa ser utilizado como recurso extremado para a diminuição dos serviços forenses (dentro da saudável máxima pomalina: "enterrar os mortos e cuidar dos vivos"), via de regra nada mais é do que um filho da preguiça de promotores e de juizes;

5º) agora, o óbice que, para mim, mais forte existe contra a "adivinhação" (ou "antecipação" ou "antevisão") da pena concreta pelo Promotor como pretexto ou motivo para o reconhecimento antes do tempo da prescrição retroativa: trata-se de um expediente que abandona literalmente à própria sorte e engenhosidade o ofendido. Privado de uma sentença condenatória que possa executar no cível (ainda que extinto retroativamente o *ius puniendi* do Estado), o ofendido vê-se obrigado, para a reparação do dano, à *via crucis* do processo civil, com sua infundável série de acidentes, liquidações, recursos, etc.. O Estado, pelo órgão que também é um pouco Curador de Vítimas de Crimes (tanto assim que pode, provocado, substituir-se às mesmas na ação civil *ex delicto* — art. 68, CPP), despreocupa-se em obter a sentença condenatória, que sabidamente torna ocioso o processo de declaração de certeza da dívida, somente exigindo o processo de liquidez (ou liquidação) da mesma.

2 CONCLUSÃO

"É vedado ao Promotor, sobre o fundamento de que a pena concreta terá extinguido retroativamente o direito de punir do Estado, requerer ao Juiz o arquivamento dos autos de inquérito policial, ou a extinção sem exame do mérito da ação penal já proposta".

2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

A partir da edição do novo texto constitucional, dotou-se o Ministério Público de uma nova postura constitucional, cometendo-se-lhe funções das mais relevantes, posto que, além de ser uma Instituição permanente, essencial função jurisdicional do Estado, compete-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF).

Tradicionalmente, o Ministério Público sempre foi um órgão ligado, continuamente, ao interesse público, à sociedade.

Com efeito, "estruturou-se um Ministério Público caracterizado pela independência e autonomia, com garantias e prerrogativas destinadas a possibilitar eficiente desempenho de suas relevantes funções por seus membros, as quais, renovadas e ampliadas pela Carta Magna, afastaram definitivamente a Instituição da defesa dos interesses do Estado, posicionando-a como a Instituição de defesa em juízo, especialmente mas não apenas, dos interesses da sociedade, até mesmo contra outros órgãos do Estado, como jamais visto em qualquer outro ordenamento jurídico" (BURLE FILHO, José Emmanuel e GOMES, Maurício Augusto. *Ministério Público, as funções do Estado e seu posicionamento constitucional*. Série — Temas Institucionais —, edições APMP, 1991, p. 36).

Se, num longínquo instante de sua existência, o Ministério Público dedicava-se a proteger determinados interesses estatais, com o passar do tempo voltou a Instituição a atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial os de cunho difusos e coletivos.

Dá, podermos afirmar com Édis Milaré que, "quando no processo civil" (e obrigatoriamente no processo penal, frisamos) "se vislumbra um interesse público, o ordenamento jurídico tende a legitimar para a ação, ou ao menos à intervenção, o Ministério Público, que, como órgão de justiça do Estado, tem o dever precípuo de por ele velar" (*A ação civil pública na nova ordem constitucional*. 1. edição, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 10).

Assim, para defender o *interesse público*, em essência, o Ministério Público dispõe, dentre outros mecanismos, de dois instrumentos fundamentais e extremamente eficazes: a *ação penal pública* e a *ação civil pública*.

Como bem leciona o mestre Hugo Nigro Mazzilli, "em suas atividades institucionais o Ministério Público sempre age em busca de um interesse público, que ora está ligado a pessoas determinadas (v.g., índios, incapazes...), ora ligados a grupos de pessoas determinadas ou determináveis (v.g., defesa do consumidor, das populações indígenas...), ou enfim, ora se relaciona de modo indeterminado com toda a coletividade (v.g., nas ações penais, nos mandados de segurança, na defesa do meio ambiente...)." (*Manual do promotor de justiça*. 2. edição, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 105.)

REQUISIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS HIPÓTESES LEGAIS DE SIGILO*

ALBERTO VILAS BOAS VIEIRA DE SOUSA
Promotor de Justiça em Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. A atuação do Ministério Público na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; 3. O poder de requisição do Ministério Público; 4. As requisições ministeriais e as hipóteses legais de sigilo; 4.1. O direito à intimidade; 4.2. O âmbito das requisições nas matérias sigilosas; 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que ao Ministério Público, no desempenhar de seus relevantes misteres constitucionais, concedeu-se o poder de requisitar documentos, informações e quaisquer outros dados que se afiguram relevantes para a defesa dos interesses caros à coletividade.

No entanto, em algumas oportunidades, esta gama de poderes pode restar obstaculizada por determinados dispositivos legais, em face da relevância da matéria, objeto da requisição, ou então, ser amplamente possível à Instituição exercer tais poderes diretamente, sem a presença de certos empecilhos.

Assim, propomo-nos abordar, no restrito âmbito deste articulado, qual é, efetivamente, a extensão do poder de requisição do Ministério Público, no que tange a determinadas matérias sigilosas, diante do que dispõe a atual Carta da República.

* Aprovada por maioria, com emenda.

Destarte, o Legislador Constituinte vislumbrou a Instituição como órgão mais adequado para atuar na defesa destes interesses sociais e individuais indisponíveis, posto ser ela um organismo público independente, autônomo, que nada tem a ver com o Governo.

Não estando vinculado a quem quer que seja, senão à lei e à consciência de seus membros, o Ministério Público reúne em torno de si todos os elementos necessários para ser o "Promotor dos interesses indispensáveis para a preservação do equilíbrio e da comunhão sociais", o que restou impresso na novel Carta da República (cf. MILARÉ, Edis, cit., p. 31).

O Prof. Alcides de Mendonça Lima soube captar, com extrema precisão, esta faceta maior da Instituição (*apud* MILARÉ, Edis, cit., p. 32):

"... paulatinamente, o Ministério Público se vem tornando um agente ou um 'representante' processual de todos quantos possam sofrer lesões em seus direitos subjetivos, que são as partes substanciais da causa ou os interessados diretos na verdadeira aplicabilidade da lei. À medida que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhes asseguram... Lutando por um ideal que, diretamente, não é seu, o Ministério Público como que realiza uma obra e uma cruzada de altruísmo, sem que se possa atribuir a seus membros nem mesmo a ambição, aliás, justa, das recompensas financeiras dos advogados. Daí a importância de seu papel na vida jurídica e social de um povo, nos tempos modernos, como um guardião invisível e, quiça, anônimo de cada um e da própria ordem nacional. Em última análise, cabe-lhe 'promover' o bem-estar, a segurança, a legalidade, a justiça na coletividade".

3 O PODER DE REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No entanto, para que o Ministério Público possa corretamente efetuar a defesa judicial ou extrajudicial destes interesses públicos, impõe-se conceder à Instituição condições ou métodos legais para instrumentalizá-la e corporificá-la.

Por conseguinte, conferiu-se ao órgão ministerial o *poder de requisição*, possibilitando o acesso, em princípio direto, a documentos, dados técnicos, diligências e informações reputadas e tidas como imprescindíveis ao desempenho da grave missão constitucional que lhe foi outorgada.

Note-se que o Ministério Público, nestas hipóteses, *requisita*, não *requer*, pois "*requisitar* é pedir aquilo que deve ser feito, *requerer* é pedir aquilo que pode ser feito" (TOR-NAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: RT, v. 1. p. 142).

Vale dizer que, em regra, a partir do momento em que Ministério Público requisita, está ele ordenando que determinada pessoa, física ou jurídica, lhe permita ter contato com certos meios de prova eleitos por seus órgãos de execução como necessários à investigação civil ou criminal que está em desenvolvimento.

Sob este aspecto, a Constituição Federal tem como função institucional do Ministério Público "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva" (art. 129, VI, CF).

Por outro lado, este poder de requisição é conferido por diversas normas infraconstitucionais, que melhor o especificam.

Assim, de uma forma genérica, a Lei Complementar n. 40/81 traçou os parâmetros básicos para que este poder ministerial pudesse ser exercitado, sendo secundada pelo disposto no art. 47, CPP, e, ainda, pelo art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85 (que dispõe sobre a ação civil pública); art. 29, da Lei 7.492/86 (que relata sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional); art. 3º, da Lei 7.913/89 (que regula a defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários); o art. 6º, da Lei 7.853/89 (que dispõe sobre a defesa do deficiente físico) e o art. 201, VI, b, c, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

A razão da existência destes dispositivos legais é simples. Se ao Ministério Público compete efetuar a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, zelar pela correta observância das leis e da Constituição, impõe-se que se lhe seja concedido condições próprias e a autonomia necessária para que as funções constitucionais em apreço possam ser corretamente desempenhadas.

Atento a esta questão, pontifica Hugo Nigro Mazzilli que "...o órgão do Ministério Público precisa ter instrumentos eficazes para exercer seus misteres constitucionais. Não haveria como adimplir corretamente sua destinação institucional sem o conseqüente lógico, que é o poder de requisitar informações" (ob. cit., p. 327).

Dessarte, no desempenhar de suas atribuições constitucionais, o Ministério Público tem ampla liberdade investigatória, estando em condições de requisitar documentos e informações dos mais variados organismos, inclusive pessoas físicas, possibilitando, pois, a melhor formação de seu convencimento acerca da configuração de um ilícito penal, ou de uma lesão a um determinado interesse difuso ou coletivo.

Logo, a diretriz básica que baliza o atuar do órgão ministerial é a configuração, num determinado momento, de um interesse público, o que permitirá, por conseguinte, o desencadeamento das atividades necessárias à sua salvaguarda, dentre elas, o exercício do poder de requisição.

4 AS REQUISIÇÕES MINISTERIAIS E AS HIPÓTESES LEGAIS DE SIGILO

Realçada a impossibilidade de o Ministério Público exercer as funções delineadas na Carta Magna, sem que disponha de um arsenal mínimo de poderes, cabe acentuar-se é possível estender este *poder de requisição* às matérias sigilosas, como, por exemplo, as informações e dados que se encontram sob a posse das entidades financeiras e bancárias.

Nesta linha de raciocínio, importa levar em consideração, ainda que superficialmente, o direito à intimidade, resguardado constitucionalmente.

4.1 O direito à intimidade

Em várias ocasiões, o sigilo é abordado e assegurado pela Constituição Federal, como bem se observa nos incisos X, XII, XIV, XXXIII, XXXVIII, LX e LXXII, do art. 5º.

Nota-se, portanto, que o Legislador Constituinte manteve uma preocupação bastante expressiva com o direito ao respeito à vida privada e profissional do cidadão.

A propósito, doutrina Paulo José da Costa Jr. que o “processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica” (*Direito penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1991, p. 198).

Nesta linha de raciocínio, afigura-se correto afirmar que “o homem é portador de um centro de intimidade, onde se insere o segredo, que precisa ser amparado contra a indiscrição alheia, porque corresponde a uma exigência natural, imprescindível ao indivíduo em sociedade” (COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. RT 648/27).

Lógico concluir que o direito à preservação da intimidade é instintivo, pois qualquer pessoa deseja manter junto a si ou de determinadas pessoas certos assuntos ou informações que não interessam ao público, “quer porque a sua revelação pode causar prejuízos materiais de alta monta, quer porque o sujeito, em vista de seu natural recato, não deseja a comunicação destes fatos” (COVELLO, Sérgio Carlos. RT 648/27).

De igual sentir é a doutrina da processualista da Ada Pellegrini Grinover, haja vista que a “intimidade representa uma esfera de que o indivíduo necessita vitalmente para poder, livre e harmoniosamente, desenvolver sua personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias” (*Liberdades públicas e processo penal*. 2. edição, São Paulo: RT, 1982, p. 87).

Mas, a partir do momento em que o Ministério Público está encarregado de, principalmente, desenvolver esforços no sentido de averiguar acerca da violação de determinado interesse público vinculado à sua atuação, é possível que, para atender a esta

destinação constitucional, o direito à intimidade da pessoa física ou jurídica seja sacrificado em favor daquele.

Insta, portanto, delimitar correta e legalmente o âmbito deste poder, que é inerente à Instituição.

4.2 O âmbito das requisições ministeriais nas matérias sigilosas

Restou demonstrado anteriormente que diversos diplomas legais, em atenção ao comando normativo constitucional contido no art. 129, VI, regulam a zona de incidência do poder de requisição do Ministério Público (LC n. 40/81; Leis 7.347/85, 7.492/86, 7.913/89, 7.853/89 e 8.069/90).

Cabe-nos, agora, avaliar se subsistem óbices a este poder, ínsito à atividade funcional dos órgãos de execução ministeriais.

Abordando o tema, profliga Hugo Nigro Mazzilli que, “desde que esteja o órgão do Ministério Público atuando dentro de sua área de atribuições, terá ele o poder de requisição, pouco importa seja federal, estadual ou municipal a autoridade, a repartição pública ou o órgão público destinatário da requisição” (LC federal n. 40/81, art. 15, I e IV). (Ob. cit., p. 327.)

Importa dizer que a requisição deve atender a uma determinada finalidade no desenrolar das investigações conduzidas pela Instituição. Em princípio, a Constituição Federal exige que tal poder seja exercido e componha os procedimentos administrativos dirigidos ou supervisionados pelos órgãos de execução do Ministério Público (inquérito civil e inquérito policial), a fim de que a sua *opinio delicti* possa ser correta e eficazmente construída.

Mas, com relação a determinadas matérias, o Ministério Público não tem como exigir diretamente que certa pessoa física ou entidade jurídica preste as informações ou encaminhe-lhe documentos tidos como indispensáveis à formação de sua convicção nos procedimentos administrativos sob sua direção.

Ou seja, surge um obstáculo a este poder de requisição que, em algumas hipóteses, somente será removido pela via judicial, impondo-se ao Ministério Público a tarefa de requerer à autoridade judiciária a obtenção desses dados, tenha ou não sido iniciada a relação processual.

Com efeito, “é certo que o Legislador não tornou absoluto e ilimitado o poder de requisição ministerial. Impôs-lhe dois parâmetros: o sigilo legal e a segurança nacional (LC 40/81, art. 15, I). Afóra esses casos, não se tratando de hipóteses de sigilo legal nem de segurança nacional, o acesso à informação é garantido pela Constituição e pelas leis ao Ministério Público. E, mesmo nos casos em que haja sigilo, quando caiba a requisição

ministerial, terá o órgão do Ministério Público acesso à informação, embora seja responsável pelo eventual uso indevido das informações e documentos sigilosos (ECA, art. 201, § 4º)". (MAZZILLI, Hugo Nigro, ob. cit., p. 329.)

Assim, hipótese muito comum de ocorrer é no que pertine à possibilidade de requisitar documentos e informações bancárias.

Como é cediço, a Lei 4.595, de 31/12/64, que regula o sistema financeiro nacional, expressamente dispõe:

"Art. 38 — As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º — As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma".

Ora, diante dos peremptórios termos da precitada lei, o Poder Judiciário, bem como o Poder Legislativo e as Comissões Parlamentares de Inquérito, é que dispõe de condições legais para fazer com que as instituições financeiras prestem as informações necessárias, a fim de que possam compor os procedimentos administrativos em que ocorrem a interferência do Ministério Público.

Verifica-se, portanto, que o poder de requisição ministerial não alcança tais situações, ante o que expressa o art. 15, I, LC 40/81, *verbis*:

"Art. 15 — São atribuições dos membros do Ministério Público:

I — promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, podendo dirigir-se a qualquer autoridade."

Impende destacar que o sigilo assume duas características fundamentais: uma, "o interesse público em mantê-lo, por razões de interesse de segurança da sociedade e do estado"; e outra, patenteada no "interesse à privacidade do indivíduo" (MAZZILLI, Hugo Nigro, ob. cit., p. 328).

Por outro lado, não há como deixar de trazer à colação a sempre valiosa lição de Hugo Nigro Mazzilli, haja vista que "o inciso I limita a requisição do Ministério Público às matérias que não sejam, *objetivamente consideradas*, cobertas por sigilo (p. ex., estão excluídas das requisições as matérias submetidas às salvaguardas de assuntos sigilosos,

as decorrentes de hipótese de segurança nacional). Já o inc. IV, além de não se limitar aos destinatários do inc. I, cuida de hipótese totalmente diversa: cuida do sigilo *subjetivamente considerado*, isto é, dos casos em que o detentor da informação tem direito ao sigilo (p. ex., o confessor, o médico). Neste último caso, a matéria em si não é sigilosa e a informação pode ser dada, por exemplo, se o detentor do segredo foi liberado do dever de mantê-lo, pelo beneficiário do direito de sigilo" (ob. cit., p. 329).

Resulta, por conseguinte, que nas hipóteses de sigilo bancário não há meios de o Ministério Público fazer valer o seu poder de requisição, pois subsiste íntegra a ressalva contida no inciso I do art. 15, LC 40/81, constituindo-se em regra excepcional à atuação de requerer informações daquele porte.

Ou seja, "o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos", e, ademais "tais limites não o desnaturam como direito da personalidade, pois, modernamente —, todos os direitos comportam limitações, em vista das exigências sociais e em atenção ao bem comum" (COVELLO, Sérgio Carlos, art. cit. RT 648/29).

Outrossim, quando o agente pratica uma infração penal, cujos elementos de prova concentram-se basicamente em dados que necessitam ser colhidos junto às instituições financeiras, é imprescindível que a persecução penal se desenvolva sem maiores obstáculos, que, se existirem, deverão ser submetidos à apreciação da autoridade judiciária competente, para a remoção imediata.

In casu, não há como interpretar com a elasticidade necessária o art. 129, VI, CF, eis que a lei complementar exigida pelo texto constitucional é justamente a LC 40/81, que contém a mencionada ressalva.

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no seguinte sentido:

"Processual penal. Ação penal. Requisição pelo Ministério Público. Trancamento. Falta de justa causa.

Promotor de Justiça pode requisitar informações e documentos às instituições financeiras destinadas a instruir inquérito policial, ressalvadas as hipóteses de sigilo (LC 40/81, art. 15, I e IV).

O sistema financeiro nacional é estruturado em lei complementar — CF, art. 192, caput. Assim, a Lei 4.595, de 1964, foi recepcionada como tal, somente pode ser alterada por lei complementar. Assegurado, no art. 38, o sigilo bancário, as requisições feitas por Promotor de Justiça, si et quantum, submetem-se a essa limitação, também inserta na LC 40/81, nada impedindo que o faça através do Poder Judiciário.

Tratando-se, no entanto, de crime contra o sistema financeiro nacional, o Ministério Público Federal poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na Lei n. 7.492 de 1986.

A hipótese dos autos aí não se enquadra, motivo pelo qual se concede a ordem para trancar a ação penal" (RHC n. 1.290-MG, 5ª Turma, rel.: Min. Costa Lima, j. 16/9/91, DJU de 21/10/91).

Aliás, extremamente criticável a vedação em epígrafe, eis que se parte da premissa de que o Ministério Público não fará o uso responsável de tais elementos sigilosos, por ocasião do inquérito civil ou da supervisão do procedimento persecutório-criminal.

Ademais, será também de interesse público a guarda, a manutenção de certo segredo, que somente poderá ser utilizado como meio de prova pelas partes envolvidas na relação processual.

Atento a este aspecto, preleciona Voltaire de Lima Moraes que esta peculiaridade legal "representa resquício de uma mentalidade preconceituosa em relação a essa Instituição, refletindo, destarte, uma postura política do legislador em não ver certos fatos esclarecidos na fase pré-processual (o que muitas vezes é imprescindível para formar o convencimento do Ministério Público, evitando ações temerárias) (...). Ademais, não se compreende que uma Instituição, que é fiscal da lei por excelência e tradicional defensora dos interesses indisponíveis da sociedade, tenha seu poder de requisição limitado, notadamente quando se sabe que ele foi concebido para ser usado a bem e resguardo de relevantes interesses coletivos" (*apud* MANCUSO, Rodolfo. *Ação civil pública*. 1. edição, São Paulo: RT, 1989, p. 185).

No entanto, com o decorrer dos anos, o Legislador vem apreendendo melhor a razão de ser da atuação do Ministério Público, e, paulatinamente, estas ressalvas vêm sendo postas de lado.

Compulsando-se a Lei 7.492/86, que dispõe acerca dos crimes contra o sistema financeiro nacional, verifica-se que ao Ministério Público federal foi concedido um amplo poder de requisição, abrangendo, inclusive, os casos de sigilo bancário.

Confira-se:

"Art. 29 — O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único— O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao entendimento da requisição prevista no caput deste artigo."

Conclui-se, de forma serena, que, em se tratando das modalidades delituosas albergadas pelo precitado diploma legal, "o órgão do Ministério Público tem amplos poderes para requisitar diretamente, a qualquer autoridade, 'informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes, independentemente de passar pelo crivo do Juízo'" (PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: RT, 1987, p. 188).

O citado mestre obtempera adiante que, "com a norma estabelecida por este parágrafo único do art. 29 em exame, não há limitação para o uso que o Ministério Público queira fazer da informação, documento ou resultado de diligência por ele requisitados. Nenhuma autoridade poderá deixar de atender à requisição, nem mesmo alegando a necessidade de preservação do sigilo, imposto pela própria lei" (ob. cit., p. 189).

Vê-se, pois, que tal comando normativo constitui verdadeira exceção ao disposto no art. 38, da Lei 4.595/64, pois nestas situações não há como negar ser amplo o poder de requisição do Ministério Público.

Infelizmente, nas Leis 7.347/85, 7.853/53 e 7.913/89 persistem as limitações ao poder de requisitar informações referentes às matérias por elas abordadas, pelas razões anteriormente abordadas.

No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente criou sistema eficiente para resolver de vez com as polêmicas que cercam o assunto.

Neste passo, prevê a Lei 8.069/90 que "o representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar nas hipóteses legais de sigilo" (art. 201, § 4º).

Verifica-se, portanto que, na defesa dos interesses da criança e do adolescente, não é mais possível que instituições financeiras ou quaisquer outros estabelecimentos públicos ou privados oponham obstáculo ao poder de requisição ministerial, ficando os membros da Instituição pessoalmente responsáveis pela guarda e manutenção do sigilo legal.

Logo, nesta hipótese específica, o Ministério Público passa a ter absoluto acesso às informações sigilosas que, logicamente, somente serão utilizadas na defesa concreta de um interesse público.

Cabe acentuar ainda que o *Projeto de Lei Orgânica do Ministério Público* (n. 515/91), em tramitação no Congresso Nacional, não mais prevê a impossibilidade da requisição em matéria legalmente sigilosa, pois, o art. 26, I, b, e II, genericamente reza:

"Art. 26 — No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá, nos termos da Lei Orgânica:

I — instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, bem assim dos órgãos e entidades de administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimento ou processo em que oficie".

Mas, *de lege ferenda*, é conveniente que a futura lei organizadora do Ministério Público adote critério semelhante ao previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a tornar o órgão de execução ministerial como responsável pelo *uso indevido* de informações tidas como sigilosas.

Desta maneira, conjugar-se-ia não só o interesse do Ministério Público de ter acesso a tais modalidades de informação, mas também a de preservar, entre um grupo de pessoas restrito, assuntos concernentes à intimidade do indivíduo e que assumem repercussão no mundo jurídico.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, dentre outras conclusões, podemos extrair que:

a) O poder de requisição do Ministério Público não é absoluto, nem ilimitado, subsistindo ainda certas restrições a esta atividade ministerial.

b) A Lei Complementar n. 40/81 restou recepcionada pelo texto constitucional em vigor, inclusive no que tange às limitações do poder de requisição em relação às matérias legalmente sigilosas.

c) No que se refere ao sigilo bancário previsto pela Lei 4.595/64, somente o Ministério Público Federal pode requisitar diretamente os dados e informações que mantenham pertinência com as figuras delituosas previstas na Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), sendo certo que, nas demais situações, o Ministério Público Estadual deve requerê-los judicialmente.

d) Na defesa dos interesses difusos e coletivos, em regra, o poder de requisição do Ministério Público não se estende às situações em que a lei impuser sigilo, com exceção da regra disposta no art. 201, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

e) O Projeto de Lei Orgânica do Ministério Público concede amplo poder de requisição aos seus órgãos de execução, inclusive no tocante às matérias legalmente sigilosas, mas mostra-se conveniente que se imponha ao representante da Instituição a responsabilidade pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO*

CELSON SILVA FILHO

Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Do contraditório e da ampla defesa aos litigantes; 3. Da natureza do interrogatório; 4. O interrogatório em Constituições anteriores; 5. Críticas ao modelo atual de interrogatório; 6. O interrogatório e o acusado pobre; 7. O enfoque da matéria nos Estados-Membros; 8. Conclusões; 9. Propostas; 10. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988 enobreceu e engrandeceu em tal monta o Ministério Público, que suas prerrogativas e atribuições multiplicaram-se, sendo ainda hoje difícil enumerar os casos que clamam intervenção ministerial.

O vasto campo de atuação do *Parquet* inicia-se com a incumbência de "Defesa da Ordem Jurídica" e de zelo pelo "Respeito dos Poderes Públicos e dos Serviços de Relevância Pública aos Direitos Assegurados nesta Constituição", passando pela defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis, difusos e coletivos, ou seja, talvez seja mais fácil identificar uma área que esteja fora de seu campo de atuação do que delineá-la.

Incumbindo-lhe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos Direitos Constitucionais, *promovendo as medidas necessárias a sua garantia* (CF, art. 129, II), como deve se portar o Ministério Público em face da garantia do "contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Cf, art. 5º, LV), quando do interrogatório do acusado?

2 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA AOS LITIGANTES

O princípio do contraditório, expressamente estampado na Carta Magna, assegura aos acusados o direito amplo e irrestrito de conhecer todos os pormenores da acusação que lhes é dirigida e facultar-lhes oportunidade para contradizer aquela em todos os momentos e fases em que é proferida no *iter* processual.

Ladeado pela garantia da ampla defesa, tal princípio fornece ao litigante todas as armas para lutar pelo também constitucional direito de ser considerado inocente até trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

“Assim, de acordo com tal princípio, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa (TOURINHO FILHO, F.C. Processo penal, 1987, v. I, p. 47).

Mas, o que se deve entender por “defesa”?

A relação processual propriamente dita completa-se com a citação válida do acusado. A partir deste instante, todas as suas manifestações formarão o conjunto da defesa que, de regra, contrapor-se-á ao da acusação.

E esta defesa, denominada técnica, há de ser realizada por *profissional habilitado* — CPP, arts. 261 e 263 —, capaz de contrapor-se ao órgão acusatório, só assim sendo respeitada a garantia “da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, pois o acusado inabilitado não possui os conhecimentos técnicos indispensáveis à sua *ampla defesa*.

Presente o acusado ao interrogatório — perfeita, portanto, a relação processual —, inicia-se sua defesa. A não-participação de seu defensor neste ato é desconforme ao mandamento constitucional, por inexistir sequer possibilidade de “ampla defesa”.

3 DA NATUREZA DO INTERROGATÓRIO

Disciplinado nos arts. 185 e segs., que pertencem ao Título VII — Da prova — do Livro I do Código de Processo Penal, o interrogatório do acusado é descritivamente um meio de prova.

Doutrinariamente, desde longa data tem sido o interrogatório considerado como *meio de defesa*, e não como simples *modalidade de prova*.

“Negam-lhe muitos essa categoria, assinalando-lhe antes a de meio de defesa. Mas a verdade é que não se lhe pode tirar de todo aquele característico” (NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal, p. 105).

Para F. C. Tourinho Filho, escrevendo sob a vigência da Constituição anterior, “A despeito da sua posição topográfica — no capítulo das provas — o interrogatório é, também, meio de defesa” (*Processo penal*, 1987, v. 3, p. 239).

Sendo meio de defesa e de prova, como pode o interrogatório ser constitucionalmente válido sem a presença do contraditório? E como pode o acusado *defender-se amplamente* sem a consulta e participação efetivas do seu advogado, e, por que não, sem a participação do Promotor de Justiça?

4 O INTERROGATÓRIO EM CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Como bem ressalta o Dr. Roberto Rocha Ferreira, Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, o Código de Processo Penal vigente foi elaborado sob a égide da Carta Magna de 1937, que garantia o contraditório na *instrução criminal* (art. 122). Como tal Código disciplinou o interrogatório fora do Capítulo da instrução criminal (Cap. I, Tít. I, Liv. II, arts. 394 a 405), normatizando-o dentro no Tít. VII — Da prova — do Livro I, arts. 185 a 196, sedimentou-se o entendimento de que não caberiam interferências, da acusação ou da defesa, nas perguntas e nas respostas (Obediência ao princípio do contraditório no interrogatório do réu em face da nova Carta Constitucional — *JTERJ*, 1990, n. 27, p. 26).

De igual teor, a norma constitucional de 1946, assegurando o contraditório apenas na instrução criminal (art. 141, § 25).

A Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n. 1, de 17 outubro de 1969, manteve-se no mesmo sentido:

“A instrução criminal será contraditória, observada a Lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do Réu” (art. 153, § 16).

Observe-se que a Carta de 1969 já assegurava aos acusados “ampla defesa” (art. 153, § 15), direito que não foi estendido ao interrogatório por mera conveniência e comodismo, escorados na exegese proferida do § 16.

5 CRÍTICAS AO MODELO ATUAL DE INTERROGATÓRIO

A norma do art. 187, CPP, vedando ao defensor qualquer interveniência nas perguntas e respostas do acusado, interpretada em conjunto com os dispositivos constitucionais pretéritos, que asseguravam o contraditório apenas na instrução criminal, formou a base do atual interrogatório, em que apenas o Juiz dirige-se ao acusado.

Os inconvenientes desta posição foram singularmente registrados pelo festejado Professor Fernando da Costa Tourinho Filho, que, lecionando sob a égide da Constituição anterior, já manifestava seu inconformismo diante da unilateralidade do interrogatório:

"Mas, se o interrogatório se inscreve como meio de defesa e de prova principalmente como meio de prova, (...) por que se impedir às partes formularem perguntas? Há Juízes que procedem ao interrogatório com meia dúzia de palavras... e muita coisa poderia ficar esclarecida" (Processo penal, 1987, v. 3, p. 245, sem grifos).

E prosseguia, com visão futurista, o ilustre Professor:

"De jure constituendo, entendemos que se deve permitir às partes a ingerência em atos que tais" (id., ibidem).

Na mesma obra, o insigne professor e membro do Ministério Público torna-se exemplo perfeito de como nós, estudiosos do Direito, somos *reacionários* a mudanças e inovações nos procedimentos que dogmatizamos de corretos.

Em infeliz mudança de opinião, o respeitável mestre, que considerava o interrogatório *principalmente* como meio de prova (v. supra), passa a considerá-lo *apenas como meio de defesa*, numa tentativa de justificar a vigência do art. 187, CPP, impedindo a intervenção das partes.

Estas suas palavras:

"Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova (...) Meditando sobre o assunto - principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio -, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa."

E concluindo seu raciocínio, arremata:

"Assim, das duas uma: ou é meio de defesa, e, por tais razões, não se justifica a regra do art. 191, CPP, ou é meio de prova, e, então, as partes devem intervir."

Assim, como as partes não podem intervir, chega-se à conclusão de que existe uma certa antinomia entre os arts. 186, 191 e 198 do CPP" (*Processo penal*, 1990, v. 3, p. 240).

Vê-se, portanto, que o professor fincou-se no dogma de que as partes não podem intervir no interrogatório, para concluir que sendo este "(...) apenas meio de defesa, tal como passamos a entender, não se deve permitir a ingerência das partes" (ob. cit., p. 247).

Ora, se o interrogatório é apenas *meio de defesa*, como afirma o singular processualista, como garantir, segundo determina a Constituição, que aquela seja ampla e

que utilize todos os recursos possíveis e inerentes, sem a ingerência do defensor e do Promotor de Justiça, vale dizer, sem o contraditório?

Entendo que o mais conceituado autor hodierno em matéria de Processo Penal, *data maxima venia*, equivocou-se em sua mudança de opinião e, ao tentar justificá-la, culminou por fornecer maiores elementos à convicção contrária, que por ele já foi esposada anteriormente, e da qual encontra-se, momentaneamente, espero, divorciado.

O interrogatório, tal como se dá hoje, é um fato desprovido de lógica, de sentido. É um ato "sem graça", ao qual comparecem com fantoches o Promotor de Justiça e o defensor, que a tudo assistem inertes, como expectadores mórbidos da tragédia humana.

Como consequência inevitável da não-participação ativa do *dominus litis* e do defensor, inúmeros inquéritos são realizados sem a presença do Promotor de Justiça e do advogado, que se limitam a assinalar, posteriormente, os termos, sob a complacência de todos.

Fisicamente presentes, quantas vezes divagam acusação e defesa, entorpecidas pelo diálogo intransponível entre juiz e acusado?

O que dizer dos interrogatórios realizados nos "mutirões" do Poder Judiciário, onde dezenas, centenas, de acusados são interrogados presentes apenas os juízes, pois não ocorrem simultâneos "mutirões" do Ministério Público e dos defensores?

Responder tais indagações, invocando a imparcialidade dos magistrados, seria argumento até mesmo ingênuo, em face da sua natural falibilidade, que pode acarretar sérios gravames à defesa do acusado, ferindo a ordem constitucional.

Na verdade, pelo modelo atual, ocorre que, na prática, somente dois profissionais formulam perguntas ao acusado: O juiz e o escrivão de polícia...

6 O INTERROGATÓRIO E O ACUSADO POBRE

Nos moldes em que é realizado, o interrogatório só assume a forma^{do} do teórico contato com o acusado, no qual o juiz "ouve do pretense culpado esclarecimentos sobre a imputação que lhe é feita", atua "como se fora médico, auscultando com cuidado, com a experiência que a vida lhe deu", com especial atenção "para as reações do acusado, para as perguntas que ficaram sem respostas, para as respostas firmes, convincentes" (*apud* TOURINHO FILHO, ob. cit., p. 239-240), quando o acusado não possui recursos financeiros, pois os que os possuem apresentam-se perante o magistrado previamente orientados por seus advogados e com respostas adremente preparadas e decoradas para suas perguntas.

Em suma, somente do acusado pobre é que o juiz colhe respostas e impressões mais próximas da verdade.

7 O ENFOQUE DA MATÉRIA NOS ESTADOS-MEMBROS

No Estado de Minas Gerais, e na maioria dos demais Estados, permanece o modelo de interrogatório ora contestado.

Em São Paulo, a situação é idêntica, abalizada pela posição inalterada em face da Constituição de 1988, do festejado professor e membro do Ministério Público paulista, Damásio E. de Jesus, que, em sua obra *Código de Processo Penal anotado*, atualizada de acordo com a CF/88, sequer se manifestou sobre os reflexos do art. 5º LV, CF, sobre o interrogatório do acusado, e pela posição já discutida do professor Fernando da C. Tourinho Filho.

Contudo, abrandando a situação indefesa dos acusados, existe, em São Paulo, segundo notícia do prof. Damásio, o comunicado n. 263/83, da Corregedoria Geral da Justiça, recomendando aos juízes a "realização de entrevistas entre os réus e seus defensores antes do interrogatório judicial (DJE, 10/12/83, p. 14). (Ob. cit., p. 141.)

No Estado do Rio de Janeiro, o procedimento-regra é o acima impugnado, existindo comportamentos isolados de juízes, como o Dr. Roberto R. Ferreira (n. 4, supra), que permitem formulação de perguntas pela acusação e pela defesa.

De igual teor a posição do controvertido Prof. James Tubenchlak: "No projeto do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, o art. 264 faculta, democraticamente, ao Ministério Público, ao Querelante, ao Assistente, ao Defensor e ao Curador a pospositura de perguntas".

Entendemos, outrossim, que *com a vigência da nova Constituição isso já se tornou possível (...)*. (*Tribunal do júri* — Contradições e soluções. 3. ed., 1991, p. 50, sem grifos.)

8 CONCLUSÕES

O interrogatório é meio de defesa, e como tal não pode ser realizado sem a presença do contraditório.

Está revogado pela CF/88 o art. 187 do Código de Processo Penal.

Os juízes têm que facultar reperguntas às partes, sob pena de infringir o mandamento constitucional garantidor da ampla defesa aos acusados.

Conseqüentemente, é inviável a realização de interrogatório sem a presença do defensor e do Promotor de Justiça.

O Ministério Público, como zelador da observância aos direitos assegurados pela Constituição, não pode ser complacente com a realização de interrogatórios sem a participação efetiva das partes, o que fere a garantia constitucional de ampla defesa.

Tal atitude ministerial adequar-se-á perfeitamente à nova ótica do Ministério Público, afastada a fase da "Promotorite", situando a Instituição no seu novo rumo sublimado de fiscalizadora do fiel cumprimento da Lei, e de promotora de *Justiça*.

Mais nobre é a função do Promotor, que, para acusar, *exige* total igualdade de recursos defensivos ao acusado, negando-se a demandar com todo seu poder contra um indefeso.

9 PROPOSTAS

Cada membro do Ministério Público deve realizar uma reflexão sobre o tema e externá-la ao Juízo perante o qual oficia, para que se adote o comportamento acima preconizado.

Os órgãos de direção do Ministério Público devem provocar os do Poder Judiciário para que este expeça normatização determinando a adoção do contraditório nos interrogatórios.

10 BIBLIOGRAFIA

FERREIRA, Roberto Rocha. *Obediência ao princípio do contraditório no interrogatório do réu em face da nova Carta constitucional*. Coletânea de Ementários n. 27, de set/90, da Jurisprudência dos Tribunais do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DOERJ.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1987 e 1990, v. 1, 2 e 3.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri* — Contradições e soluções. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

EXECUÇÃO PENAL E MINISTÉRIO PÚBLICO *

VICTOR CORRÊA DE OLIVEIRA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Noções introdutórias; 2. Novas questões da execução penal; 3. Natureza jurídica da execução penal; 4. O processo de execução penal; 5. Do Ministério Público; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A execução penal está regulada por meio de dois diplomas legais: a Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210, de 11/7/1984 — e o Código de Processo Penal, mais especificamente, em seu Livro IV.

A execução penal é a fase final da *persecutio criminis*, quando se concretizará o *jus puniendi* do Estado. É através dela que se efetiva a sentença criminal condenatória — o título executivo judicial —, é aplicada a medida de segurança e resolvem-se todos os incidentes a ela ligados.

A Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210/84 — deu à execução penal uma autonomia e legislação próprias, de há muito desejadas. Com ela se estabeleceu a nítida e almejada divisão entre o processo penal de conhecimento e o processo penal de execução. O primeiro busca a reconstrução do fato delituoso para a conseqüente aplicação da lei penal, e o segundo objetiva a própria aplicação da lei com o fim de prevenir e reeducar.

Tal lei introduziu no procedimento executório importantes princípios, quais sejam:

1º) *Da legalidade* — art. 2º e 3º: segundo a exposição de motivos da lei, item 19, “o ‘princípio da legalidade’ domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o

excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direto Penal”.

2º) *Da isonomia* — art. 3º, parágrafo único: eliminação de toda e qualquer discriminação, desigualdade ou distinção entre os condenados.

3º) *Personalização da pena* — arts. 5º e seguintes: classificação dos condenados, com vistas a um tratamento reeducativo, com base nos antecedentes e personalidade, impedindo-se o tratamento padronizado e massificante.

4º) *Da jurisdicionalidade* — arts. 1º e 2º: introduz-se a natureza judicial da execução, evitando-se um cunho puramente administrativo, instituindo um juízo próprio e especializado (arts. 65, 147 e 195).

5º) *Da participação social* — art. 4º: é dada a possibilidade ao estado de buscar a cooperação da comunidade, instituindo a responsabilidade e participação de seus integrantes.

6º) *Da reeducação* — art. 1º, segunda parte: sem questionar a finalidade da pena (cf. exposição de motivos), introduz um caráter claramente reeducativo, com o fim de preparar o condenado para sua reincorporação à comunidade.

7º) *Da humanização da pena* — arts. 38 a 43: sujeita-se o condenado a direitos e deveres, preservando os que naturalmente tem como cidadão, os quais devem ser respeitados.

8º) *Do contraditório*: consiste na igualdade das partes dentro do processo, dando-se ciência às mesmas — condenado e Ministério Público — dos atos praticados.

9º) *Do duplo grau de jurisdição* — art. 197: todas as decisões tomadas pelo magistrado estão sujeitas a revisão, em grau superior, por via de recurso.

10º) *Do devido processo legal*: *nulla poena sine processu* — art. 2º: garante-se a execução da pena por meio único do devido processo legal, através das normas próprias determinadas nessa lei de execuções.

Como pressupostos da execução podemos definir os seguintes:

a) *título executivo* — somente as sentenças condenatórias penais são passíveis de execução, após o trânsito em julgado e expedida a “guia de recolhimento” (LEP, art. 105);

b) *capacidade de sujeição* — é a possibilidade de ser o indivíduo submetido à aplicação da pena, ou seja, não sendo inimputável ou insolvente;

c) *estar o condenado preso* — nas penas privativas de liberdade é preciso que esteja preso e condenado ou venha sê-lo para a expedição da guia de recolhimento.

* Aprovada por maioria

O notável mestre Magalhães Noronha entendia que a sentença definitiva também seria um pressuposto, mas expressiva corrente o contraria entendendo que o título executivo, a guia de recolhimento, implica necessariamente na existência dessa sentença, resumindo os dois pressupostos - título executivo e sentença - em um só.

A Lei de Execução Penal regulou assuntos diferentes, porém, totalmente interdependentes: a execução da pena e da medida de segurança e seus incidentes; competência e atribuição dos órgãos criados e regulamentação dos estabelecimentos prisionais (NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 426).

Ela não afastou o Código de Processo Penal, pelo contrário, em seu artigo 2º o manteve subsidiariamente, e, segundo o art. 204, só deixa de ser aplicado naquilo em que for disposição em contrário. Da mesma forma, o Direito Penal, que tem disposições executórias, tais como os estágios de cumprimento e os respectivos regimes prisionais, as hipóteses de concessão de livramento condicional, *sursis*, etc..

A atividade judicial da execução é posta em prática através de um processo autônomo, conforme pensamento a ser desenvolvido no desenrolar deste trabalho, mais adiante, em um juízo penal próprio e especializado (art. 194 da lei), que se inicia com o trânsito em julgado da sentença condenatória e a extração da carta de guia, ou guia de recolhimento, certidão da sentença de multa ou guia de execução de medida de segurança.

Assim, a partir do momento em que se opera o trânsito em julgado da sentença, ou mesmo que esteja pendente de recurso extraordinário, terá início com o recebimento, por um juízo especializado competente, da carta de guia ou de recolhimento (arts. 105 e 107), na pena privativa de liberdade ou medida de segurança, e o mandado executório nas penas restritivas de direitos e multa (arts. 147 e 164).

O procedimento executório foi firmado na lei, de forma bastante simples, em seus arts. 195 e 196, devendo rigorosamente ser desenvolvido perante um juízo especializado, o juízo da execução, que é o competente para dar cumprimento ao título executivo e dirimir as questões surgidas no seu transcurso; nas Comarcas onde existam Vara única, os juízos de conhecimento e de execução se confundem em um só, tornando, assim, competente à execução o juiz sentenciante.

Terá início por portaria desse juízo, o da execução, exclusivamente, por petição do Ministério Público ou do interessado, o condenado, ou de quem o represente, cônjuge, parente ou descendente, podendo, igualmente, ser por proposta do Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa. Com relação ao ofendido, seu interesse termina com a sentença condenatória, de onde se conclui que não possui legitimidade ativa no processo de execução, uma vez que a obrigação de repressão à criminalidade é do Estado, privativamente. O assistente, que atua em nome do ofendido, é admitido no juízo criminal em razão de que a decisão penal condenatória poderá lhe auxiliar no juízo civil, com vistas à reparação do dano; ou, então, no juízo trabalhista, como justificativa a despedida de empregado. Assim sendo, o interesse do ofendido está circunscrito à obtenção do título

judicial de pleitear a indenização que entender fazer jus ou justificar a despedida, esgotando-se com a sentença de conhecimento, que gera, se condenatória, o título executivo, não sendo possível sua participação, pois que ilegítima, no processo executório, que inclusive lhe desconhece a intervenção.

Os órgãos da execução penal, previstos e normatizados na Lei de Execução Penal, em seu Título III, e seus artigos 61 e seguintes, são:

1º) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

2º) Juízo da Execução;

3º) Ministério Público;

4º) Conselho Penitenciário;

5º) Departamentos Penitenciários;

6º) Patronato;

7º) Conselho da Comunidade.

Por fim, dentro deste tópico inicial, há que se definir condenado, que é aquele indivíduo sobre o qual recai uma condenação de natureza criminal, sendo o termo empregado pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 5º, para referir-se ao indivíduo que, por ter sofrido uma sanção penal, vai ser submetido à execução de uma pena (NORONHA, Magalhães, ob. cit., p. 431).

2 NOVAS QUESTÕES DA EXECUÇÃO PENAL

A crise da execução penal não é novidade, mas algo muito antigo, até mesmo cíclico, principalmente no que tange às penas privativas da liberdade, pois que é sensível aos meios de informação e comunicação social.

Ela se manifesta quando há um acirramento das violações do patrimônio e dos direitos individuais, acentuando-se com a liberdade de informar e no confronto entre o direito público e os direitos privados e individuais. Manifesta-se, ainda, de forma clara, na falta de mecanismos jurídicos e materiais que permitem executar a pena em sua plenitude.

Basicamente, não é uma crise orgânica das instituições, mas uma crise moral, posto que é fenômeno de anomia, indiferença, descrédito e insensibilidade com os institutos jurídicos, econômicos, enfim, do Estado, que geram um sentimento de ineficácia pré-anárquica. À falta de valores que orientem a conduta do homem, ele pode cair em um estado de pânico e, conseqüentemente, ser diluído pela multidão, como já ressaltava

Freud. Não obstante, essa crise não pode ser imputada às instituições jurídicas e nem ser considerada sem reversão. Devemos ver na lei, na doutrina e na jurisprudência, esse equipamento de segurança que nos leva a refletir sobre a garantia e a sobrevivência das instituições; se o reafirmamos, teremos a satisfação de todos os anseios de reorganização da sociedade e não pelos caminhos de origem meramente políticos que levam a propostas do tipo "pena de morte", que nada mais são que uma resposta a esse comportamento, de um lado anômico, e de outro agressivo.

A crise da execução penal surge de um hiato entre o sentido programático da lei e a sua aplicação prática. Segundo o pensador francês Garroux (*apud* DOTTI, René Ariel. *Código de Processo Penal*, 1987, p. 567), não basta a perfeição do sistema de tripartição dos Poderes, se não houver condições para o cumprimento da lei; assim também na execução penal. Dessa forma, o Estado deve garantir o exato cumprimento da pena.

No estado de direito, o crime tem raízes numa variada gama de razões, sendo um fenômeno de composição complexa; nele, o crime se combate com a lei e uma frente ampla jurídica e extrajurídica. Nos Estados totalitários, com a lei, que muitas vezes é a consagração do arbítrio e autoritarismo.

No estado de direito, essa frente ampla, jurídica e extrajurídica, poderíamos situá-la em duas instâncias: uma formal, onde teríamos a cadeia, a doutrina, etc., e outra material, onde estaria a família, a sociedade, as instituições representativas do grupo social, etc..

Um dos pontos cruciais no sistema penal reside na falta da dignidade da fiança, nos moldes em que atualmente se encontra, gerando o descrédito popular. Outro ponto está na falta das condições materiais das instituições jurídicas, como a falta de promotores e juízes, até a falta de recursos técnicos, tais como equipamentos do tipo máquinas de escrever modernas, telex, telefones, etc..

A falta de recursos gera a falta de estabelecimentos penais próprios para o cumprimento de cada tipo de pena; assim, não temos presídios suficientes, casa de albergado, etc.. Disso muitas vezes resulta a impunibilidade, posto que, por exemplo, na falta de casa de albergado criou-se a alternativa da prisão albergue domiciliar, sem o mínimo controle por parte do Estado. Em virtude dessa falta de condições, o sistema de progressão prisional não é seguido à risca, e se colocam nas ruas pessoas despreparadas e que geram no seio da sociedade esse sentimento de impunidade. Porém, há que se destacar as palavras de René Ariel Dotti sobre a questão: "Se os problemas da má execução ainda persistem (por carências humanas ou materiais), não se pode negar que um grande passo foi dado para positivar não apenas os princípios e as regras de um regular processo de execução, como também as fórmulas e os mecanismos para tornar efetiva as garantias de regularidade" (ob. cit., p. 565).

Uma evolução que estamos conhecendo no momento atual é, para alguns casos, a substituição das penas restritivas de liberdade pelas de direito, ou seja, por exemplo, o

trabalho em favor da sociedade, com larga aplicação nos crimes de trânsito, que apesar de há muito previsto no direito penal só agora começa a ser utilizado como um real estabelecimento do *jus puniendi*. O sistema de benefícios do tipo livramento condicional, que na realidade não tem natureza de benefício, mas sim de cumprimento de pena, via de regra sucumbem nos cartórios pela falta de quadros de funcionários que permitem o controle, contrariamente às penas restritivas de direito, que a própria sociedade se encarrega de controlar.

Como dito acima, esse chamado "sistema de benefícios" está impropriamente denominado, posto que, na realidade, não se trata de "benefícios", mas pura e tão-somente de formas de cumprimento de pena, devendo necessariamente seus mecanismos estarem submetidos a um controle jurisdicional efetivo. Para tanto, não se pode admitir que a atuação do juiz termine com a sentença condenatória. A judicialização da pena, não mais como uma questão meramente administrativa, deve ser plena e submetida aos Poderes Judiciário e Executivo e ao poder intermediário e fiscalizador representado pelo Ministério Público, que age em nome do Estado, entidade maior representativa dos interesses e anseios da sociedade. Dessa maneira, claro fica o caráter misto da execução penal, fruto do trabalho e do envolvimento do Executivo, Legislativo, Judiciário e da sociedade.

3 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Leciona Ada Pellegrini Grinover que, "na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais" (Natureza jurídica da execução penal. *In: Execução penal*. Vários autores, 1987, p. 7).

De fato, no dizer de René Dotti, a execução da pena é "um *mixtum compositum* para o qual concorrem diversos órgãos e pessoas" (A lei de execução penal. Perspectivas fundamentais. RT 598/280), não se desenvolvendo apenas no campo jurisdicional e administrativo, porém, também, no social.

Se há uma parte da atividade da execução que diz respeito unicamente a providências administrativas que visam especificamente a pôr em prática, sob o aspecto material, a finalidade última da sentença condenatória que é a pena, paralelamente é desenvolvida a fértil atividade judicial da execução, ou do juízo da execução (CUNHA, Renan Severo Teixeira da. O Ministério Público na execução penal. *In: Curso sobre a reforma penal*, 1985, p. 186).

A própria exposição de motivos do projeto que se tomou na Lei de Execução Penal afirma: "Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria

autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Processual Penal".

Assim é que a natureza jurídica da execução penal é jurisdicional sob o aspecto de que só pode ser exercida por meio do poder de conhecer, julgar e executar a sentença que tem o Poder Judiciário, e é de natureza administrativa sob o aspecto que tem a execução da pena, formalizando-a em seu fim, sendo essencialmente administrativo.

Portanto, indubitavelmente, a natureza jurídica da execução penal é de caráter misto, por envolver diferentes ramos de atividade jurídica: o jurisdicional e o administrativo.

Quanto à atividade jurisdicional, cabe, ainda, ressaltar que está vinculada ao *direito penal substancial* pelo direito subjetivo que tem o Estado de punir, e vinculada ao direito processual em razão da sanção, que corporifica essa pretensão estatal de punir, guardar estreita relação com o título executivo que sofrerá os atos procedimentais do processo de execução.

4 O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

De acordo com respeitável corrente doutrinária, a execução penal não poderia ser considerada uma ação executiva penal autônoma, mas pura e tão-somente integrante do processo penal condenatório, sendo sua fase final imprescindível ao que o processo penal se propõe, ou seja, uma parte, não menos necessária do que as anteriores, da ação penal.

Júlio Fabbrini Mirabete, concluindo raciocínio sobre o tema, afirma que "Deve-se utilizar, portanto, a expressão 'processo de execução' para designar o conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e medidas de segurança como derradeira etapa do processo penal" (*Execução penal — Comentários à Lei n. 7.210, de 11/7/84*, 2. ed., 1988, p. 48).

De outro lado, temos não menos sólida e respeitável corrente de pensamento, que se contrapõe, e à qual me associo. O mestre dos mestres de Direito Penal e Processual Penal, Magalhães Noronha, define que "A execução penal é um processo autônomo, um novo juízo penal (cf. artigo 194 da LEP) cuja competência cabe a um juízo especializado (cf. arts. 65, 147 e 195 da LEP)". (*Curso de direito processual penal*, 1990, p. 426.)

O art. 2º da Lei de Execução Penal determina que a jurisdição, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal, será exercida no "processo de execução"

Ora, é dogma do Direito que a lei não emprega palavras em excesso ou inúteis, cabendo aos seus aplicadores a exegese de seu texto. Portanto, qualquer palavra ou locução empregada na lei tem específica finalidade, e a partir daí deve-se buscar sua compreensão.

Assim sendo, o legislador, ao empregar a locução "processo de execução", não buscava referir-se apenas a um apêndice do processo penal de conhecimento, mas a um procedimento próprio, com normas próprias, que dessa lei em diante passaria a ser autônomo, buscando, por meio da atividade jurisdicional desenvolvida pelos órgãos judiciários especializados, dar atuação e materialidade à sanção a ser posta em prática pelos órgãos administrativos.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal deixa bastante claro tal objetivo ao esclarecer em seu item 15 o seguinte:

"À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2º, se estabelece que a 'jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal'".

Portanto, se o legislador ao elaborar a lei o fez por reconhecer que "A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal", ou seja, desvinculando-o do Processo Penal, dando-lhe um juízo próprio e especializado, regulado por um procedimento específico, extraíndo-o dos regulamentos da norma processual vigente, outro não pode ser o entendimento com relação à expressão legal do art. 2º da LEP o "processo de execução" referir-se a uma autônoma ação executiva penal que "visa a uma prestação jurisdicional que consiste em tomar efetiva a sanção, mediante a prática de atos próprios da execução forçada" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 1990, p. 279).

Cabe aqui ressaltar que no entender da doutrina somente as sentenças condenatórias — que aplicam a sanção ao réu (o caso lógico e natural das sentenças penais condenatórias), atribuindo ao autor um título executivo —, são, portanto, capazes de conduzir à 'execução' em sentido técnico (ob. cit. acima, p. 279).

Assim é que, tecnicamente, ao se estabelecer a nítida distinção entre processo de conhecimento e processo de execução, onde no primeiro se vai dos fatos ao direito (*narra mihi factum dabo tibi ius*), enquanto que no segundo se vai do direito (declarado pela sentença) aos fatos (modificados pela atividade executiva para cingir-se ao direito), compreender o procedimento executivo penal como singela parte final do processo penal é querer unir pólos contrários apenas porque têm origem em um mesmo corpo.

Sob o aspecto do direito processual — entendido como aquele através do qual o Estado executa suas próprias decisões, invadindo o patrimônio do devedor inadimplente e retirando daí o que baste para a satisfação do credor, ou impondo restrições ao *jus libertatis* do criminoso, para submetê-lo a uma pena corporal (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 1987, p. 57) —, importa a execução

forçada à formação de uma relação processual própria e autônoma perante a do processo de conhecimento, ainda quando seu objetivo seja o cumprimento coativo de uma sentença condenatória, conforme sói acontecer no processo penal, como irei demonstrar.

Primeiramente, para que o Estado possa realizar o *jus puniendi*, não basta que tenha exercitado o *jus perseguendi*, conforme já discutido, só podendo fazê-lo através do procedimento de execução próprio, que, pelo advento da Lei de Execução Penal, tem natureza judicial, além de administrativa. Dessa forma, conforme apregoa Magalhães Noronha (*Curso de direito processual penal*, 1990, p. 3), tem obrigatoriamente de obedecer ao princípio: *Nulla poena sine iudicio*. Isto é, não é suficiente que, para se atingir o fim colimado da aplicação da pena, tenha sido exercido o direito de ação pelo devido processo penal legal; para que o Estado aplique a sanção, exercendo o direito de punir, é imprescindível que o faça por meio de devido processo legal de execução, regulado com normas personificadas, não mais como puro corolário do processo penal.

Portanto, para respeitar tal princípio e não feri-lo, demonstrado está que o processo de execução tem que ser tratado e reconhecido como uma relação processual própria e autônoma, nulo se tomando o procedimento de execução que não obedecer suas normas específicas e que o regem, tornando-o processualmente independente do processo penal de conhecimento.

Por fim, tal princípio está consagrado e garantido como direito individual na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, que dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Isso significa que, diante do determinado pelo artigo 2º da Lei de Execução Penal, ilegal será a constrição da liberdade sem o devido processo legal de execução; Assim também, se o procedimento aplicado não respeitar as disposições dessa lei, que lhe dá forma própria, será ilegal. Desta forma, podemos dizer que, constitucionalmente, é reconhecido como processo autônomo, de procedimento independente, e imprescindível para a aplicação da sanção pelo Estado, ou seja:

"A lei penal não pode ser aplicada senão seguindo-se as formas processuais estabelecidas na lei, ou em outras palavras: o direito penal material não pode ser realizado senão pela via do direito processual penal, de sorte que ninguém pode ser punido senão mediante um juízo regular e legal. O Estado pode exercer seu direito à repressão somente pela forma processual e perante os órgãos jurisdicionais estabelecidos na lei" (FLORIAN, Eugênio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 17, apud MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*, 1991, p. 27-28).

Ensina Mirabete que, "No processo de execução, evidentemente, vigem as garantias concedidas a todo processo penal, entre os quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição, etc. (nesses sentidos: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Execução penal*. RT 623/279)". (*Execução penal* — Comentários à Lei n. 7.210/84, p. 49.)

Vale dizer, então, que, sob a égide do direito adjetivo, o processo penal está sujeito aos mesmos atos processuais típicos do processo penal e norteados, também, conforme abordado no início, pelos princípios característicos do processo penal moderno, bem como pelos princípios gerais do direito, apenas sendo que a ausência ou atenuação de alguns deles não o descaracterizam, pelo contrário, demonstram sua especialidade e autonomia com relação ao processo de conhecimento, e, à semelhança do que ocorre no cível, os atos são escritos e, após o impulso inicial, sucedem-se sob a coordenação e direção do juiz.

Fernando da Costa Tourinho Filho orienta que o processo instaura-se com a provocação do autor — aquele que pede a tutela jurisdicional. Quer dizer, o processo inicia-se com o exercício do direito de ação. Proposta a ação, em que se deduz a pretensão, o Estado, através do juiz, vai desenvolver intensa atividade para saber qual dos dois tem razão — se aquele que pediu a tutela jurisdicional ou aquele contra quem se pediu a mesma. O juiz analisa o pedido, ouve a parte contrária, recebe e recolhe as provas produzidas, determina as diligências, visando ao esclarecimento da verdade e, afinal, declara qual dos dois tem razão. Isto é processo. E é exatamente como sucede com o processo de execução penal.

O Estado-Administração, de posse do título executivo penal, declarado por via do processo de conhecimento, no intuito de garantir a fiel observância da lei, recorre ao Estado-Juiz para fazer valer sua pretensão punitiva, estabelecendo a relação processual angular, onde nos extremos do ângulo se antagonizam o Estado-Administração e o condenado, e no vértice se encontra o Estado-Juiz: "o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 1980, v. 1, p. 8).

Determina o art. 195, da Lei de Execução Penal, que o procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa; e o art. 196 dispõe que a portaria ou petição será autuada ouvindo-se em três dias o condenado e o Ministério Público, quando não forem os requerentes.

Dessa forma, clara foi a lei ao estabelecer formalmente quem são as pessoas que podem estabelecer a relação processual executiva, dando o impulso inicial e provocando a prestação jurisdicional, observando-se aqui não estar excluído o ofendido, e, conseqüentemente, o assistente de acusação, que não possui legitimidade para tanto, uma vez que seu interesse se exaure na declaração que imputa o fato delituoso ao réu.

No entanto, os abalizados combatentes da tese aqui esposada argumentam que, ao poder o juiz agir de ofício, elimina-se a provocação judicial pelos interessados na composição da lide, afastando o caráter do processo de execução como ação autônoma de execução.

Porém, nos ensina Júlio Mirabete (ob. cit., p. 271), notável expoente dessa corrente, que “A sentença penal condenatória transitada em julgado constitui-se no título executivo necessário e imprescindível ao processo de execução penal. Como instrumento desse título executório instituiu-se na lei anteriormente denominada ‘carta de guia’ (arts. 674 e seg. do CPP), agora chamada na Lei de Execução Penal como “guia de recolhimento” para a execução (art. 105 da LEP). Essa denominação provém do fato de que é ela o guia para os executores da sentença condenatória.” Mais adiante completa: “Quem determina a expedição da guia de recolhimento é o juiz da sentença depois que transitar em julgado a decisão, pois antes disso não se aperfeiçoou o título executivo” remetendo-a ao juiz encarregado da execução.

Assim, o juiz sentenciante, já tendo encerrado sua jurisdição, ao expedir a guia de recolhimento o faz em nome do Estado-Administração e não mais como Estado-Juiz, enviando o título executivo ao juiz da execução, que agora passa a representar o Estado-Juiz. Portanto, quando este, nos termos do citado art. 195, inicia o procedimento judicial por portaria (art. 196 da LEP), não o faz por iniciativa própria, mas provocado pelo Estado-Administração, na pessoa do juiz sentenciante.

A expressão “de ofício” empregada no art. 195 da LEP deve ser entendida como dando poderes ao magistrado da execução, frente ao título executivo, de iniciar o procedimento, instaurando o processo executivo, sem ouvir ninguém, nem mesmo o Ministério Público; o que só o fará num segundo momento, o do art. 196, quando já instalado o contraditório.

Com isso demonstra-se que a expressão “de ofício”, empregada no art. 195 da LEP, ao invés de afastar o caráter processual autônomo do processo de execução penal, o *reafirma*, pois que, da mesma forma que o processo penal de conhecimento, ele também evidencia a dualidade das posições do Estado na busca da imposição da sanção, ora como mediador do conflito de interesses, ora como titular do interesse maior da sociedade.

Apenas para fechar este ponto, deixando bem claro o acima afirmado, mais uma vez socorro-me das próprias palavras do mestre Mirabete, mesmo que estas contrariem seu pensamento, exemplificando o aqui abordado:

“Expedida a guia de recolhimento e recebida esta pela autoridade administrativa competente, procede-se aos atos relativos à execução da pena. Por isso, embora não se disponha expressamente na lei de execução, uma cópia do instrumento deve ser remetida ao juízo competente, indicado na lei local de organização judiciária (art. 65 da LEP) no caso de não estar afeta a execução ao próprio juiz da sentença. Tal providência é indispensável, pois é a partir do recebimento da guia de recolhimento pelo juiz que se estabelecem ‘de fato’ as condições materiais para que se possa exercer na prática a competência do magistrado para a execução da pena, tanto no que se refere aos atos jurisdicionais quanto aos

atos administrativos incluídos entre as suas atribuições pelo artigo 66 da LEP. Entretanto, passada em julgado a sentença condenatória, que traz consigo a presunção de legalidade e justiça, não cabe ao juiz do processo, diante da imutabilidade da coisa julgada, alterar a decisão nem manifestar-se sobre a execução. Isto lhe é vedado ainda que não se tenha expedida a guia de recolhimento. Este documento é apenas o ‘instrumento’ do título executivo constituído pela sentença. Sua expedição não pode se constituir no requisito que firma a competência do Juízo” (ob. cit., p. 273).

Com relação à pena de multa, o processo de execução tem seu procedimento regulado pelo art. 164 da LEP, que terá início após o trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo da mesma ser extraída certidão, que valerá como título executivo judicial, e o Ministério Público, único legitimado a fazê-lo, requererá, em autos apartados, a citação do condenado para o pagamento no prazo de dez dias ou nomear bens à penhora. Decorrido o prazo sem o respectivo pagamento ou nomeação de bens, serão penhorados tantos quantos bastem a garantir a satisfação do Estado credor. Tanto esses atos quantos os seguintes obedecerão o disposto na lei processual civil.

Com isso evidencia-se em definitivo o caráter de ação autônoma do processo executivo, pois que não há como se admitir que apenas em função da natureza da obrigação-sanção a ser cumprida em cada título executivo — pena de multa ou privativa de liberdade — modifique-se tão profundamente a sua espécie. Portanto, o art. 164 da LEP é a confirmação de que o processo executivo penal não é apenas um apêndice do processo penal de conhecimento, mas uma verdadeira ação autônoma de execução.

Outro argumento empregado contra a tese aqui defendida é o de que a execução penal é sempre forçada. Este raciocínio é facilmente rechaçável pela análise do art. 195, e como corolário o art. 106, ambos da LEP, que determina que o procedimento judicial poderá ser iniciado, também, pelo interessado ou por quem o represente, como o cônjuge, parente ou descendente.

Isso significa que o processo de execução pode ser iniciado por provocação da parte passiva, o executado. O caráter coercitivo que tem o título executivo não representa que só possa ser saldada a obrigação por via forçada e não voluntária e espontânea.

Derradeiro argumento contrário é o de que, para o início da execução penal, não se exige nova citação, podendo a pena ou medida de segurança ser executada assim que a sentença condenatória transita em julgado, nem se concedendo ao condenado prazo para a defesa ou contestação (MIRABETE, ob. cit., p. 48).

Bem, já de início, em relação à pena de multa, falece tal questionamento posto que o analisado artigo 164 dispõe sobre a necessidade da citação do condenado.

Quanto à pena privativa de liberdade, resolve-se de maneira singular. Segundo José Frederico Marques, citação é “ato processual com que se dá conhecimento ao réu da

acusação contra ele intentada a fim de que possa defender-se e vir integrar a relação processual" (*Elementos de direito processual penal*, 1961, v. 2, p. 11). Em suma, é chamamento do réu ao processo para que venha compor a lide, realizado por meio e um ato oficial, sendo um pressuposto da ação.

Dispõe o art. 105 da Lei de Execução Penal que o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução "se o réu estiver ou vier a ser preso". Assim, para a expedição da guia de recolhimento não basta o trânsito em julgado da sentença condenatória, só podendo ser expedida se o réu estiver preso provisoriamente ou se for cumprido o mandado de prisão.

No segundo caso, o réu solto, o cumprimento do mandado de prisão traz o réu ao processo para integrar a relação processual executiva, recebendo a ciência da execução e seus termos por via da guia de recolhimento, estando, portanto, citado.

No primeiro caso, já se encontrando preso provisoriamente o condenado, a citação e a ciência se darão diretamente pela guia de recolhimento (art. 107 da LEP).

Integrado à lide, o procedimento prosseguirá nos termos do disposto no art. 196 da LEP, ouvindo-se o condenado e o Ministério Público em três dias, produzindo-se provas, se necessário, pericial ou oral, decidindo o magistrado logo após, ou em audiência designada, cabendo recurso da decisão (art. 197 da LEP).

Portanto, ao contrário do que entende a corrente oposta ao pensamento aqui desenvolvido, a citação no processo de execução penal existe e é pressuposto fundamental para composição da relação processual, e se dá com o chamamento do condenado ao processo por via de sua prisão, se livre estiver, ou da ciência da guia de recolhimento, se preso se encontrar.

No que concerne à falta de prazo para a defesa e contestação, é da mesma forma argumento improcedente, uma vez que o exaustivamente abordado art. 196 da LEP determina que o condenado será ouvido no prazo de três dias após autuada a portaria ou petição que inicia o processo executório.

De outro lado, também conforme já abordado, é princípio que orienta o processo de execução, o contraditório, que consiste na igualdade das partes dentro do processo (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*, 1990, p. 7).

Entretanto, é fundamental se ressaltar que o processo de execução não admite, por sua natureza, defesa ou contestação, pois que o título executivo traz em si a certeza e a liquidez, sendo defesa tal discussão, que é matéria de processo de conhecimento. No caso, é permitido, ao se ouvir o condenado ou o Ministério Público, ou em qualquer fase do procedimento ou cumprimento da obrigação, com o surgimento de algum incidente, excesso ou desvio, a oposição de defeito no título executivo, cumprimento já realizado no todo ou em parte, prescrição, etc..

Concluindo esta parte deste trabalho, o processo de execução é um procedimento autônomo, desvinculado do processo penal de conhecimento, com atos concatenados determinados por norma própria, a Lei de Execução Penal, e que tem por objeto efetivar as disposições da sentença condenatória — o título executivo judicial penal — e proporcionar ao condenado condições harmônicas de integração social, através da realização material da pretensão punitiva do Estado, tomada efetiva pela prestação jurisdicional.

5 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal define o Ministério Público, em seu art. 127, como a "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", isto é, na sociedade contemporânea, o Ministério Público é a Instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p. 186).

O Estado social de direito tem como característica fundamental a proteção ao hipossuficiente, ou fraco, que tem como origem de sua condição os mais variados vetores sociais, tais como a idade, desenvolvimento mental e intelectual, grau de experiência de vida, situação econômica, capacidade de ação ou compreensão, etc., e proteção aos direitos e interesses que atingem todo o grupo social, buscando-lhe a preservação — conseqüentemente acima da esfera individual, e, portanto, dificilmente resguardado por mero impulso individual — por falta de amparo do próprio grupo ou por impossibilidade de enfrentar interesses de parcelas do grupo que se contrapõem ao interesse maior da sociedade.

Assim é que o Estado moderno, atual e democrático, "assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna — e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos" (ob. cit., p. 186, *in fine*).

Dentro desta doutrina de atuação, hoje erigida em nosso ordenamento jurídico à condição de obrigação e prerrogativa constitucional, os integrantes do *Parquet* atuam nesse sentido quando são os titulares, em nome do Estado, da *persecutio criminis*, postulando em juízo a pretensão punitiva dele e buscando a repressão ao crime, que macula os valores fundamentais de preservação da sociedade como um todo, e não apenas do indivíduo ofendido, ou quando no cível buscam a preservação de determinadas instituições, como os registros públicos, fundações, família, assim como de bens e valores difusos: meio-ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, ou, ainda, de pessoas determinadas: consumidores, ausentes, incapazes, acidentados do trabalho, etc..

Da mesma forma, está inserida dentro dos interesses maiores da sociedade a repressão à transgressão às normas que visam perenizar os valores fundamentais da sociedade, punindo o indivíduo que o fizer, assim como procurando reintegrá-lo novamente ao grupo social, também em razão do interesse maior de preservação global. Surge aí a razão da necessária participação do Ministério Público para a concretização desse objetivo como órgão maior de proteção aos interesses da sociedade como um todo, e na proteção aos direitos individuais do hipossuficiente, onde se enquadra o elemento transgressor das normas sociais. Esta é, basicamente, a participação do Ministério Público na Execução Penal, eis que ele é "instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis..." (artigo 1º da Lei Complementar n. 40/81, Lei Orgânica do Ministério Público).

Assim sendo, é o *Parquet* o encarregado, ou titular da obrigação, de, em nome do Estado-Administração, fazer valer a vontade da sociedade, da qual — bem como de todas as outras vontades e interesses — o Estado é o depositário e executor do direito de punir.

O artigo 257 do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente na execução penal, conforme art. 2º da LEP, diz que o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei. A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, determina que é função institucional da Instituição promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei. Portanto, como já abordado, cabe-lhe, exclusivamente, promover a *persecutio criminis*, levando-a a juízo. "O Estado-Administração como sujeito ativo da pretensão punitiva tem no Ministério Público o órgão a que delega as funções destinadas a tornar efetivo o direito de punir, como dispõe, aliás, o artigo 24 do CPP" (MIRABETE, J. F. *Processo penal*, ob. cit., p. 316, *in fine*).

Porém, a lei específica que normatiza o procedimento executório, a LEP, em seu artigo 195, dispõe que o procedimento judicial (executório) iniciar-se-á de ofício, a requerimento do interessado ou de o Ministério Público, mediante proposta do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, o que tiraria a titularidade do Ministério Público, em caráter de exclusividade, de promover a ação de execução; ou descaracterizar esta como processo autônomo.

Quanto a esta segunda assertiva, já foi suficientemente abordada e rebatida, especialmente sob este aspecto, no item anterior deste trabalho, despiendo-se tomando fazê-lo novamente.

No que tange à primeira, aparentemente surge uma contradição; ou então, teria referido artigo derogado o art. 257 do Código de Processo Penal, ao menos com relação ao processo de execução penal; acentuando-se a contradição em frente do dispositivo constitucional tratado acima.

Entretanto, como dito, esta contradição é apenas aparente. Primeiramente, com relação ao juiz agir de ofício, conforme já discutido, em realidade ele não está agindo de

moto próprio, como leva a crer a expressão "de ofício", mas provocado pelo juiz sentenciante que age em nome do Estado-Administração; portanto, o juiz da execução apenas exerce a sua função de prestar a jurisdição, pois que "Não pode ser ele parte e julgador ao mesmo tempo", segundo o entendimento do Procurador de Justiça, Antônio Scarance Fernandes (O Ministério Público na execução penal. *In: Execução penal* — Vários autores, p. 34).

Com relação ao interessado poder também requerer o início do procedimento executório, nos termos já abordados, nada mais caracterizado que o estabelecimento da execução voluntária, onde o Ministério Público continua a ocupar o seu papel de titular da ação penal e é convocado a assumi-lo. Portanto, a provocação da jurisdição por ele não significa que passe a ocupar o pólo ativo na relação processual, pois que não pode ser ambas as partes ao mesmo tempo, ou seja, pólo ativo e passivo da ação penal. Apenas excita o sistema processual, para que possa cumprir com sua obrigação, perante a inércia do Estado, porém, sem descaracterizá-la.

Por fim, quanto ao procedimento executório poder ser iniciado por "proposta" do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, outro entendimento não há a socorrer. O termo empregado — "proposta" —, à luz do já referido dogma do direito de que a lei não emprega palavras erradas ou inúteis, nos leva à conclusão de que necessariamente deve ter entendimento diverso do termo "requerimento", empregado na mesma letra da lei para definir o ato processual praticado pelo Ministério Público quando dá início ao procedimento; assim, é forçoso reconhecer-se que as ações são diversas.

A proposta é o ato de submeter à apreciação, sugerindo (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*), e requerimento é o "ato pelo qual se pede ou se solicita a feitura ou a execução de alguma coisa ou a satisfação de alguma pretensão" (SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. IV, 1989, p. 108), isto quer dizer: "requisitar significa 'pedir com autoridade' ou exigir" (*idem*). A requisição é a exigência legal para que se cumpra, faça ou preste o que é exigido, ordenado ou pedido.

Portanto, o Conselho Penitenciário ou a autoridade administrativa, ao movimentarem o Poder Judiciário na busca da satisfação do *jus puniendi*, não o estarão fazendo como sujeitos ativos da ação penal, titulares do direito de ação, mas tão-somente como integrantes do Estado-Administração, que se quedou inerte por via de seus órgãos encarregados de pleitear em juízo a tutela jurisdicional executiva, o Ministério Público — titular exclusivo da ação penal pública. A mera proposta não coloca tais órgãos administrativos na condição de integrantes da ação penal, posto que de fato são órgãos participantes do procedimento, necessários à realização da pretensão material que tem o Estado de punir.

Concluindo, as outras pessoas, físicas e jurídicas, relacionadas no art. 195 da LEP junto ao Ministério Público, têm a possibilidade de dar o impulso oficial no processo judicial de execução sem, no entanto, em virtude disso, passarem a integrar a ação penal no pólo ativo, cuja legitimidade única é do Estado, por via da titularidade exclusiva do

Parquet, o que se evidencia na observação de que, mesmo que tais pessoas suscitem a prestação jurisdicional, sua atuação processual neste pólo disso não passará, retornando todas elas à sua específica função, em nenhum momento sendo chamadas pela lei a praticar atos pertinentes ao sujeito ativo da relação; o que demonstra claramente que ela assim não as reconhece, mas só mesmo ao Ministério Público que é convocado a assim agir, conforme passo a discorrer a seguir.

Diante do que foi abordado, nítida fica a função e papel de parte do Ministério Público no processo de execução, à semelhança do que ocorre no processo penal de conhecimento, pois cumpre-lhe provocar, como titular desse direito, a atividade jurisdicional, para que seja alcançada uma pretensão punitiva devidamente declarada, como resultado da *persecutio criminis*, no título executivo, cabendo-lhe, como representante da sociedade, efetivar a sanção imposta na sentença.

Uma vez que o Estado, para tornar efetiva essa sanção por meio da tutela jurisdicional, precisa necessariamente fazê-lo através do *Parquet*, mesmo que o impulso inicial não tenha sido exercido por ele, evidente resulta o seu papel e função de parte no processo de execução, exatamente da mesma maneira como ocorre no processo de conhecimento, resguardadas apenas as peculiaridades inerentes a cada um deles.

Como parte, será indubitável sua legitimidade *ad causam*, conforme já analisado, e sua capacidade postulatória, podendo praticar todos os atos necessários à efetiva aplicação do *jus puniendi*, ou seja, pode requerer e intervir, produzindo provas, requisitando diligências, sendo intimado de todos os atos processuais, ser intimado de todas as decisões tomadas no curso do processo, tanto jurisdicionais como administrativas, opinando previamente antes que sejam tomadas, das mesmas podendo recorrer, enfim, praticar todos os atos inerentes à típica função de parte.

Não bastasse sua função como parte no processo de execução, tem também o Ministério Público o nítido papel de *custos legis*, isto é, “substancialmente, o Ministério Público tem uma atividade fiscalizadora em toda a sua atividade funcional, quer na esfera civil, quer na esfera penal. Sempre que estiver em discussão numa relação jurídica litigiosa, num conflito de interesses, uma norma de ordem pública ou um direito indisponível, irrenunciável, impõe-se a função fiscalizadora dessa Instituição” (MIRABETE, J.F. *Execução penal* — Comentários à Lei n. 7.210/84, p. 215), não carecendo de maiores indagações e discussões o reconhecimento de que na relação jurídico-processual da execução penal estão envolvidos fundamentalmente normas de ordem pública e direito indisponíveis, tanto sob o ângulo do Estado como do condenado.

Sendo em sua essência o *Parquet* um órgão que fiscaliza a aplicação da lei, comanda o art. 67 da LEP que fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Assim, incumbe-lhe a obrigação de zelar pela correta, rigorosa e fiel observância do direito objetivo, de forma imparcial na extrema observância dos requisitos determinados pela norma legal para o resgate do título executivo penal.

Na execução penal está envolvido um interesse público maior, primário, que se contrapõe ao direito individual e indisponível do condenado: o *status libertatis*. Nessa relação antagônica pode, e só acontecer situações em que, em atendimento a um interesse público secundário, sejam alterados, ou até mesmo totalmente desprezados, os limites estabelecidos no título executivo, pois que não se pode afirmar que normalmente o interesse da Administração está em consonância com os interesses maiores da sociedade como um todo, como, por exemplo, o sistema penitenciário local de determinada Comarca, por via da autoridade administrativa encarregada do cumprimento material da pena, recusa, por questões de logística — falta de pessoa — e espaço físico próprio, o banho de sol ou assistência religiosa aos condenados que ali cumprem pena; aos interesses públicos secundários da administração, de não se equipar para dar as condições necessárias ao fiel cumprimento da lei, respeitando os direitos legais do condenado, se contrapõe o interesse público primário de preservação da integridade física do indivíduo e a sua recuperação para o convívio social.

De outro lado, tem-se também a ferrenha disposição do condenado em fazer valer o seu irrenunciável direito ao *status libertatis*, mesmo que isso signifique, por vezes, a transgressão ou alteração dos limites impostos no título executivo judicial, situação, da mesma maneira, corriqueira no dia-a-dia da execução penal, especialmente em épocas especiais — fim de ano, páscoa, etc. —, quando são concedidos os indultos, graças e anistias. Exemplo típico é o caso do condenado a cumprir sua pena inicialmente em regime semi-aberto e que pleiteia fazê-lo nas condições e prerrogativas que, em realidade, são peculiares e próprias do regime aberto. Avalizando a idéia e demonstrando o exemplo, trago exponencial Acórdão proferido pela Corte Maior de nosso Estado, e o voto do relator, nesse sentido, proferido no Recurso de Agravo n. 78/1, da Comarca de Lavras, cujo relator foi o Des. Gudesteu Biber, e publicado na revista *Jurisprudência Mineira* 112/288:

Execução penal — Regime semi-aberto — Autorização para trabalho externo — Progressão do regime.

“Transitada em julgado, sem interposição de recurso, decisão que fixa o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena, não pode o réu, na fase de execução, requerer autorização para trabalho externo em atividade particular, sem observar o procedimento legal da progressão do regime carcerário.”

O voto do Sr. Des. Relator esclarece sobremaneira o pensamento expedido, conhecendo do recurso, entendendo-o como próprio, tempestivo e regularmente processado, sem, no entanto, dar-lhe provimento:

“O MM. Juiz a quo reconheceu em sua sentença a primariedade, os bons antecedentes, a aptidão para o convívio social dos sentenciados. Apesar disso fixou-lhes o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena.”

Os agravantes, entretanto, se conformaram com a decisão proferida, deixando-a transitar em julgado sem interposição de recurso próprio.

Agora, na fase de execução da penal requerem autorização para trabalho externo em atividade particular ao argumento de permanecerem presos na cadeia pública em desobediência à Lei de Execução Penal.

Inviável a pretensão recursal sem prévia progressão de regime carcerário. De fato, dispõe o art. 112 da Lei n. 7.210/84: 'a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão'.

No caso em apreço equivale dizer que os agravantes teriam o regime inicial progredido para o aberto, equiparado à prisão-albergue. O ingresso do sentenciado em tal regime poderá ocorrer no início ou durante a execução da pena. Na segunda hipótese, conforme a exposição de motivos da Lei n. 7.210/84, além dos requisitos de comprovação da possibilidade de trabalhar imediatamente, de seus antecedentes e fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, exige-se também do condenado o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior.

Na espécie, não há prova nos autos de que tenham os recorrentes satisfeito o requisito temporal, pois foram condenados em 23/3/90. Tal constatação só seria possível no Juízo da Execução, sobretudo, porque há referência na sentença de que os sentenciados tiveram suas prisões preventivas decretadas.

Sem o procedimento legal da progressão do regime, impossível conceder-lhes o benefício do trabalho externo em atividade particular.

Devem, pois, os recorrentes primeiramente postular junto ao Juízo da Execução a progressão do regime prisional e, por via de consequência, autorização para trabalho externo que, aliás, é obrigatório no regime aberto. Isto posto, nego provimento ao recurso."

Portanto, tanto num caso como no outro — a Administração impondo seu interesse secundário ou o condenando exigindo condições que não faz jus ou não existem na norma legal —, deve o Ministério Público atuar na defesa do interesse maior da sociedade, fiscalizando a exata e fiel aplicação da lei penal, processual, e especificamente a de execução penal, garantindo a legalidade do procedimento, impedindo o abuso, o excesso e a irregularidade na execução penal, não transigindo nunca, em momento algum, mesmo que no seu íntimo entenda ser necessária alguma ação da Administração ou pleito do condenado, porém, distante da letra da lei, pois que é indisponível ao *Parquet* a obrigação

de fazer cumprir a lei e o devido processo legal, sendo-lhe vedado criar entendimentos casuísticos e circunstanciais, devendo, se o magistrado o fizer, deles incontinenti recorrer, pois só há devido processo legal se se aplica a lei, nos seus estritos termos, cumprindo-se o comando constitucional da garantia dos direitos fundamentais.

Diz René Ariel Dotti (*Código de Processo Penal*, 1987, p. 548) que "As omissões e as mazelas do sistema penitenciário devem ser combatidas com os meios legais e legítimos."

Mas, só haverá estado de direito, combatendo-se os abusos da Administração, garantindo-se os cidadãos contra os mesmos, se ao condenado se aplicar os exatos limites do título executivo e da norma legal, abstendo-o das benesses sem qualquer amparo legal, por mínimas que sejam, uma vez que a não-observância fielmente rigorosa da disposição legal implica em séria e irremediável mácula ao estado de direito, o interesse maior da comunidade, e o perigoso desvirtuamento das funções do Ministério Público.

O jovem e brilhante Promotor de Justiça, Sérgio Parreiras Abritta, expoente do Ministério Público de nosso Estado, em recente parecer publicado no *Minas Gerais* de 11 de dezembro de 1991, tratando de questão interna da Instituição, expendeu pensamento no sentido aqui defendido, e de tal sorte abrangente e universal, que tomo a liberdade de dele socorrer-me para abalizar a idéia exposta:

"O Promotor deve ser, antes de tudo, 'legalista', isto é, deve pugnar pela observância das leis. O art. 127 da Constituição Federal proclama que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, e o parágrafo primeiro do mesmo artigo que é princípio institucional do Ministério Público sua independência funcional. É permitido, assim, ao Promotor de Justiça, diante de seu livre convencimento, requerer, com base na lei e na sua consciência, aquilo que entender de direito. Interpretar a lei não significa opinar contrariamente a ela. Agindo desta última forma, criadas ficariam situações absolutamente inaceitáveis para a instituição, porque um principium, regra fundamental e 'geral', só pode ser tido como tal se tiver aplicabilidade a toda gama de situações. Poder-se-ia, pois, chegar à conclusão de que um Promotor de Justiça, no caso de um homicídio perpetrado por dezenas de pessoas contra um preso que tivesse cometido crimes sórdidos, devesse deixar de denunciá-los, sob a alegação de que sua eliminação era medida de interesse extremo da coletividade. Não estaríamos mais sob o império da lei, mas da desordem e do arbítrio. O exemplo radical foi dado para ilustrar o grau de perplexidade que se incutiria na sociedade com a possibilidade de uma interpretação tão flexível da lei, que admitisse sua própria negação. E onde seriam encontrados os critérios para distinguir o bem do mal, na decisão de não aplicar a letra fria da lei em determinadas situações? Não haveria o perigo de se 'tomar o mal por bem', como afirmava C.F. Gellert? E a possibilidade de visões

individuais maniqueístas absolutamente díspares? Não seria um caminho aberto para a prática de injustiças? Discutir a lei que se vai aplicar, até o ponto de negá-la, é, acima de tudo, ofender a ordem jurídica e, por consequência, a própria Constituição Federal. Vale lembrar que os regimes ditatoriais usavam e abusavam dessa forma de 'discussão' da lei, para justificar vários atos ignominiosos. O 'axioma' il fine giustifica i mezzi, atribuído a Maquiavel, deve, assim, ser evitado na prática diária da consecução da justiça. É a prudência que deve nortear a atividade do órgão defensor do regime democrático."

Cesare Beccaria, em sua incansável luta judicial e do poder político, no distante século XVIII, quando o cumprimento da lei estava à mercê da vontade dos soberanos e da nobreza, demonstrando todo o imenso temor ao desrespeito às leis, afirmou em sua magistral obra (*Dos delitos e das penas*), 1983, p. 17, o seguinte:

"Sendo as leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que leva os homens a se reunirem em sociedade."

Fundamentalmente, deve o Ministério Público pugnar pela estrita e correta aplicação da lei, nos seus exatos termos, tanto como parte como fiscal da lei, funções que acabam por se confundir, dando legitimidade, nos dois casos, de praticar e participar de todos os atos processuais, pois quando o *Parquet* age como parte, em nome do Estado, nada mais estará fazendo do que exigindo a obediência à lei visando alcançar o *jus puniendi*, ou seja, fiscalizando a sua aplicação; portanto, as duas funções, no processo de execução penal, chegam mesmo a se confundir.

A própria jurisprudência tem entendido que, ao oficiar o Ministério Público em todo o processo de execução, como determina o art. 67 da LEP, pouco importa que o faça na condição de parte ou *custos legis*, pois que sempre terá vista dos autos para assegurar a correta aplicação da lei e o cumprimento do título executivo, pretensão do Estado.

Segundo as palavras do Procurador de Justiça Antônio Scarance Fernandes "A sua postura no processo pode mudar, mas age sempre em função do interesse que justifica a sua atuação...", para mais adiante completar: "Assim, em síntese, parece que, melhor do que afirmar ser o Ministério Público em sua função típica parte ou fiscal da lei, é conceituá-lo sempre como parte, atuando na defesa de direitos indisponíveis, ora participando efetivamente do contraditório, ora não tendo essa mesma participação" (ob. cit., p. 27-28).

O imprescindível é que, para que o Ministério Público possa exercer sua função no processo de execução, independente se parte ou *custos legis*, deve o órgão do *Parquet* ser sempre intimado de todas as decisões prolatadas durante seu desenrolar, indiferentes sejam judiciais ou administrativas, e dar-lhe ciência dos atos praticados.

Se jurisdicionais, deve necessariamente, pelo princípio do contraditório, como analisado presente no procedimento executivo, opinar previamente, requerer medidas e recorrer das decisões do magistrado, quando preciso.

Se administrativas, deve recorrer aos meios processuais à disposição previstos na Lei de Execução, especialmente o incidente de excesso ou desvio previsto no art. 185 da LEP, e o 186, que legitima o Ministério Público a propô-lo, bem como oficiar às autoridades administrativas superiores com o objetivo de coibir ato abusivo de funcionários de qualquer nível, inclusive requerendo providências da Administração Pública se os fatos assim exigirem.

Ressalte-se, ainda, que não sendo dada a necessária oportunidade ao Ministério Público de se manifestar, inevitavelmente se estará incidindo em nulidade, que, em razão do interesse público envolvido, bem como dos direitos indisponíveis presentes, para se obter a declaração de nulidade, independe de demonstração de prejuízo para o Ministério Público, excetuados os casos alcançados pelos artigos 563, 565 e 566 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido mais uma vez busco a oportuna lição do mestre Antônio Scarance Fernandes que diz que "não é mais admissível que se imagine um processo de execução penal sem obediência ao princípio do contraditório, em todos os procedimentos judiciais que forem instaurados. Só assim será garantida a imparcialidade do juiz que, ouvindo as partes, decidirá com maior segurança" (ob. cit., p. 34).

Diz Paulo Lúcio Nogueira, sobre o tema, que "Deve, pois, o juiz manifestar-se, deferindo ou não diligências requeridas pelo Promotor de Justiça, ou determinar que se pronuncie sobre o mérito, pois lhe está vedado proferir decisão sem que o órgão acusatório se pronuncie sobre o mérito da questão, como, aliás, já reconheceu a jurisprudência (RT, 640/290)". (*Comentários à lei de execução penal*, 1990. p. 83.)

Derradeiramente, destaca-se que, à luz da disposição contida no art. 196 da LEP, tem o Ministério Público o prazo de três dias para suas manifestações nos procedimentos judiciais de execução.

Necessário, ainda, tratar do recurso cabível em face das decisões proferidas pelo juiz, que é o agravo, firmado por meio do art. 197 da LEP. Tal recurso recebeu da jurisprudência a denominação de "agravo em execução", e quanto ao seus prazos, ritos, requisitos, etc., orienta a doutrina e a jurisprudência que, por analogia, devem ser empregadas as regras referentes ao agravo de instrumento do Código de Processo Civil (arts. 522 a 529), havendo, no entanto, corrente que entende, com base no artigo 2º da LEP, que seriam aplicadas as normas inerentes ao recurso em sentido estrito. Porém, a primeira tendência é que vem se firmando, com expressivas adesões, indicando ser a mais apropriada e coerente ao processo executivo penal.

Observa-se que o art. 197 da LEP, em sua parte final, não confere ao agravo em execução o efeito suspensivo. Assim sendo, se a falta desse efeito, isto é, o cumprimento

da decisão agravada, implicar em flagrante ilegalidade ou possibilidade de dano impossível ou incerta reparação, caberá o mandado de segurança visando dar efeito suspensivo ao recurso, segundo o parecer de Alcy Menna Barreto de Araújo, acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (revista *Justitia* 134/160), e no entendimento de diversas jurisprudências (RT 629/327, 629/331, 627/281).

Finalmente, caso denegado o agravo ou se admitido tiver seu normal processamento obstado, o recurso próprio a ser empregado é a carta testemunhável, prevista no artigo 639 do Código de Processo Penal.

Para que se possa encerrar a abordagem da função do Ministério Público no processo de execução, incompleto ficaria se se relegasse ao desprezo sua fundamental ação administrativa, prevista no parágrafo único do art. 67 da LEP, que dá atribuições ao *Parquet* de visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua visita em livro próprio, mas, principalmente, não se restringindo apenas a marcar a presença, mas verificando as condições de seu cumprimento, ouvindo os presos, enfim, zelando pelo fiel cumprimento da lei de Execução no aspecto material e administrativo.

6 CONCLUSÃO

1º) O processo de execução é um procedimento autônomo, desvinculado do processo penal de conhecimento, com atos concatenados determinados por norma própria, a Lei de Execução Penal, e subsidiariamente o Código de Processo Penal, tendo como base o Código Penal, e que tem por objeto efetivar as disposições da sentença penal condenatória — o título executivo judicial penal — e proporcionar ao condenado condições harmônicas de reintegração social, através da realização material da pretensão punitiva do Estado, tornada efetiva pela prestação jurisdicional.

2º) O Ministério Público atua como parte e fiscal da lei — *custos legis* — no processo de execução. Como parte, porque representa o Estado na relação processual para ver efetivado o *jus puniendi*, declarado no processo penal de conhecimento, só podendo o mesmo agir por meio do *Parquet*, único órgão que tem o legítimo direito de fazê-lo em seu nome no Juízo penal, por determinação constitucional e da norma específica. E é fiscal da lei, pois que na relação processual executiva estão envolvidos normas de ordem pública e direitos indisponíveis, irrenunciáveis, tanto do Estado — depositário e representante dos anseios e interesses maiores da sociedade — como do condenado, que, mesmo estando no pólo passivo da relação, preserva seus direitos e garantias fundamentais enquanto homem e cidadão.

3º) Independente da natureza de sua função no processo de execução, parte ou fiscal da lei, que se fundem em uma só, possui o Ministério Público legitimidade *ad causam* e capacidade postulatória, podendo praticar todos os atos necessários ao fiel cumprimento do título executivo penal, podendo requerer e intervir em todas as fases do procedimento, produzir provas, requisitar diligências, tomar ciência de todos os atos

praticados, tanto judiciais como administrativos, ser intimado de todas as decisões tomadas no curso do processo, devendo obrigatoriamente opinar previamente antes que sejam tomadas, sob pena de nulidade, e que, pelas mesmas razões que justificam sua participação, não carece de ser demonstrado o prejuízo pela omissão do ato obrigatório, podendo, por fim, recorrer das decisões judiciais e impetrar mandado de segurança com vistas a dar o efeito suspensivo ao recurso.

4º) As atribuições do Ministério Público no processo de execução envolvem também a função administrativa de visitar periodicamente o sistema penitenciário, no mínimo uma vez por mês, registrando sua visita em livro próprio; verificar as condições dos condenados, pessoais e de cumprimento da pena, zelando pelo fiel cumprimento da Lei de Execução Penal sob o aspecto administrativo.

5º) Deve o Promotor de Justiça pugnar pela estrita e exata aplicação da lei, em seus exatos termos, sendo-lhe indisponível a obrigação de fazer cumprir a lei e o devido processo legal, vedado criar entendimentos casuísticos e circunstanciais, para a garantia do estado de direito, e só há estado de direito com o devido processo legal, e só há devido processo legal se se aplica a lei.

7 BIBLIOGRAFIA

ABRITTA, Luiz Carlos. Importância da comissão técnica de classificação (CTC) e centro de observação criminológica (COC). Revista *JUS* 9/101.

ABRITTA, Sérgio Parreiras. Parecer sobre função do órgão do Ministério Público. *Minas Gerais* de 11/12/91.

ARAÚJO, Alcy Menna Barreto de. Parecer em mandado de segurança impetrado por Promotor de Justiça para dar efeito suspensivo a recurso de agravo em execução penal. *Justitia* 134/160-163.

BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, tradução de Torriero Guimarães, 1983.

BIBER, Gudesteu; Voto proferido em acórdão sobre autorização para trabalho externo em regime semi-aberto. *Jurisprudência Mineira* 112/288.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1956.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal*. Madrid, 1979.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1990.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo* — Breves comentários ao Código. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CUNHA, Renan Severo Teixeira da. O Ministério Público na execução penal. *In: Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DAMÁSIO, E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. São Paulo: Renovar, 1988.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1990.

———. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1987.

DOTTI, René Ariel. Processo penal executório. *RT* 576/309-322.

———. A lei de execução penal. Perspectivas fundamentais, *RT* 598/275-286.

———. Problemas atuais da execução penal. *RT* 563/279-298.

———. A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Justitia* 129/34-54.

———. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERNANDES, Antônio Scarance. O Ministério Público na execução penal. *In: Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, São Paulo: RT, 1990.

———. Natureza jurídica da execução penal. *In: Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*.

KUEHNE, Maurício. O *sursis* e a lei de execução penal. *Rev. JUS* 7/127.

———. A execução penal. *JUS* 8/133.

———. Limites das penas — Progressão de regimes. *JUS* 10/103.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1989.

Execução penal — Comentários à Lei n. 7.210, de 11/7/84. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1988.

———. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

ROGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Execução penal. *RT* 623/257-263.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. Bauru: Jalovi, 1988.

AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO *

ROGÉRIO GRECO
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal de iniciativa pública; 3 Da ação penal privada subsidiária da pública; 4. Dos assistentes; 5. Do entendimento da jurisprudência; 6. Do entendimento doutrinário; 7. Dano material e dano moral; 8. Ação penal privada subsidiária da pública e assistência de acusação; 9. Conclusão; 10. Bibliografia

1 INTRODUÇÃO

O tema ora proposto visa enfatizar o critério que, segundo nosso entendimento, é o único aceitável para a admissão da figura do assistente de acusação, bem como para o acolhimento da eventual propositura de uma ação penal privada subsidiária da pública, tendo em vista a desidia do órgão do Ministério Público.

Tais fatos, contudo, não têm merecido a devida atenção da doutrina, e, na vida prática, passam despercebidos por órgãos que atuam diretamente na apuração e julgamento dos fatos tidos como ilícitos penais.

Assim, nossa meta é a de, na medida do possível, tentar esclarecer alguns pontos até agora esquecidos, ressaltando situações práticas importantes que, acreditamos, irão contribuir para o melhor exercício da importante missão de mergulhar no oceano do crime, descobrindo seus protagonistas e aplicando o direito penal positivo ao caso concreto.

2 DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR EXCLUSIVO DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

A Constituição de 1988, colocando fim à discussão que existia desde a edição da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, disse em seu artigo 129, inciso I, ser função institucional do Ministério Público promover *privativamente* a ação penal pública.

Dentro da evolução a que conseguiu chegar o direito, entendeu-se por bem destinar a um órgão do Estado, especificamente na área penal, a *persecutio criminis*. Antes de ingressarmos no estágio atual, o Estado teve como experiência a acusação privada. Na escorreita lição do prof. Afrânio Silva Jardim, "outorgava-se ao ofendido e, depois, a qualquer pessoa do povo a difícil e árdua tarefa de acusar publicamente aquele que tivesse praticado uma infração penal." Afastado das realidades sociais, o Estado permitia que os litigantes resolvessem seus conflitos, sendo o processo "coisa das partes".

Percebendo a impossibilidade de deixar ao alvedrio dos particulares a resolução de seus conflitos, e sendo influenciado pelo Direito Canônico, o Estado evoluiu para o chamado sistema inquisitorial. Neste sistema, atribula-se ao julgador o dever de acusar e perseguir a prova que sustentasse a acusação inicialmente formulada para, posteriormente, julgar o feito. Nota-se, com meridiana clareza, que este sistema pecava pelo fato de quebrar a imparcialidade que deve ser inerente a todo julgador. Valendo-nos mais uma vez de sua lição, diz o já citado professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro que "o Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o juiz tinha de ser preservado, em prol de sua neutralidade e imparcialidade." E continua, dizendo: "na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público". Agora, através do sistema acusatório, em que não mais se permite ao particular formular sua acusação, ou ao julgador exercer a função anômala de acusar e tentar provar sua acusação, transferiu-se tal poder-dever para o órgão do Ministério Público, onde, como titular exclusivo da ação penal de iniciativa pública, agirá como parte interessada quando do oferecimento da denúncia, e como *custos legis*, quando, após analisar detidamente todas as provas produzidas durante a instrução processual, apresentar suas alegações finais.

Agora, encontrou o Estado a solução no que diz respeito à persecução penal, haja vista ser o Ministério Público verdadeira parte *sui generis*, pois seu objetivo final não é a condenação do réu, mas a exata aplicação da lei penal, seja pugnando pela condenação, seja se batendo pela absolvição.

Nada há de estranho neste raciocínio, pois o Ministério Público tornou-se uma verdadeira garantia aos direitos de liberdade de todos os cidadãos. Numa ação penal tem-se em mira não só o *status libertatis* como também o *status dignitatis* do indivíduo.

Tal raciocínio não podemos atribuir ao particular que, na maioria esmagadora dos casos, recorre à Justiça criminal, valendo-se de ações penais de iniciativa privada, com o

* Rejeitada, a despeito de apresentação de conclusão substituta

escopo único de conseguir a condenação final do sujeito passivo da relação processual penal.

En suma, o Ministério Público tornou-se, após a promulgação da atual Constituição Federal, o legitimado exclusivo para propor as ações penais de iniciativa pública, tendo sido revogados todos os procedimentos que ainda recalcitravam no nosso Código de Processo Penal com vestígios do já extinto sistema inquisitório, como, *verbi gratia*, acontecia com o processo destinado à apuração das contravenções penais, nos moldes do artigo 531 da Lei Processual.

3 DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

A ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública encontra amparo no inciso LIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, no artigo 29 da Lei Processual Penal e no § 3º, do artigo 100, do estatuto repressivo. *In casu*, a lei, excepcionalmente, permite ao particular que exerça o *jus accusationis* em Juízo em virtude da inércia do Órgão do Ministério Público por não ter proposto a ação penal no prazo legal. Este, portanto, o primeiro requisito a ser verificado, de *ordem objetiva*, que legitima o particular a oferecer sua queixa-crime em Juízo. Mas, não basta o decurso do prazo legal estipulado para o órgão ministerial. Assim, para que o querelante possa pleitear um decreto condenatório em Juízo, necessário se faz estejam presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer, a *legitimidade ad causam*, o *interesse de agir* e a *possibilidade jurídica do pedido*. No caso vertente, temos como legitimados a oferecer a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, além do ofendido, aquelas pessoas elencadas no artigo 31 do Código de Processo Penal e no § 4º do artigo 100 da Lei Substantiva Penal. Como possibilidade jurídica do pedido temos que este só pode ser levado a efeito se houver previsão de norma incriminadora dentro de nosso direito penal positivo. Finalmente, nos iluminando sobre o que seja interesse de agir, diz o mestre Humberto Theodoro Júnior que este, que é instrumental e secundário, “surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.” Após a lição do renomado autor, vale indagar: qual seria o prejuízo sofrido pela vítima se não fosse oferecida denúncia no prazo legal e, conseqüentemente, em que consistiria o seu interesse em propor queixa-crime a fim de se obter a condenação daquele que lhe causou algum dano? Entendemos que a resposta deve cingir-se ao fato de que o interesse de agir do ofendido deve estar íntima e exclusivamente ligado a um dano de cunho patrimonial. Respondendo à indagação de outra forma, estaríamos regredindo no tempo, pois voltaríamos à fase do sistema de acusação privada. Na realidade, o que o particular deseja com a condenação do querelado é justamente a obtenção de um título executivo judicial para que possa, desta forma, executar civilmente o prejuízo que por ele fora experimentado. É o que dispõe o artigo 63 do CPP quando diz: “art. 63 — Transitada em Julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no Juízo Cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.” Este, segundo nosso entendimento o seu interesse de agir.

Celso Agrícola Barbi, comentando o artigo 3º do Código de Processo Civil, preleciona que o interesse de agir gira em torno do binômio *necessidade/utlidade*. Tal lição se amolda perfeitamente àquilo que nos propusemos a analisar. Trazendo os ensinamentos do eminente prof. da Universidade Federal de Minas Gerais para o campo da processualística penal, dentro da moderna e discutida teoria geral do processo, percebemos que, especificamente no caso ora apreciado, vale dizer, a possibilidade de ser proposta a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, mister se faz termos em mira a necessidade e a utilidade em propor a queixa-crime.

Mais uma vez retomamos ao ponto de partida e indagamos: se a vítima já tivesse sido ressarcida do dano por ela sofrido, haveria necessidade de uma ação penal com o escopo de conquistar um título executivo? Ou, ainda: onde estaria a utilidade de tal título judicial se o ofendido não tivesse mais o que solicitar na seara cível?

Ada Pellegrini Grinover, dissecando as chamadas condições da ação, cuida do interesse de agir, dizendo: “essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil.”

Respondendo às perguntas levadas a efeito linhas acima, forçosamente temos que concluir que não havendo a necessidade, tampouco a utilidade de conseguir um título executivo judicial, não há falar em interesse de agir, e, sendo assim, faltará uma das condições da ação exigidas para o seu regular exercício.

4 DOS ASSISTENTES

No Capítulo IV, do Título VIII, cuida a Lei Processual Penal, especificamente nos artigos 268 a 273, dos assistentes de acusação.

Tal como acontece na ação de iniciativa privada subsidiária da pública, para que o assistente de acusação possa ingressar no feito é preciso contar, também, com as condições da ação. Impõe-se que o assistente seja o ofendido, seu representante legal ou qualquer das pessoas mencionadas no artigo 31 do CPP. Estamos cuidando, portanto, da legitimação para habilitar-se no feito. No que diz respeito ao interesse de agir, temos que o mesmo seja limitado, tal qual na ação subsidiária, à obtenção de uma sentença condenatória para que possa simplesmente executá-la no Juízo cível, ressarcindo-se, desta forma, do prejuízo sofrido.

Agora, se o assistente, tal como o querelante, não tiver sofrido qualquer dano de natureza patrimonial, ou às vezes moral, teria ele interesse em habilitar-se numa ação penal de iniciativa pública já em curso, com o simples objetivo de obter a condenação do agente, sem que isto lhe traga algum benefício pessoal? Cremos que não. Um exemplo elucidará esta *vexata quaestio*. Suponhamos que Tício tivesse subtraído um televisor em

cores pertencente a Júlio. Na fase extrajudicial, no decorrer das investigações, a autoridade policial conseguiu recuperar a *res furtiva* e a devolveu ao seu legítimo proprietário. O Promotor de Justiça, recebendo os autos de inquérito policial, oferece denúncia em face de André. Júlio, nutrido um ódio incontrolável por André, quer vê-lo preso de qualquer maneira. Ingressa em juízo requerendo sua habilitação como assistente do Ministério Público. Novamente vem à baila a nossa pergunta: Teria Júlio interesse de agir pelo simples fato de pugnar pela condenação daquele que lhe subtraía um bem que, posteriormente, lhe fora restituído? E outra indagação se impõe: uma vez condenado o réu, teria Júlio como executar a sentença condenatória visando reparar um dano por ele experimentado? A resposta definitivamente é negativa. Falta-lhe, desta maneira, o interesse de agir, haja vista que o seu ingresso no feito não é necessário ou útil à conquista de um título que ele já tem quitado.

Não há interesse por parte do ofendido em virtude de que, atualmente, existe um órgão do Estado imbuído da missão indisponível de perquirir a respeito dos fatos tidos como delituosos, tendo como finalidade precípua fazer com que seja trazida de volta a paz social. Se a norma penal foi violada, tem o órgão do Ministério Público o poder-dever de apurar o fato e de solicitar a aplicação da lei ao caso concreto. Esta tarefa, de cunho eminentemente público, não pode ser entregue ao particular, que age, no mais das vezes, por motivos egoísticos, satisfazendo somente seus desejos.

5 DO ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Os tribunais de nosso país têm divergido quanto à possibilidade de poder o assistente recorrer de uma sentença condenatória, visando única e exclusivamente à majoração da pena que fora infligida ao acusado.

Em Minas Gerais, já entendeu a 2ª Câmara do Tribunal de Alçada, na Ap. 14.967, julgada em 16/3/87, que *“o assistente de acusação não tem legitimidade para recorrer visando tão-só ao agravamento da pena, porquanto o interesse do ofendido e de sua família consiste apenas na condenação do réu, e nunca na dosagem maior ou menor da pena imposta.”*

Qual seria o motivo de tal entendimento do Tribunal mineiro? Acreditamos que a resposta mais acertada seria aquela de que ao ofendido só interessa conseguir, na seara penal, um título executivo de natureza judicial, abreviando-se, desta maneira, todo um processo de conhecimento no Juízo cível, partindo-se, agora, diretamente para a fase final da satisfação de seu interesse patrimonial, qual seja, a execução da pena imposta ao condenado. O ofendido não mais terá de discutir o *an debeatur*, mas somente o *quantum debeatur*. O réu foi condenado. Terá a vítima, portanto, direito subjetivo de se ver ressarcida dos danos de ordem patrimonial sofridos com a conduta do acusado.

Entretanto, decidiu em julgado recente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com base em decisão proferida pelo STF, poder o assistente do Ministério Público

recorrer para majorar a pena do réu, conforme podemos observar na Ap. 21 614 2, do 2º Câmara Criminal, de 6/4/89.

Sem muito esforço, percebemos que a jurisprudência não é pacífica neste sentido

Em julgamento datado de 18/11/88, já decidiu o STF, analisando o HC 66.754 6, que: *“não tendo o Ministério Público apelado, tem interesse legítimo para fazê-lo o assistente de acusação, a fim de obter o agravamento da pena.”*

Tormentosa, assim, a discussão.

6 DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Tal como acontece como nossos tribunais, os estudiosos da matéria não chegaram, ainda, a uma conclusão pacífica no que diz respeito ao interesse para propor a ação penal subsidiária e a habilitação como assistente do Ministério Público.

Fernando da Costa Tourinho Filho entende, tal qual defendemos nossa posição, que *“a função do assistente é defender um interesse seu na indenização do dano ex delicto.”*

Contudo, Vicente Greco Filho e Magalhães Noronha comungam da opinião de que o assistente pode ingressar no feito tendo em vista o interesse público, dizendo ser este o de colaboração com a Justiça.

Paulo Lúcio Nogueira, por sua vez, não se filia radicalmente a qualquer das posições, resumindo-se, em sua obra, a citar o entendimento dos demais doutrinadores.

Com todo respeito às opiniões em contrário, acreditamos que a razão se encontra com o prof. de Bauru. Quem, hodiernamente, está encarregado de defender os interesses públicos é o órgão do Ministério Público, não necessitando, outrossim, de qualquer ajuda do particular que, em não raras ocasiões, somente faz atrapalhar a instrução processual.

7 DANO MATERIAL E DANO MORAL

A Constituição Federal, em seu inciso X, do artigo 5º, prevê expressamente a possibilidade de indenização pelo dano material ou moral.

Diz a Lei Maior que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Para sabermos se ao particular ofendido caberia a indenização por danos de ordem moral ou material, precisaríamos analisar o caso concreto.

Tenhamos em mente os seguintes exemplos:

a) João teve seu rádio furtado por José. Preso logo após a prática da infração penal, foi encontrada a res furtiva em poder de José e restituída a seu proprietário;

b) Pedro, assaltado num coletivo urbano, teve seu relógio roubado por Paulo, que fugiu em desabalada carreira. Paulo, precisando de dinheiro, desfez-se do bem subtraído, vendendo-o a pessoa desconhecida. Pedro, desta forma, deixou de recuperar seu objeto;

c) Luiz ingressa em Juízo solicitando a condenação de André, alegando ter sido injuriado por este último. A ação em tela é de iniciativa privada.

Analisemos os exemplos fornecidos.

No primeiro caso, teria João, uma vez recuperado seu bem, interesse em se habilitar na ação penal visando à condenação de José? Ou, ainda, seria admissível, no caso em tela, que por inércia do órgão ministerial João ingressasse em juízo com uma ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública? Existindo um órgão do Estado criado para este fim, como é o caso do Ministério Público, torna-se difícil, senão impossível, vislumbrar o interesse do lesado, seja de ordem material ou moral.

No segundo exemplo apontado, vimos que houve um desfalque no patrimônio de Pedro, pois o seu relógio não fora recuperado em poder do meliante. Terá ele, portanto, interesse na condenação de Paulo, pois transitada em julgado a sentença, poderá executá-la no Juízo cível, ressarcindo-se do prejuízo sofrido.

Finalmente, o terceiro exemplo nos está a mostrar que, uma vez condenado, André poderá ser processado no Juízo cível por ter agredido a honra subjetiva de Luiz, devendo, pois, indenizá-lo pelos danos morais.

Gabba, citado por Sílvio Rodrigues (*Direito civil* — Responsabilidade civil, v. 4), nos ensina o que seja dano moral, dizendo: "é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio. É a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem."

8 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO

Após a exposição acima, em que pese a divergência reinante na jurisprudência, acreditamos ser impossível a propositura de uma ação penal privada subsidiária da pública se a vítima já tiver sido ressarcida de seus prejuízos, bem como as portas da habilitação para a assistência de acusação para ela estarão fechadas se não for patente seu interesse.

Tal fato ocorre pela razão de já existir, como dissemos exaustivamente acima, um órgão estatal dotado de atribuições destinadas, em defesa da própria sociedade, a colir e perseguir em Juízo a prática de condutas tidas como penalmente ilícitas, não cabendo ao particular, outrossim, assumindo o manto de acusador, chamar a si esta obrigação.

9 — CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, entendemos ser inadmissível o oferecimento de queixa-crime na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, bem como a habilitação de assistente de acusação, quando não ficar devidamente demonstrado o interesse de ordem patrimonial nos crimes de natureza pública, ou, excepcionalmente, o dano de ordem moral, se couber no caso *sub judice*.

10 — BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva

NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* — Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, v. 2.

APURAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA *

JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Do aspecto da legalidade; 3. Do aspecto da necessidade; 4. Considerações de ordem pública; 4.1 Elaboração do procedimento (autos de apuração de notícia de infração penal); 4.2 Incidentes possíveis; 4.3 Destinação final; 5. Conclusões; 6. Bibliografia

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 88, surgiu o que se convencionou chamar de "novo Ministério Público"; novo, porque trouxe àquela Lei Magna a concretização de antigas aspirações, as quais, embora longe de plenamente atingidas, apenas traduzem a inabalável vocação do membro da Instituição: a de promover a Justiça. Para a perfeita viabilização desse mister, há tempos que se bradava por mais independência, mais autonomia, mais armas e instrumentos de atuação, o que de modo algum significa ambição de poder, mas, ao contrário, terá por escopo sempre fornecer ao órgão as ferramentas imprescindíveis à apuração dos fatos e à responsabilização daqueles que optaram pela vida de transgressões, violações, sedentos de lucros e impunidade, que não hesitariam em lançar mão de meios os mais ilícitos para afugentar aqueles que os perseguem, os investigam, os atiram às barras dos tribunais. Não tivesse o mais jovem Promotor de Justiça a tranquilidade de suas garantias e prerrogativas, e certamente que seria vitimado pelos longos tentáculos da politicagem, da truculência e da esperteza; retirar-se-lhe-iam o arrojo, a obstinação, a altivez que caracteriza o seu prestigiado cargo e suas nobilíssimas funções.

Dá por que se pugnar pelo seguinte princípio: não se abre mão de prerrogativas. Não se admite, ao membro do Ministério Público, conduta pública e particular que não seja a reservada e exemplar. Não se tolera, do mesmo modo, a indolência, a transigência, a despreocupação com a cultura e a informação, os vícios e outros sintomas de decadência que realmente assolam nossa atual Era. Deverá o membro do Ministério Público sentir-se superior aos seus comarcãos, a todos que o cercam? A resposta honesta só poderá ser uma: sim. Não é possível o nivelamento, senão por cima; é o Promotor de Justiça o representante máximo da sociedade de sua comarca, seja ela a menos influente do Estado ou mesmo do País. Se é ele quem vai defender perante o Poder Judiciário seus interesses mais profundos e indisponíveis, se é ele quem vai perseguir e buscar a punição e a reeducação dos marginais que violentaram alguns ou todos daquela urbe, se é ele que terá, por dever indelegável, de zelar pelos menores, pelos índios, pelos loucos, pelos que estão privados de seus direitos, e por isso susceptíveis ao sofrimento e às aflições, certamente que não é um comum alguém destituído de poder de decisão sobre terceiros. E é justamente esse o fator que o distingue e enaltece, ao mesmo tempo em que não o toma prepotente nem inacessível, ao contrário, por ser detentor de considerável parcela da soberania estatal é que se alegrará por residir na sede da comarca, compartilhando da mesma sorte e vicissitudes dos membros daquele município, quando então conhecerá cada detalhe, cada aspecto da região e de seu povo, para apenas aperfeiçoar a cada dia a sua performance de homem da lei e da justiça.

O *Manual de atuação funcional dos promotores de justiça*, editado pela Associação Paulista do Ministério Público, traz em sua exposição de motivos um trecho que merece ser transcrito e memorizado: "... as verdadeiras raízes do Ministério Público estão no princípio político da separação dos Poderes, nuclear concepção destinada a obstar a tirania e a prepotência do Estado. Quem legisla, não administra, nem julga. Quem julga, não administra, nem legisla. E quem julga, como deve manifestar-se por último, não pode julgar *de ofício*. Há que ser provocado pelo interessado. E aqui surge a *idéia do Ministério Público* pois lhe cabe submeter à apreciação do Judiciário, para o restabelecimento do privado da lei e do Direito, toda e qualquer afronta lançada contra os valores maiores da comunidade, que dizem respeito *diffusamente* às pessoas em geral, enquanto sujeitos e destinatários da comunhão social. Para instrumentalizar a atuação do Poder Judiciário, independente em face dos outros Poderes, exsurge, autônomo, o Ministério Público, fruto do princípio da separação dos Poderes, filho da Democracia clássica e do Estado de Direito" (grifos originais).

Indiscutivelmente é a atuação no âmbito penal a mais conhecida, mais divulgada, muito embora não se possa dizer que é a mais importante, dentre as muitas que perfazem o rol de atribuições do membro da Instituição ministerial. Como defensor da legalidade, ora intervindo em feitos em andamento, ora ajuizando, ora recorrendo ou contrapondo-se a recursos que considera improcedentes, ou até mesmo como órgão parecerista no segundo grau de jurisdição, o representante do Ministério Público é, como reza o artigo 127 da Constituição Federal, "essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis". Dá por que reavivada a tese, ao menos apaixonante, de que deveria o órgão ministerial intervir em

* Aprovada por maioria, com emenda.

todos os tipos de ações, a exemplo do que ocorre com o modelo federal, perante o Pretório Excelso.

Embora deixando de lado as funções administrativas, que também são de competência do Promotor de Justiça, como a fiscalização das fundações, das prisões, homologação de acordos extrajudiciais, atuação nos procedimentos de habilitação para o casamento, inspeções a cartórios de registros públicos e estabelecimentos de internação de menores etc., nota-se que tudo converge para um determinado ponto: supervisão do cumprimento da lei e responsabilidade dos seus transgressores (defesa da legalidade, em suma).

O cometimento da infração penal é, então, a violação de uma norma que visa antes de mais nada à paz social, impondo-se, conseqüentemente, uma sanção que deverá ser mais intimidativa do que punitiva (melhor a profilaxia que a cura); porém, para se levar alguém à Justiça, cuidados muitos devem ser observados, apurando-se as circunstâncias que envolvem o fato-infração, mormente sua comprovação (materialidade) e identificação de quem agiu ou lhe deu causa (autoria). É lógico que também muito implicará o motivo que determinou o agente àquela ação ou omissão, tanto que, dependendo de qual tenha sido ele — o motivo —, muitas vezes teremos, simplesmente, o reconhecimento da licitude do gesto, como na legítima defesa, no estado de necessidade, no estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.

Existe, dessarte, órgãos que são especializados no levantamento desses fatores: autoria, materialidade, motivos e circunstâncias outras que envolvam a prática de uma infração penal. Esses órgãos são dotados de elementos humanos e materiais para cumprimento de tão nobres misteres, como autoridades (com poder de decisão, portanto), investigadores (conhecedores das técnicas e percalços de uma investigação), escrivães (com capacidade de reduzir tudo a termos e autos, perenizando o que se coletar) e peritos (possuidores de alta especialização nos mais diversos setores, como engenharia, medicina, grafotécnica, balística, toxicologia etc.). Trata-se das polícias civis estaduais e a polícia federal, cada uma com seu âmbito de atribuições, organizadas em carreiras e de indiscutível importância para a sociedade, eis que têm por dever apurar as violações das leis penais e remeter o resultado de suas investigações ao membro do Ministério Público competente, para as providências que este entender cabíveis (promoção de arquivamento das peças, oferecimento de denúncia, requerimento de aplicação de medida de segurança). Se tal conjunto de indícios não for de peso suficiente a sustentar uma *opinio delicti*, terá o Promotor de requisitar da autoridade policial o encetamento de novas diligências, e, sendo dele um direito, essa autoridade policial não poderá deixar de dar cumprimento, consoante fixado no artigo 13, item II, do Código de Processo Penal. O mesmo se aplica a outras pessoas que não o delegado de polícia, como o diretor de uma escola, o médico de um hospital, o encarregado de uma repartição pública etc. (artigo 47 da Lei Instrumentária Penal, artigo 15 da Lei Complementar n. 40/81, artigo 129, VI, da Constituição Federal, artigo 201, inciso VI, da Lei 8.069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente). Eventual desatendimento da requisição poderá, conforme o caso, configurar crime de desobediência, prevaricação ou delito específico, como é o caso, quanto a essa última hipótese, do artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É sabido, entretanto, que algumas autoridades policiais, por motivos os mais diversos, que vão desde sua livre convicção até o desconhecimento profundo dos regramentos do Direito pátrio, passando obviamente pela má-fé e animosidade pessoal, insistem em desatender a uma ou outra requisição ministerial, como se a formação da *opinio delicti* delas fosse. À exceção da manifesta ilegalidade, está o delegado de polícia obrigado a atender às requisições do Promotor de Justiça, constituindo tal mister em um de seus legais deveres (Código de Processo Penal, artigo 13, inciso II). Além do mais, "configurando uma ordem que não pode ser desatendida pelo seu destinatário, a requisição distingue-se do requerimento. Requisitar é pedir aquilo que deve ser feito; requerer é pedir aquilo que pode ser feito", conforme perenizado no *JTACrimSP* 34/72. Inclusive porque o Promotor apenas o faz em nome da lei, e não em seu próprio, é incabível o desatendimento às requisições dele emanadas (configurar-se-ia crime de desobediência, dependendo da hipótese fática, em sendo o agente um funcionário público, mormente se for o caso de animosidade contra o requisitante, quando então terá se verificado ocorrência de "satisfação de interesse ou sentimento pessoal", como consolidado na *RT* 520/368).

Ocorre que, infelizmente, a polícia é susceptível a toda sorte de más influências, talvez pela exposição diuturna à marginalidade, talvez pelo despreparo de muitos de seus componentes, talvez, ainda, pela assustadora decadência dos valores morais que vêm peculiarizando nossa evolução. Não fosse apenas isso e ainda sofre com os desmandos de alguns governos, seja através de sua deficitária equipagem ou má remuneração, seja pelo incentivo à corrupção ou pelo seu insuficiente combate. Tais fatores acabam por se refletir em seu trabalho, produzindo-se inquéritos policiais de má qualidade, os quais redundarão na eternização de suas idas-e-vindas ao gabinete do Promotor, o qual muitas vezes se verá impedido de dar a necessária resposta, seja pelo instituto da prescrição, ou mesmo porque inexistente a forma culposa da prevaricação, o que é extremamente lamentável, pois não se admite que a desídia de alguém que tem para si tão nobre dever como o de apurar crimes, possa acabar favorecendo a ele próprio! Evidentemente que poderá o membro do Ministério Público acionar o superior daquela autoridade negligente, mas em muitos casos tal providência se tornará inócua, porquanto a grande gama de máculas que hoje vicia as polícias judiciárias consegue atingir, não poucas, vezes, os escalões superiores... Urge que se normatize a punibilidade da negligência na apuração de infrações penais e sua formalização em inquéritos, sob pena de até se incentivar essa prática vergonhosa e nociva a toda a coletividade, eis que, em inexistindo antevisão de sanção, pode-se negligenciar a bel prazer da autoridade, que estará sujeita apenas ao tribunal de sua consciência (...).

Poderá então, o Promotor de Justiça, a seu critério, dar início a investigações e formalizá-las, seja tomando por termo declarações, seja requisitando exames e perícias, seja juntando documentos, tudo de conformidade com os modelos de praxe, sem necessidade de rigor formalístico, sempre visando à aplicação da norma jurídica cabível. Quanto aos prazos de ultimização dos inquéritos policiais, temos que aplicáveis aos delegados de polícia, porque a elaboração de tais feitos constituem seu principal mister, mas inexigíveis do Promotor investigador, o qual, entretanto, seja pela força da analogia,

seja pelo poder de seu senso de correção, deverá se esforçar para que os procedimentos sob sua presidência sejam concluídos nos prazos a que se sujeita a polícia judiciária. À falta de norma legal proibitiva de tal proceder, não deve a população ficar à mercê de conveniências e entendimentos outros, muito mais baseados em tradição e falsos bríos do que no Direito propriamente analisado, acabando, por esses ou aqueles motivos, em transgressões, permanecendo impunes, e, o que é pior, sem sofrer sequer uma investigação, a mais perfunctória que seja. Lógico que tais diligências do órgão do Ministério Público deverão se ater aos crimes de ação pública incondicionada e às contravenções, pois abusiva seria a apuração de crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação do ofendido, sem que contasse com a inequívoca e expressa manifestação-autorização do mesmo.

Certamente que apenas as infrações menos complexas é que poderiam ser apuradas no gabinete da promotoria pública, eis ser humanamente impossível, e até mesmo contraproducente, outro órgão que não a polícia sair à investigação de crimes de intrincadas circunstâncias. Com o presente estudo não se deseja, absolutamente, ver um Promotor saindo às ruas fazendo perguntas e anotando dados, perscrutando bares e prostíbulos, eis que seria frontalmente incompatível com sua exigida reserva e postura altiva. Mormente as contravenções penais poderão ser objeto dessas apurações, mesmo porque ultimamente vem-se notando que a polícia parece delas ter se esquecido, como se não se vislumbresse na prática contravençional nenhum perigo latente. Gilberto Passos de Freitas, que por longo tempo brindou o Ministério Público paulista e hoje abrilhanta o Tribunal de Alçada Criminal bandeirante, teve a grande oportunidade de ensinar: "...poderíamos apontar, desde logo, como passíveis de penalização, as figuras dos arts. 19 (porte de arma) e 34 (direção perigosa de veículos na via pública), ambas da Lei das Contravenções Penais. No que tange ao porte de arma, não restam dúvidas, conforme afirma Nilo Batista, que o ilícito estaria melhor situado no Código Penal, entre os crimes de perigo para a vida ou a saúde"¹. Na prática de contravenções muitas vezes se detecta a semente da criminalidade, e daí a lição de Rui Barbosa: "o jogo, o grande putrefador, é a diátese cancerosa das raças anemizadas pela sensualidade e pela preguiça; ele entorpece, caleja, desviriliza os povos, nas fibras de cujo organismo insinuou o seu germe proliferante e inextirpável. Só o jogo não conhece remissões: com a mesma continuidade com que devora as noites do homem ocupado e os dias do ocioso, os milhões do opulento e as migalhas do operário, tripudia uniformemente sobre as sociedades nas quadras de fecundidade e de penúria, de abastecimento e de fome, de alegria e de luto"².

Consciente do problema que representa, em forma latente, o fato de o menor dirigir veículos automotores pelas vias públicas, ou mesmo a direção por adultos inabilitados, a título de exemplos, poderá muito bem o Promotor instaurar tais procedimentos administrativos apuratórios, apenas desejoso de não permitir que tais "pequenas"

transgressões não ganhem a necessária reprimenda estatal (é indiscutível o perigo que se encerra na direção de automóveis e motocicletas por adolescentes ou mesmo adultos inabilitados, com sérios danos a pessoas e coisas, muitas vezes redundando em mortes e debilidades permanentes). A atuação do Promotor poderá ocorrer, eis que, à evidência, este não é um dever seu, até porque é cometido tal mister às polícias civis, em que pese sem exclusividade. É como no caso da prisão em flagrante: "qualquer pessoa do povo *poderá* e as autoridades policiais e seus agentes *deverão* prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito" (artigo 301 do Código de Processo Penal — grifos nossos). Trata-se de faculdade do Promotor de Justiça, aliás cometida a qualquer do povo, a investigação de infrações penais de natureza pública incondicionada. A viabilidade será maior nas comarcas de pequeno porte, haja vista o acúmulo nas de maiores dimensões.

Poder-se-ia dizer, inclusive, que em muito contribuiria para obtenção de experiência dos mais novos membros da Instituição, recém-chegados nela, os quais ocupam as comarcas de primeira entrância ou são substitutos, e, em face da sua menor expressividade política, geralmente desprovidas de delegados de polícia, ou providas desses funcionários cumprindo "castigos", punições administrativas, e que por isso mesmo tornam-se menos operosos. Muitas dessas cidades ainda podem ser aquinhoadas com os ditos delegados especiais de polícia, os quais, não pertencendo à carreira específica da autoridade policial, costumam ser despreparados em relação a esta, inclusive no aspecto cultura jurídica. Aí residiria, então, nossa pretensão: que não fiquem impunes ou sequer investigadas as infrações penais de menor potencialidade ofensiva e de menor complexidade de apuração. Dispondo o Promotor de Justiça de tempo, o menor que seja, poderá convocar ao seu gabinete para prestar declarações todos os envolvidos, rapidamente esclarecendo os fatos; poderá até mesmo contar com ajuda de um secretário (as prefeituras municipais, em regra, são bem dispostas a colaborar nesse sentido) e de um intimador (a polícia militar vem se mostrando como excelente parceira no combate ao crime, disposta a auxiliar o gabinete da Promotoria também com os serviços de intimações e notificações, sendo tal orientação, em nosso Estado de Minas Gerais, proveniente do próprio comando geral, chegando a ser assim normatizado em setembro de 1989). Findo o procedimento, oferecerá denúncia ou proporá o arquivamento, ou, se for o caso, remeterá à polícia civil para as diligências mais complexas ou perigosas, ~~sendo~~ *que, in casu*, o correto seria a instauração de inquérito policial pelo delegado de polícia a partir do procedimento oriundo do Promotor, sujeitando-se, doravante, às regras de estilo (artigos 4º a 23 do Código do Rito Penal). Uma segunda saída seria, ao término do feito, o Promotor remeter ao seu substituto automático, desde que se sentisse envolvido demais para decidir o destino dos autos, desde já registrando-se que não há obstáculo para ~~ele~~ próprio prosseguir no feito, já como processo, desde que recebida sua denúncia, como veremos mais à frente, neste trabalho.

2 DO ASPECTO LEGALIDADE

A primeira discussão que certamente surgirá é sobre a legalidade da ~~questão~~ *seja*, se o fato de o Promotor de Justiça instaurar, por sua própria ~~iniciativa~~ *iniciativa*, um procedimento administrativo de apuração de infração penal é ou não vedado ~~por lei~~ *por lei*. Não

1 Contravenções penais. Necessidade de uma reformulação. Descriminalização. Penalização. Transformação dos ilícitos contravençionais em ilícitos administrativos policiais. *Rev. Informação Legislativa* n. 83-a. 21 — jul/set, 1984 — Senado Federal.

2 Constante do teor do Aviso n. 003/91, da PGJ de Minas Gerais.

estará fadada ao sucesso qualquer corrente que apregoe ser legalmente proibida tal arte, *data maxima venia* de grandes delegados de polícia, como Alberto Calvano, da polícia civil carioca, que assim se manifestou em judicioso artigo no *Jornal da Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo*, número 5, de agosto de 1991.

De fato, a própria Constituição Federal dispõe, ao tratar das polícias civis, que a elas “incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares” (artigo 144, § 4º). Se, porém, tivesse o legislador constituinte desejado ver tais funções cometidas àquelas instituições com absoluta exclusividade, certamente que o teria dito (onde a lei não excepciona, não cabe ao intérprete fazê-lo), como, por exemplo, fez com a polícia federal, dando-lhe privatividade nas funções de polícia judiciária da União: “a polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a: IV — exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” (artigo 144, § 1º — grifo nosso).

O mesmo ocorreu com o Ministério Público quanto à propositura da ação penal pública, que o será com privatividade, porque assim quis o legislador (artigo 129, I), aliás, atendendo a uma das mais justas reivindicações do *lobby* da Instituição, preocupada que estava com a aberração do procedimento judicialiforme da Lei Federal n. 4.611/65 e artigos 531 a 537 da Lei Instrumentária Penal.

Sobre isso, inclusive, tem-se a abaladíssima opinião de Hugo Nigro Mazzilli: nesse sentido deve-se compreender que as investigações diretas do órgão titular da ação penal pública do Estado constituem uma exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária (CF, art. 144, §§ 1º, IV, e 4º) — o que, de resto, é de todo necessário para as hipóteses em que a polícia tenha *dificuldades ou desinteresse* de conduzir as investigações (v. o exemplo clássico dos crimes do “Esquadrão da Morte” e os problemas surgidos quando da sua apuração, com a persistente atuação ministerial). Qualmente, a iniciativa investigatória do Ministério Público também tem cabida quando não tenha a polícia condições adequadas para conduzir as investigações, dada sua condição de órgão subordinado ao governo e à administração, muitas vezes envolvida na própria apuração delitiva. Aliás, *tais conclusões são o consectário lógico do próprio controle externo que a Constituição Federal exigiu impusesse o Ministério Público sobre a atividade policial*³ (grifos nossos).

No âmbito federal, embora exista a expressão “exclusividade” para as funções de polícia judiciária da União, o que pretendeu o legislador maior foi tão-somente afastar tal atribuição das polícias estaduais (civis, evidentemente), haja vista que seria impossível uma uniformização de atuação. Nesse sentido ainda contamos com a preciosa lição do mestre Mazzilli: “na verdade a Constituição Federal cometeu à polícia federal, com exclusividade, as funções de *polícia judiciária da União* (art. 144, § 1º, IV). Entretanto, em que pese ser a função investigatória auxiliar da Justiça uma das metas da polícia

judiciária, a Constituição de 1988 *desmembrou da atividade de polícia judiciária aquela da apuração de infrações penais*, para a qual não tem a polícia exclusividade na apuração (art. 144, §§ 1º, I e IV, e 4º). Agora a exceção constitucional das diligências determinadas ou procedidas diretamente pelo Ministério Público (art. 129, I, VI, VII, VIII e IX), ainda temos, em sede constitucional, as investigações com repercussões penais promovidas pelas comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º)”⁴.

Ainda encontramos outro reforço à tese acima exposta, que diz respeito ao fato de ser o indiciado membro do Ministério Público de qualquer Estado, bem como do Ministério Público Federal (o qual compreende o do Trabalho, o Militar, e o do Distrito Federal e Territórios). Quando isso ocorre, uma providência há de ser imediatamente tomada: remessa dos autos ao Procurador-Geral (artigo 20, parágrafo único da Lei Complementar Federal n. 40/81), pois somente essa autoridade é que terá atribuições para prosseguir nas investigações, via de regra, através da Corregedoria Geral, para posterior denúncia ou pedido de arquivamento (o qual é “pedido” por força de sua natureza jurídica, não obstante obrigar o Tribunal ao arquivamento ali pleiteado). Inadmissível seria, à ocorrência da hipótese ventilada, que, gozando o membro do *Parquet* de foro privilegiado, somente podendo ser julgado pelo Tribunal de Justiça de seu Estado (ou do foro do delito, dependendo da corrente adotada), com única exceção quanto à Justiça Eleitoral (artigo 96, III, Const. Fed.), viesse a sofrer investigação de seus atos, em tese caracterizadora de infração penal, por uma equipe policial comum, isso caso não houvesse a norma clara e indiscutível de sua lei orgânica federal no sentido de se remeter “os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça”. Não havendo na atual Lei Maior disposição contrária, pelo princípio, consagrado da recepção tal norma subsiste com pleno vigor.

Outro peso que perfeitamente se pode colocar no prato da balança, seguindo os mesmos caminhos do parágrafo acima, é a questão da avocação de inquérito instaurado onde inexistente delegado de carreira (artigo 7º, VII, LC n. 40/81), sendo que, em tais casos, obrigatoriamente deixará a polícia civil de prosseguir nas investigações. A esse respeito também comentou Hugo Nigro Mazzilli: “a advocatória de inquérito policial... já era excepcional, mas não deixa de existir, porque a Constituição de 1988 não deu exclusividade à polícia na apuração de infrações penais, como vimos anteriormente...”⁵.

Por outro lado, o que muito bem se poderia levantar é a problemática da parcialidade do Promotor que, após presidir apuração de uma notícia de infração penal, ofertar ou não denúncia, eis que estaria faltamente envolvido com o cerne da questão. O artigo 258 do Código de Processo Penal reza que “os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes”. Faz-se, automaticamente, a remessa aos artigos 252, 254, 255 e 256 do mesmo diploma legal, tratando o 252 de impedimento, e o 254 de

³ Mazzili, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*, 1989, p. 115.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ob. cit., p. 116.

⁵ Mazzili, Hugo Nigro, ob. cit., p. 130.

incompatibilidade, a qual pode gerar suspeição. A única saída que restaria aos inimigos desta tese, cremos, é se basear na disposição do artigo 252 — impedimentos legais — em seu Item II, o qual deixa claro que “o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que... ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções... I — autoridade policial”. Uma vez que pela norma do artigo 258 estendem-se ao órgão ministerial “as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes”, temos a seguinte conclusão: o membro do Ministério Público não poderá exercer suas atribuições no processo em que ele próprio houver desempenhado as seguintes funções: defensor, juiz, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito. Evidentemente que tal impedimento não residirá no fato de haver ele próprio apurado o crime ou contravenção, mas, sim, no fato de ele ali atuado como delegado de polícia, ocasionando verdadeira conturbação plenamente indesejável. Também porque seria intolerável que, num mesmo processo, o nome de uma das autoridades dele aparecesse, ora como delegado, ora como promotor, conforme a fase, confundindo-se um noutro (o mesmo não se poderá afirmar quanto ao magistrado, o qual realmente fica impedido justamente por ter tido contato pessoal e direto com a ocorrência de que trata o processo (RT 550/303; RTJ 47/543).

Por perfeita analogia temos, no caso específico do Ministério Público de Minas Gerais, o Aviso n. 02/90, da Procuradoria Geral de Justiça, editado a 5/4/90. Em tal disposição de âmbito interno tem-se a orientação para instauração de um “procedimento administrativo para apuração sumária dos fatos e circunstâncias noticiadas” (item I), no qual o Promotor “deverá... a seu critério e de conformidade com o caso concreto, promover as diligências necessárias para a apuração sumária do fato, requisitando documentos, certidões e informações, expedindo notificações e ouvindo pessoas que tenham de qualquer modo conhecimento dos fatos, objeto de apuração, nos exatos termos do art. 15 da Lei Complementar n. 40/81” (item 2). Mais adiante o Aviso mencionado é de clareza solar: “se pelo procedimento administrativo instaurado o promotor de justiça verificar a existência de elementos suficientes para propositura da ação penal, oferecerá a competente denúncia...” (item 3).

Aliás, medida semelhante já existe no Ministério Público de São Paulo, que criou o Serviço de Complementação de Inquéritos, justamente para adequá-los ao ofertamento da denúncia, corrigindo o que não foi bem feito pela polícia judiciária.

Finalmente havemos de nos deter num determinado e importante ponto: o do indiciamento do suspeito. Aí reside implicação de ordem legal, que pode passar despercebida aos menos atentos, eis que o Código de Processo Penal incumba a autoridade policial de tal dever (artigo 6º, itens VIII e IX). Sérgio Marcos Moraes Pitombo já se manifestou a respeito: “o *indiciamento* implica certa qualificação jurídica, ou melhor, categoria determinante de consequências próprias, no âmbito do procedimento inquisitivo, prevalentemente, restritivas de direitos. O indiciado... pode, ainda, sofrer apreensão e seqüestro de bens, providências cautelares, coarctantes dos direitos de posse e propriedade (arts. 6, II, 127 e 240 do Cód. de Proc. Penal). No plano fático, padece limitações econômicas, como o cerceamento do crédito ...o *indiciamento*, como instituto jurídico, deverá emergir configurado em *ato formal de*

polícia judiciária”⁶ (grifos nossos). Razão inteira está com o festejado mestre paraense. Temerário seria se pretender que tal ato, o do foral indiciamento, fosse entrar para o âmbito das atribuições do Promotor de Justiça; emergindo nos autos provas da materialidade de uma infração penal e indícios de sua autoria, o tecnicamente correto é se remeter à autoridade policial da circunscrição cópias de todas as peças, requisitando tal providência, a qual será feita em autos próprios de inquérito policial, já que é dever inarredável do delegado de polícia instaurar o procedimento investigatório, mesmo de ofício. O indiciamento formal é importante para a alimentação dos computadores da polícia, com repercussão internacional, até (haja vista o avanço em que se encontram os Estados Unidos da América, onde cada veículo policial é dotado de um terminal de computador, podendo instantaneamente fornecer todo o histórico criminal da pessoa sob suspeita). Não há óbice legal de se requisitar do delegado o formal indiciamento, pois trata-se de providência de imenso valor para toda a sociedade, além do que, por analogia, é comum a autoridade determinar ao escrivão a feitura de autos complementares, eis que, estando os principais em mãos da Justiça Pública, e não contendo eles o indiciamento do suspeito, faz-se mediante expediente complementar as diligências faltantes, até porque assim se possibilita a remessa do *Boletim de Identificação Criminal* ao setor de estatística competente. Quando o suspeito deixar de ser mero objeto de investigação, para se transformar em sujeito de direito, indiciado, poderá sofrer a apreensão e seqüestro de seus bens, além de passar a figurar no cadastro criminal da polícia, que visa à elaboração da folha de antecedentes.

3 DO ASPECTO NECESSIDADE

O Promotor de Justiça é o agente político que, no dizer de Tourinho Filho, personifica “o interesse da sociedade na repressão às infrações penais”; conquanto não obrigado à instauração de procedimentos administrativos investigatórios, certamente que o fará, quando notar o fator necessidade, que estará presente quando a polícia não tiver condições humanas ou materiais, bem como quando estiver envolvida direta ou indiretamente com o próprio fato em si, além da desídia, se acaso se ressaltar, por parte dos policiais encarregados das investigações. O membro do Ministério Público, contudo, é invariavelmente obrigado a requisitar a instauração do inquérito por parte da autoridade policial, quando travar conhecimento com infrações penais ocorridas na área de suas atribuições, ou, se fora dela, remeterá as peças que tiver ao Promotor competente (competência *lato sensu*, evidentemente).

Nas comarcas de maior porte, tudo se complica nesse aspecto, eis que, assoberbado de processos, o Promotor não disporá de tempo para encetar diligências investigatórias, mas, então, não poderá deixar de requisitá-las do delegado de polícia, sob pena de estar negligenciando para com seu próprio juramento de respeito às leis da nação. A chefia da Instituição, entretanto, sempre poderá nomear um ou mais membros para presidir determinada investigação, naqueles casos que haja galgado maior repercussão, ou que não estejam sendo apurados a contento, pelos órgãos competentes.

“O que mais me impressiona no estudo do Ministério Público é a rapidez com que essa instituição evoluiu e se modernizou” já afirmava em 1983 o eminente Procurador de Justiça mineiro, Joaquim Cabral Netto⁷. De fato, com o advento da Constituição de 1988 o *Parquet* logrou a maior gama de poderes jamais conferida, não podendo, agora, cogitar de perdê-los, sequer a alguns deles. A necessidade de se adotar, como uniformização de atuação, a instauração de procedimentos apuratórios de notícias de infração penal emerge dessa evolução e dessa modernização a que se referiu o ilustrado jurista, pois não há progresso sem ocupação de espaços.

A sociedade tem no Promotor o seu representante maior; é ele quem vai mobilizar o Judiciário, inerte por natureza, e que somente age por provocação, para reinstalar o império da lei. O fenômeno da “litigiosidade contida” verifica-se a todo instante, em todo lugar: é o crescente desânimo das pessoas em constatarem que seus problemas, tidos como insignificantes em face da magnitude dos demais, não são merecedores de solução, exceto se se dispusesse de destaque social, o que lenta e inexoravelmente transforma-se em uma “bola de neve”, a redundar em violência em seu estado latente, prestes, entretanto, a explodir, muitas vezes de forma desastrosa, não só para aquela pessoa, como para terceiros estranhos ao problema. É o que explica, de maneira talvez simplista demais, o recrudescimento dos grupos de extermínio, apoiados que são por significativas parcelas do povo, que neles vê a sonhada — e indispensável — pronta solução.

A Justiça é, antes de mais nada, uma necessidade do ser gregário, para imposição da ordem e da paz. O fenômeno da “litigiosidade contida” gera, também, patologias físicas e psíquicas, todas iniciadas pelo *stress*, que é oriundo de tal estado de ânimo.

O que realmente importa é que a impunidade não coaduna com a vocação ministerial, e os interesses escusos não encontram sucesso ao colidirem com a rota de atuação do Promotor de Justiça.

4 CONSIDERAÇÕES DE ORDEM PRÁTICA

4.1 Elaboração do procedimento (autos de apuração de notícia de infração penal)

Munido de um secretário, melhor e mais célebre será o seu resultado; tanto as prefeituras municipais como a polícia militar em muito podem colaborar nesse sentido.

Todas as declarações deverão de ser reduzidas a termo, preferentemente datilografadas, com confecção de uma cópia, para alimentação de um arquivo de eventualidades, bem como para se expedir cartas precatórias.

Inexistirá qualquer rigor formalístico, eis que cada Promotor terá o seu estilo de trabalho. Sem dúvida que o modelo a ser seguido será o do inquérito policial, inclusive

com despachos ordinatórios de sua marcha, aos moldes do consagrado inquérito civil da Lei 7.347/85. A celeridade e a informalidade devem caracterizar o feito, por razões que são óbvias.

Tudo o que for possível se coletar servirá de indícios: recortes de jornais, cartas anônimas ou assinadas, ofícios recebidos, exames requisitados e elaborados, termos, fotografias, pedidos, etc.. Não se esquecerá da manifestação expressa da vontade do ofendido nos casos de ação privada e de pública condicionada à representação, o que, entretanto, serão raros, eis que as contravenções e pequenos crimes de ação pública incondicionada é que serão a rotina do gabinete, mormente os crimes de abuso de autoridade envolvendo policiais, bem como os constantes do rol trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. Deverão ser numerados os feitos, por ordem de instauração, abrindo-se-lhes pasta própria. Útil também é oficiar ao delegado de polícia da cidade, para que possa ele remeter o que tiver sobre os fatos, bem como para que, em o querendo, se abstenha de instaurar correlato inquérito policial (se bem que, se tal ocorrer, como fatalmente irá parar nas mãos do Promotor, promover-se-á o seu apensamento aos autos elaborados no gabinete próprio, e, se o processo penal já estiver em tramitação, bastará requerer a juntada do inquérito oriundo da polícia, como elemento a mais de prova).

Não poderá o Promotor se esquecer de que não possui poder de polícia, ou seja, não poderá realizar apreensões, o que poderá ser feito, entretanto, por intermédio da polícia civil ou militar, se o caso for de seu âmbito (florestal, por exemplo).

A qualquer momento poderá o membro do Ministério Público requisitar instauração do inquérito policial, remetendo ao delegado os autos que estavam sob sua presidência.

4.2 Incidentes possíveis

Comum é uma ou outra pessoa não atender a uma requisição ministerial, ou uma notificação de comparecimento ao gabinete. Há que se contornar a questão da melhor maneira possível, pois muitas vezes trata-se de mera ignorância, a ser sanada facilmente. Indispensável se notificar a pessoa com antecedência, preferentemente utilizando-se de modelo impresso ou copiado, com assinatura e carimbo do Promotor, onde constará, também, o endereço e o telefone de seu gabinete, para contatos em caso de imprevistos.

De tudo se passará recibo, pois valerá como prova, para uma eventual responsabilização penal pela desobediência.

Para diligências fora da comarca, o ideal é a expedição de cartas precatórias ao Promotor com atribuições no local, ao qual se deverá remeter as cópias do feito.

Em se tratando de crimes de ação penal privada, recordar que o ofendido dispõe de seis meses, contados da data da ciência dos fatos, para ajuizar a competente queixa-crime, deixando-se claro que a instauração do procedimento administrativo não possui o condão de interromper aquele lapso, que é peremptório.

Requisitar-se-á o formal indiciamento do suspeito à autoridade policial, propiciando-se, dessarte, os efeitos jurídicos e administrativos do ato.

Quanto ao surgimento de dúvidas a respeito da sanidade mental do investigado, não cremos que suscitará maiores problemas do que quando ocorrente na fase do Inquérito da polícia, conforme preceitua o artigo 149 do Código de Processo Penal. Tratando-se de problema de suma importância, como é a imputabilidade ou não do réu, inadmissível seria o juiz exigir o inquérito policial, *stricto sensu*. Uma vez que tal ordem só pode partir do juiz competente, nenhum prejuízo é vislumbrado no fato de ser o Promotor o requerente do exame em questão (o *caput* do supracitado dispositivo fala de "requerimento do Ministério Público", mas em seguida menciona "do acusado", demonstrando que tal requerimento é feito na fase processual; conclui-se: poderá o mais — fase processual —, poderá o menos — fase pré-processual).

4.3 Destinação final

No caso de ser ele o Promotor criminal, o presidente dos autos de apuração deverá decidir se oferece a denúncia, ou propugna pelo arquivamento, ou se remete ao seu substituto automático, em face de eventual sentimento de suspeição ou impedimento. Se não for o Promotor com atribuições na área criminal, evidentemente que haverá de remeter o feito, se possível com sucinto relatório, ao colega com aquelas atribuições, o qual tomará as mesmas providências que tomaria no caso de receber um inquérito da polícia civil.

Na hipótese de agente inimputável por doença mental soberbamente comprovada, o que mais tem ocorrido é o requerimento de aplicação de medida de segurança, com prévio historiar dos fatos; outros, entretanto, preferem oferecer a denúncia, para só ao final se requerer a medida, não obstante ser mais prático e lógico o primeiro posicionamento. Essa é a opinião de Paulo Lúcio Nogueira: "os dois procedimentos conduzem ao mesmo resultado. Contudo, o mais técnico seria pedir aplicação da medida de segurança, embora o mais usado tenha sido o oferecimento da denúncia".⁸

Alguém poderia cogitar da desnecessidade de se promover o arquivamento ao juiz, uma vez que apenas o Promotor é que se inteirou dos fatos, não precisou solicitar dilações de prazos, nem sujeitou-se a eles. Com absoluta segurança afirmamos que não deverá ser essa a medida adotada pelo membro da Instituição, por mais inócua que tenha sido a instauração do procedimento. É que a transparência das atividades ministeriais não pode sofrer limites, exceto se no interesse da própria sociedade, casos que são raríssimos. O desarquivamento, além disso, é plenamente possível no caso de novas provas, entendidas essas por aquelas não apenas formalmente novas, mas as substancialmente inovadoras. Em caso de o fato ser inexistente, atípico ou se evidenciar causas excludentes de antijuridicidade ou de extinção de punibilidade, ou, ainda, se há falhas insuperáveis acerca

da materialidade e/ou da autoria da infração investigada, deverá o Promotor deixar expresso que requer a remessa dos autos à egrégia Procuradoria Geral de Justiça, para melhor e vinculativo parecer, *ex vi* do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Acerca da suspeição do Promotor que apurou a notícia-crime, deve-se frisar que a isenção de consciência há que ser total, abstendo-se de se deixar conduzir pelas paixões e pelos julgamentos preconcebidos. Somente aquele que conduz seus mistérios com isenção é que estará sendo digno da nobreza de sua posição (a esse respeito recordamos o item V do Decálogo do Promotor de Justiça: "Sê justo. Que teu parecer dê a cada um o que é seu"). Parafraseando Sérgio Pitombo: "... exsurge violação à liberdade individual, nascente em mero *arbitrio acusatório*; e mais adiante, que "há *abuso de poder*, quando o funcionário se serve ilegitimamente de faculdade ou meio de que legalmente pode dispor. O *abuso de poder* é, em suma, o mau uso do *poder de denúncia*, quando o *Ministério Público*, inteiramente fora da realidade e *sem qualquer* elemento de convicção, inicia o procedimento criminal... arbitrio estatal, que se pode mostrar, também, na denúncia descabida, infundada e até caluniosa" (grifos originais)⁹.

5 CONCLUSÃO¹⁰

Possibilidade de instauração de procedimento de apuração de infração penal pelo Promotor de Justiça, ante a dificuldade, desinteresse ou falta de isenção da autoridade policial, ocasionando boa qualidade da apuração de notícia-crime obtida através de qualquer meio idôneo, sendo tais hipóteses de enumeração exemplificativas.

6 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código de Processo Penal.

BRASIL. Constituição Federal.

CABRAL NETTO, Joaquim. *O Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público, 1985.

FREITAS, Gilberto Passos de. Contravenções penais. Necessidade de uma reformulação. Penalização. Transformação dos ilícitos contravencionais em ilícitos administrativos policiais. Separata da *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 21, n. 83, jul./set., 1984.

JORNAL DA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ano 1, n. 1, mar./90.

⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio *Curso completo de processo penal*, 3. ed., v. único, p. 90.

⁹ PITOMBO, Sérgio Marques Moraes. Ob. cit., p. 34.

¹⁰ Do Plenário

JORNAL DA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ano 2, n. 5, ago./91.

MANUAL de atuação funcional dos promotores de justiça. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1985.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais.

MINAS GERAIS. Procuradoria Geral de Justiça de Minas Gerais. Aviso n. 02/90, editado em 5/4/90.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães. Modificações no processo penal operadas pela nova Constituição. *Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo*, ano 9, n. 16, dez./88.

PITOMBO, Sérgio Marques Moraes. *Inquérito policial* — Novas tendências Belém: Cejup, 1987.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público. *Inquérito policial*, 1987.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. Identificação criminal diante de nova ordem constitucional. *A Tribuna*, Santos, publicado em 14/12/88.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA — O PRINCÍPIO EM FACE DO ARTIGO 5º, ITEM LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL *

CLÁUDIO FLEURY BARCELLOS
Do Ministério Público de Minas Gerais

Não exige o legislador pátrio que se tenha verificado a *coisa julgada*, ou seja, que já não caiba recurso de espécie alguma. Ocorre o trânsito em julgado (segundo a *doutrina*) quando — contra a decisão — não é admissível; já não cabe, ou foi esgotada a via recursal ordinária *com efeito suspensivo*.

Breve pesquisa histórica nos leva às disposições elencadas no art. 674 do CPPB e no art. 105 da Lei 7.210/84. Não há, contudo, fundamento científico que leve a crer que o fato de o Poder Constituinte ter erigido ao *status de direito individual* aquela mesma regra pertinente ao *trânsito em julgado* da decisão, por si só, implicaria em alterar-lhe a extensão, ou a própria definição.

Constitui retrocesso doutrinário — com a volta da vinculação do *liberalismo* ao *constitucionalismo*, em que se focalizava o *indivíduo em abstrato* — a exegese segundo a qual o dispositivo constitucional em questão teria revogado toda a gama de dispositivos processuais (e há quem entenda que inclusive os de cunho cautelar) tendentes à imposição do Estado Democrático. Afinal, foram necessários vários anos, séculos (dos primórdios, no *Renascimento*, até o século XVIII), até que pudessem ser definidas as chamadas *transformações capitais do constitucionalismo*:

- a) sua passagem do plano aristocrático para o democrático;
- b) sua adequação às tendências de racionalização do *poder*;

c) sua desvinculação do *liberalismo*, passando então o *indivíduo a ser visto como parte integrante da sociedade*.

* Tese não submetida à análise das comissões, por deliberação do autor.

Em outras palavras, a exigir que se esgotem todos os pronunciamentos judiciais admitidos pelo Direito Positivo, sem observância de critérios técnicos processuais (efeitos dos recursos), teremos em breve entulhadas de feitos as Cortes Magnas, ainda mais porque o instituto do agravo de instrumento (contra a inadmissão de recurso especial ou extraordinário) faz sempre chegar àqueles Pretórios os recursos opostos.

Como consequência, o interesse individual em detrimento do coletivo, restando o sentimento de ineficácia da atuação estatal, expresso hodiernamente pelos protestos contrários à impunidade.

Acusar alguém de *culpa* equivale à ação de *culpar*. Culpado é o *paciente da imputação*. Reconhecida tal condição por decisão que não esteja sujeita à suspensão de seus efeitos por recurso ordinário, não há por que deixar de inscrever o nome do culpado no rol próprio. Não exige o legislador que o agente tenha sido definitivamente condenado, bastando que transitada em julgado a decisão que o teve como culpado.

Em face do exposto, concluímos que a chamada "execução antecipada" de sanção penal imposta por decisão judicial não constitui afronta ao princípio constitucional da *presunção de inocência*, quando já esgotadas ou não podem ser usadas *vias recursais ordinárias com efeito suspensivo*. Do mesmo modo, não está vedado o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, nas mesmas circunstâncias, embora pendente a *coisa julgada*.

Na hipótese de ser aprovada a tese, que seja encaminhada pela *direção do Congresso* ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, sugestão no sentido de desenvolvimento de esforços perante o Judiciário para o fim de que sejam automaticamente observadas as orientações do § 1º e *caput* do art. 675 do CPPB (mantendo-se no Juízo de Execução elementos necessários e suficientes à elaboração da Guia de Recolhimento e à realização de audiência e admonitória).

PRISÃO DOMICILIAR EM SITUAÇÕES ESPECIALÍSSIMAS *

NEILA DO CARMO FANUCHI
GILVAN ALVES FRANCO
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Considerações gerais; 2. Enfermidade incurável; 3. Conclusão.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Diante do atual quadro de falência do sistema penitenciário brasileiro, fruto de décadas de descaso e de esquecimento de um setor de vital importância para a segurança e harmonia social, inúmeros problemas vêm surgindo no que tange ao cumprimento da pena e à fiel observância do contido na Lei de Execução Penal.

Esses problemas, em sua maioria, são de conhecimento de todos, tais como: superpopulação carcerária e deficiência dos presídios, insuficiência de recursos financeiros, má remuneração e qualidade de policiais e de agentes penitenciários, corrupção nos presídios e muitos outros complicadores locais.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11/7/84) muito avançou em questões de política criminal e de cumprimento de pena, visando à ressocialização do condenado e à sua reinserção social. Ocorre que vários desses avanços **estão** sendo obstados pelas atuais contingências socioeconômicas pelas quais vem passando o País. Sem contar que, em se tratando de melhoria para o sistema penitenciário, existe uma enorme má vontade política para a viabilização de recursos e de meios que possibilitem a plena aplicação e o cumprimento da Lei de Execução Penal.

Como se não bastasse toda essa sombria conjuntura, um outro entrave vem assolando os nossos presídios e centros de reeducação, sem que, no momento, tenhamos uma solução para o problema. São aqueles condenados acometidos de doença grave e que, cumprindo pena em regime fechado ou semi-aberto, necessitam de tratamento médico-hospitalar. Muitas vezes são portadores de doenças infecto-contagiosas como a Aids, a hepatite e outras mais, convivendo com os demais internos, disseminando e alastrando a doença. Na pior das hipóteses, deveriam ali permanecer em celas isoladas, o que não ocorre devido à sua falta. O tratamento hospitalar, em pavilhão de segurança, ainda não passa de um sonho, uma vez que o sistema nacional de saúde também se encontra esfacelado. Devendo ser considerado, também, que a maioria das penitenciárias se encontram afastadas das grandes cidades, o que dificulta, sobremaneira, o deslocamento, a custódia e o internamento dos doentes.

Pela atual Lei de Execução Penal, através do art. 117, inciso II, o benefício do recolhimento em residência particular somente poderá ser deferido àqueles condenados acometidos de doença grave que cumprem pena em regime aberto. É a chamada prisão albergue domiciliar, na qual o condenado, recolhido em residência particular, fica submetido a condições impostas pelo Juízo de Execução.

Ao dispor dessa maneira, quis o legislador que aqueles apenados com menor severidade, cujos crimes são mais leves, pudessem beneficiar-se da prisão domiciliar quando gravemente enfermos, podendo, assim, realizar melhor tratamento, uma vez que, fora da prisão, não ofereceriam maiores riscos à sociedade.

Mas o que fazer com aqueles que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e que estão gravemente enfermos, uma vez que o Estado não tem como transportá-los, interná-los e custodiá-los? Pelo art. 41, inciso VII, LEP, verifica-se que a assistência à saúde constitui um direito do preso. Por isso não pode o Estado, através da Justiça, privá-lo desse direito, em razão de escassez de recursos, da atual conjuntura e da má vontade política. Cabe ao Ministério Público, como defensor da lei e também dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*), encontrar uma solução no sentido de que a Lei de Execução seja cumprida e sejam assegurados esses direitos, devendo até mesmo ingressar em juízo com ações para obrigar o Estado a fazer aquilo que é de seu dever. O que não pode perdurar é que condenados doentes de Aids, hepatite, etc., continuem em celas infectas, superlotadas, sem nenhuma assistência médico-hospitalar e em contato permanente com os demais condenados.

2 ENFERMIDADE INCURÁVEL

Moléstia — Diz Egídio de Souza Aranha, em suas *Lições de patologia*, que é um conjunto de fenômenos de reação que se produzem no organismo, provocado pela ação de uma mesma causa.

Afecção — É o conjunto de fenômenos dependentes da mesma lesão, mas independentes da causa original.

Doença — Entende-se um termo genérico, significando qualquer desvio do estado normal.

Enfermidade — É considerada a falta de uma ou mais funções, quer por ausência congênita, quer por alteração ou abolição definitiva das mesmas e compatível com um relativo bom estado de saúde.

Miguel Couto, estudando a fundo a questão, deixou legislado:

Doença — Termo genérico significando qualquer desvio do estado normal.

Moléstia — Conjunto de fenômenos que se desenvolvem sob a influência da mesma causa.

Afecção — Conjunto de fenômenos na dependência da mesma lesão.

Enfermidade — Desarranjo na disposição material do corpo.

A enfermidade supõe desvio definitivo da normalidade, alteração permanente da saúde. O legislador, entretanto, julgou dever reforçar o caráter estável da enfermidade, exigindo a incurabilidade.

Hoje há que se incluir entre as enfermidades incuráveis: o câncer, a diabete, a Aids, exigindo tratamento diário, constante, de alto custo, sob a responsabilidade do Estado, que detém a custódia do sentenciado.

Diante disso, entendemos que, desde que tomadas algumas cautelas, o regime domiciliar poderá ser estendido, também, àqueles que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto, acometidos de doenças graves em estágio avançado, uma vez que, em decorrência deste, dificilmente voltaria a delinquir, devendo para isso ser acompanhado em sua residência por assistente social do presídio.

Seria, então, interessante que se pensasse numa modificação do art. 117 da Lei de Execução Penal, ao qual seria acrescido de um parágrafo único que disporia sobre a concessão do referido benefício àqueles que cumprem pena em regimes que não o aberto desde que estabelecidas e cumpridas determinadas condições.

Essa medida iria, também, beneficiar a sociedade, uma vez que o Estado não mais arcaria com a responsabilidade civil em decorrência da morte desses doentes que dentro do presídio não tiveram a assistência médica necessária à cura. Sem esquecer o seu caráter preventivo, uma vez que evitaria a contaminação dos demais presos.

3 CONCLUSÃO

Parágrafo único — Esse benefício estender-se-á aos condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto, acometidos de doença grave e incurável em estágio avançado, desde que:

a) submetido a perícia médica que comprove a gravidade a incurabilidade da doença.

b) seja assinado termo de compromisso por parte de quem receberá o condenado, comprometendo-se em apresentá-lo em juízo sempre que solicitado e de comunicar possíveis mudanças de endereço.

c) apresentado mensalmente em juízo laudo médico circunstanciado sobre o tratamento e as condições de saúde do condenado e sua evolução.

d) Cumpridas as demais condições impostas pelo Juízo de Execução.

DEFESA DOS CONSUMIDORES — LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO *

LUIZ PRUDENTE DA SILVA
ALFREDO BARBOSA FILHO
JÚLIO CÉSAR GUTTIERREZ VIEIRA BAPTISTA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 1.1 Objetivo do presente trabalho; 1.2. Origem da controvérsia sobre a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, na defesa do consumidor em juízo; 1.3. A fundamentação das sentenças que não conheceram a legitimidade ativa do Ministério Público na defesa do consumidor em juízo; 2. A legitimidade do Ministério Público na defesa do consumidor em juízo; 2.1. Os fundamentos das sentenças; 2.1.1. Ministério Público *versus* Instituto Peter Pan; 2.1.2. Ministério Público *versus* Centro Educacional Mineiro; 2.1.3. Ministério Público *versus* Instituto Imaculada Conceição; 3. A natureza dos direitos e interesses defendidos pelo Ministério Público nos casos analisados; 3.1. A defesa do consumidor em juízo; 3.2. Caracterizadores da defesa coletiva 3.2.1. Interesse ou direitos difusos, 3.2.2. Interesse ou direitos coletivos; 3.2.3. Interesses ou direitos individuais homogêneos; 4. Inexigibilidade da representação do ofendido; 5. A Lei 8.170/91; 6. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Objetivo do presente trabalho

Procuramos demonstrar com este trabalho que a *legitimidade ad causam* do Ministério Público em juízo na defesa do consumidor independe da representação do

ofendido. Basta que chegue ao conhecimento do órgão ministerial qualquer lesão a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nos termos do artigo 81, parágrafo único, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), para que se aflore a legitimidade do mesmo para a defesa do consumidor em juízo.

1.2 Origem da controvérsia sobre a legitimidade *ad causam* do Ministério Público na defesa do consumidor em juízo

O presente trabalho nasceu a partir do momento em que a magistratura mineira, em sua grande maioria, na primeira instância, julgou o Ministério Público carecedor da ação, por ilegitimidade ativa, em *ações civis públicas*, ajuizadas pelos Promotores de Justiça em defesa do consumidor.

A questão tomou vulto quando a *Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor*, ao perceber um aumento ilegal no valor das mensalidades escolares de vários estabelecimentos particulares de ensino, em todo o Estado de Minas Gerais, ajuizou *ação civil pública* objetivando que a Justiça impedisse o aumento indevido, e foi julgada carecedora da ação, por ilegitimidade ativa *ad causam*.

1.3 A fundamentação das sentenças que não conheceram a legitimidade ativa do Ministério Público na defesa do consumidor em juízo.

Usaremos como exemplo o caso Ministério Público *versus* Escolas. Nessas ações civis a legitimidade ativa do Ministério Público foi negada por dois fundamentos:

1º) A Lei 8.170/91, c/c a Lei 8.178/91, que regula a fixação do valor da primeira mensalidade escolar e a forma de seu reajuste, não menciona o Ministério Público como legitimado para "negociar" com as escolas, em nome dos pais dos alunos, o valor da primeira mensalidade, pois estatui:

Art. 1º — A fixação dos encargos educacionais, referentes ao ensino nos estabelecimentos particulares de ensino de nível pré-escolar, fundamental, médio e superior, será objeto de negociação entre os estabelecimentos, os alunos, os pais ou responsáveis, a partir de proposta apresentada pelo estabelecimento, com base nos planejamentos pedagógico e econômico-financeiros da instituição de ensino, procedendo, obrigatoriamente, à compatibilização dos preços com os custos, nestes incluídos os tributos e acrescidos da margem de lucro, até quarenta e cinco dias antes do início das matrículas, que será considerada acordada, no caso de não haver discordância manifesta na forma desta Lei.

§ 1º — No caso de haver discordância em relação à proposta apresentada, o processo de negociação iniciar-se-á no prazo máximo de dez dias, a partir da publicação ou postagem da proposta apresentada pelo

estabelecimento, por iniciativa individual de qualquer pai ou responsável, apoiado por, no mínimo, dez por cento de outros pais ou responsáveis, com dependentes matriculados na instituição; por iniciativa da associação de pais da referida instituição, com dependentes nela matriculados; por iniciativa da Associação Estadual de Pais ou por iniciativa da Federação Nacional de Pais, sendo que, para os efeitos desta Lei, a associação de pais, ligada à instituição, deve ser integrada por, no mínimo, quarenta por cento dos pais ou responsáveis, com dependentes nela matriculados; a Associação Estadual de Pais deve ser integrada por, no mínimo, quarenta por cento das associações de pais, ligadas a cada instituição e a Federação Nacional de Pais deve ser integrada por, no mínimo, quarenta por cento das associações estaduais existentes no país.

§§ 2º a 7º — Omissis.

2º) A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo alguns magistrados, legitima o Ministério Público para a *defesa coletiva*, mas apenas em casos excepcionais, pois o direito lesado do consumidor deve ser da coletividade como um todo ou que a ela (à coletividade) convenha diretamente, e não àquele grupo determinado de pessoas. Eis o texto da Lei:

Art. 81 — A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único — A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82 — Para fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I — O Ministério Público.

II a IV — Omissis.

2 LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

2.1 Os fundamentos das sentenças

2.1.1 Ministério Público versus Instituto Peter Pan

Deste caso, destacamos o seguinte texto da sentença que julgou o Ministério Público carecedor da ação, por ilegitimidade ativa:

“Lado outro, não está configurado nos autos os direitos difusos, hoje tão em moda.

O denominado Código do Consumidor — Lei n. 8.078/90 — dispõe, em seu art. 81, parágrafo único, I, in verbis:

“Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por situação de fato”.

Observando, com olhos que não sejam necessariamente os de lince, ressalta-se que os titulares dos direitos difusos são indeterminados.

Indeterminados, no sentido de não se poder individualizá-los. Ao contrário, os beneficiários do resultado do pedido podem ser individuados.

Por qual razão assume o Ministério Público a titularidade do pedido? Razão jurídica, é óbvio.

Ora, poder-se-ia afirmar que há interesse coletivos.

Contudo, não se perca do horizonte que o interesse coletivo há de ser demonstrado, ele há de existir de forma extraordinária, a interessar a coletividade como um todo e não a um grupo restrito de pessoas.

Em se demonstrando a dispersividade geral, poder-se-ia, até, admitir a legitimidade concorrente ao Ministério Público, ou melhor, a substituição processual, v.g., art. 1º da Lei 7.913/89; arts. 91 e 92 da Lei 8.078/90.

Nada havendo a ser resguardado pelo Ministério Público, in casu, agasalho a preliminar de ilegitimidade de parte, sem embargo das considerações outras, e julgo extinto o processo, com fins no inc. VI, do art. 267, da Lei Instrumentária Civil”.

2.1.2 Ministério Público versus Centro Educacional Mineiro

Deste caso, destacamos o seguinte texto da sentença que julgou extinto o feito por ilegitimidade ativa do Ministério Público:

“É, sem dúvida, que, no caso concreto e específico destes autos, os interesses em evidência se relacionam com um grupo perfeitamente conhecido, determinado, identificado, qual seja, o dos alunos ou seus representantes, do estabelecimento de ensino suplicado. É evidente que os interesses que aqui se pretende proteger não são difusos, com a análise ampla e farta anteriormente verificada. Estão bem nos limites dos interesses individuais homogêneos, embora possam — com elasticidade — ser considerados ‘coletivos’, mas que, entretanto, não o são da comunidade e nem da coletividade como um todo. Restringem-se àquele grupo delimitado e homogêneo de pessoas: apenas os alunos e daquele específico estabelecimento de ensino particular.

Portanto, embora se reconheça o zelo, a eficiência, a dedicação e a grandeza do munus do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a que todos nós, mineiros, somos devedores; bem como o exaustivo e brilhante sustentáculo de tese contido na inicial, subscrita por um grupo de seus mais dignos e probos representantes, à luz das razões apresentadas e aqui invocadas, não há como ter este órgão como parte legítima à propositura desta ação”.

2.1.3 Ministério Público versus Instituto Imaculada Conceição

Desse julgado destacamos o seguinte texto:

“Por outras palavras, poderia o Ministério Público agir como substituto processual de pais de alunos de determinada escola, se esses pais nada requererem ao Ministério Público? Pois os autos mostram que não houve nenhuma representação dos alunos ou seus pais, nenhuma prova de que alguém estivesse inconformado com o aumento das mensalidades...

Na verdade, a peça inicial foi aparelhada tão-somente com a circular de f. 7, onde a escola-ré comunicou aos pais dos alunos que as mensalidades seriam aumentadas. Ora, se ninguém reclamou do aumento, em tese, pois não há representação nesse sentido, poderia o Ministério Público assumir o lugar dos pais e reclamar por todos eles, sem ser portador de mandato?

É evidente que, não se tratando de interesses difusos, porque restrito a uma classe de pessoas, o Ministério Público poderia propor a ação somente se

tivesse outorga de alguém legitimado, via de representação que lhe fosse dirigida no sentido de não se conformar com o aumento da mensalidade escolar. Em suma, se a Associação dos Pais, por exemplo, representasse ao Ministério Público a respeito. Ou se certo número de pais, em representação coletiva, se dirigissem ao órgão ministerial. Assim, ao meu ver, a ação coletiva proposta pelo Ministério Público estaria condicionada à representação dos consumidores, os pais de alunos da escola-ré”.

3 A NATUREZA DOS DIREITOS E INTERESSES DEFENDIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CASOS ANALISADOS

Vasculhando-se as iniciais que deram origem aos feitos acima mencionados, em momento algum se vê a expressão *difusa*, ou remissão ao artigo 81, inciso I, do CDC que trata dos interesses ou direitos difusos dos consumidores.

3.1 A defesa do consumidor em juízo

Neste momento é necessário esmiuçar os artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, que tratam da *defesa do consumidor em juízo*.

Segundo esses artigos, a defesa do consumidor em juízo poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo (artigo 81).

A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: a) direitos ou interesses *difusos*; b) direitos ou interesses *coletivos*; c) direitos ou interesses *individuais homogêneos* (artigo 81, parágrafo único).

Entre outros, está legitimado, para a defesa coletiva, o Ministério Público (artigo 82, inciso I).

A exegese desses artigos nos mostra, claramente, que o Ministério Público é legitimado exclusivamente quando se tratar de *defesa coletiva* (artigo 81, parágrafo único, c/c artigo 82, inciso I, do CDC, supratranscritos).

3.2 Caracterizadores da defesa coletiva

3.2.1 Interesses ou direitos difusos

Segundo o CDC, *interesses ou direitos difusos* são aqueles:

“transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (artigo 81, I).

A doutrina, ainda rara no assunto, explica:

Interesses difusos — “São interesses, *metaindividuais* (ou *supra-individuais* ou *transindividuais*) que, não tendo atingido o grau de agregação

necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos de representação dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores)”. (MANCUSO, Rodolfo Camargo. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, ed. 1991, p. 275.)

Kazuo Watanabe, dissertando sobre o tema, definiu interesses e direitos difusos como sendo aqueles em que há indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, ed. 1991, p. 581).

Para ilustrar, o professor Mancuso cita o seguinte exemplo: “interesse difuso do consumidor, v.g., seria aquele violado em decorrência de propaganda enganosa sobre certo produto básico de alimentação. A lesão se estende instantânea e indeterminadamente por toda coletividade” (ob. cit.).

Em Belo Horizonte, citamos como exemplo de direito difuso do consumidor, que surgiu em caso concreto na Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, a comercialização de alimentos com alto grau de resíduos de agrotóxicos na Ceasa/BH. Veja-se que aí a lesão se estende instantânea e indeterminadamente por toda a coletividade.

3.2.2 Interesses ou direitos coletivos

Segundo o CDC, interesses ou direitos coletivos são aqueles:

“transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, inc. I).

A palavra *coletivo* significa o agrupamento de objetos iguais, de animais da mesma espécie, classe ou categoria de pessoas, etc. (v.g.: molho — de chaves; alcatéia — de lobos; quadrilha ou bando — de criminosos; orquestra — de músicos, etc.).

Partindo desse conceito básico e primário, fica mais fácil entender o que é interesse ou direito *coletivo*.

Considerando que o próprio CDC define interesses e direitos coletivos como sendo aqueles *transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas*, e tendo em mente o conceito básico de coletivo, podemos evidenciar todos os seus limites:

1º) o interesse ou direito *coletivo* é limitado aos membros de um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, não podendo deslindar para a esfera do sujeito indeterminado (sob pena de cair no *direito difuso*).

Exemplos:

a) Interesse dos taxistas de um determinado Estado em conseguir isenção tributária na aquisição de veículos (*categoria de pessoas*);

b) interesse dos moradores de um determinado bairro para que ali se instale uma Delegacia de Defesa do Consumidor (*grupo de pessoas*);

c) interesse dos membros de um “*grupo de consórcio*” em ver esclarecidas as contas da administradora (*grupo de pessoas*);

d) interesse dos alunos e pais de alunos matriculados em determinada escola em que ela pratique os aumentos no valor das mensalidades nos exatos termos da lei (*classe de pessoas*), entre tantos outros exemplos.

Note-se que mesmo havendo, a princípio, uma indeterminação dos titulares do direito ou interesse *coletivo*, sempre há possibilidade de identificação dos mesmos. Essa é a diferença básica entre *difuso* e *coletivo*.

2º) Para caracterização de interesse ou direito *coletivo*, há necessidade de existir uma *relação jurídica base* ligando as pessoas que formam o *grupo, categoria ou classe de pessoas* entre si, ou com a parte contrária.

Relação jurídica, segundo a melhor doutrina, é a expressão usada para indicar o vínculo jurídico que une uma pessoa, como titular de um direito, ao objeto deste mesmo direito.

De uma relação jurídica sempre decorre uma prerrogativa para alguém (*facultas agendi*). Existe o titular de um direito e o objeto desse direito, tendo o titular do direito prerrogativas sobre o objeto do direito (v.g.: o proprietário titular do direito tem as prerrogativas de usar, gozar e dispor de seus bens, objeto do direito).

Daf temos que, para a caracterização do direito ou interesse coletivo, é necessário haver entre os membros do *grupo, categoria ou classe de pessoas* uma relação jurídica base, ou seja, que todos os membros do grupo sejam titulares de um determinado direito que lhes dê prerrogativas sobre um determinado objeto de direito (*facultas agendi*).

Os pais dos alunos que estudam nos estabelecimentos de ensino supracitados são titulares do direito de terem o valor das mensalidades reajustado nos termos da Lei, e desse direito decorre a prerrogativa de invocarem a tutela jurisdicional em caso de transgressão a esse direito, por parte das escolas, e de pagarem apenas o que a Lei determina (*facultas agendi*).

Despiciendo mencionar que, quando o CDC menciona “ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, não quer dizer que exista uma relação

jurídica ligando as pessoas entre si, pois, como dito acima, a relação jurídica liga o titular de um direito ao objeto deste mesmo direito. O que ocorre é a ligação entre os membros de um *grupo, categoria ou classe de pessoas* entre si, ou com a parte contrária, porque todos eles têm a mesma relação jurídica com um determinado objeto.

3º) São transindividuais, pois cruzam os limites do individual, ligando os membros do *grupo, categoria ou classe de pessoas*, por serem eles titulares de uma relação jurídica base, comum a todos eles.

4º) Indivisível porque, sendo o grupo titular de um direito, quando apenas um membro for lesado, esta lesão irradia-se por todo o grupo. E a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos. Ressalte-se que a indivisibilidade limita-se, no caso de interesses ou direitos coletivos, aos membros do grupo, categoria ou classe de pessoas, sendo, pois, relativa, razão pela qual o artigo 103 do CDC estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria, ou classe de pessoas.

3.2.3 Interesses ou direitos individuais homogêneos

A terceira e última hipótese de defesa coletiva prevista no CDC, e que também legitima o Ministério Público, é a ocorrência de lesão a *interesses ou direitos individuais homogêneos*.

Segundo o CDC, os interesses e direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum (artigo 81, parágrafo único, inciso III).

Direitos individuais são aqueles que cada cidadão, unitariamente considerado, possui. São todos aqueles direitos básicos do consumidor, previstos no CDC (Título I, arts. 1º a 60), entre tantos outros.

Quando ocorre uma lesão a qualquer um desses direitos básicos dos consumidores, cada um, separadamente, pode invocar a tutela jurisdicional ou administrativa.

Ocorre que, em face do número considerável de pessoas, a princípio indeterminado, que são ou que possam vir a ser vítimas dessa lesão, prevê o Código a publicação de um *edital* convocando todos os interessados para que possam intervir no feito como litisconsortes, assim que é proposta a ação judicial (art. 94 do CDC).

É o caso, por exemplo, dos proprietários de um determinado veículo automotor, que, a partir de uma determinada quilometragem, passa a apresentar um defeito de fabricação.

O primeiro proprietário que perceber o defeito ou a falha pode invocar a tutela jurisdicional, sem prejuízo de uma tentativa amigável. Entretanto, caso opte pela primeira,

deverá ser feita a publicação de um *edital* convocando todos os proprietários daquele modelo de automóvel, do lote de fabricação X, para que possam intervir no feito como litisconsortes.

Cada um dos titulares, individualmente considerado, tem direito a uma solução do problema, mas como existem vários indivíduos que possuem aquele mesmo direito, e considerando, ainda, que esse direito decorreu de *origem comum*, a defesa desses *direitos individuais e homogêneos* pode ser feita, segundo o artigo 81, parágrafo único, inciso III do CDC, a título coletivo, e legitimado para tanto está o *Ministério Público*, nos termos do artigo 82, II, do mesmo Estatuto.

O CDC estatui ainda que, em se tratando de direitos e interesses individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando-se a responsabilidade (art. 95). Isso se deve, certamente, à possibilidade de haver, ainda, sujeitos indeterminados, que não participaram da relação processual.

Corroborando esse entendimento, e dando possibilidade àqueles que não participaram da relação processual de beneficiarem-se da sentença, o CDC assinala o prazo de um ano para que os interessados se habilitem à liquidação ou execução da sentença. Findo esse prazo, poderão os legitimados do artigo 82 promover a execução ou liquidação da indenização devida. Nesse caso, a indenização reverterá em favor do fundo criado pela Lei 7.347/85 (art. 100, parágrafo único do CDC).

A sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar as vítimas e seus sucessores (art. 103, III, do CDC).

Essas são, pois, as hipóteses em que o *Ministério Público* pode invocar a tutela jurisdicional na defesa dos direitos dos consumidores. Trata-se, sem dúvida, de legitimação extraordinária, pois o Ministério Público invoca, em nome próprio, direito alheio.

Não há dúvidas de que o caso dos alunos *versus* escola se encaixa como uma luva aos interesses e direitos coletivos, pois pertence a uma classe de pessoas, limitada e determinada, ou seja, restringem-se àquele grupo delimitado de pessoas: apenas os alunos e daquele específico estabelecimento de ensino particular. É uma aberração qualquer tentativa de negar que os casos analisados são de *interesses ou direitos coletivos*.

O Código de Defesa do Consumidor não exige, em hipótese alguma, que a defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas só se possa fazer quando isto convenha diretamente à sociedade ou à coletividade como um todo, conforme entendimento jurisprudencial. Caso se firme entendimento nesse sentido, estarão entendendo da Lei o que ela não diz.

Para que o *Ministério Público* atue na defesa do consumidor em juízo, basta que identifique na ação ou omissão lesão a:

a) interesses ou direitos difusos;

b) interesses ou direitos;

c) interesses ou direitos individuais homogêneos, pouco importando se se trata de interesse da coletividade como um todo ou que a ela convenha diretamente.

Chega de *criações judiciais*. Os magistrados não podem colocar "na boca da Lei" o que ela não está dizendo.

Faz-nos lembrar do Juiz de Direito da Comarca de Governador Valadares que criou a *ação civil pública condicionada à representação do ofendido* (item 2.1.3).

As sentenças são, *data venia*, absurdas, pois condicionam a propositura da ação a requisitos não previstos em Lei.

É absurdo afirmar que o interesse coletivo há de ser demonstrado e que ele há de existir de forma extraordinária, a interessar à coletividade como um todo e não há um grupo restrito de pessoas, pois contraria o estatuído expressamente no CDC, *in verbis*:

Direitos coletivos: assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular *grupo, categoria ou classe de pessoas*, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base (art. 81, II, do CDC).

Ora, se a própria Lei fala em *grupo*, é evidente que é um *grupo limitado*, senão teria dito *pessoas indeterminadas*, tal como fez ao definir direitos difusos.

4 INEXIGIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

Em momento algum o Código de Defesa do Consumidor ou qualquer outra lei correlata condiciona a atuação do *Ministério Público* na defesa do consumidor em juízo à representação do ofendido, sendo essa exigência mais um dos frutos das *criações judiciais*, pois não existe *ação civil pública condicionada à representação do ofendido*, que não confunde com a *ação civil ex delicto*, prevista no artigo 68 do Código de Processo Penal.

5 A LEI 8.170/91

A Lei 8.170/91, por seu turno, regula a fixação do valor da primeira mensalidade e dita regras para a negociação entre os pais de alunos e as escolas, *sobre o valor da primeira mensalidade*.

Realmente, o *Ministério Público* não tem legitimidade para negociar o valor da primeira mensalidade com as escolas. Todavia, se depois de fixado o valor da primeira

mensalidade, a escola reajustá-lo fora dos parâmetros do artigo 2º da Lei 8.170/91, com redação dada pela Lei 8.178/91, lesando o grupo de pais de alunos, aflora a legitimidade do *Ministério Público* para a defesa do consumidor, com base no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC, pois não se trata mais de *negociação*, e sim de lesão a direito de que é titular aquela classe de pessoas.

6 CONCLUSÃO

Os tesistas entendem, pelo que acima se expôs, que o Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, via Ação Civil Pública, desde que se configure:

a) direitos e interesses *difusos*: assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas entre si por circunstâncias de fato;

b) direitos e interesses *coletivos*: assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular *grupo, categoria, ou classe de pessoas*, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

c) direitos e interesses homogêneos, independentemente de prequestionamento de representação, ressalvando-se o disposto no art. 51, § 4º, do Código do Consumidor.

DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS — CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DA CARTA POLÍTICA INSTITUCIONAL *

JOÃO BATISTA DA SILVA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

Introdução. Primeira parte — Administração Pública: 1. Administração pública; 2. Atos administrativos; 3. Contratos administrativos; 4. Controle da Administração Pública: Segunda parte — Patrimônio público, meio ambiente e outros interesses difusos coletivos: 1. Patrimônio público; 2. Meio ambiente; 3. Outros interesses difusos e coletivos. Terceira parte — O Ministério Público como órgão de controle extrajudicial da Administração Pública: 1. Funções institucionais do Ministério Público; 2. Limites ao Ministério Público. Quarta parte — Instrumentos e formas de controle extrajudicial da Administração Pública pelo MP: 1. Providências *ex officio*; 2. Requisição de documentos e laudos periciais; 3. Instauração de inquérito civil público; 4. Relatório com análise jurídica do ato ou contrato investigado; 5. Termo de ajustamento de conduta. Quinta parte — Conclusões. Sexta parte — Propostas: 1. Para a formulação de uma política institucional; 2. Para promover uma ação preventiva e corretiva eficaz no controle da Administração Pública. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Em 5 de outubro de 1988, a sociedade brasileira, através de seu mais legítimo poder, o Legislativo Constituinte, conferiu ao Ministério Público brasileiro, dentre outras magnas funções, a proteção do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

Ao entregar tão grave e dignificante função ao Ministério Público, o povo brasileiro, através do seu Poder Constituinte, demonstrou um grande apreço e uma enorme confiança no *Parquet*, erigindo-o à condição de verdadeiro *Fiscalizador da República*.

Esta mesma sociedade, hoje perplexa e angustiada, assiste institucionalizar-se em nosso país, em todas as esferas do poder, uma corrupção generalizada, que se estende desde a mais singela prefeitura de uma cidadezinha qualquer do interior até a ante-sala do gabinete presidencial em Brasília.

Diante deste quadro assustador, que coloca em risco a própria sobrevivência do regime democrático, cuja tutela também compete ao Ministério Público, o que faz a nossa Instituição?

Até então, infelizmente, o *custos legis* age somente por impulsos externos. Falta-lhe vontade própria, iniciativa para buscar no fato social ou administrativo a necessidade de sua atuação. Se a imprensa, um cidadão mais atento ou mesmo um inquérito policial não lhe trouxer a *notitia delicti*, o *Parquet* dorme em berço esplêndido.

E mesmo após acionado por agentes externos, o Ministério Público mostra-se ineficaz em sua ação subsequente. Ciente do fato em tese ilícito, primeiramente o *Parquet* aguarda a apuração dos fatos, que é feita quase sempre pela polícia, órgão subordinado à administração investigada e, por isto mesmo, sem a necessária imparcialidade institucional. Após a conclusão destas investigações eivadas de facciosismo, com base nelas o Ministério Público ingressa em nosso sobrecarregado e ineficiente sistema judiciário, onde colhe mais frustrações que soluções satisfatórias.

Eis nossa realidade.

O povo, que não tem a obrigação de conhecer as filigranas jurídicas, com indignação e perplexidade, a cada dia crê menos em suas instituições, inclusive no Ministério Público.

Como mudar este quadro, agindo com real eficácia, de preferência preventivamente, evitando que o dano à coisa pública venha a se efetivar?

É verdade que o Ministério Público vem procurando corresponder aos anseios sociais, todavia não dispõe ainda de uma linha de conduta uniforme e permanente.

Em nosso Estado verificamos, com satisfação, a firme conduta que a Procuradoria Geral vem implementando aos casos de corrupção na Administração Pública, em nível municipal e estadual, o que demonstra a vontade política da chefia da Instituição quanto à moralização administrativa no âmbito do Estado.

Também em nível federal, a Procuradoria Geral da República vem se conduzindo com altivez, independência e dignidade no enfrentamento dos corruptos federais, o que tem enchido a classe ministerial de justo orgulho em todos os quadrantes do Brasil.

Estas providências, todavia são, quase sempre corretivas, ou seja, subseqüentes, e passam para o Judiciário as soluções, as quais, quando vêm, normalmente não correspondem à incontida vontade social de moralização da coisa pública.

Urge assim que façamos alguma coisa. O que não se pode mais admitir é a omissão, a ineficiência ou a resignação diante destes fatos.

A tese que a seguir exporemos tem por objetivo demonstrar que no arcabouço jurídico pátrio existem "remédios", também preventivos, que, embora não possuam a potência necessária, podem ajudar, e muito, no combate deste câncer social.

O tema, de evidente atualidade e complexidade, está a merecer um estudo mais aprofundado, de modo a cobrir melhor o amplo espectro jurídico a ele relacionado. Esta tarefa, todavia, foge à nossa limitada competência e ficaria em melhores mãos se entregue aos expoentes do Direito Administrativo pátrio.

Salientamos ainda que, na abordagem ora levada à apreciação dos colegas, não se verifica qualquer rasgo de erudição. Conhecemos nossas limitações e vemo-nos apenas como um Promotor de Justiça em busca de uma maior eficácia no desempenho das atribuições que a Lei Maior nos conferiu.

Outrossim, na atividade pública em geral verificam-se três categorias de atos Inconfundíveis entre si: atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos.

Para José Cretella Júnior, "A ação administrativa ou a ação da autoridade pública, em qualquer dos Poderes, é traduzida em *atos administrativos* — "operações materiais do agente público" — e em *atos administrativos* — "declarações formais da autoridade pública".

Definindo ato administrativo, leciona Hely Lopes Meirelles que "*Ato administrativo* é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".

Embora haja divergências entre os administrativistas, os *atos administrativos* podem ser agrupados em cinco espécies diferentes, a saber: 1. *atos administrativos normativos*; 2. *atos administrativos ordinatórios*; 3. *atos administrativos negociais*; 4. *atos administrativos enunciativos*; 5. *atos administrativos punitivos*.

1. Os chamados *atos administrativos normativos*, como a própria denominação está a indicar, são aqueles que visam normatizar a correta aplicação da lei no âmbito da administração.

Os principais *atos administrativos normativos* são: *decretos*; *regulamentos*; *regimentos*; *resoluções* e *deliberações*.

Entendemos que sempre que um *ato administrativo normativo* incorrer em manifesto equívoco na interpretação da *mens legis*, o que certamente redundará em errônea prática administrativa, cumpre ao Ministério Público promover, junto à autoridade expedidora de tal ato, a sua revogação ou retificação. Em havendo resistência, recorre-se às vias judiciais, inclusive com medidas cautelares para se evitar que tal ato venha a causar dano de qualquer natureza ao interesse público.

2. *Atos administrativos ordinatórios* objetivam disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes.

Os principais *atos administrativos ordinatórios* são: *instruções*; *circulares*; *avisos*; *portarias*; *ordens de serviço*; *ofícios* e *despachos*.

Como se vê, os *atos administrativos ordinatórios* voltam-se para o âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam o particular nem funcionários subordinados a outras chefias. Outrossim, esta espécie de *ato administrativo* dispensa maior atenção do Ministério Público.

3. *Atos administrativos negociais* são aqueles que merecem uma redobrada atenção por parte do *custos legis*, vez que através deles o Administração promove os negócios jurídicos públicos ou atribui certos direitos e vantagens ao interessado.

PRIMEIRA PARTE — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administrar, em sentido *lato*, pode ser definido como a gerência de interesses segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias.

Segundo Duez, citado por Hely Lopes Meirelles, "*Administração Pública* é a atividade funcional concreta do Estado que satisfaz as necessidades coletivas em forma direta, contínua e permanente, e com sujeição ao ordenamento jurídico vigente".

Embora a *Administração Pública* seja atividade-fim do Poder Executivo, *interna corporis*, todos os órgãos que integram o Estado praticam atos de administração, ainda que sua finalidade institucional seja de natureza legislativa ou judiciária.

Processa-se a *Administração Pública* através de atos dos agentes públicos, os quais devem pautar-se dentro da mais estrita observância da legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato, e de acordo com a finalidade e o interesse público a ser realizado.

Quando o ato administrativo é praticado com infração às normas legais, relegando os princípios básicos que regem a Administração Pública, ultrapassando a competência ou se desviando de sua finalidade institucional, dá-se o vício de ilegitimidade, ficando, por conseguinte, exposto à anulação interna, isto é, pelo próprio órgão que o praticou, ou externa, quando promovida por outro órgão da Administração ou pelo Judiciário.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

Para realizar a Administração Pública, o Estado faz uso de atos jurídicos que recebem a denominação especial de *atos administrativos*.

Tais atos, típicos da atividade administrativa, por sua natureza, conteúdo e forma se diferenciam dos atos típicos do Poder Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões judiciais), frutos das atribuições específicas de legislação e jurisdição.

Para Hely Lopes Meirelles, "*Atos administrativos negociais* são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público".

Os *atos negociais*, embora encerrem um conteúdo tipicamente negocial, são unilaterais e não adentram na esfera contratual. São pois *atos administrativos* e não *contratos administrativos*, embora gerem direitos e obrigações para as partes e as sujeitem aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente.

São espécies de *atos administrativos negociais*: *licença; permissão; autorização; admissão; visto; aprovação; homologação; dispensa e renúncia*.

Pela abrangência da aplicação do *ato administrativo negocial* na Administração Pública, e pelo fato de ele gerar direitos, vantagem e obrigações para as partes, o Ministério Público pode e deve acompanhá-lo em todo o seu *iter*, promovendo as medidas administrativas e judiciais para adequá-lo à sua finalidade institucional, sempre que constatar qualquer desvio.

4. *Atos administrativos enunciativos*. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXIV, letra *b*, assegura a todos o direito "à obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal".

Atos administrativos enunciativos são exatamente aqueles em que a Administração certifica ou atesta um fato, ou emite uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado.

Os exemplos mais comuns de *atos administrativos enunciativos* são as *certidões*, os *atestados* e os *pareceres administrativos*.

Estes atos enunciativos quase sempre são usados na instrução de processos administrativos e judiciais e por isso merecem a atenção do Ministério Público, para se aferir se expressam a verdade sobre os fatos ou atos que noticiam.

5. *Atos administrativos punitivos* são aqueles que contêm uma sanção administrativa imposta pela Administração àqueles que, servidores ou particulares, praticam infrações de natureza administrativa.

São *atos administrativos punitivos típicos*: a *multa*, a *interdição de atividade*; a *destruição de coisas*, o *afastamento de cargo ou função*.

Deve o Ministério Público voltar sua atenção, também, para esta espécie de *ato administrativo*, a fim de verificar a correta aplicação das sanções administrativas àqueles que infringem normas administrativas de observância geral. Além disto, tal ato dá margem a atos de corrupção em face dos interesses particulares em jogo.

3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Se o ato administrativo "é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor ao administrado ou a si própria", conforme ensina Hely Lopes Meirelles, este mesmo autor assim define *contrato administrativo*:

"Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nesta qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa, para consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração".

O contrato administrativo quase sempre tem por escopo a obtenção de uma obra ou serviço público, mas pode ter qualquer outro objeto, consubstanciando obrigação de dar ou fazer.

Diferindo do direito privado, onde a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, no direito público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos. Em compensação, dispõe o Poder Público dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para por fim ao contrato em meio a sua execução.

Em espécie os *contratos administrativos* são: 1. *contrato de obra pública*; 2. *contrato de serviço*; 3. *contrato de fornecimento*; 4. *contrato de concessão*.

1. "*Contrato de obra pública* é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma construção, uma reforma, ou uma ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público"...

2. "*Contrato de serviço* é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados"...

3. "*Contrato de fornecimento* é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios, etc.), necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços"...

4. "*Contrato de concessão* é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública, ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais"...

Ressalte-se que o *contrato administrativo* exige licitação prévia, só dispensável nos casos expressamente previstos em lei.

Vale salientar ainda os contratos públicos firmados pela União com entidades e organismos estrangeiros, nos quais observa-se as normas de Direito Internacional Público e as convenções subscritas pelo Brasil.

Pensamos que em toda espécie de *contrato administrativo*, onde está envolvido o dinheiro do contribuinte, e onde se sabe acontecem as maiores falcaturas, deve o Ministério Público, sempre que julgar conveniente, acompanhar a sua *formalização, execução, recebimento de seu objeto, extinção, prorrogação ou renovação, inexecução e rescisão*, enfim, todo o seu tramitar até exaurir todos os seus efeitos e conseqüências jurídicos.

Atos e contratos administrativos, eis os instrumentos jurídicos pelos quais a Administração Pública realiza a sua função executiva para os administrados e para si mesma, em todos os seus níveis e no âmbito dos três Poderes.

4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública que, como já vimos, administra a "coisa pública" através de atos e contratos administrativos, deve pautar sua conduta dentro dos estritos termos da legitimidade, ou seja, de acordo com as normas pertinentes a cada ato e tendo em vista a finalidade e o interesse público na sua realização.

Até nos chamados atos discricionários está o agente público obrigado a observar as normas que os legitimam, ou seja, pautar-se dentro das opções previstas em lei e as exigências do bem comum.

Desconsiderando as normas legais ou desviando-se da finalidade institucional, fica o ato eivado do vício da ilegitimidade, o que o expõe à anulação pela própria Administração, pelo Legislativo, ou pelo Poder Judiciário, quando acionado.

Quando o controle é feito pela própria Administração, denomina-se controle administrativo interno; quando se dá por órgão de um outro Poder legitimado para tanto, chama-se controle externo e normalmente recebe o nome de controle Legislativo ou Judiciário, conforme o caso.

A questão que se impõe desde logo é definir se o controle da Administração passível de ser exercido pelo Ministério Público classificar-se-ia como interno ou externo, isto é, procedido por um órgão ou Poder externo ao Poder controlado.

Considerando a independência institucional que a Constituição Federal conferiu ao *Parquet*, não o vinculando ou subordinando-o a qualquer dos clássicos três Poderes da República, entendemos que o controle exercido pelo mesmo sobre a Administração Pública, exceto quando fazendo o controle *interna corporis*, deve ser hoje classificado como controle externo.

Dito isto, convém conceituar o que se entende por Controle da Administração. Assim, Hely Lopes Meirelles, "*Controle*, em tema de administração pública, *ó a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.*"

Os tipos e formas de controle da Administração Pública variam conforme o Poder, órgão ou autoridade de onde emanam, ou ainda o fundamento, o modo e a oportunidade de sua efetivação.

Assim, esses controles, conforme o seu fundamento, serão *hierárquicos ou finalísticos*; conforme o órgão que os realiza, podem ser internos ou externos; *segundo o momento* em que são praticados, consideram-se prévios, concomitantes ou subseqüentes e, por fim, quanto ao aspecto controlado, podem ser de legalidade ou de mérito.

Ressalte-se que, quanto ao mérito, só é cabível o chamado controle hierárquico e interno.

SEGUNDA PARTE — PATRIMÔNIO PÚBLICO, MEIO AMBIENTE E OUTROS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1 PATRIMÔNIO PÚBLICO

Após falarmos dos atos e contratos administrativos, convém que façamos uma rápida digressão sobre o que é o patrimônio público no sentido jurídico, eis que a sua tutela foi conferida ao Ministério Público (CF, art. 129, III).

Iniciaremos pelo Código Civil pátrio, que dispõe na primeira parte do *caput* do art. 65:

"São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios"...

Classificando os bens públicos, o art. 66 do mesmo diploma legal prescreve:

Art. 66 — Os bens públicos são:

I — de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;

II — os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimentos federal, estadual ou municipal;

III — os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada dessas entidades.

Para Hely Lopes Meirelles, "Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autarquias e parastatais"

Pelo que se depreende da lei e da conceituação doutrinária, não seria possível afirmar que o *patrimônio público*, espécie do gênero *bens públicos*, por sua abrangência, configura a própria entidade a que pertence. Sem os bens que as corporifica em si, as entidades estatais — União, Estados e Municípios —, seriam tão-somente uma ficção jurídica, uma alma sem corpo.

Se o patrimônio público é a expressão física da própria entidade estatal, em todas os seus níveis e esferas, e se compete ao Ministério Público proteger este patrimônio público, *ipso facto* o seu campo de atuação é toda a administração pública materialmente considerada.

2 MEIO AMBIENTE

Dentre os chamados interesses difusos e coletivos, que são vários, a Constituição Federal, ao definir as funções institucionais do Ministério Público, após conferir-lhe a proteção do patrimônio público, colocou também sob a sua proteção o *meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos*.

Quanto ao meio ambiente, tema de emergente atualidade em todo o mundo e principalmente no Brasil, que inclusive sediou em julho a ECO/92, a sua importância como condição *sine qua non* para a própria sobrevivência da espécie humana justifica a preocupação do legislador constituinte, a exemplo do que fizera em matéria de patrimônio público, em destacá-lo dos demais interesses difusos e coletivos e conferir a sua tutela também ao Ministério Público.

Estando a degradação ambiental intimamente ligada à atividade econômica, seja pelo particular, seja pelo próprio Estado, e cumprindo a este regulamentar o empreendimento produtivo e fiscalizar a observância às normas ambientais, evidente que se faz necessário um permanente acompanhamento de suas antagônicas posições por parte do Ministério Público.

Com efeito, o Estado brasileiro, explorador de um sem-número de atividades industriais de grande porte, sendo algumas naturalmente degradadoras, pode ser classificado sem qualquer estudo estatístico como um dos maiores poluidores da biota nacional.

Neste sentido lembra Paulo Affonso Leme Machado:

"Não se pode esquecer que muitas vezes o Poder Público, ao baixar normas de emissão e elaborar padrões de qualidade, age em causa própria, pois ele, Poder Público, também exerce algumas atividades iguais a dos particulares (...). Dessa forma, nem sempre os parâmetros oficiais são ajustados à realidade sanitária e ambiental, decorrendo daí que, mesmo em se observando essas normas, as pessoas e a natureza sofrem

prejuízos” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, p. 93).

Como grande degradador do meio ambiente que é, o Estado, empreendedor da atividade industrial, deve ser visto com alguma suspeição quando no exercício do seu poder de polícia ambiental, razão por que a fiscalização outorgada ao Ministério Público, Instituição independente e com garantias constitucionais para seus órgãos, dá até mesmo a necessária credibilidade ao sistema.

A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, define, no seu art. 3º, o que entende por *meio ambiente* para os fins legais. Esta definição legal tem merecido elogios de juristas e técnicos que se debruçam sobre a temática ambiental. Ei-la:

“Art. 3º — Para os fins previstos nesta Lei, entende por:

I — meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga, e rege a vida em todas as suas formas”.

Partindo da definição acima, a qual, não há negar, abrange todos os aspectos imagináveis do que seja meio ambiente na concepção científica, pode ser afirmado que onde estiver o homem e sua infra-estrutura social aí estará a questão ambiental e aí também deve estar o Ministério Público velando por sua proteção.

Como é o que deve o Ministério Público tutelar perante a Administração Pública em matéria de meio ambiente?

Como já aduzimos, em matéria de meio ambiente o Estado coloca-se numa posição antagônica, ora agindo como poluidor, ora exercendo o poder de polícia administrativa das atividades poluidoras dos particulares e até de si mesmo.

Além disto, como já vimos no tópico dos atos administrativos, compete à Administração Pública conceder licenças (alvarás) para que o particular (e também para os empreendimentos públicos) possa explorar regularmente a atividade que seja potencialmente poluidora.

Para Helli Alves de Oliveira, em matéria ambiental “Licenciamento é o procedimento ou conjunto de atos realizados pelo administrado e pela Administração, culminando este procedimento com a edição de um ato pelo poder público competente.

Enquanto procedimento, o licenciamento comporta direitos e obrigações à Administração e ao administrado.

Do lado da Administração, esta, no exercício do poder de polícia administrativa, ao exigir o cumprimento de regras minimizadoras do impacto negativo causado ao meio

ambiente, estará cumprindo o seu dever de zelar pelo bem-estar e interesse da coletividade”.

Atos administrativos no licenciamento ambiental — A Constituição assegura a liberdade para o empreendimento econômico, desde que observados alguns princípios básicos, dentre os quais a *defesa do meio ambiente*.

Outrossim, para exercer a atividade econômica, o empreendedor necessita dos licenciamentos administrativos das entidades estatais pertinentes, os quais em matéria ambiental, são: *licença; autorização e permissão*.

Para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, a Constituição Federal, no seu art. 225, IV, exige na forma da lei, “estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Além do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), o empreendedor de atividade potencialmente poluidora está ainda obrigado a apresentar o Relatório de Impacto Ambiental, (RIMA), conforme Resolução CONAMA n. 001/86.

3 OUTROS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

No campo de proteção da Lei n. 7.347/85, com as modificações da Lei n. 8.078/90, inclui-se, além da defesa do meio ambiente, a defesa do consumidor, do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Registre-se ainda a Lei n. 7.913/89, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado imobiliário, e a Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência.

TERCEIRA PARTE — O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO DE CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com advento da Carta Magna Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, o Ministério Público brasileiro conquistou uma posição de vanguarda em relação a seus congêneres em todo o mundo.

Com efeito, a nova Constituição deu um grande destaque a esta Instituição que, mercê de sua vocação histórica e da dedicação de seus membros, vem, dia a dia, ganhando foros de um verdadeiro Poder Fiscalizador da República.

Dentre outras magnas tarefas, ao Ministério Público compete hoje, com exclusividade, a promoção do Inquérito Civil Público para a proteção do *patrimônio público e social*, concorrendo com outras instituições na legitimação da ação civil pública para a proteção do *patrimônio público, meio ambiente* e de *outros interesses difusos e coletivos*.

No bojo do Inquérito Civil Público que possibilita ao Ministério Público a *persecutio delicti civili*, pode ele valer-se do chamado “*compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais*”, instrumento jurídico da maior importância para legitimá-lo na promoção do chamado controle extrajudicial da legalidade dos atos da Administração Pública.

Foi através da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que em boa hora ganhou o Ministério Público o direito-dever de promover o *inquérito civil público* e a ação civil pública em matéria de interesses difusos e coletivos, notadamente em relação ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Esta nova conquista ministerial foi alçada em nível constitucional, ampliando-se o aspecto de sua aplicação para abranger também o *patrimônio público e social*, nos termos do art. 129, n. III, da nova Carta Magna.

A referida Lei n. 7.347/85, antes das alterações que lhe deu a Lei n. 8.078/90 (Código do Consumidor), dava ao órgão Ministerial apenas duas opções ao concluir o *inquérito civil público*:

1ª) promover a *ação civil pública*; ou

2ª) promover o arquivamento do *inquérito civil público*.

Naquela então realidade jurídica, concluído o inquérito civil público, se presentes as condições objetivas que configurassem o dano ou o risco de dano ao direito ou interesse difuso ou coletivo enfocado, dispunha o Ministério Público tão-somente da esfera judiciária para buscar a sua proteção.

Inexistia, portanto, possibilidade jurídica para o Ministério Público promover diretamente com o infrator a retificação do ato ou fato infringente, adequando-o à norma legal violada, fosse o infrator o particular ou a própria Administração Pública.

Trazendo um lenitivo para esta aflição, a Lei n. 8.078/90, no seu art. 113, alterando a Lei n. 7.347/85, inseriu nesta o parágrafo 6º no art. 5º, o qual tem a seguinte redação:

“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Embora a lei tenha conferido também aos demais órgãos co-legitimados para promover a ação civil pública em matéria de interesses difusos a faculdade de *tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais*, na prática somente o Ministério Público vem promovendo tal compromisso, mesmo porque é ele, via inquérito civil público, que lhe é exclusivo, quem primeiro colhe as informações necessárias a tal ajustamento.

Outrossim, entendemos que, conjugando a função institucional do Ministério Público de promover a proteção do *patrimônio público e social* através do inquérito civil público — que lhe é exclusivo, com a faculdade de *tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais* —, o *Parquet* dispõe hoje de um poderoso instrumento jurídico que o capacita a promover o controle extrajudicial da legalidade dos atos da Administração Pública que lesam ou possam vir a lesar o patrimônio público, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Em matéria de *meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, seja infrator o particular ou o Poder Público, pode o Ministério Público e os demais órgãos legitimados para a ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85) “*tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”.

2 LIMITES AO MINISTÉRIO PÚBLICO

No exercício do controle extrajudicial da Administração Pública, o Ministério Público deverá levar em conta que os atos administrativos, quaisquer que sejam a sua categoria ou espécie, trazem em si certos atributos que lhes emprestam características próprias e condições peculiares: *a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade*.

A *presunção de legitimidade* autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüido dos vícios ou defeitos que os levam à invalidade. Enquanto não ocorrer o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos para a Administração e para terceiros.

A *imperatividade* é o atributo que impõe, quando for o caso, a coercibilidade para o seu cumprimento ou execução.

A *auto-executoriedade* consiste na possibilidade que certos atos ensejam de imediata e direta execução, ainda que necessitem de posterior ratificação.

Tais atributos, embora devam ser considerados quando da apreciação do caso concreto, em nada cerceam a ação fiscalizadora do Ministério Público, aliás, como já acontece quando promove hoje o chamado controle judicial.

Além dos atributos acima citados, deve o Ministério Público averiguar a regularidade formal do ato administrativo, analisando-o quanto à *competência, à finalidade, à forma, ao motivo* (quando vinculado) e *ao objeto*.

Apenas o *mérito do ato administrativo* não é passível de questionamento externo, ainda que em juízo.

QUARTA PARTE — INSTRUMENTOS E FORMAS DE CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO MP

1 PROVIDÊNCIAS EX OFFICIO

O ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Antônio Amálio F. Dal Pozzo, em seu excelente trabalho — *Propostas de modificações na estrutura e forma de atuação do Ministério Público* —, publicado pela APMP em seu *Cadernos-Temas Institucionais*, no tópico — *Ausência de política pública que defina diretrizes, objetivos e prioridades institucionais*—, p. 22-23, fez a seguinte alerta ao Ministério Público:

“O nosso Ministério Público, nos dias que correm, age por estímulo externo:

1. estimulado pelos processos judiciais;

2. estimulado por reclamações pessoais, dos que nos procuram.

Mesmo assim, nossa reação, isto é, nosso agir, limita-se a uma resposta de acordo com a previsão legal estrita.

Qual é a vontade política do Ministério Público?

Ela simplesmente não existe, enquanto clara manifestação de uma política pública de diretrizes, de objetivos, de prioridades”...

Com toda razão o nobre Procurador bandeirante.

Para colaborar na reversão deste estado de coisas, que atinge não apenas o *Parquet* paulista, mas certamente o de todo o Brasil, inclusive o nosso, é que estamos propondo esta tese.

Para promover a efetiva *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*, o Ministério Público deve adotar uma nova

postura procedimental, agir mais como agente político do que como um mero técnico jurista, ir ao encontro do fato social e não aguardar no gabinete a sua versão relatada num inquérito policial ou administrativo.

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

2 REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E LAUDOS PERICIAIS

Dispõe o art. 8, parág. 1º, da Lei n. 7.347/85, que disciplinou o *inquérito civil público* e a *ação civil pública*:

Parág. 1 — “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

Assim, excetuando os casos de sigilo, quando então poder-se-á requerer a certidão ou informação em juízo, o Ministério Público pode e deve requisitar da Administração Pública todos os documentos, atos, certidões, perícias, processos administrativos, tudo, enfim, que sirva para aferir a legalidade do ato ou do contrato administrativo, sempre que houver de sua parte interesse de fiscalização.

3 INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

O controle extrajudicial, ou mesmo judicial, independe de inquérito civil, todavia, sendo conveniente instaurá-lo para uma melhor apuração dos fatos, deve o órgão do Ministério Público lavrar uma Portaria circunstanciada, dando as razões de fato e de direito para a instauração do inquérito civil, implementando as demais providências para o regular prosseguimento das apurações.

4 ANÁLISE JURÍDICA DO ATO OU CONTRATO INVESTIGADO

De posse da documentação relativa ao ato ou contrato, perícias, depoimentos testemunhais, etc., estará o Ministério Público apto a proceder um acurado exame da matéria.

Se esta documentação integra um inquérito civil formalmente instaurado, este exame será feito no corpo do relatório final do inquérito.

Não tendo sido instaurado formalmente o inquérito, o que não é aconselhável, deve o órgão ministerial organizar a documentação e elaborar um relatório sobre a mesma, proferindo neste relatório seu posicionamento jurídico sobre o que constar dos autos.

Será este relatório que servirá de base para toda e qualquer providência ministerial junto à Administração ou em juízo. Por esta razão impõe-se um trabalho de profundidade, sem margem para erros evitáveis.

5 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Verificando-se a ilegalidade no ato ou no contrato administrativo, via documentação e perícias requisitadas no bojo do inquérito civil ou fora dele, pode o órgão investigador tomar medidas distintas.

Notificar o agente ou a autoridade responsável de que o Ministério Público concluiu estar aquele ato ou contrato maculado pela ilegitimidade, devendo, pois, ser reexaminado num prazo determinado, sob pena de impugnação na esfera judicial.

Esta notificação deverá conter cópia de todo o procedimento ministerial que concluiu pela ilegitimidade do ato, e a conclusão deve ser fundamentada nos fatos e no direito, devendo ainda constar a medida administrativa a ser tomada em reexame para *retificação* ou *revogação*, quando cabíveis.

Nesta fase torna-se passível de se “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Não se efetivando tal compromisso; transcorrido *in albis* o prazo assinalado, ou não acatando a Administração integralmente o entendimento ministerial, deve-se ingressar imediatamente em juízo, inclusive com processos cautelares e pedidos liminares, quando cabíveis, buscando, tanto quanto possível, evitar o dano maior que o ato ou o contrato possam causar ao interesse público envolvido.

Neste caso deve o Ministério Público combater a ilegalidade em todas as frentes possíveis, ou seja, na esfera administrativa superior, no juízo cível e criminal, quando for o caso.

Sendo possível o “*termo de ajustamento de conduta às exigências legais*”, deve-se considerar que os atos já praticados e suas eventuais consequências administrativas, cíveis e criminais serão atribuídas, a título de dolo ou culpa, ao agente ou autoridade responsável pelo vício que maculou aquele negócio administrativo.

QUINTA PARTE — CONCLUSÕES

1. Ministério Público, enquanto Instituição, deve definir, formalmente, a sua "Política Institucional", objetivando fazer jus aos poderes que lhe foram outorgados na Constituição Federal, buscando eficiência no agir em efetiva sintonia com os verdadeiros interesses sociais;

2. Para definir esta "Política Institucional", na ausência de uma Instituição em nível nacional que congregue os Ministérios Públicos estaduais, enquanto instituições estatais, deve o encaminhamento da instrumentalização desta "Política Institucional" ser conduzido pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, que traçaria as normas para a eleição, por Promotores e Procuradores, aos colegas que iriam redigir o anteprojeto da "Carta Política Institucional", o qual, após aprovado numa Assembléia Nacional de Promotores e Procuradores, seria submetido ao Conselho Superior do Ministério Público de cada Estado e, se referendado, passaria a ser, sem caráter normativo, a "Carta Política do Ministério Público".

3. Em face da permissibilidade da legislação vigente, deve o Ministério Público proceder ao controle extrajudicial da administração pública.

SEXTA PARTE — PROPOSTAS

1 PARA A FORMULAÇÃO DE UMA POLÍTICA INSTITUCIONAL

Como dispõe o Título que demos ao presente trabalho, nossa meta primeira foi tratar do controle extrajudicial da Administração Pública pelo Ministério Público. Para dar cabo a esta importante missão constitucional, o *Parquet* esbarra na falta de uma política institucional que oriente a atuação de seus membros no sentido atingir as metas institucionais.

Esta lacuna, sem dúvida, é uma das causas da falta de identidade institucional do Ministério Público brasileiro.

Aproveitando a oportunidade e em face da pertinência com o tema que abordamos, queremos lançar uma proposta aos ilustres participantes deste I Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, no sentido de se iniciar logo um trabalho em nível nacional objetivando a lavratura do *Estatuto Político Institucional do Ministério Público*.

Na ausência de uma instituição em nível nacional que congregue os Ministérios Públicos estaduais, enquanto instituições estatais, acreditamos que o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, cujo Presidente hoje é o Dr. Castellar Modesto Guimarães Filho, DD. Procurador-Geral de Justiça de nosso Estado, deveria criar uma comissão de alto nível, composta por integrantes dos Ministérios Públicos de todo o Brasil, para elaborar o *Estatuto Político Institucional do Ministério Público Brasileiro*, que poderia ser instituído através de uma *resolução conjunta de todos os Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil*, onde seriam traçadas as linhas mestras da política institucional do *Parquet*, que, embora ser força normativa, passaria a ser a bússola política institucional tanto para a Instituição como tal, quanto para os Promotores e Procuradores de Justiça na sua labuta diária.

Este documento, aprovado por um colégio de Procuradores e Promotores de Justiça eleitos para tanto, seria submetido ao Conselho Superior do Ministério Público de cada Estado, e, se aprovado, passaria a ser a "Carta Política" do Ministério Público, valioso instrumento de orientação política/procedimental.

2 PARA PROMOVER UMA AÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA EFICAZ NO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

a) Promover, *ex officio*, em termos de *patrimônio público, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos*, um permanente acompanhamento dos atos e contratos *administrativos*, requisitando documentos, perícias, levantamentos, etc., de modo a demonstrar para a Administração e para a sociedade que o *Parquet* está atento.

b) Constatada qualquer ilegalidade nos aludidos atos, tomar as providências administrativas cabíveis, preferencialmente as preventivas, de modo a compelir a Administração a *retificar*, quando possível, ou *revogar o ato impugnado*, sem prejuízo das medidas cíveis e criminais cabíveis.

c) Havendo resistência da Administração Pública, promover imediatamente as medidas judiciais cabíveis, inclusive com medidas cautelares e pedidos liminares.

BIBLIOGRAFIA

CRETELLA JR., José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: RT, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1978.

OLIVEIRA, Helli Alves de. *Da responsabilidade do Estado por danos ambientais*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

INQUÉRITO POLICIAL — ARQUIVAMENTO EM PRESENÇA DE EXCLUDENTES*

LINDOMAR DE PAULA GUIMARÃES
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1 O Ministério Público; 2 Princípio da obrigatoriedade e da oportunidade; 3. Arquivamento do Inquérito e peças informativas; 3.1. A doutrina favorável; 3.2. A jurisprudência favorável; 3.3. A doutrina e a jurisprudência contrárias; 4. O Princípio da insignificância e o arquivamento; 5. O Projeto n. 1.655-A do CPP e o arquivamento; 6. Conclusão.

O MINISTÉRIO PÚBLICO

"No exercício de suas atribuições, o Ministério Público só deve conhecer, dentro do possível, o limite do possível e jamais ficar aquém do necessário."

"Mais que prerrogativas e garantias das leis, o valor das instituições está nos valores que as compõem."

"Com efeito, para acusar é preciso ter caráter, firmeza e veracidade, probidade, integridade acima do comum, e, ainda, cultura servida pela experiência de um espírito arguto e atento às realidades do seu tempo e do seu meio" (Min. Cordeiro Guerra. *A arte de acusar*, FU, 1989, p. 43).

II PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E DA OPORTUNIDADE

Dois são os princípios que informam, no campo da ação penal, a atividade institucional do Ministério Público: *princípio da obrigatoriedade* (para alguns, legalidade) e *ação penal pública* e *princípio da oportunidade*.

Pelo magistério de Jorge Alberto Romeiro (*Da ação penal*, 2. ed., p. 85), "o princípio da obrigatoriedade se expressa no dever do exercício da ação penal por parte da pessoa dele incumbido, desde que se verifiquem os seus pressupostos", previstos pela lei.

"O princípio da oportunidade exprime o exercício facultativo da ação penal pelo seu titular, atendidas as conveniências momentâneas, circunstanciais etc..."

Nos sistemas em que se adota o princípio da oportunidade, como entre nós, com a ação penal privada, o MP tem a faculdade e não o dever de propor a ação (obrigatoriedade) à vista de *notitia criminis*. Esta faculdade tem fincas em estimativa discricionária da utilidade da ação, sob o ponto de vista do interesse público (conf. SURACUSA, Francisco. *Il Publico Ministerio*, p. 68).

Os países estão divididos na escolha de um destes princípios. As legislações modernas têm preferido o princípio da obrigatoriedade, embora algumas deixem para o da oportunidade crimes de escassa gravidade (ver "princípio da insignificância", à frente).

Na França usa-se o princípio da oportunidade, mesmo com a *action publique*, de modo expresso no art. 40 do Code de Procédure Pénale. É o que se denomina "*le système de l'opportunité des poursuites*" (perseguição, ação penal), como o diz P. Bouget.

No sistema espanhol, "*ride, como regla general, el principio de legalidad*" (ARAGONESES, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1974, v. I, p. 112). De fato em sua Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 105, está expresso: "*Los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes*" (con arreglo — conforme).

Também na Itália a obrigatoriedade é a adotada. No art. 112 de sua Constituição Federal está: "O MP é obrigado a promover a ação penal."

Já na Alemanha, a par da obrigatoriedade, tem-se adotado, em sucessivas reformas, o princípio da oportunidade para causas de menor importância.

Na América Latina, dá-se preferência para a obrigatoriedade.

No Brasil, Frederico Marques (*Tratado de direito processual penal*, 1980, 2. v., p. 89), com a sua autoridade irrefutável e com brilhantes seguidores, ensina, *verbo ad verbum*, "que certo poder discricionário cabe conferir ao Ministério Público a fim de que, atendendo este a circunstâncias de conveniências ligadas ao interesse geral, ao invés de instaurar o processo penal, promova o arquivamento das peças da *informatio delicti*."

É claro que, no nosso sistema, esta faculdade de não exercitar o "dever de agir" está dentro dos limites traçados pela lei, porque acreditamos que não existe

"obrigatoriedade mitigada". Por isso arremata o grande mestre, *ipsis litteris*: "Em suma: a legalidade como regra e a oportunidade como exceção."

O nosso ilustrado Tomaghi (*Comentários*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. III, p. 44) acentua, *verbis*: "O código consagra a regra da obrigatoriedade da ação penal traduzida na expressão *será promovida* (art. 24)". E esta é a posição quase unânime da doutrina brasileira.

A nosso sentir, mais uma prova da obrigatoriedade em nosso sistema é a exigência de *invocação de razões*, exigida no art. 28, CPP. Ora, aquele que é arbitrário (oportunidade) não precisa apresentar razões para seus atos.

Realmente, numa sociedade democrática, a *obrigatoriedade da ação penal pública* (adotada por nós) é muito mais construtiva, pois "põe a justiça penal a descoberto de suspeita e tentações de parcialidade e arbítrio". Contudo, com o poder de dispor da punição arbitrariamente, "haveria sempre o perigo de diminuir a confiança da comunidade na atividade pública realizada no processo penal" (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 165).

Não há falar, por outro lado, que este dever de agir do MP lhe subtraia poder. E isto é confirmado pelo amigo, prof. e magistrado Weber Batista (*Direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 181), quando sentencia, *in verbis*: "O princípio da legalidade não subtrai do MP o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal, o que é evidente. Dever de denunciar não significa mais que dever de denunciar quando for caso de denunciar."

3 ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO E PEÇAS INFORMATIVAS

3.1 A doutrina favorável

O CPP não traz diretamente um artigo que regula os casos de arquivamento do Inquérito e peças de informação, porém o art. 43 elenca expressamente as hipóteses em que o juiz deve rejeitar a denúncia. Consequentemente, nestas hipóteses, é tranquilamente aceito que o inquérito e peças devem ser arquivados a requerimento do MP, isto é, quando (art. 43) "I — o fato narrado evidentemente não constituir crime; II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III — for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal."

Mesmo que a condição para o exercício da ação do item III se refira apenas às condições específicas (v.g., exigência de representação) e não às condições genéricas (possibilidade, legitimidade e interesse de agir), segundo a melhor doutrina, como a de Frederico Marques (*Curso*, v. III, p. 339), Giovane Leone (*Trattado di diritto penale*, v. I, 88), Adin Pellegrini (*Teoria geral do processo*, São Paulo: RT, 1979, p. 219 e 220), Tourinho (*Processo penal*, v. I, p. 442), "o interesse de agir estará implícito em toda acusação, em toda e qualquer ação penal."

Também a hipótese de arquivamento do item I vem à luz quando faltar todos ou qualquer um dos elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), e com esta insuficiência há carência de possibilidade jurídica ou interesse como querem muitos autores.

O prof. Jardim (ob. cit. p. 162) ainda acrescenta mais à condição de "justa causa", embutida no item III do art. 43, posição acatada por Mirabete. Realmente os tribunais, sistematicamente, vêm trancando ação penal, por força de HC, quando falta justa causa à ação e isto com base no art. 648, I, CPP. Por isto que este arguto prof. da UERJ (ob. cit., p. 147) ensina que a *persecutio criminis in judicio* só terá motivo se presente alguma prova, além da conduta típica, da antijuridicidade e da culpabilidade. Cumpre notar que no inciso I do art. 43 não há referência a "fato apurado" e sim a "fato narrado."

Para citar, nesta mesma linha, alguns dos nossos mais decantados processualistas, Tourinho (*Processo*, v. I, p. 443) expede que só há interesse de agir se se supõe "um estado de fato antijurídico"; não o havendo, "ninguém pode exercitar o direito de ação". Damásio (*Código*, 1986, p. 23) orienta que, *verbis*, "Encontrando-se demonstrada a legítima defesa, etc., no inquérito, por isso não havendo crime por falta de ilicitude", pode o MP requerer arquivamento da *informatio delicti*. O adjetivado Tornaghi (*Curso*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 59) sintetiza o assunto de maneira a servir de base a muitas ementas, *verbis*: "É verdade que se estiver a excludente provada a ponto de não deixar qualquer dúvida, então pode o MP pedir arquivamento das peças de fundamentação ou do inquérito, da mesma forma que ao Juiz é dado rejeitar a queixa ou denúncia, mas com fundamento na falta de interesse e, pois, no n. III e não no n. I do art. 43."

Para não se abster de autores mineiros no sentido de que se o *fato descrito* mostra conduta típica, mas indubitosa a excludente, podendo o MP não exercitar a pretensão punitiva, é do magistério do prof. José Barcelos de Souza (*Teoria e prática do processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 89), *ipsis litteris*: "Mas se de início de estiver evidente a exclusão da culpabilidade, formando o órgão da acusação *opinio delicti negativa*, lícito será o pedido de arquivamento". Outro autor mineiro, Marcelo Jardim Linhares (*Legítima defesa*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 425), assegura que pode o MP "deixar de exercer o *jus denunciandi*, caso de convença de haver o agente praticado o fato sobre o pálio da legítima defesa."

3.2 A jurisprudência favorável

O prof. e magistrado Luiz Flávio Gomes (*Erro de tipo e erro de proibição*, São Paulo: RT, 1992, p. 142) preleciona que, *verbis*, "na jurisprudência inúmeros são os julgados que admitem a possibilidade de reconhecimento de uma comprovada causa de excludente da ilicitude (e, por extensão, da culpabilidade) no limiar da ação penal." E continua asseverando o culto magistrado paulista, *litteris*: "Como se vê, é majoritário e, quando não, é mais correto o entendimento de que, comprovada uma causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, cabe ao Promotor requerer arquivamento do inquérito policial."

Nesta posição majoritária da jurisprudência está também o STF que de maneira tranqüila e iterativa tem julgado que o MP é o *dominus litis* exclusivo, "não podendo o Tribunal obrigá-lo a oferecer denúncia, sob pena de violar o princípio do *ne procedat judex ex officio* (STF, pleno, votação unânime, 1984, ao deferir pedido de arquivamento, *RTJ* 110/925). E mais, à guisa de exemplo, *verbo ad verbum*: "O MP, como órgão titular da ação penal pública, dá a palavra definitiva sobre a pertinência da ação" (STF, pleno, à unanimidade, deferindo arquivamento, *RF* 275/241).

Não só os tribunais federais, mas também os estaduais, majoritariamente, dão provimento ao pedido de arquivamento em caso de exclusão patente; há só entre eles divergência no que pertine à fundamentação: uns dizem que importa em ausência de interesse para agir; outros, em "falta de justa causa para a ação penal ou o *fumus boni juris* (conf. *RJTSP* 101/403).

Sob o fundamento de carência de interesse (art. 43, III), com referência a um homicídio, o TJSP traz à luz (*RT* 553/337) esta ementa: "Justifica-se a rejeição da denúncia se o fato atribuído ao acusado, embora típico, não constitui crime, por faltar-lhe a antijuridicidade, por isso que amparado pela excludente da legítima defesa." No respectivo corpo deste longo e erudito acórdão, da lavra do mestre Weiss de Andrade, registrou-se que "A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade configuram a construção tripartida do conceito de crime." Por isso "quando o fato típico", continua o mestre, "deixa de ser crime, porque amplamente demonstrada e comprovada na investigação inicial a existência de uma das causas da exclusão da antijuridicidade, desaparece o seu interesse de agir porque, a rigor, está pretendendo punir quem praticou uma ação lícita, embora típica."

Em sessão plenária, outra Câmara do TJSP (votação unânime), agora com fundamento na justa causa, deferiu arquivamento de inquérito por faltar elementos para a ação penal (*RF* 239/242). Neste acórdão, registrou-se ensinamento sobre o *princípio da admissibilidade*, ad litteram: "E o exame que ora se faz está na esteira do princípio que dispõem o sentido de que os atos postulatorios devem passar primeiro sob o crivo do julgamento da admissibilidade, regra que se estende, também, à eventual denúncia."

Como se sabe, tal princípio decorre de três espécies de pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação (conf. Frederico Marques. *Elementos*, 1965, v. II, p. 161).

No âmbito da "viabilidade do direito de ação", a preocupação, em decorrência deste presente estudo, com o interesse de agir é de grande pertinência. E isto porque seguimos a corrente que assevera que não há interesse de agir quando na *informatio delicti* há falta de um dos elementos do crime.

Segundo Mirabete (*Processo penal*, 1991, p. 100), os requisitos para a existência do interesse de agir são: a) necessidade, b) adequação e c) utilidade. E este mestre ainda afirma que a "utilidade só existe quando a decisão pode interferir em algo que possa ter algum relevo para o autor". E adverte a profª Ada Pellegrini Grinover (*Teoria geral do*

processo, p. 222), *verbis*, "que não convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum *resultado útil*" (grifamos). E qual este resultado útil que "está implícito em toda acusação"? A própria profª Ada responde: "Consiste em pleitear a imposição da pena àquele que violou a norma penal" (ob. cit.).

Realmente, se contra um particular que, por exemplo, provocou escoriações diversas, no mister de prender alguém em flagrante por crime grave (exercício regular de um direito), for movida ação penal, qual seria então a utilidade, se a absolvição é certa? O prof. José Barcelos de Souza (ob. cit. p. 86) dá a resposta, *verbo ad verbum*: "Evidentemente, instaurar-se uma ação, oferecer uma denúncia, que protesta provar, pedir a punição de alguém que exerceu um direito, parece-me inútil. A denúncia é, incontestavelmente, em princípio, um pedido de punição", termina o jurista.

A injustiça, neste caso, contra quem cumpriu um direito, inda é mais gritante se se levar em conta que qualquer um que tenha respondido a um processo, recebeu, infalivelmente, uma condenação, já que, embora saindo dele com seu *status libertatis* ileso, o seu *status dignitatis* foi gravemente atingido. Ora, o vexame do processo traumatiza, desgasta psicológica e financeiramente e, quando desnecessário e injusto, causa revolta na sociedade.

3.3 A doutrina e a jurisprudência contrárias

Cumpra registrar que alguns autores, muito poucos, só admitem que se peça o predito arquivamento em caso de *atipicidade*, e não em relação à ausência dos outros elementos do crime. Entre eles está Melo Almada (*Legítima defesa*, 2. ed., 1981, p. 191) e Geraldo de Siqueira (*Aspectos processuais*, São Paulo: RT, 1987), que doutrina à p. 141, *litteris*: "o juízo negativo da presença do tipo impede o ato instauratório da instância penal (arts. 28 e 43, I) enquanto a valoração negativa do requisito da culpabilidade, condiciona a improcedência da pretensão punitiva". Como se pode depreender, nota-se uma forma bem burilada, porém, *concessa venia*, um conteúdo simplesmente autoritário, falto de fundamentação.

Não só há doutrina, mas também há julgados, raros, não aceitando o arquivamento na hipótese estudada. É neste sentido acórdão do TJRS (RF 215/307) que julgou acusado que matou, em casa, ladrão que o enfrentou com uma pistola. Na ementa lê-se: "As causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade não autorizam o arquivamento..." E o voto do relator deixou claro que a legítima defesa transpareceu "isenta de qualquer dúvida", mas, "quando o fato evidentemente não constitui crime (art. 43, I, CPP), se deve ter em conta apenas a tipicidade" (grifamos).

De começo cumpre ressaltar que o relator se apoiou em Hélio Tornaghi para conceituar a obrigatoriedade da ação penal, mas este mestre, como expresso atrás, é favorável ao arquivamento não só em caso de atipicidade.

A postura deste acórdão (outros seguem a mesma linha), *rogata venia*, divide o indivisível e interpreta onde não há o que se interpretar.

Para citar um que exerceu grande influência no mundo jurídico, no seu tempo e ainda hoje, Guseppe Maggiore (*Diritto penale*, 5. ed., Bologna, 1949, v. I, p. 20) registrou que o crime só se aperfeiçoa com suas três condições: "1. *l'azione*; 2. *l'antigiuridicità*; 3. *la colpevolezza*."

Hoje, o festejado Min. Francisco de Assis Toledo (*Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 82), coordenador das Comissões de Reforma do Código Penal de 1984, também não toma outro caminho, *ad litteram*: "Se pudermos afirmar de uma ação humana que é típica, ilícita e culpável, teremos um fato-crime caracterizado ao qual se liga a pena". Como se observa neste magistério, só da união dos três caracteres surge o crime e só o crime, assim aperfeiçoado, pode surgir a pena.

Realmente, ninguém contesta: o crime é uno e sua divisão em três partes é uma solução simplesmente didática. É justamente como mostra Pierangeli (*Curso sobre a reforma penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 47), *ipsis verbis*: "Não se admite, portanto, fracionamento tais como: aqui está a tipicidade, aqui a antijuridicidade, e aqui a culpabilidade. Tudo está englobado e interligado."

Se é, então, indivisível, como podem fracionar o crime, admitindo cuidar da tipicidade no limiar da ação e da ilicitude e culpabilidade, só na sentença final? Pela superficialidade para justificar esta violentação do conceito de infração penal (o arquivamento e rejeição pelo juiz, em caso das excludentes estudadas, "implicam proclamar a desnecessidade do processo penal e arvorar o MP em órgão judicante" — acórdão RF 215/307), é de nosso pensar que esta posição *não passa de um preconceito*. E esse nosso pensar tem guarida, entre outros, no pensamento do respeitadíssimo Des. Dante Busana, quando relator de acórdão do TJSP, 1984 (RT 591/336), assim ementado:

"O *preconceito* de que as causas excludentes da antijuridicidade só devem ser reconhecidas ao término do processo não tem amparo na lei e ignora a necessidade de que a acusação venha revestida do indispensável *fumus boni juris*, isto é, decorra de supeita razoável de que um crime foi cometido." E ainda fundamenta o magistrado paulista *verbis*: "Nem há cercear a liberdade do indivíduo, cuja inocência não comporte dúvida em nome de uma falsa prudência. Agir assim, será escandalizar o sentimento de justiça da sociedade."

Aqui, seria útil pedir permissão ao Tribunal para acrescentar esta máxima de Mir Puig (*Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1976, p. 154): "Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto."

Talvez este preconceito de que só a tipicidade negativa comporta trancamento da ação no início tenha escora, *data venia*, no desconhecimento de que a noção de tipo se alargou. Os seus elementos não são apenas descritivos, objetivos (matar, subtrair, etc.), como na sua inauguração em 1906 por Beling. Há também no tipo elementos normativos (função pública, coisa alheia, mulher honesta, etc., etc.). E mais. "Muitas vezes a fórmula do tipo se compõe não só das condições objetivas do fato, mas dos elementos subjetivos do agente" (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 345). Com

estes elementos subjetivos há que se valorar a intenção, o fim do agente, etc.. ao praticar o fato típico, como o fim de transmitir moléstia (art. 131), o fim libidinoso (art. 219), etc., etc. E ainda mais. O tipo é um conceito basilar que fundamenta e limita a antijuridicidade, que, com seu conteúdo de consciência e vontade, norteia a culpabilidade. Basta estudar a problemática do "erro de tipo", que exclui o dolo. (Segundo esta corrente preconceituosa, aqui pode haver arquivamento.) Com o dolo no tipo, o conceito desta fica mais complexo, aumentando a subjetividade em sua análise.

Pelo visto, é exigido do Promotor, na formação de sua *opinio delicti*, com relação à tipicidade, um juízo de valor muito mais profundo e complexo que com a ilicitude e a culpabilidade. Ora, *qui potest maius, potest et minus*.

4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ARQUIVAMENTO

Doutrinadores do mundo inteiro discutem a vantagem ou não da *persecutio criminis in judicio* de pequena monta, de crimes de insignificante relevância social, diante de tantos crimes graves que congestionam as vias policiais e judiciais. Fala-se em "princípio da bagatela" ou em "princípio da insignificância" (Claus Roxin). Acreditamos que a solução deste problema, principalmente num país como o nosso, composto de diversos brasis geográfica e culturalmente diversos, não deve ser por via do direito adjetivo (princípio da oportunidade). Não se deve desprestigiar a obrigatoriedade.

A solução deve ser buscada no Direito Penal (como se aconselha modernamente), no âmbito da tipicidade, da exigência de representação, de prazo decadencial, de transformação em ilícito civil, administrativo. Esta busca de solução no direito material pode ser observada no moderno Código Penal Cubano (1978), no seu art. 8º: "*No se considera delito a acción y omisión que, aun reunindo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor*" (aun — embora).

5 O PROJETO N. 1.655-A DO CPP E O ARQUIVAMENTO

O Projeto do CPP, que está no Senado e, enviado ao Congresso em junho/83, foi aprovado pela Câmara em 26/4/84, adotou integralmente o sistema *acusatório*, varrendo de nossa ordem jurídica resquícios do sistema *inquisitório* (juiz com função persecutória, o que é abominado por magistrados cultos e inteligentes). Também, no tocante ao arquivamento e rejeição aqui estudados, está mais explícito. Pelo seu art. 7º, além de outros casos, "a acusação deve ser rejeitada de plano por ausência de justa causa, se não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse."

Contudo, pela dificuldade de conceituar legítimo interesse, as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais continuarão. Assim, seria pertinente o Projeto traçar os limites precisos dos casos de rejeição e, conseqüentemente, de arquivamento, como *in casu* de exclusão de ilicitude e culpabilidade, excluindo-se a hipótese do art. 26, *caput*, do CPB, que enseja medida de segurança.

6 CONCLUSÃO

Sempre norteado pelas premissas do item 1 deste estudo, o Ministério Público pode, além dos casos tranqüilamente aceitos, pedir arquivamento de inquérito e peças informativas, se o fato descrito ali não espelhar, indubitavelmente, antijuridicidade e culpabilidade, à exceção dos casos em que há possibilidade de aplicação de medida de segurança.

nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficial em todos os procedimentos da competência da Infância e da Juventude."

FAMÍLIAS SUBSTITUTAS — INTERESSE E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PEDIDOS*

ANTÔNIO JOAQUIM FERNANDES NETO
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Legitimação extraordinária do Ministério Público; 3. Princípios constitucionais; 4. O direito à convivência familiar; 5. O conteúdo do pátrio poder; 6. Suspensão, destituição e extinção do pátrio poder; 7. Colocação em família substituta; 8. Tipos de guarda; 9. Tutela; 10. Adoção; 11. Procedimentos; 12. Juízo competente; ECA, art. 147; 12.2. Qualificação das partes; 12.3. Escolha da ação e do procedimento; 12.4. Fatos e fundamentos jurídicos — A causa de pedir; 12.5. O pedido; 12.6. Outros requerimentos necessários; 12.7. Custas; 13. Intervenção do Ministério Público; 13.1. A legitimidade; 13.2. Interesse de agir; 14. Conclusões; 15. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O curador da infância e da juventude intervém obrigatoriamente em todos os procedimentos de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Em alguns casos, atua como autor, sendo legitimado extraordinariamente para agir no interesse do incapaz.

Nosso objetivo, neste trabalho, é examinar o alcance do dispositivo constante do art. 201, inciso III, da Lei 8.069/90, cujo texto é o seguinte:

"Compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder,

* Aprovada por unanimidade, com emenda supressiva.

2 LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Entre os direitos especiais, assegurados à criança e ao adolescente, a Constituição Federal de 1988 inclui o direito à "convivência familiar e comunitária" (art. 227). Por esta razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou do assunto em Capítulo especial, entre os Direitos Fundamentais (Título II, Capítulo III).

A partir da análise das normas de direito material e de direito processual relativas à colocação em família substituta, procuramos identificar alguns princípios gerais, orientadores da atuação do curador da infância e da juventude.

Legitimado extraordinariamente para promover ações de "nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães" (art. 201, III, do ECA), o Promotor de Justiça terá, em determinadas circunstâncias, o dever de fazê-lo. Em regra, porém, não cabe ao curador ajuizar tal tipo de ação.

É preciso, pois, que se definam os casos em que o MP é legitimado extraordinariamente para promover a colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inseridos na Constituição Federal (art. 227), podemos considerar como princípios fundamentais, na legislação que cuida da infância e da juventude, os seguintes:

a) crianças e jovens são *sujeitos de direitos*.

b) A família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar, com *absoluta prioridade*, os direitos das crianças e adolescentes.

c) É assegurada a participação de entidades governamentais e não governamentais na elaboração e na execução da política de atendimento.

Assim, tanto quanto os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, deve o Ministério Público tratar das questões ligadas às Curadorias da Infância e da Juventude com atenção especial.

4 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Atualmente, como vimos, a convivência familiar e comunitária é um direito do jovem. Todas as crianças e adolescentes devem estar sob a guarda de alguém, em ambiente familiar.

O complexo de direitos e obrigações, que une a pessoa e os bens do filho menor não emancipado e seus pais, é disciplinado pelas leis civis, sob o nome de pátrio poder.

Assim, mesmo antes de a Constituição Federal elevar a convivência familiar à categoria de direito da criança e do adolescente, o pátrio poder já era tratado pela doutrina como um múnus público, caracterizado por ser irrenunciável, inalienável e imprescritível.

O pátrio poder atinge filhos menores, não emancipados (art. 379 do Código Civil), e é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe (CF, art. 226, parágrafo 5º, dispositivo que revogou o art. 380, parágrafo único, do Código Civil).

5 O CONTEÚDO DO PÁTRIO PODER

Estudamos o conteúdo do pátrio poder em relação à pessoa e aos bens do incapaz. É este conteúdo que irá distinguir, depois, as formas de colocação em família substituta, guarda, tutela e adoção, permitindo que se eleja, em cada caso, a medida mais adequada.

a) Conteúdo do pátrio poder quanto à pessoa do menor (art. 384 do Código Civil):

- dirigir-lhe a criação e educação;
- tê-lo em sua companhia e guarda;
- reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha;
- conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casar;
- nomear-lhe tutor;
- representá-lo até os 16 anos;
- assisti-lo dos 16 aos 21 anos;
- exigir obediência e respeito;
- exigir os serviços próprios da idade.

b) Quanto aos bens do menor:

- administração (art. 385 do Código Civil);
- usufruto (art. 389 do Código Civil).

Tanto a administração quanto o usufruto são limitados (arts. 386, 225, 390 e 391 do Código Civil).

6 SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER

Sempre que a colocação em família substituta for requerida em procedimento contencioso, a concessão da medida será precedida por uma decisão relativa ao pátrio poder (ECA, arts. 36, parágrafo único, 41 e 169).

Assim, os casos de suspensão, destituição e extinção do pátrio poder, previstos no Código Civil e na Lei 8.069/90, constituem a causa de pedir nestas ações.

a) Suspensão do pátrio poder (Código Civil, art. 394, ECA, art. 24). O juiz pode retirar o pátrio poder do genitor, temporariamente, nos seguintes casos:

- abuso do poder;
- falta aos deveres paternos;
- dilapidação dos bens dos filhos;
- condenação por sentença irreversível;
- descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação;
- descumprimento de obrigação impostas pelo juiz em relação ao menor.

b) Destituição do pátrio poder (CC, art. 395, ECA, art. 24). A perda do pátrio poder pode ser decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos seguintes casos:

- castigo imoderado;
- abandono;
- prática de atos contrários à moral e aos bons costumes;
- descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação;
- descumprimento de obrigação imposta pelo juiz em relação ao menor.

c) Extinção do pátrio poder (CC, art. 392):

- pela morte dos pais ou do filho;
- pela emancipação do filho;
- pela maioridade do filho;
- (pela adoção...).

7 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A Lei 8.069/90 disciplina a guarda, a tutela e a adoção. Antes de examinarmos cada um destes institutos, anotamos algumas regras de caráter geral:

— Os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente se aplicam a qualquer criança ou adolescente, independentemente de sua situação jurídica (art. 28).

— Sempre que possível, a criança deve ser ouvida (art. 28, parágrafo 1º).

— Na apreciação do pedido, levar-se-ão em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, a fim de se evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

— Não se deferirá a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida, ou não ofereça ambiente familiar adequado (art. 29).

— A colocação em família substituta não admite a transferência da criança ou adolescente a terceiros, sem autorização judicial (art. 30).

8 GUARDA

O instituto da guarda já não faz parte do direito de família.

Esta importante observação foi feita pelo professor Yussef Said Cahali, em conferência realizada no XIV Congresso da Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores:

“... aqui comparecemos prazerosamente para apresentar as despedidas do Direito Civil e de Família ao instituto da guarda, que, em sua nova versão, transfere-se definitivamente para o âmbito do Direito Menorista” (XIV Congresso da Associação Brasileira dos Juízes e Curadores de Menores, 9 a 12 de outubro de 1991. Anais...Vitória/ES).

A mudança decorre, naturalmente, da reforma constitucional de 1988. Se a convivência familiar passou a ser um direito da criança, é evidente que esta, como sujeito de direitos, não pode continuar sendo tratada e até disputada, como se fosse um objeto, conforme ordinariamente ocorre nos processos de família.

Não são os pais que têm direito à guarda dos filhos. São os filhos menores que têm direito à convivência familiar.

A guarda será exercida por ambos os pais, por apenas um deles ou por terceiros. Neste caso, constitui modalidade de colocação em família substituta.

Guardião é a pessoa encarregada da guarda que, “não sendo pai, mãe, tutor, tem, por qualquer título, a responsabilidade de vigilância, direção ou educação da criança ou adolescente, ou voluntariamente a traz em seu poder ou companhia” (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927).

9 TIPOS DE GUARDA

Sempre que não for exercida pelos pais, ou por apenas um deles, a guarda constitui forma de colocação em lar substituto, devendo enquadrar-se em uma das seguintes hipóteses:

- guarda de fato;
- guarda cautelar (liminar ou incidental — ECA, art. 33, parágrafo 1º);

- guarda para atender situação peculiar (ECA, art. 33, parágrafo 2º);
- guarda para suprir falta eventual dos pais ou responsáveis (ECA, art. 33, parágrafo 2º);
- guarda com finalidade determinada (ECA, art. 33, parágrafo 2º);
- guarda especial (ECA, art. 34).

Deferidas em decisão judicial, a guarda cautelar e a guarda especial transferem ao guardião, a título precário, os atributos do art. 384, I, II, VI e VII, do Código Civil (assistência material, moral e educacional);

A guarda, prevista no parágrafo 2º, também obriga à prestação de assistência material, moral e educacional; mas pode ser deferida como direito de representação, para a prática de atos determinados.

10 TUTELA

A tutela é definida como um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o pátrio poder. Destina-se a crianças e adolescentes que carecem de representação legal permanente.

Seus efeitos são similares aos do pátrio poder, mas não idênticos. Seu exercício se efetua sob inspeção judicial, tanto em relação à administração dos haveres do pupilo, como em relação às medidas corretivas necessárias:

- atos praticados pelo tutor sem vigilância judicial (CC, art. 426);
- atos que requerem controle judicial preventivo, ou seja, autorização judicial para sua prática (CC, art. 427, 429 e 1.249);
- atos proibidos ao tutor (CC, art. 428);
- administração dos bens do menor (CC, arts. 423, 430, 432 e 433);
- responsabilidade do tutor (CC, arts. 431, 1.521);
- gratificação do tutor (CC, art. 431, parágrafo único);
- ato de controle judicial posterior à atividade do tutor, ou seja, aprovação de sua prestação de contas (CC, arts. 434 a 441; CPC, arts. 20 e 914).

11 ADOÇÃO

Trata-se de ficção jurídica que estabelece, entre adotante e adotado, uma relação de paternidade e filiação (cria parentesco civil).

Com o advento da Lei 8.069/90, a adoção de crianças e adolescentes só se faz por sentença judicial, inscrita no registro civil (ECA, art. 47).

Adotante pode ser qualquer pessoa, com mais de 21 anos, desde que não seja ascendente ou irmão do adotando.

Qualquer criança ou adolescente, não sujeita ao pátrio poder, pode ser adotado.

O adotante deve ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado.

A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (ECA, art. 41).

12 PROCEDIMENTOS

12.1 Juízo competente: ECA, art. 147

a) Em razão da matéria (competência absoluta):

A colocação em família substituta será de competência do juízo cível ou do juízo da infância e da juventude.

São da competência do Juízo da Infância e da Juventude todos os pedidos de adoção. Diversamente, os pedidos de guarda e tutela, somente quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98 (art. 148, parágrafo único, letra a).

A competência do juízo cível encontra-se disciplinada nas normas de organização judiciária.

b) Em razão do território (competência relativa):

O art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem praticamente o mesmo texto do art. 88 do revogado Código de Menores:

"A competência será determinada:

I — pelo domicílio dos pais ou responsável;

II — pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável."

Assim, tal dispositivo deve ser interpretado da mesma forma que o era, na vigência da legislação anterior. Ou seja, a competência territorial para os pedidos de colocação em família substituta é a do foro do domicílio daquele que detém a guarda de fato do menor. Qualquer dos pais ou "o responsável".

*"A competência territorial para processar o pedido de adoção, na forma do Código de Menores, é determinada pelo domicílio dos detentores da guarda do menor (art. 88, I; RT 605:34)". (MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre adoção. Revista *Justitia*, v. 149, p. 71.)*

Sob o aspecto jurídico, tal interpretação repousa no conceito de "responsável", expressão tantas vezes utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quem, afinal, é o "responsável"?

Tal expressão é tradicional no direito do menor. E o Código de Menores definia seu significado, esclarecendo que responsável é a pessoa que exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor ou, voluntariamente, o traz em seu poder ou companhia, "*independentemente de ato judicial*" (art. 2º).

A Lei 8.069/90 não traz a definição de responsável. Prevalece, portanto, a definição tradicional. Proclamada pela doutrina e referendada por decisões judiciais.

Responsável é aquele que detém a guarda de fato da criança ou adolescente.

Tal entendimento é também o mais correto, do ponto de vista prático: torna competente o local onde se encontra a criança, com seus guardiões.

12.2 Qualificação das partes

A Lei 8.069 traz regras especiais em relação à qualificação das partes. Assim, além de atender o disposto no art. 282, II, do CPC, indicando nome completo, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes, o requerente deve informar, na inicial:

Art. 165, I — Qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge ou companheiro, com expressa anuência deste.

Art. 165, III — Qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos.

Art. 165, IV — Indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, anexando, se possível, cópia da respectiva certidão.

12.3 Escolha da ação e do procedimento

Se a criança se encontra sob pátrio poder, e os pais não concordam com a medida, a ação é de conhecimento, constitutivo-negativa, visando à destituição de pátrio poder e à colocação em família substituta.

Se os pais houverem aderido expressamente ao pedido, o procedimento é de jurisdição voluntária (art. 166 e parágrafo único).

Nos casos de crianças não sujeitas ao pátrio poder, o procedimento é de jurisdição voluntária (não há lide).

12.4 Fatos e fundamentos jurídicos — A causa de pedir

Quando a criança não se encontra sob pátrio poder, a causa de pedir é justamente a necessidade de representação e proteção ao incapaz.

Se for o caso de destituição do pátrio poder, devem ser descritos os fatos que a autorizam (Código Civil, art. 395, ECA, art. 24).

A Lei exige que a inicial informe, em todos os casos, o eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo (art. 165, II).

Outrossim, que seja indicada a existência ou inexistência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente (art. 165, V).

12.5 O pedido

a) Na destituição de pátrio poder:

— desconstituição do vínculo de pátrio poder entre os pais biológicos e a criança ou adolescente;

— averbação da sentença à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente (somente nos casos de tutela; na adoção o assento será cancelado). Essa averbação deverá constar das certidões posteriormente expedidas.

b) Na guarda:

— nomeação do requerente como guardião da criança ou adolescente (cautelarmente ou com finalidade determinada);

— lavratura do termo de compromisso (art. 32).

c) Na tutela:

— nomeação do requerente para exercer a tutela dos incapazes.

d) Na adoção:

— constituição por sentença, do vínculo de adoção entre adotantes (ou adotante) e adotado;

— modificação de nome e prenome do adotado (se for o caso);

— inscrição no Registro Civil, da sentença constitutiva do vínculo de adoção mediante mandado (ECA, art. 47);

— cancelamento do registro original do adotado (ECA, art. 47, parágrafo 2º).

12.6 Outros requerimentos necessários

— intimação do órgão do Ministério Público (CPC, art. 82, I, ECA, art. 201, III, e 204);

— realização de estudo social por equipe interprofissional (ECA, arts. 167 e 151);

— citação dos pais (em caso de procedimento contraditório — ECA, art. 158);

— protesto e indicação de provas (no procedimento contraditório — ECA, art. 156, IV).

12.7 Custas

As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos (art. 141, parágrafo 2º).

Os pedidos de colocação em lar substituto, de competência do juízo cível, não são isentos de custas e emolumentos. Pode ser requerida a assistência judiciária, se for o caso.

13 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Vistos, rapidamente, os casos de colocação em família substituta, passamos a examinar a atuação do curador da infância e da juventude nestes feitos.

13.1 Legitimidade

Estão claros, no art. 201, III, do ECA, os casos em que cabe a ação civil pública. O Promotor de Justiça tem legitimidade para promover ações “de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães”.

Só não tem legitimidade para requerer adoção.

Como a convivência familiar passou a ser um direito, constitucionalmente assegurado, é natural que o órgão do Ministério Público tenha a possibilidade e o dever de promover a colocação em família substituta.

A adoção foi excluída das hipóteses de ação civil pública porque depende, essencialmente, da manifestação de vontade do adotante. A guarda e a tutela constituem múnus público. A adoção é sempre voluntária.

13.2 Interesse de agir

Não basta, entretanto, o exame da legitimidade. É necessário identificar os casos em que surge, para o Ministério Público, o interesse de agir.

Nos casos de suspensão e destituição do pátrio poder, o interesse está presente em todas as hipóteses em que o Promotor de Justiça toma conhecimento de um fato que constitua causa de suspensão ou destituição do pátrio poder.

A notícia pode chegar ao Promotor por qualquer meio. Os mais comuns são o inquérito policial, os procedimentos judiciais em geral, e as pessoas que procuram a Promotoria nos horários de atendimento ao público.

Os pedidos de suspensão ou destituição do pátrio poder são, em regra, cumulados com o pedido de colocação em família substituta.

A criança não pode ficar sem alguém que a represente. Por este motivo, na própria sentença em que for decretada a perda do pátrio poder, o juiz procederá à nomeação de um guardião ou de um tutor.

Fora dos casos em que o pedido é cumulado com o de suspensão ou destituição do pátrio poder, raras serão as situações em que o Ministério Público terá interesse de agir.

Nas hipóteses do art. 98, inciso II, da Lei 8.069/90, o pedido deverá ser formulado pelo curador da infância e da juventude, sempre que se tratar de jurisdição contenciosa.

Falta interesse de agir nos casos de jurisdição voluntária, em razão da regra contida no art. 166, parte final, relativa ao procedimento.

Não existindo lide, o Promotor de Justiça deve orientar os interessados a formularem seu pedido diretamente em cartório.

14 CONCLUSÕES

1. Compete ao Ministério Público oficiar em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.

2. O órgão do Ministério Público é legitimado extraordinariamente para requerer colocação em família substituta nas modalidades de guarda e tutela.

3. O curador da infância e da juventude não possui legitimidade para requerer adoção.

4. Recebendo a notícia de fato que constitua causa de suspensão ou destituição do pátrio poder, o Promotor de Justiça tem o dever de agir em defesa do incapaz.

5. Se os pais forem falecidos ou estiverem sem o pátrio poder (por destituição ou suspensão dele), ou, ainda, houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, o procedimento será de jurisdição voluntária.

15 BIBLIOGRAFIA

CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Destituição do pátrio poder*. RT, 35/114. São Paulo: RT, 1991.

CURY, Garrido & Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: RT, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro — Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 5.

MARREY, Adriano. *Menores*. Apamagis, 1980.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. São Paulo: Saraiva, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 5.

RODRIGUES, Silvío. *Direito civil — Direito de família*, 1982, v. 6.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: RT, 1991.

ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — CONTROLE ADMINISTRATIVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO (RESPONSABILIDADE PELO NÃO-EXERCÍCIO)*

JOÃO CÂNCIO DE MELLO JÚNIOR
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Noção de função administrativa e regime jurídico-administrativo; 2.1. Teoria da função administrativa ou o manejo de um poder à conta de dever para atingimento dos interesses públicos; 3.2. Função administrativa no pensamento de seus expoentes (Otto Mayer, Guido Zanobini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Agustín A. Gordillo, Marcelo Caetano e Renato Alessi); 2.3. Ministério Público e exercício de função administrativa. Peculiaridade; 3. Noção da atividade de controle; 4. Funções constitucionais do Ministério Público; 5. Ministério Público e função administrativa de controle dos atos da Administração Pública; 5.1. No Direito Comparado; 5.2. Formas de execução e materialização do controle do Ministério Público sobre os atos da Administração; 5.3. Discricionariedade e avaliação do interesse público para o exercício do controle pelo Ministério Público; 6. Responsabilidades pelo não-exercício do controle pelo Ministério Público; 6.1. Consequências de ordem penal, civil e administrativa; 6.2. Responsabilidade do Estado por danos aos administrados em razão do não-exercício do controle pelo Ministério Público; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente estudo, sem pretensão de esgotar o objeto da pesquisa levada a efeito, com possíveis omissões, inclusive, pretendemos identificar no Instituto do Ministério Público poderoso instrumento de controle da Administração Pública (seja na ordem federal, estadual e municipal).

* Aprovada por maioria, com emenda supressiva.

Longe de se limitar ao papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado, com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, à defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, à defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático (art. 127 da CR).

Não é preciso muito esforço exegético para identificar, pela dicção do texto da Constituição da República, que o Ministério Público fora incumbido de funções eminentemente de controle dos atos da Administração Pública, sendo que no desempenho de tal mister fora atribuído de poderes só por ele manejáveis (art. 129 da CR).

Constituições estaduais também consagraram a função de controle da Administração aos Ministérios Públicos dos Estados, seja de modo não expressamente declarado, p. ex., Constituição de Minas Gerais (art. 73, § 1º, III), seja de modo explícito, tal como a Constituição do Rio de Janeiro (art. 79 — “O controle dos atos administrativos do Estado e dos Municípios será exercido pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público, pela sociedade, pela própria administração e, no que couber, pelo Tribunal de Contas e pelo Conselho Estadual de Contas dos Municípios”).

Por outro lado, se o Ministério Público fora destinatário, pela Constituição e pela lei, de funções tão elevadas com maiores e necessárias garantias para defender os interesses sociais, passando a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, sua omissão no exercício de suas missões deve acarretar responsabilidades.

São estes os enfoques e situações a serem tratados em nosso trabalho.

2 NOÇÃO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

2.1 Teoria da função administrativa ou manejo de um poder à conta de dever para atingimento dos interesses públicos

O Estado — mais precisamente na figura dinâmica da Administração —, na busca de sua finalidade de satisfação dos interesses públicos, desenvolve dois tipos de atividades: atividade pública e atividade privada.

Definir se a Administração está exercendo uma atividade pública ou privada, ou melhor, se desempenha função pública, que é função administrativa ou função privada, é o critério pelo qual se estabelece o regime jurídico ao qual a Administração estaria submetida.

Dai, se o regime é público, é porque a Administração está a desempenhar função administrativa; se o regime é de direito privado, privada se reputará a atividade. E quem especifica o regime é sempre a lei.

Disto emerge que não é o titular da atividade ou a natureza dela que lhe conferem caráter público ou privado, mas, sim, o regime jurídico ao qual ela se subsume, em decorrência da *função* que a Administração exerce.

O Direito Administrativo revela-se através do regime jurídico-administrativo.

Entende-se por regime jurídico-administrativo o plexo de princípios que, em sua unidade sistemática, informam e tipificam um conjunto de normas, dando-lhe autonomia em relação aos demais ramos do Direito, e uma fisionomia própria.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua consagrada obra *Elementos de direito administrativo* (p. 17), assevera-se que o regime jurídico-administrativo assenta-se em dois princípios basilares: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade dos interesses públicos.

Dentro desse contexto, o Estado, em sua atividade pública, figura numa posição de superioridade nas suas relações com os administrados, desenvolvendo-se sob a égide do direito Administrativo.

Diversamente, em sua atividade privada, o Estado apresenta-se despojado de suas prerrogativas de autoridade, numa posição simétrica em relação ao particular, regida pelo Direito privado.

De consequente, se o Estado está exercendo função administrativa, o regime jurídico será forçosamente o regime jurídico-administrativo. A recíproca também é verdadeira.

Assim, o binômio função administrativa e regime jurídico-administrativo estão diretamente e intimamente interligados. Falar e intuir um, é também intuir o outro, porque, se o Estado atua ou age no âmbito interno, está a exercer *função*, e se exerce função é porque o regime é jurídico-administrativo.

Ainda sobre a teoria da função administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Revista de Direito Público* 89/24), em notável síntese, discorre sobre a idéia de função. E assim doutrina: "no Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do Direito inglês. Isto significa que é ao Poder Legislativo que assiste o encargo de traçar os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e modos pelos quais hão de ser buscados, competindo à Administração, por seus agentes, o mister, o dever, de cumprir dócil e fielmente os *desiderata* legais, segundo os termos estabelecidos em lei. Assim, a atividade administrativa encontra na lei tanto seus fundamentos quanto seus limites."

É próprio do Estado de Direito que se delineie, na regra geral e impessoal produzida pelo Legislativo, o quadro, o esquema, em cujo interior se moverá a Administração. Esta atuará por meio de agentes cuja qualificação específica, de direito, é a de operadores das disposições legais.

Em estrita sintonia com a lógica do Estado de Direito, sagra-se a tese da soberania popular, do primado da lei — regra geral, abstrata e impessoal —, expressão da vontade popular, produzida por representação, através do órgão denominado "Poder Legislativo", de molde a assegurar, graças à generalidade e abstração dos enunciados, respeito ao princípio isonômico, segundo o qual todos são iguais perante a lei, como dispõe o art. 5º da Constituição de 1988. É certo, portanto, que nos preceptivos aludidos encontram-se estampados preceitos básicos do Estado de Direito, e plenamente alicerçado que a atividade administrativa, missão a ser desenvolvida tipicamente pelo Poder Executivo, deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração.

Vale dizer, pois, que existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, subordenação: ordenação inferior. Essa subordinação, no-lo diz Renato Alessi, em observação certeira, apresenta-se sob duplo aspecto. De um lado, realça-se seu sentido positivo, querendo significar que a lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins propostos como obrigatórios; de outro lado, acentua-se um sentido negativo, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal.

Esta mesma idéia foi vinculada em frase lapidar por Michel Stassinopoulos, ao averbar que a Administração não apenas está proibida de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas só pode atuar *secundum legem*. Assim, também o eminente mestre português, Afonso Rodrigues Queiró, proferiu as seguintes preciosas lições: "A atividade administrativa é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais". "O Executivo é a *longa manus* do legislador", já que sua atividade unicamente há de consistir em realização efetiva do que foi disposto pelo Legislativo.

Com estas colocações iniciais desejamos salientar, enfaticamente, que a atividade administrativa, para manter-se afinada com os princípios do Estado de Direito e com o regramento constitucional brasileiro, necessita ser exata e precisamente uma atividade pela qual se busca o atingimento dos fins pré-traçados em lei.

Reiteradas vezes temos insistido em que a essência da atividade administrativa foi captada com luminosa percuciência por um autor brasileiro, Ruy Cirne Lima, o qual, melhor do que ninguém, soube apanhar-lhe a compostura medular, exprimindo-a em palavras sábias e singelas, nos seguintes termos:

"O fim e não a vontade, domina todas as formas de administração. Jaz a administração debaixo da lei que assinala uma finalidade a cumprir". E mais: "Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração o bem não se encontra vinculado à vontade do administrador, mas à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir". Por isso, apostilou também: "A relação de administração é aquela que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente". Daí concluir que na relação de administração o bem se encontra protegido, não apenas contra terceiros, mas também contra o próprio administrador.

Com efeito, o aluminado mestre gaúcho constrói sua cortesíssima noção de administração a partir da antinomia que existe entre ela e a noção de propriedade. O *dominus*, o senhor, a dizer, o proprietário, dispõe da coisa a seu talante, isto é, segundo a senhoria de sua própria vontade. Antiteticamente, a administração exalta a finalidade, a subordinação da vontade a um fim que conforma e direciona a conduta do administrador. Em suma: perante propriedade está-se no reino da autonomia da vontade; perante administração, contrariamente, está-se no reino da finalidade, proposta como impositiva, como obrigatória. Na propriedade, a vontade — dir-se-ia — é comandante; na administração, a vontade é serviente.

Estas constatações autorizam-nos a dizer que a atividade administrativa é marcada, sobretudo, pela idéia de *função*. Todos sabemos que a palavra função, em Direito, tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. *Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio.*

A idéia de função reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito que a exerce recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhes justificou a outorga. Donde, o poder, em casos tais — e assim é irrestritamente no Direito Público —, tem caráter apenas instrumental. Ele não se constitui, se assim podemos exprimir, em um bem em si mesmo, pois o bem (sagrado na ordem jurídica) é a finalidade estampada na lei. A valia do poder, a utilidade e o sentido dele resumem-se em consistir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente administrativo não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio; no caso, o interesse da coletividade. Logo, o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de *deveres-poderes*, locução que expressa, com maior fidelidade que o anterior, a verdadeira índole de suas competências.

Deveras, como o texto constitucional estabelece que todo poder emana do povo, o poder que o agente administrativo maneja é colhido na fonte legislativa — representativa de nossa voz — e só é exercitável para atender ao nosso interesse (interesse do povo, da coletividade). O terceiro — o sujeito alheio ao administrador enquanto tal — é a coletividade em cujo proveito se exerce o poder. Este exercício apresenta-se como instrumento necessário para que o agente público se desincumba do dever de dar provimento à finalidade configurada pela lei como útil ao todo social. Eis por que o meneio do poder só é legítimo, só é válido, caso esteja de fato coincidente com a finalidade que lhe serve de justificação.

Sabe-se que também no Direito Privado existe função, conquanto seja muito mais rara, exatamente porque no Direito Privado rege sabrança a idéia da autonomia da vontade. Daí remanescer-lhe espaço pequeno, restrito a alguns institutos. De revés, como

no Direito Público, a idéia retora é a de finalidade; nele é que a função exerce papel dominante. Sem embargo, no Direito Privado, toda vez que se põe em pauta instituto submetido à tónica de função, ninguém hesita em sacar as interpretações conseqüentes e apropriadas. Quando são examinadas a tutela, a curatela ou o pátrio poder, a ninguém acudiria interpretar problemas surdidos ao propósito desta temática, privilegiando os poderes do tutor, curador ou pai, ao invés de tomar em conta, acima de tudo, os interesses do tutelado, curatelado ou filho. Corretamente, todos entenderiam que os poderes que calham aos exercentes das funções em causa lhe assistem para a proteção dos interesses dos representados ou assistidos. É bem de ver que a finalidade da tutela, *e.g.*, não é a de compor poderes em prol de um dado sujeito — o tutor —, mas apenas a de deferir-lhe meios necessários para bem resguardar os interesses do tutelado.

Pois bem, se é fácil perceber que assim é quando estão em pauta questões de Direito Privado, mais fácil ainda deveria sê-lo ante problemas de Direito Administrativo, no qual a idéia de finalidade reina absoluta, e o caráter funcional da atividade dos agentes apresenta-se como uma constante jamais excepcionável de sorte a evidenciar a natureza meramente instrumental dos poderes que manejam.

Curiosamente, entretanto, com alarmante freqüência, no Direito Público perde-se esta perspectiva natural, não obstante a todos ocorra espontaneamente adotá-la do Direito Privado, justamente onde o exercício de função é excepcional. Então, ao contrário do que seria de se esperar, proliferam esquemas teóricos — e na conformidade deles, interpretações — que concorrem para fortalecer e exaltar exageradamente os “poderes” dos administradores públicos, as quase incontrastáveis prerrogativas da Administração, a olímpica imunidade das decisões tomadas a título de discricionariedade administrativa, e outras deformações da mesma estirpe. Posterga-se, destarte, a finalidade sob cujos auspícios existem os citados poderes, prerrogativas ou discricionariedade, com agravo manifesto aos interesses que a ordenação legal almejou tutelar. Tais deformações, entretanto, sofrem sua mais cabal contestação exatamente pela teoria do “desvio do poder”, como causa de invalidade dos atos administrativos.

2.2 Função administrativa no pensamento de seus expositores (Otto Mayer², Guido Zanobini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Agustín A. Gordillo, Marcelo Caetano e Renato Alessi)

Otto Mayer, notável cultor do Direito Administrativo na Alemanha, no ocaso do século passado em sua obra *Derecho administrativo alemán* (1949), tratou com maestria o tema da função administrativa, cujo ensinamento perdura aos dias de hoje.

Otto Mayer concedeu e construiu sua doutrina sobre as atividades estatais, e, em particular, sobre a administrativa, tendo como núcleo central de sua teorização a finalidade do Estado.

A atividade legislativa, assim, realizada por órgãos próprios e com competência limitada (legislar sobre direito civil e penal), produz-se *sobre* o ordenamento jurídico.

Otto Mayer entende como atividade legislativa somente aquela produção legiferante do Legislativo ("direito civil e penal"), porque sustenta que a denominada *lei de efeito concreto* não constitui atividade legislativa, mas, sim, administrativa.

Sobre a atividade jurisdicional salientou que se manifesta através de órgãos próprios, para a manutenção *desta* ordem jurídica.

Já explicitando sobre a atividade administrativa, onde se situa o exercício da função administrativa, enfaticamente discorre que se realiza *debaixo* do ordenamento jurídico.

Nesse sentido asseverou: "A administrativa é a atividade do Estado para realizar seus fins, *debaixo da ordem jurídica*".

Observa-se, assim, de pronto, que o eminente tratadista não se louvou num critério subjetivo-orgânico para estabelecer o conceito acima enunciado, pois que para ele atividade administrativa não é somente aquela exercida pelo Executivo, como também o é toda aquela não tipificada como legislativa ou jurisdicional, exercida por tais órgãos.

De outro lado, ao assinalar que atividade administrativa se realiza debaixo do ordenamento jurídico, Otto Mayer, com isso, explicita com clareza que a atividade administrativa se produz debaixo do ordenamento jurídico, mas, também, segundo os cânones de um regime jurídico próprio, que é o administrativo.

Assim, sem deixar de considerar que o aspecto material compreende componente da atividade administrativa, sublinha o administrativista que isso não é o bastante para identificá-la, pois que é o regime jurídico que tem o condão de caracterizá-la, independentemente de sua procedência orgânica.

Da exposição do mestre alemão, observa-se que ele, ao emitir seu conceito de função administrativa, como sendo "a atividade do Estado para realizar seus fins, *debaixo da ordem jurídica*", não se louvou simplesmente num critério objetivo-material, mas, sim, num critério objetivo formal, marcado pela preocupação que confere ao regime jurídico, ou seja, com eficácia dos atos produzidos pela atividade administrativa.

Guido Zanobini, insigne administrativista italiano, em seu festejado *Corso di diritto amministrativo* (8. ed. 1958, v.I), coloca-se entre os cultores da disciplina que deu nome à sua obra, sustentando que o conceito de Direito Administrativo deve ser buscado a partir da noção que o estudioso formula de função administrativa.

A relevância do assunto, de pronto, assim se acentua no pensamento do autor.

Observa, porém, que o especialista da matéria deve, preliminarmente, ao cogitar da temática, ter em mente que se trata de uma atividade do Estado.

Partindo de tais assertivas e reflexões, Zanobini conceitua o Estado como uma sociedade organizada e ordenada pelo Direito, constituída de dois elementos materiais e um formal.

Os elementos materiais, povo e território, por si sós, contudo não tem condão de afirmar a existência do Estado.

Para ele, o ingrediente que de fato caracteriza o Estado é o elemento formal, o governo, ou seja, o conjunto de instituições e órgãos que, por **força do** ordenamento jurídico, encarna e exerce a soberania do Estado.

A soberania do Estado, portanto, advém do ordenamento jurídico e é exercida pelo governo, ou poder político, como preferem alguns autores.

Explicitado o conceito que Zanobini confere ao Estado, assinala-se que para o cumprimento de seus fins, exercita uma ação estatal, por ele destacada em três funções distintas: legislação, jurisdição e administração. Importa-nos a última, objeto do estudo.

Zanobini, em seu acurado estudo sobre função administrativa, estabelece com o maior rigor científico, a absoluta distinção entre atividade administrativa e serviço público.

Assim, em seu magistério, leciona: "atividade administrativa é aquela que o Estado realiza, para atingir, de um modo imediato, os interesses públicos que assume para cumprimento de seus próprios fins".

Distinguindo, porém, dita função de serviço público, explicita que serviço público compreende tão-somente aquela atividade material, técnica, colocada à disposição dos particulares, atividade essa que, por sua natureza e elementos não se confunde ou se identifica com o conceito que empresta à função administrativa.

A atividade administrativa, assim, para Zanobini, caracteriza-se pela presença de dois elementos essenciais e três acessórios.

Capitula entre os essenciais a imediatidade e a praticidade ou aplicabilidade, elementos esses plenamente identificáveis pela ação própria que o Estado enceta, no dizer de Zanobini "análoga àquela desenvolvida por outros sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas), que vivem sob o seu ordenamento".

Ao explicitar que o Estado, em sua atividade administrativa, atua como sujeito (agente), e que sua ação sublinha-se pelas características da imediatidade e aplicabilidade, aponta o autor, a título de ilustração, os casos seguintes: "por meio da força armada resguarda a segurança interna; por meio do órgão sanitário resguarda a higiene e saúde pública etc..."

Deflui, assim, dos próprios exemplos trazidos à colação pelo autor, que a imediatidade constitui o elemento primeiro e fundamental, dele decorrendo a praticidade como corolário lógico.

Assinalados os elementos essenciais que caracterizam a função administrativa, o professor de Roma enfatiza que esta também abrange elementos por ele ditos não essenciais.

Entre esses, enumera: a espontaneidade, a discricionariedade e a concreção.

A espontaneidade consiste na vontade, ou seja, na liberdade que tem a administração, por seus órgãos e agentes, de prover casos e situações que exigem sua interferência ou participação.

Já a discricionariedade, diz Zanobini, constitui elemento típico e exclusivo da função administrativa, pois que a própria expressão "indica uma limitada liberdade de escolha e de decisão para a tomada das medidas próprias da função".

Acentua a tratadista, ademais, que na função administrativa a discricionariedade constitui a regra, "porque tal função determina logo uma atividade prevalentemente volitiva, ao editar certos provimentos úteis às várias situações de fato".

Contudo, para ele, a discricionariedade encontra parâmetros na legislação, jungindo-se, assim, tal elemento à lei.

Ao cuidar do elemento derradeiro, ou seja, da concreção, observa que este componente expressa-se com a execução do ato administrativo. Nesse sentido aduziu: "O ato administrativo deve prover casos individuais e determinados, adaptando-se às diversas exigências, aos diversos fatos específicos."

Exposto o conceito que Zanobini empresta à função administrativa, o elenco e a caracterização dos elementos essenciais e não essenciais dessa atividade, cumpre, em face do pensamento do consagrado autor, dizer que ele elaborou seu conceito sobre função administrativa, arrimando-se num critério marcadamente objetivo material.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, saudoso professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jurista na acepção mais ídima da palavra, em sua obra clássica, *Princípios gerais de direito administrativo* (1969, v. I), com a acuidade científica que o caracteriza, antes de estabelecer princípios e emitir seu conceito sobre Direito Administrativo, cuidou, por primeiro, da parte propedêutica dessa disciplina, que trata da função administrativa, para somente depois, com tal suporte, desenvolver seu pensamento sobre os demais institutos desse ramo do Direito Público.

Sustentando que o Legislativo e o Executivo são tão-somente, por força constitucional e formal, órgãos autônomos, Bandeira de Mello teve a primazia e o mérito

de afirmar que esses órgãos, pelo desenvolvimento de suas atividades e, principalmente, por seus atributos, pertencem a um mesmo poder, que é o político. Já o Judiciário, é eminentemente contemplativo.

Fundando-se no poder político, a atividade administrativa compreende toda a atividade legislativa e executiva.

Com a mais viva eloquência assinala o autor: "As operações do poder político correspondem à função administrativa de estabelecer a norma jurídica e executá-la".

Assim, essa atividade, embora cometida por duas ações distintas, emergentes de órgãos diferentes, em dois momentos sucessivos, constitui, em verdade, expressão de uma única faculdade, que tem por objeto a realização da ordem jurídica mediante uma prestação de utilidade pública.

Observa-se, ainda, que a atividade administrativa não se caracteriza por sua horizontalidade, mas, sim, pela sua verticalidade, pois que a ação legislativa é de caráter inaugural, sendo a ação executiva de índole complementadora.

Encarando-se sob o prisma de seu conteúdo e finalidade, a atividade administrativa, para Bandeira de Mello, caracteriza-se como um todo, numa unidade lógica indissociável cujo objeto primordial é a criação do direito segundo o bem comum.

Em abono do apontado, Bandeira de Mello leciona: "A prudência é a virtude que preside a ação. Ela consiste na virtude pela qual se ordena a ação, mediante a deliberação normativa e execução concreta, através do uso da reta razão, tendo em vista a natureza humana e a utilidade prática a ser obtida, como mais conveniente e adequada e em atenção a determinado fim ou bem".

A função administrativa, assim, segundo Bandeira de Mello, compreende uma atividade política que tem por marco inicial a lei elaborada pelo Legislativo e que se ultima e se aperfeiçoa com a necessária implementação que lhe dá concreção, por obra do Executivo.

Alinhados os pontos capitais da teoria do eminente professor sobre a atividade administrativa, cumpre, então, reproduzir o conceito que o insigne administrativo empresta a essa atividade, como segue: "A função administrativa se expressa através do poder político normativo de estabelecimento da regra jurídica objetiva e do poder político executivo de sua efetivação".

Assinalada a conceituação que Bandeira de Mello formula sobre a temática, e já esclarecido que a função administrativa alberga toda a ação legislativa e a administrativa, cumpre, ainda, salientar que o eminente professor, ao externar seu pensamento, considerou que as leis jurisdicionais *lato sensu*, bem como as leis de efeito imediato, caracterizam-se também como atos administrativos.

Diante do exposto, é de se concluir que o ilustre administrativista, ao emitir sua doutrina sobre função administrativa, calcou-se no seu conteúdo intrínseco, pelo que, assim, adotou um critério objetivo material.

Agustin A. Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, 1971, t. I) atendendo-se ao estudo da função administrativa, acentua que tanto o Executivo como o Legislativo e o Judiciário exercem atividades de natureza administrativa.

Nesse sentido, afirma que "o Legislativo, ao exercer controle sobre o Executivo, bem como ao proceder a outras ações de economia interna (organização, funcionamento, compra de livros e materiais etc.); nomeação e direção e remoção dos funcionários do Congresso", em verdade pratica atos materialmente, por sua própria essência, administrativos.

Examinando, por seu turno, ações do Judiciário, sustenta que o órgão judicante, "quando este nomeia, dirige ou remove seus funcionários, quando aluga ou adquire repartições, quando compra livros, adquire papel etc.", sem dúvida está em tais casos praticando atos substancialmente administrativos.

Ao enfatizar tais colocações, assevera que ditas atividades desempenhadas pelo Legislativo e Judiciário não podem ser catalogadas, como pretendem alguns publicistas, como *pseudo* administrativas.

Com esta posição e reconhecendo "que a função administrativa não está somente a cargo da administração, também a realizam em certa medida os outros poderes", sublinhou o autor a impossibilidade de caracterizar-se a função administrativa somente a partir dos critérios orgânico ou objetivo material, pois, como visto, tais critérios não se ajustam para configurá-la com a necessária precisão jurídica.

Com efeito, a função administrativa, em oposição às duas outras, caracteriza-se por não ter um conteúdo próprio, além de albergar atividades exercidas pelo Legislativo e Judiciário.

Tais componentes, à evidência, assim, mostram a insuficiência dos citados critérios para explicitá-la, donde, à vista da sua fluidez e elástico, poder-se identificar a função administrativa somente como supedâneo no regime jurídico que a rege, que é o regime jurídico administrativo.

Em abono ao assinalado, o mestre argentino escreveu: "a função administrativa não é realizada por nenhum órgão com exclusão dos demais e, como não tem um conteúdo próprio que a caracterize, sua definição é uma síntese das conclusões parciais que expusemos".

Em precioso e jurídico resumo, a seguir, o autor enuncia seu conceito sobre função administrativa, dizendo: "a) em primeiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos

administrativos; b) em segundo lugar, toda a atividade que realiza o órgão legislativo, excluída a função legislativa (em sentido material e orgânico) que lhe é própria; c) em terceiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico) que especificamente realizam".

E, afinal, emite sua definição: "É toda a atividade que realizam os órgãos administrativos e a atividade que realizam os órgãos legislativo e jurisdicional, excluídos respectivamente os fatos e os atos materialmente legislativos e jurisdicionais".

Deflui, assim, de sua conceituação que Gordillo se calcou num critério misto, ou seja, orgânico e objetivo material, para expor seu pensamento sobre função administrativa.

Com singular clareza, Marcelo Caetano, ilustre administrativista português, publicista de renome internacional, autor do célebre *Manual de direito administrativo* (4. ed., 1965), englobando a função administrativa e jurisdicional na função executiva, tece eruditas considerações de ordem doutrinárias.

Registrado que cabe à função política traçar os princípios fundamentais do Estado, que de outro lado a função técnica visa pragmaticamente dar implementação àquela, sustenta Marcelo Caetano que a função legislativa tem por objeto primordial criar o Direito segundo os ditames da Política, com um caráter eminentemente utilitário, em plena harmonia com a realidade nacional.

Aludindo à função executiva, disse: "é a atividade dos órgãos do Estado que tem por objeto direto e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis, aplicando sanções aos infratores dos preceitos legais".

A função executiva, assim, não se limita à atividade estatal originária do órgão respectivo, pois que ela se exercita também através do órgão jurisdicional.

O seu objeto, portanto, consiste na aplicação do Direito, quer proceda essa atividade da via administrativa propriamente dita, quer da via judicante.

A função executiva, dessa forma, biparte-se em duas vias, a saber: a administrativa e a jurisdicional.

Na via administrativa, sustenta o autor que o Estado, por seus órgãos, tem iniciativa e age como parte, e, assim, procede com parcialidade ao dar cumprimento à lei.

A ação administrativa, portanto, caracteriza-se pela iniciativa (parcialidade) com que se manifesta em sua obra.

Já, ao contrário, na via jurisdicional, a prestação de tal atividade somente ocorre quando o aparelho judiciário é convocado pelas partes (particulares ou pelo próprio Estado) para dirimir conflitos de interesses entre ligantes.

Em apoio ao exposto, Marcelo Caetano aduz: "O órgão do Estado executor da lei procede sobretudo mediante operações intelectuais: verifica os fatos e ajusta-lhes o Direito aplicável".

E, em tópico seguinte, adverte: "Tal modo de executar a lei exige perfeita imparcialidade do órgão de execução; este não deve estar de modo nenhum interessado no conflito (ninguém pode ser juiz em causa própria) e não deve resolver sem ouvir todos os interessados".

Essa atividade tem como característica a passividade e a imparcialidade.

Considera, afinal, Marcelo Caetano que ditas vias de execução da lei podem, dentro de um critério formal, ser capituladas como funções.

O autor, contudo, ao salientar que o real objeto da função executiva se traduz na aplicação da lei, mediante as vias administrativas e jurisdicional, porém na condição de parte, sem dúvida valeu-se de um critério formal para expor seu pensamento sobre essa função.

A função administrativa, como visto, para Marcelo Caetano consiste na atividade desenvolvida pelo Estado, por iniciativa dele, quando age como parte nas relações com os particulares, para dar concreção aos comandos contidos na lei.

Assim, não obstante diga o autor "que em virtude da heterogeneidade e da desuniformidade da atividade e dos órgãos administrativos, a função administrativa é apenas um conceito de formulação teórica, que não serve para caracterizar a administração", não se pode deixar de considerar que Marcelo Caetano concebeu a função administrativa segundo um critério objetivo formal.

Renaio Alessi, extraordinário administrativista italiano, autor da consagrada obra *Instituciones de derecho administrativo* (1970), na introdução de sua obra, afirma a incontestada primazia do Direito Público sobre o Direito Privado.

A atividade administrativa compreende a produção de atos jurídicos complementares, ou seja, de implementação àqueles atos primários contidos na lei.

O Estado, todavia, desenvolve essa atividade complementar, na condição de sujeito, agindo por seus órgãos e agentes, para a concreção de seus fins.

Mas a Administração procede, no exercício de sua atividade, sempre numa situação de superioridade, pela discricionariedade de que se investe.

Categoricamente afirma: "Portanto é parte, mas sempre em situação de superioridade; se trata de relações, mas situadas em um plano vertical, por assim dizer, mais que horizontal".

A atividade administrativa, portanto, caracteriza-se pela superioridade com que a Administração age como parte em suas relações e por editar seus atos em conformidade com a lei, implementando-a.

Alessi, dessa forma, ao enunciar seu conceito sobre função administrativa, louvou-se inequivocamente num critério objetivo material, pelas características identificadoras da função, mas, também, objetivo formal, pois que não deixou de considerar o papel que a Administração desempenha como sujeito da ação estatal.

2.3 Ministério Público e exercício de função administrativa. Peculiaridade

Conforme destaca José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed., 1990, p. 504), "o Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas uma lei de 1890 (de n. 1.030) já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário, e sua emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Dentre suas funções constitucionais destacam-se as previstas no art. 127, *caput*, c/c o art. 129, da Constituição da República.

Importa aqui asseverar que o Ministério Público é exercente de função administrativa por sua própria natureza.

Suas atribuições correspondem a um tipo de atividade estatal, não legislativa ou jurisdicional, de caráter público, cujas características são identificáveis à luz do ordenamento jurídico, como próprias e inerentes ao Estado.

No exercício de suas prerrogativas de autoridade ou como destinatário de parcela do poder estatal, age em posição sobranceira em relação ao particular e aos próprios Poderes constituídos. Isso decorre da posição natural que ele assume na postura desinteressada e imparcial, buscando única e exclusivamente o desiderato previsto na Constituição.

A peculiaridade no exercício da função do Ministério Público é que, não obstante pertencendo ao Poder Executivo, por simples posicionamento constitucional, *não atua marcado pela parcialidade* com que manifesta-se em seus atos.

À identidade do Poder Judiciário, o Ministério Público procede sempre com imparcialidade, no exercício de suas prerrogativas de autoridade, mesmo interessado

numa relação jurídica, debaixo da lei e em obediência a ela, a fim de cumprir as finalidades assinaladas da Constituição.

Pertence ao Ministério Público parcela do poder político executivo para efetivação das leis e, de modo imediato, os interesses públicos traçados na Constituição. Com a devida legitimidade, opera com meios próprios para alcançar os fins que deve prover.

Cabe ainda dizer que o poder estatal é *uno*, não obstante exerça suas atividades através de três órgãos (Poderes) distintos de atuação.

"A despeito disso, sustentam constitucionalistas e administrativistas que a tripartição das funções estatais como concebida por Montesquieu, revela-se, na atualidade, pela rigidez de sua sistematização, como superada. Essa realidade aflora do sistema-constitucional-positivo, que atribui a cada órgão do Poder uma função preponderante (típica), e uma função secundária (atípica), próprias dos outros órgãos. De conseguinte, nenhuma das funções estatais, legislativa, executiva e jurisdicional, tem o monopólio exclusivo de determinada função", utilizando aqui as palavras de Aricê Moacyr Amaral Santos em notável estudo sobre função administrativa (*Revista de Direito Público* n. 89/163). E bem a propósito cita Agustín A. Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, 1974, t. I), o qual salienta que "o poder estatal, uno e soberano, respeita a tripartição tradicional dos poderes, embora essa repartição orgânica não corresponda, juridicamente, a uma efetiva e real divisão das funções desempenhadas pelo Estado"

Por fim, cumpre enfatizar que o próprio desiderato constitucional do Ministério Público, previsto no art. 127 da CR, qual seja, "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*", destacando estes últimos, confunde-se com a atividade administrativa contida e que caracteriza o regime jurídico-administrativo, posto que característica indissociável do regime jurídico-administrativo é a *indisponibilidade dos interesses públicos*.

Portanto, onde quer que se encontre relação jurídico-administrativa, dada a sua peculiaridade, poderá o Ministério Público exercer a função administrativa de controle, dados seus desígnios constitucionais.

3 NOÇÃO DA ATIVIDADE DE CONTROLE

No abalizado dizer de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 15. ed., 1990, p. 561 e segs.), ao abordar o tema do controle da Administração, inicia suas considerações ressaltando a necessidade do controle.

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em

lei e as exigências do bem comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o *expõe à* acumulação, pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada.

Em outros casos, o interesse público impõe a verificação da eficiência do serviço ou a utilidade do ato administrativo, exigindo a sua modificação ou supressão, ainda que legítimo, mas ineficiente, inútil, inoportuno ou inconveniente à coletividade, o que é feito pela Administração — e somente por ela — através da revogação.

Caso há, ainda, em que a realização do ato pelo Executivo ou a sua eficácia depende de autorização ou aprovação do Legislativo, num controle eminentemente político.

Controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

O controle, no âmbito da Administração direta ou centralizada, decorre da subordinação hierárquica, e, no campo da Administração indireta ou descentralizada, resulta da vinculação administrativa, nos termos da lei instituidora das entidades que a compõem. Daí por que o controle hierárquico é pleno e ilimitado, e o controle das autarquias e das entidades paraestatais em geral, sendo apenas um controle finalístico, é sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece. E justifica-se essa diferença, porque os órgãos centralizados são subordinados aos superiores, ao passo que os entes descentralizados são administrativamente autônomos e simplesmente vinculados a um órgão da entidade estatal que os criou. Por essa razão, o órgão superior controla o inferior em todas as suas atividades, enquanto que o órgão a que a autarquia ou a entidade paraestatal se acha vinculado só as controla nos aspectos que a lei determinar, e que normalmente se restringem ao enquadramento da conduta da entidade no plano geral do Governo e à consecução de suas finalidades estatutárias, nos termos da supervisão ministerial (Decreto-Lei 200/67, arts. 19 a 21).

Como faculdade onímoda, o controle é exercitável em todos e por todos os Poderes de Estado, estendendo-se a toda a Administração e abrangendo todas as suas atividades e agentes. Bem por isso, diversifica-se em variados tipos e formas de atuação para atingir os seus objetivos, como veremos a seguir.

Os tipos e formas de controle da atividade administrativa variam segundo o Poder, órgão ou autoridade que os exercitam, ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação. Assim, temos a considerar, com precedência sobre os demais por sua permanência e amplitude, o controle da própria Administração sobre seus atos e agentes (controle administrativo ou executivo), e, a seguir, o do Legislativo sobre determinados atos e agentes do Executivo (controle legislativo ou parlamentar), e, finalmente, a correção dos atos ilegais de qualquer dos Poderes pelo Judiciário, quando lesivos de direito individual ou do patrimônio público (controle judiciário ou judicial).

Esses controles, conforme o seu fundamento, serão hierárquicos ou finalísticos; consoante a localização do órgão que os realiza, podem ser internos ou externos; segundo o momento em que são feitos, consideram-se prévios, concomitantes ou subseqüentes, ou, por outras palavras, preventivos, sucessivos ou corretivos; e, finalmente, quanto ao aspecto controlado, podem ser de legalidade ou de mérito.

Fechando este tópico, é fundamental que se esclareça que o poder de controle é atribuído a quem, por indicação legal ou constitucional, possui a iniciativa de obstar o ato a que se pretende submetê-lo a controle.

Portanto, quando se afirma ou se diz controle dos atos da Administração pelo Ministério Público, sendo este órgão titular de diversas vias de exercício do controle, trata-se de *controle do Ministério Público*, porque este é titular do poder de iniciar o processo de controle. Assim cai por terra a afirmação de certos administrativistas os quais defendem que o controle pelo Ministério Público, em verdade, trata-se de controle jurisdicional. Incidem em erro os que assim pensam, pois levam em conta apenas o órgão de que emanam as determinações constritivas — o Judiciário — e deixam de levar em conta o órgão dinâmico que possui o poder de desencadear o processo — o Ministério Público. E tanto assim é, que o Judiciário, Poder eminentemente inerte, pois precisa ser provocado, caso não lhe seja submetida determinada pretensão, nada poderia fazer posto que não age de ofício.

4 FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em preciosa monografia intitulada *O Ministério Público na Constituição de 1988* (1989, p. 95), o seu autor, Hugo Nigro Mazzilli, destaca as funções do Ministério Público em *típicas* e *atípicas*. Aproveitando sua lição, tem-se o seguinte:

Dentro da destinação institucional que lhe reservam as leis, o Ministério Público atua mais freqüentemente em funções típicas, ou seja, em funções próprias ou peculiares à Instituição. É o caso da promoção da ação penal pública (CF, art. 129, I); da promoção da ação civil pública (CF, art. 129, III); da defesa da ordem jurídica; do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127); do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (CF, art. 129, II), etc..

Fazendo já dita distinção, Seabra Fagundes cuidou do Ministério Público e a conservação da ordem jurídica no interesse coletivo: "Aqui, advirta-se, só nos reportamos às funções intrinsecamente próprias do Ministério Público, às funções peculiares à sua natureza de órgão da sociedade, tal como hoje conceituado. Abstramos de considerar a atribuição de advogado da Fazenda Pública, muita vez cometida aos seus membros, porque somente motivo de ordem prática (a onerosidade da manutenção de advogados da Fazenda, ao lado dos titulares de promotorias e curadorias, faz que tal competência perdure com os titulares do Ministério Público; essa competência é incompatível, em qualidade, com o teor de neutralidade própria da função de defensor da lei" (*Justitia*, 35/7).

Outras atribuições cometidas à Instituição, entretanto, são-lhe ou foram-lhe atípicas, caso as confrontemos com a destinação global do Ministério Público.

Foi o caso, por exemplo, da já mencionada representação judicial dos interesses patrimoniais da União (CF de 1969, art. 95, § 2º; CPC, art. 1.212), hoje vedada à Instituição; agora também lhe é proibida a consultoria jurídica de entidades públicas (CF de 1988, art. 129, IX), exceção feita à norma transitória do art. 29, § 5º.

Ainda exercita atualmente algumas funções atípicas, como no patrocínio do reclamante trabalhista (CLT, art. 477, § 3º; Lei n. 5.584/70, art. 17), bem como nas hipóteses em que está autorizado a prestar supletiva assistência judiciária (LC 40/81, art. 22, XIII), nas de substituição processual do revel ficto (CPC, art. 9º, II, e parágrafo único; LC estadual n. 304/82, art. 41, II) e das vítimas de crime nas ações *ex delicto* (CPP, art. 68). Doravante, nestas últimas hipóteses, segundo disponha a legislação infraconstitucional, é possível admitir a atuação supletiva ou substituta da Defensoria Pública.

À vista do que já foi exposto, quer atue em função típica, quer em função atípica, em suas atividades institucionais o Ministério Público sempre age em busca de um interesse público, que ora está ligado a pessoas determinadas (v.g., o zelo pelos interesses dos índios — CF, art. 232; de incapazes — CPC, art. 82, I; do alimentando — Lei n. 5.478/68, art. 9º; do acidentado do trabalho — CPC, art. 82, III; da fundação — CC, art. 26; da massa falida — Lei de Quebras, art. 210), ora ligado a grupos de pessoas determinadas ou determináveis (v.g., a defesa judicial dos interesses das populações indígenas — CF, art. 129, V; a defesa do consumidor e outros interesses coletivos — CF, art. 129, III; Lei n. 7.347/85), ou, enfim, ora se relaciona de modo indeterminado com toda a coletividade (v.g., nas ações penais — CF, art. 129, I, e CPP, arts. 24 e 257; nas questões de estado — CPC, art. 82, II; no mandado de segurança — Lei n. 1.533/51, art. 10; na ação popular — Lei n. 4.717/65, art. 6º, § 4º; na ação em defesa do meio ambiente e outros Interesses difusos — CF, art. 129, III; Lei n. 7.347/85).

Não se pode negar que a intervenção do Ministério Público, como visto, pressupõe sempre o zelo de um interesse público. Contudo, quando verificamos o escopo da jurisdição, os princípios norteadores do desvio processo legal, a preservação do equilíbrio do contraditório e a defesa da ordem jurídica, somos levados a concluir que em todos os processos sempre há um interesse público subjacente. De forma aparentemente contraditória, porém, ao menos *de lege lata*, o Ministério Público não atua em qualquer processo, em que pese dizer a atual Constituição ser ele "instituição essencial à função jurisdicional do Estado" (art. 127). *De lege ferenda*, pode-se cogitar da intervenção do Ministério Público em todas as ações, não só pela sua destinação constitucional, como também diante do modelo federal, pois a instituição oficiará em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103, § 1º).

A razão dessa ausência de intervenção em diversos feitos parece-nos clara: na verdade, o Ministério Público sempre intervém no zelo de Interesses sociais ou

individuais indisponíveis (CF, arts. 127 e 129, I e IV), ou zelo de interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, II, III e V). Nesta última categoria, podem ser inseridas as hipóteses de defesa do meio ambiente ou do consumidor. Quanto às primeiras, zela por uma indisponibilidade que, ora é absoluta, por dizer respeito ao próprio bem jurídico objeto da demanda (p. ex., na ação penal pública, há o conflito entre o *ius puniendi* e o interesse à liberdade; na ação de nulidade de casamento, o estado da pessoa é matéria de ordem pública), ora é relativa, porque só diz respeito a um bem de que não pode dispor determinada pessoa (p. ex., um imóvel, que em si mesmo não é senão um bem patrimonial disponível, se pertencer a um incapaz, não poderá ser objeto de atos de disponibilidade nem deste, nem de seu representante legal, consoante os arts. 385 e 386 do CC).

Nas hipóteses de indisponibilidade absoluta, o Ministério Público intervém para zelar por um interesse público impessoal. Aqui, sua legitimidade faz pressupor atuação desvinculada do interesse de qualquer das partes, desde que sempre em busca de sua destinação institucional (p. ex., na ação de nulidade de casamento, o órgão interveniente, agindo com liberdade, apenas limitado pela sua consciência, pode apelar em busca da procedência ou da improcedência do pedido, com o que favorecerá eventualmente a um o a outro dos partícipes da relação processual); contudo, nessa hipótese, não terá interesse em recorrer, por exemplo, da fixação do montante dos honorários advocatícios carreados a título de sucumbência a uma das partes maiores e capazes, pois, diversamente da questão de mérito subjacente, que é o estado das pessoas, a matéria da verba honorária se inclui dentro do campo de disponibilidade dos interessados.

Também nas situações de indisponibilidade relativa, a atuação do órgão ministerial está limitada pela finalidade última da intervenção. Assim, quando haja interesses de incapazes, ainda que se admita que possa opinar com liberdade (*Justitia*, 130/187; *RT*, 467/272 — STF), não poderá arguir exceções ou apelar contra eles, pois aqui estaria tomando a iniciativa do impulso processual de defesa dos interessados da parte contrária, que é maior e capaz, em cujo favor, no caso, não está institucionalmente destinado o Ministério Público a agir.

Não é diverso o que ocorre na defesa de interesses coletivos ou difusos, pois também aqui a atuação ministerial está evidentemente balizada pela finalidade inteventiva. Não terá a Instituição interesse nem legitimidade para tomar iniciativa de impulso processual se, assim fazendo, estiver em contrariedade com os interesses que legitimam sua atuação.

Procurando sistematizar as causas interventivas da instituição ministerial, Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, que pode ser considerado o ideólogo do Ministério Público na Constituição de 1988, com bastante felicidade identificou quatro situações que exigem o comparecimento da instituição em juízo:

“1ª) Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a

igualdade das partes no processo. É o que ocorre, por exemplo, com os acidentados do trabalho, que devem enfrentar, em juízo, toda autoridade especializada em contrariar pretensões dessa natureza. Sem o Ministério Público, em casos assim, o processo seria um método injusto de solução de conflitos.

2ª) Quando a condição pessoal da parte torna o seu direito indisponível ou disponível de forma limitada.

3ª) Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade do seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota de indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge.

4ª) Quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como interesses difusos e os coletivos).” (Prefácio ao livro Curadoria de ausentes e incapazes, APMP, 1988.)

Podemos concluir, portanto, que as funções institucionais do Ministério Público devem ser iluminadas pelo zelo de um interesse social ou individual indisponível, ou, então, pelo zelo de um interesse difuso ou coletivo. Sua atuação processual dependerá, ora de natureza do objeto jurídico da demanda, ora se ligará à qualidade de uma das partes, quer porque de seus interesses não possam elas dispor, senão limitadamente, quer porque seus titulares padecem de alguma forma de acentuada deficiência, que torna exigível a intervenção protetiva ministerial.

5 MINISTÉRIO PÚBLICO E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 No Direito Comparado

Quanto à fiscalização das atividades administrativas, os controles, em nosso país, têm sido, em sua maior parte, insuficientes (como o autocontrole da Administração ou o exercido pelo Poder Legislativo) ou morosos (como o judicial). Necessitamos, em verdade, de um organismo independente e capaz, como o Ministério Público, perante o qual se possa exercer, com maior eficiência, o direito de petição, de reclamação contra o abuso de poder administrativo.

No Direito Comparado, é relevante a atividade do Ministério Público em tema de controle da legalidade da atuação dos Poderes Públicos.

Na Alemanha Ocidental, em que a Justiça Administrativa, embora separada da Justiça Ordinária, integra o Poder Judiciário, o Ministério Público Federal funciona perante o Tribunal Administrativo Federal.

Na Espanha, o art. 54 da Constituição Nacional contempla a figura do Defensor do Povo, alto comissionado das Cortes Gerais, designado para a defesa dos direitos e

liberdades fundamentais, e que supervisiona a atividade da Administração Pública, dando conta de sua atuação àquelas.

Em Portugal, o art. 23 da Constituição trata do Provedor de Justiça, designado pela Assembleia da República, ao qual os cidadãos apresentam queixas por ações ou omissões dos Poderes Públicos: sem poder decisório, faz recomendações para prevenir ou reparar injustiças.

A Procuradoria tem, nos países socialistas, papel importante, na matéria de controle da Administração Pública, conforme já salientado.

O art. 133 da Constituição Búlgara estatui que "o Procurador-Geral exerce controle quanto à estrita e igual aplicação das leis pelos Ministérios, outros órgãos administrativos e pelos órgãos estatais locais, assim como por organizações econômicas e sociais, funcionários e cidadãos".

A Procuradoria protege os direitos e os interesses legítimos dos cidadãos. Ela organiza e dirige a luta contra as infrações e os atos ilícitos, tomando as medidas para sua prevenção e a iniciativa das investigações contra os delinquentes.

A Procuradoria toma as medidas com vistas à anulação dos atos ilegais e ao ressarcimento dos direitos desrespeitados.

O Procurador-Geral, responsável perante a Assembleia Nacional, é eleito por cinco anos, mas exonerável a qualquer momento. Os outros Procuradores são nomeados e exonerados pelo Procurador-Geral, sendo tidos como independentes e sujeitos, apenas, à lei (arts. 134 e 135).

Os arts. 64 e segs. da Constituição da República Popular da Polônia dispõem sobre o Ministério Público, que vela pela legalidade popular e pela propriedade socializada e garante o respeito aos direitos dos cidadãos. É o Procurador-Geral nomeado e exonerado pelo Conselho de Estado.

Os arts. 112 a 115 da Constituição da Romênia contemplam os órgãos da Procuradoria Geral, que exerce a supervisão da atividade dos órgãos de persecução penal e das Cortes, e vela, nos termos da lei, pela observância desta, pela defesa da ordem socialista, dos direitos e legítimos interesses das organizações socialistas, de outras pessoas jurídicas e dos cidadãos.

Na Tchecoslováquia, o Judiciário e a Procuradoria Geral são objeto do Capítulo VII da Constituição, emendada pelo Ato Constitucional n. 155, de 17/12/69, com vigência a partir de 1/1/70.

Os princípios básicos são o caráter popular dos Tribunais, a elegibilidade dos Juízes, a sua independência.

O art. 97 do texto constitucional dispõe que o Judiciário e a Procuradoria Geral protegerão o Estado Socialista, sua ordem social e os direitos e legítimos interesses dos cidadãos e das organizações do povo trabalhador. O Judiciário e a Procuradoria Geral, em toda a sua atividade, educarão os cidadãos na lealdade a seu país e à causa do Socialismo, no respeito às leis e regras da conduta socialista e no estrito cumprimento de seus deveres para com o Estado e a Sociedade.

Há uma Procuradoria Geral Federal, e uma para cada República nacional (a República Tcheca e a República Eslovaca, que são os dois Estados Nacionais Socialistas integrantes da Federação Tchecoslovaca).

O art. 104, Seção I, da Constituição, expressa o papel e os encargos típicos da Procuradoria Geral: "a supervisão da uniforme administração e preservação das normas legais e de outras espécies, pelos Ministros e outros órgãos da Administração do Estado, pelas Comissões Nacionais, pelos Tribunais, pelas organizações econômicas e outras, e pelos cidadãos", o que pode ser resumido na cláusula "proteção e supervisão da observância da legalidade socialista".

Na Hungria, os arts. 42 e segs. da Constituição dispõem sobre a Procuradoria Geral da República Popular Húngara, com o encargo de "velar pelo respeito à legalidade". Em sua competência jurídica, o Procurador-Geral vela por que os Ministros, os órgãos a eles subordinados, as repartições, as instituições e outros órgãos, inclusive legais, do Poder do Estado, assim como todos os cidadãos respeitem a lei.

O Procurador-Geral vela também por que se proceda à persecução conseqüente a todo ato que viole ou ponha em perigo a ordem, a segurança e a independência da República Popular Húngara.

A Constituição da República Popular da China dispõe, em seus arts. 129 e segs., sobre os Tribunais Populares e as Procuradorias Populares.

A Procuradoria Popular Suprema exerce sua autoridade fiscalizadora sobre todos os órgãos subordinados ao Conselho de Estado (constituído pelo Ministério, e que é o órgão executivo e administrativo supremo do Estado), os organismos locais, os funcionários públicos e os cidadãos, com vistas a assegurar a observância da Constituição e das leis.

Há, ainda, as Procuradorias Populares locais e as especiais, que exercem suas autoridade fiscalizadora nos limites prescritos pela lei.

Os arts. 164 a 168 da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas tratam do Ministério Público.

Ao Procurador-Geral da ex-URSS e aos Promotores a ele subordinados cabe o controle supremo do exato e uniforme cumprimento das leis por todos os ministérios,

comissões e departamentos estatais, empresas, instituições e organizações, órgãos executivos e administrativos dos Soviets locais de deputados populares, Kolkoses, cooperativas e outras organizações sociais, assim como pelos funcionários públicos e pelos cidadãos.

O art. 179 da Constituição da República Árabe do Egito dispõe sobre o Promotor Público Socialista, responsável pela iniciativa dos processos que garantam os direitos do povo, a segurança da sociedade e seu sistema político, a preservação das conquistas socialistas. Está sujeito ao controle da Assembléia Popular.

Na Constituição da República Socialista Federal da Iugoslávia, o Ministério Público está contemplado no art. 235, como sempre apresentado como órgão estatal autônomo, encarregado da persecução penal e de tomar as medidas, determinadas pela lei, em defesa dos interesses da comunidade social, e de interpor os recursos jurídicos de proteção da constitucionalidade e da legalidade. Tem o poder-dever de informar à Assembléia da respectiva comunidade sócio-política sobre a execução da lei e acerca do trabalho que realiza.

O art. 374 prevê a figura do Advogado Social da Autogestão, a quem cabe, junto com a Justiça e com o Ministério Público, a defesa social dos direitos de autogestão, pelos trabalhadores, da propriedade social.

A Constituição da República Democrática Alemã, em versão de 1974, trata, em seu art. 97, da competência do Ministério Público, encarregado de zelar pela preservação estrita da legalidade socialista.

Pode-se verificar, com facilidade, que o papel do Ministério Público, no Brasil, em termos de controle da legalidade da atuação pública, tem sido pouco desenvolvido em relação ao que tem lugar em outros Estados.

5.2 Formas de execução e materialização do controle do MP sobre os atos da Administração

Como foi visto anteriormente, a corrupção na Administração Pública brasileira raras vezes tem sido apurada com seriedade, embora frequentemente denunciada pelos meios de comunicação. Por isso se ouve dizer que o Brasil é o país de impunidade.

A Assembléia Nacional Constituinte de 1988, sensível a estes fatos, inseriu na Constituição diversos meios democráticos de controles do Poder, como, por exemplo:

a) o mandado de segurança coletivo, inédito até então no direito brasileiro — art. 5º, LXX;

b) o *habeas data*, para conhecimento aos interessados de informações constantes de órgãos governamentais — art. 5º, LXXII;

c) o mandado de injunção, destinado a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades do cidadão — art. 5º, LXXI;

d) a iniciativa popular de leis, inovação constante dos artigos 14, III, 27, § 4º e 29, XI, assim como o referendo;

e) as reclamações relativas à prestação de serviços públicos — art. 37, § 3º;

f) a denúncia de irregularidades perante o Tribunal de Contas, garantia a qualquer cidadão, sindicato e associação — art. 74, § 2º;

g) a divulgação mensal do montante de cada tributo arrecadado, em todos os níveis de governo — art. 162;

h) a publicação, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, de relatório da execução orçamentária — art. 165, § 3º;

i) a função confiada ao Ministério Público de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” — art. 129, II;

j) os princípios fundamentais da Administração Pública, especialmente os da moralidade, impessoalidade e publicidade — art. 37;

k) a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, a cargo do Poder Legislativo, que levará em conta também a legitimidade e a economicidade dos gastos públicos — art. 70;

l) a publicidade das contas dos Municípios, que deverão ficar sessenta dias à disposição de qualquer contribuinte para exame e questionamento — art. 31 § 3º;

m) a improbidade administrativa do Presidente da República, considerada crime de responsabilidade, como também os atos que atentem contra a lei orçamentária — art. 85, V e VI;

n) inúmeras outras disposições constitucionais ampliam ainda mais o rol de instrumentos de controle dos atos administrativos, *v.g.*, as dos artigos 5º, XXXIII, XXXIV, LXXIII e LXXVII; 15, V; 35, II; 49, V, IX e X; 51, I e II; 58 § 2º, III, IV, V e VI e § 3º; 71; 72; 74; 84, XXIV; 102, I; 125, § 2º e 129, III, IV, VI e VII.

O propósito dos constituintes de submeter a Administração Pública a uma efetiva vigilância revela-se, ademais, na tendência descentralizadora da nova Carta, que transferiu aos Estados e Municípios volumosos recursos, atenuando desta forma uma das graves deformações do nosso sistema político-institucional, que consiste na excessiva concentração de rendas nos cofres da União.

Assim, o próprio conceito de Federação ganha melhor sentido, e principalmente o dinheiro do contribuinte fica mais próximo, com maiores possibilidades de fiscalização.

Esta tendência transparece, outrossim, na competência atribuída aos Municípios de promulgar a sua própria lei orgânica — art. 29.

A descentralização fica ainda mais nítida com a leitura dos artigos 22, parágrafo único; 23; 24; 25, § 1º; 125 e 129, IX.

Aliás, acerca deste último dispositivo (art. 129 IX), saliente-se que a Lei Maior permitiu aos Estado confiar ao Ministério Público outras funções, as quais poderão estar dirigidas ao controle dos atos administrativos.

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

Instituir é criar, fundar. Assim, instituição é um conjunto ordenado de princípios e normas que regem certa entidade ou organizações.

Por isso diz-se que o Ministério Público é uma Instituição, porque corresponde a uma criação político-jurídica.

Política porque nascida do Poder Constituinte, definida na Carta Política e responsável pela defesa do regime democrático, o que pressupõe exercício de funções também políticas.

Jurídica porque concedida em lei para defender a ordem jurídica, o ordenamento jurídico, os princípios e as regras de direito vigentes.

Instituição permanente porque sua existência é necessária em todos os momentos da vida jurídica e política da nação; inseparável e indispensável à sobrevivência da organização social moderna e da democracia.

Essencial à função jurisdicional do Estado, mas não somente isto, uma vez que a Instituição exerce outras funções, próprias, institucionais, extrajudiciais, por vezes administrativas, v.g., expedir notificações, requisitar diligências, exercer controle externo da atividade policial, atuar junto aos Tribunais de Contas, instaurar inquéritos civis.

Incumbe-lhe também a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Observa-se que o vocábulo “interesses”, na Carta Política, não vem empregado na acepção restrita de interesses juridicamente protegidos, isto é, na acepção jurídica, mas sim no sentido mais amplo de interesses jurídico-políticos. A missão de defender o

regime democrático demonstra esta assertiva de que o *Parquet* defende interesses políticos da sociedade.

Interesses sociais indisponíveis são aqueles fatos que convêm, trazem proveito, preocupam e são necessários à generalidade das pessoas, sobre os quais não se pode transigir; são inegociáveis e imanescentes à Sociedade.

Interesses individuais indisponíveis, ao contrário, podem até ser considerados os acima citados, porém, pertinentes a uma pessoa individualmente considerada.

A definição constitucional do Ministério Público só estará completa com o exame de suas funções institucionais, previstas no art. 129, e de suas vedações, apontadas no art. 128, § 5º, II e 129, IX, o que será feito a seguir, naquilo que se relaciona com o tema central desta obra.

Com efeito, de acordo com o art. 129, estas são suas funções institucionais voltadas para o tema em foco:

a) “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inc. II).

Esclareça-se preliminarmente que funções institucionais são aquelas atribuições próprias da instituição, primárias, fundamentais e essenciais, em oposição às acidentais, atípicas ou secundárias, como é o caso da representação judicial da Fazenda Pública.

Poderes Públicos são os órgãos, as autoridades, os agentes públicos ou administrativos.

Serviços de relevância pública são aqueles que, por sua importância, são considerados essenciais do Estado.

Aos direitos assegurados nesta Constituição, entenda-se, naturalmente, aqueles direitos sobre os quais o Ministério Público tem legitimidade para agir, seja quem for seu titular — uma pessoa determinada, uma entidade, a sociedade — como, por exemplo, os constantes do art. 5º, XXXIII e XXXIV e outras liberdades públicas.

É longa a lista de direitos que visam a proteger o cidadão em suas relações com o Estado, preservando-lhe a vida, a liberdade e a dignidade. O Ministério Público tem o dever de zelar para que os Poderes e seus agentes os respeitem.

Promovendo as medidas necessárias, a sua garantia consiste em adotar as medidas judiciais, extrajudiciais ou outras (a Constituição não restringe) que garantam o aludido respeito, a exemplo das previstas no art. 129, III, VI e VII.

Com esta nova função, o Ministério Público efetivamente assume o papel de procurador do cidadão e da Sociedade em geral.

b) “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inc. III).

Promover é tomar a iniciativa de realizar algo; é pôr em movimento. Promovente é aquele que tem a iniciativa, que provoca, por ato seu, a feitura ou a execução de alguma coisa.

Promover o inquérito civil é instaurar dito procedimento, como estatuído, por exemplo, na Lei n. 7.345/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, legitimado o órgão ministerial para propositura de tal medida.

Ação civil pública é aquela providência judicial, de fins patrimoniais, em que o poder de provocar a jurisdição é atribuído a um órgão do Estado. Tanto a parte quanto o interesse e o fundamento são públicos.

Patrimônio público e social — Considera-se patrimônio um complexo de bens materiais e imateriais, direitos, relações, interesses e ações pertencentes a alguém.

Segundo De Plácido e Silva, “o patrimônio público é representado pelo conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado, e que se instituiu para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas.” É neste sentido que a Constituição emprega a expressão nos artigos 5º, LXXIII, e 23, I.

Patrimônio social é o complexo de bens, interesses e direitos pertencentes à sociedade, à generalidade das pessoas, como o meio ambiente saudável.

Por “outros interesses difusos e coletivos” devemos entender aquelas conveniências, necessidades ou proveitos que estão disseminados, dispersos, espalhados no corpo social. Nesse sentido é a expressão empregada do Decreto n. 2.427/88, do Governo do Estado de Santa Catarina, que “Institui o Programa Estadual de Proteção e Orientação ao Consumidor — Procon — e dá outras providências”, figurando a Procuradoria Geral de Justiça como órgão de apoio.

Assim, todo e qualquer ato administrativo que atente contra o patrimônio público deve ser objeto de preocupação e apuração de responsabilidade por parte do Ministério Público.

c) “promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição” (inc. IV).

É a chamada ação direta de inconstitucionalidade (já que a indireta se processa por via de exceção — *incidenter tantum*), argüida pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos nos artigos 34, VII c/c 36, III, por exemplo.

Saliente-se que uma das hipóteses em que o Chefe do Ministério Público da União deve promover a intervenção é para assegurar a observância do regime democrático; e outra é para assegurar a observância do princípio da prestação de contas da Administração Pública.

Novamente transparece o controle que o Ministério Público deve exercer sobre a atividade administrativa do Estado.

d) “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (inc. VI).

De acordo com Mazzilli, “a notificação, diferentemente do mero convite, é ordem legal de comparecimento em dia e local determinados, expedida pelo órgão do Ministério Público, a qual para fins penais se considera ordem legal de funcionário público.”

Procedimentos administrativos de sua competência são, *v.g.*, o inquérito civil (art. 129, III, CF), processos disciplinares, procedimentos destinados ao controle externo da atividade policial, as medidas indicadas no supramencionado art. 129, inc. II.

Anote-se que requisição também é ordem legal de funcionário público, cujo descumprimento injustificado caracteriza crime de desobediência.

Requisitar informações e documentos é uma necessidade natural de todo e qualquer órgão que venha a apurar abusos na Administração Pública.

A apuração de atos de corrupção vai depender, em grande medida, dos poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público ou a qualquer agente encarregado do controle.

A matéria atualmente está disciplinada na Lei Complementar n. 40/81, mas, segundo a Constituição, deverá ser objeto de nova lei complementar, que deverá trazer novos avanços.

e) “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.”

Controle externo é o exercido por um órgão ou Poder sobre outro.

De salientar que a atividade policial na nova Carta é muito abrangente, compreendendo aquela desenvolvida por todos os órgãos policiais mencionados no art. 144, ou seja, polícia federal, polícias rodoviárias, polícias civil e militares, etc..

A Constituinte preocupou-se com os excessos praticados no seio das delegacias e outros organismos policiais, confiando ao Ministério Público o seu controle e repressão.

A lei dirá a forma como o Ministério Público exercerá este controle, se através de inquérito, sindicância, processo administrativo ou outros procedimentos.

Para se alcançar este objetivo, é preciso conferir ao órgão ministerial poderes para apurar não somente as infrações policiais penais, mas sobretudo as civis e administrativas, que são mais frequentes e mais desmerecem a polícia perante a opinião pública.

Acima de tudo a lei deverá criar mecanismos de controle eficazes, que dêem respostas rápidas às queixas e reclamações, sem o que a impunidade continuará a ser regra geral.

Esta nova função do Ministério Público confirma que ele finalmente foi concebido para vigiar inúmeros desmandos que se cometem na atividade administrativa do Estado.

f) "requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (inc. VIII).

Como a Constituição não restringe, deve-se entender que as diligências podem ser requisitadas a quaisquer órgãos públicos competentes para a sua realização, desde que o objeto da investigação se inclua no âmbito das atribuições do Ministério Público. E, amplificando, para a apuração e uma agressão ao meio ambiente, pode o *Parquet* requisitar a realização de perícias a órgãos públicos.

Requisitar a instauração de inquérito policial consiste em determinar a certos órgãos policiais que deflagrem tal procedimento, quando, a juízo do Ministério Público, a providência for necessária.

Indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, significa que deve a autoridade requisitante fornecer embasamento jurídico as suas manifestações processuais, tanto em processos administrativos quanto em judiciais.

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

A Lei Maior deixou aberta às Constituições estaduais e às leis complementares e ordinárias a possibilidade de serem acrescentadas várias outras atribuições, desde que atendam à condição de serem compatíveis com a finalidade da Instituição.

Como está sobejamente claro na Constituição que uma das finalidades do Ministério Público é exercer controle sobre os atos administrativos, iremos apresentar adiante algumas proposições que levam a este objetivo.

Oportuno destacar que a nova Constituição ampliou as funções do Ministério Público no campo do Direito Civil, atribuindo-lhe competência para promover a responsabilidade civil dos agentes públicos, conforme está expresso no art. 58, § 3º, e no art. 129, II e III.

Como corolário natural, precisa o Ministério Público ter poderes maiores para promover a apuração de improbidade administrativa, quando houver indícios.

Assim, os meios de controle dos atos administrativos *de qualquer dos Poderes* pelo Ministério Público são as vias processuais de procedimento *ordinário*, sumariíssimo ou especial, aptos a obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública. Em princípio, cabem contra a Administração Pública os procedimentos judiciais contenciosos aptos a impedir ou reprimir a ilegalidade da Administração, a invalidar o ato ilegal ou abusivo e a propiciar reparação do dano patrimonial causado ao administrativo.

5.3 Discrecionariedade e avaliação do interesse público para o exercício do controle pelo Ministério Público

O Ministério Público, no tocante ao exercício da função de controle dos atos da Administração, possui discrecionariedade em atuar ou não, pois a ele cabe identificar a situação de ameaça ou lesão de interesse social ou individual indisponível. Ou seja, o interesse público a justificar a ação do *Parquet* fica restrito a sua percepção.

Fato não admissível, inclusive a ensejar responsabilidades (ver parte V deste trabalho), é a inação do Ministério Público de exercitar a função de controle em situações manifestas de buscar a satisfação no caso concreto do resultado querido pela lei, em situação em que o interesse público é manifesto. Nestes casos, o dever de agir deve ser *de ofício*, posto não haver necessidade de o Ministério Público ser provocado para agir.

O Ministério Público é órgão da soberania da Pátria e inserido pelo texto constitucional na área da administração, mais precisamente, na área da administração da justiça. Como órgão da administração, somente pode agir, no contexto do Estado de Direito, em nome da lei e segundo a lei, nunca contra a lei.

Tem ele a atribuição de postar-se contra a atividade ilegal dos demais órgãos do Estado, seja em área de competência vinculada, seja em área de competência discrecionária.

O exame da legalidade do ato administrativo deve ser efetivado em toda dimensão possível, tornando viável o seu controle.

O sistema normativo já tem legitimado o Ministério Público para atuar em feitos que revelam a ilegalidade dos órgãos estatais: ação de mandado de segurança, ação declaratória de inconstitucionalidade, ação popular constitucional, ação de amparo aos interesses difusos.

A legitimação do Ministério Público, dentre outros fatores, deriva também da relevância da relação jurídica controvertida (CPC, art. 82, III). Os atos ilegais praticados pelos agentes da administração atingem o embasamento jurídico do Estado de Direito. Daí se extrai que toda relação jurídica, que estampe o debate em tomo da ilegalidade do ato administrativo, é virtualmente relevante para legitimar o Ministério Público processualmente, pois lhe cabe a alta função de velar pelo respeito dos princípios basilares do Estado de Direito.

Sob tal ótica, a sua legitimação processual não derivará apenas da sua importância no curso de tais ações, mas também em razão das graves consequências geradas pelo rompimento do princípio da legalidade pelos órgãos do Estado.

O perfil do Ministério Público, traçado pelo sistema normativo, advindo da aplicação do texto constitucional promulgado, há de mostrar a face do campeão do princípio da legalidade e, por conseguinte, também responsável pela permanência do Estado de Direito.

No mais, quanto à discricionariedade em atuar do Ministério Público na função de controle, fica subordinado à teoria da discricionariedade do Direito Administrativo cujo conteúdo é comum.

6 RESPONSABILIDADE PELO NÃO-EXERCÍCIO DO CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Se é certo que a função de controle dos atos da Administração se materializa principalmente através de ações civis e em caso de inércia do *Parquet*, não obsta terceiros nas mesmas hipóteses estarem legitimados a agir para ilidir atos da Administração (v. art. 129, § 1º, da CR); não menos certo é que graves consequências de ordem administrativo-política, civis ou criminais podem advir aos agentes do Ministério Público pela inércia.

6.1 Consequências de ordem penal, civil e administrativa

Pelo exercício regular de suas funções, o órgão do Ministério Público não responsabiliza a si mesmo, e sim ao Estado. Os agentes políticos "atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido escrito, não se sujeitando ao regime estatutário comum (...). Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros e atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira ou abuso de poder" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo*, cit., p.57).

Conquanto o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, fale da responsabilidade dos "agentes" nos casos de dolo ou culpa — abandonado a dicção do art. 107, parágrafo único, da Carta de 1969 —, entendemos que não se responsabiliza o agente político senão em caso de dolo ou fraude. A referência a "agentes" e não a "funcionários", no art. 37, § 6º, explica-se, antes, pela inadequação deste último vocábulo para cobrir a situação dos empregados das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, que funcionários públicos não são. Entretanto, há razões para não se incluir, no tratamento comum de responsabilidade regressiva, o agente político, como se verá.

Diz o art. 32 da Lei Complementar n. 40/81 que, "pelo exercício irregular da função pública, o membro do Ministério Público dos Estados responde penal, civil e administrativamente".

O art. 85 do Código de Processo Civil e o art. 133, I, do mesmo estatuto, atribuem responsabilidade civil aos órgãos do Ministério Público e aos magistrados, em caso de procederem em dolo ou fraude no exercício de suas funções. A literalidade dos dispositivos afasta a própria hipótese de culpa, acima aventada por Hely Lopes Meirelles. Como salienta Tornaghi, referindo-se aos membros do Ministério Público, a responsabilidade foge à regra do direito comum: "Não seria possível expô-los ao risco de ter de ressarcir os danos provenientes de erro, ainda que grosseiro, mas praticado de boa-fé, sem tolher a ação" (*Comentários*, cit., v. 1, p. 287-287). Como lembra Barbi, "se a atuação for decorrente de culpa, a sanção será apenas de natureza disciplinar, que deve ser prevista na legislação especial sobre o Ministério Público da União, dos Territórios e dos Estados" (*Comentários*, cit., v. 1, p. 385).

No caso, não cabe falar em responsabilidade por culpa nem em ação regressiva de responsabilidade do Estado contra o órgão da soberania: o dispositivo do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, assim como o da Carta de 1969 (art. 107, parágrafo único), refere-se ao regime estatutário comum, não aos agentes políticos (TORNAGHI, *Comentários*) de responsabilização pessoal. Em caso de ser recusada justa causa para sua acusação, o órgão do Ministério Público poderia ceder à fraqueza de não cumprir o que entende ser o seu dever, deixando, por exemplo, de exercer a ação penal pública, para a qual é sua instituição a única legitimada para fazê-lo.

Outrossim, na sua atividade opinativa perante o Judiciário, não se tem admitido a responsabilização do órgão ministerial, pois o parecer não vincula a atividade do Juiz (v. RT, 602;248 — STF; JSTF, Lex, 85/19; v. ainda artigo de Lafayette de Azevedo Pondé — Da responsabilidade civil do Estado pelos atos do Ministério Público — RF, 152/47).

"No contexto da atividade não jurisdicional dos órgãos vinculados ao Poder Judiciário, insere-se a atividade do Ministério Público, cujos membros, no desempenho dos misteres que lhes são cometidos, podem no exercício da função provocar danos a terceiros, determinantes de responsabilidade indenizatória do Estado" (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 1982, p. 220).

6.2 Responsabilidade do Estado por danos aos administrados em razão do não exercício do controle pelo Ministério Público

Como já explicitado, o Ministério Público vem ocupando lugar deveras destacado na Constituição de 1988, havendo recebido do Poder Constituinte relevantíssimas atribuições, principalmente de fiscalizador dos atos de natureza administrativa do Governo.

Já fora observado que o Ministério Público não é o único legitimado para propositura das medidas a ele destinadas (v. art. 129, § 1º, da CR).

Pode, porém, ocorrer que, pelo não-exercício do controle, ocasione danos aos administrados.

É chegada a hora de afirmar-se que conquanto a regra do art. 129, § 1º, da CR, de certa forma mitigue as funções do Ministério Público, os terceiros que ali são referidos no texto constitucional postularão, sem sombra de dúvida, em posição bastante inferior perante a Administração.

Basta dizer que não contarão aqueles ali designados (art. 129, § 1º, da CR) com toda uma gama de poderes atribuídos exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, da CR), p. ex., expedir notificações, requisitar informações e documentos, exercer o controle externo da atividade policial, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, e exercer outras funções que lhes forem conferidas pelas leis (leis orgânicas do Ministério Público).

Assim, tirante as responsabilidades atribuídas a agentes do Ministério Público pela inércia do exercício do controle, o Estado responderá *civilmente*, no caso de ocorrer dano aos administrados em face da inação do Ministério Público.

Tal responsabilização funda-se no fato de que, se o órgão com atribuições constitucionais específicas e próprias, cujas funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira (art. 129, § 2º, da CR), não exerce sua missão, não é justo nem jurídico que o administrado suporte os danos acarretados pela inação do MP.

Se a um tempo o Estado-Administração responderá primeiramente pelos danos que causar, responderá num segundo momento pela inércia do órgão constitucionalmente atribuído de zelar e curar pelos interesses públicos indisponíveis dos administrados (art. 127, *caput*, c/c art. 129, da CR) quando justamente por esta inércia acarretar prejuízos ao cidadão ou a pessoas jurídicas (art. 37, § 6º, da CR).

A responsabilidade neste caso é idêntica à responsabilidade do Estado pela “*falta de serviço*”, nas modalidades em que o “serviço não funcionou” ou “funcionou tardiamente” ou ainda funcionou de modo incapaz de obstar a lesão. Exclui-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se aqui, apenas, de conduta *omissiva* do Estado, *in casu* do Ministério Público, *ensejadora* (não causadora) de dano.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de direito administrativo*, 2. ed. 1990, p. 344.), ao abordar os danos por omissão do Estado, diz que “quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*”.

Assim, se o Estado, por seu Ministério Público, estava obrigado a impedir o dano, incumbe responsabilizá-lo se descumpriu sua missão constitucional. Ao administrado não importa se a omissão do MP fora por culpa ou dolo, posto que tais motivos deverão ser apurados, ou pelo Legislativo (para autorização da destituição do Procurador-Geral de Justiça *ex vi* do art. 128, § 3º, e 4º, da CR), ou pelo Judiciário, se se tratar de crime de responsabilidade. Ao administrado importa ser indenizado e recomposto seu patrimônio por imperativo de justiça. E isto porque o Ministério Público *deve sempre agir* em prol da proteção dos interesses públicos pertencentes à sociedade — sua razão de ser.

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, passamos a tecer as seguintes considerações:

1. Nos termos da Constituição de 1988, outorgando ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabendo-lhe institucionalmente zelar pelo patrimônio público e social, serviços de relevância pública, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, além de outras funções que lhe forem conferidas pela legislação infraconstitucional, em verdade fora investido o Ministério Público de funções de controle dos atos da Administração Pública.

2. O Ministério Público, no exercício do controle dos atos administrativos, exerce função administrativa pelo que caracteriza *in casu* a aplicação do regime jurídico-administrativo.

3. No exercício do controle da Administração sob a égide do regime jurídico-administrativo, a característica do Ministério Público é atuar sempre de forma imparcial na defesa dos interesses públicos.

4. As formas de execução e materialização do controle do Ministério Público sobre os atos da Administração constituem no agir *de ofício*, manejando todas as ações constitucionais típicas e outras previstas no ordenamento jurídico positivo.

8 BIBLIOGRAFIA

Livros:

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, 1975.

———. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: RT, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v I.

BRUNING, Raulino Jacó. *O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Furb, 1989.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed, Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed., Rio de Janeiro, s. e., 1985.

GORDILLO, Agustin A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editiones Macchi S/A, 1974, t.1.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed., São Paulo: RT, 1990.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PACHECO, José da Silva. *O mandato de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed., São Paulo: RT, 1991.

RIBEIRO BASTOS, Celso. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed., São Paulo: RT, 1989.

SILVA, José Afonso da.

Artigos de Revistas:

AMARAL SANTOS, Aricê Moacy. Função administrativa. *Revista de Direito Público* n. 89/165, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. *Revista de Direito Público* n. 89/24, 1989.

Teses:

CADERNO de Teses do 7º Congresso Nacional do Ministério Público. Belo Horizonte: AMMP/CONAMP, 1987.

MANDATO ELETIVO — AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO *

FERNANDO ANTÔNIO FAGUNDES REIS
Do Ministério Público de Minas Gerais

"Um homem pode salvar uma Nação. Um Sistema Eleitoral e de Governo pode salvar o Estado. "

Rui Barbosa

Sumário

1. Introdução; 2. Apontamentos preliminares do novel instituto; 3. A causa de pedir na ação de impugnação de mandato eletivo; 4. A caracterização do interesse de agir; 5. O art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal - Norma de eficácia contida; 6. A legitimidade ativa extraordinária do Ministério Público e atribuições constitucionais; 7. A ação civil pública e a impugnação do mandato representativo; 8. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste despretensioso trabalho cinge-se à legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo, em face da omissão legal diante do novo instituto processual, originário do ordenamento jurídico advindo da Constituição Federal de 1988.

Antes, porém, da incursão específica no assunto escolhido, mister torna-se partirmos de duas premissas fundamentais: a análise teleológica do remédio *juris* e seu relacionamento com o recurso contra a diplomação (art. 262 do texto eleitoral básico), bem

como a causa de pedir (elemento da ação) e o interesse de agir, este como pressuposto da legitimidade ministerial no ajuizamento da ação (condição).

Noutro ponto, teceremos alguns comentários sobre a ação civil pública e o mandato representativo.

2 APONTAMENTOS PRELIMINARES DO NOVEL INSTITUTO

Com a promulgação da nossa última Carta Política, em 5 de outubro de 1988, a cognominada "Constituição Coragem" surge, como mais uma manifestação da ideologia neoliberal nela impregnada, base e fundamento doutrinários do Estado Democrático de Direito, nova ação na seara publicista, precisamente no campo do Direito Eleitoral: a ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no § 10 do art. 14, *verbis*:

"O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção e fraude".

Em verdade, visando garantir a autenticidade da representação popular, assegurando a mais ídima manifestação das urnas, objetivo primordial do Direito Eleitoral, tímido e embrionariamente, começa a despontar o Instituto em comento, nos albores da redemocratização, por iniciativa do legislador ordinário, com a edição da Lei n. 7.493, de 17 de junho de 1986, que, estabelecendo normas para as eleições estaduais daquele ano, em seu art. 23, assim dispunha:

"A diplomação não impede a perda do mandato, pela Justiça Eleitoral, em caso de sentença julgada, quando se comprovar que foi obtido por meio de abuso do poder político ou econômico".

Não satisfeito com tal dispositivo, fruto de uma legislação transitória, posto que incidente apenas no pleito eleitoral de 1986, o Congresso Nacional, posteriormente, editou a Lei n. 7.664, de 29 de junho de 1988, sancionada com vetos pelo Presidente da República, cujo art. 24, *caput*, demarcava contornos mais sólidos para a impugnação do mandato eletivo, nos termos assim colocados:

"O mandato eletivo poderá ser impugnado na Justiça Eleitoral após a diplomação, instruída a ação com as provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e transgressões eleitorais".

Adquirindo crescente aceitação, é de se observar que o Tribunal Superior Eleitoral, em 13 de setembro de 1988, elaborou e promulgou a Resolução n. 14.595 que, em seu art. 50, reproduziu o texto inserto no art. 24 do sobredito diploma.

Entretanto, mencionada legislação (*rectius*, Lei n. 7.493/86; Lei n. 7.664/88 e Resolução n. 14.594/88) padecia de vícios limitativos ontológicos, na medida que produzia

* Aprovada por maioria, com emenda.

efeitos temporários, aplicável que era, tão-somente, aos embates eleitorais de 1986 e 1988.

Instalada a Assembléia Nacional Suprema, em que pese caracterizada pela atribuição de poderes constituintes aos Deputados Federais e Senadores, sábio foi o legislador da época, elevando a ação de impugnação, como via própria, ao patamar da hierarquia jurídica, situando-a como autêntico remédio constitucional, na coibição dos mandatos eletivos obtidos pelo abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, em desfavor da liberdade do voto.

Revelando extrema sensibilidade política, trouxe a talho o legislador constituinte a preocupação contemporânea de Norberto Bobbio em ver definida, principalmente em sede constitucional, "a disciplina jurídica do poder, que é a da essência do regime democrático".

Tratando-se de um instrumento hábil para a desconstituição do mandato popular espúrio, por intermédio da respectiva anulação do diploma eleitoral, salvaguarda a ação em tela a genuína vontade da comunidade política em sua representatividade institucional, essência da república e do princípio federativo, informadores de todo o nosso ordenamento jurídico, inseridos que estão no preâmbulo da Carta Magna.

Objetivando assegurar a higidez do processo eleitoral, de transcendência capital para o Estado Democrático de Direito, o Instituto processual vertente porta-se como verdadeira garantia constitucional, conquista da cidadania, que passa a possuir mais uma arma contra os detentores de procurações populares outorgadas com vícios de vontade política.

Neste particular, com o envolver dos tempos, na construção jurídico-política do Estado de Direito, avulta-se a importância do mandato representativo, liberto da nódoa do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, ponto nuclear e intérprete da vontade geral que nos ensina Rousseau, observada por Montesquieu em *O espírito das leis*, na primorosa tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1ª v. p. 183-184).

Neste passo, leciona o insigne doutrinador paranaense, Carlos Fernando Corrêa de Castro, que "o sufrágio, como meio de expressão da soberania popular, e o conseqüente exercício do direito político de votar, precisam ser fortemente protegidos contra possíveis influências estranhas, além da própria consciência do eleitor (CF, art. 14; Código Eleitoral; Lei n. 4.737/65, art. 1º)". (Abuso do poder econômico no direito eleitoral, Paraná eleitoral", *Revista do Tribunal Regional Eleitoral*, n. 13, 2º trimestre de 1990.)

Com espreque no moderno constitucionalismo, surge a ação de impugnação de mandato eletivo como consecratório lógico do mandamento da Lei Maior: o princípio da democracia representativa (art. 1º, § 1º), norma fundamental do regime democrático.

Tamanha é a sua essencialidade política e constitucional, que válido torna-se trazer a lume a lição de Fávila Ribeiro:

"Deve ser ainda ponderado que o caráter constitucional dessa ação anulatória do diploma eleitoral ficou mais sensível para recurso extraordinário, não, evidentemente, sobre aspectos fáticos, mas pela margem que envolve matéria enraizada na própria Constituição, ampliando as oportunidades das partes no reexame da causa" (Pressupostos constitucionais do direito eleitoral — No caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1990, p. 106).

Demonstrando, didaticamente, a utilidade do neófito instituto, a seu turno, doutrina o consagrado Tito Costa:

"A ação é de impugnação. Talvez a denominação adotada pelo legislador constituinte não seja das mais adequadas, mas de qualquer modo não pode a impugnação, aqui, ser confundida com o ato de impugnar, por exemplo, o registro de uma candidatura, a filiação de eleitor a determinado partido, o registro de um diretório partidário etc..., conforme previsto no Código Eleitoral e em leis diversas. A ação, no caso, terá por objeto investir contra a diplomação, a ela se opondo, com a finalidade de obter, a final, o decreto judicial de sua invalidade, de sua nulidade, em razão de vícios referidos no texto da Lei Maior: abuso do poder econômico, corrupção ou fraude" (Recursos em matéria eleitoral. São Paulo: RT, 1990, p. 170).

E remata o festejado publicista paulista, atentando para a diferença da ação vertente com as hipóteses ensejadoras do recurso contra a diplomação, disciplinado pelo art. 262 do Código Eleitoral:

"A ação do art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição, funda-se em pressupostos diversos daqueles que autorizam o recurso contra a expedição de diploma. Dessa forma, nada impede que ao ocorrer a diplomação do candidato (ou dos candidatos), sendo o caso, possam ser utilizados, concomitantemente, os dois remédios processuais previstos, na Constituição (a ação) e no Código Eleitoral (o recurso), atendidos os prazos: para a ação, quinze dias contados da diplomação; para o recurso, três dias, a partir do mesmo evento" (em ob. cit., p. 176, tópico 10.7).

No mesmo sendeiro, em pena lapidar, profliga Fávila Ribeiro, em obra já referida:

"Transposta a barreira da preclusão que se havia de operar com a diplomação dos eleitos, traz essa ação criada pelo ordenamento constitucional um meio para viabilizar a invalidação do mandato eletivo, por um dos três fundamentos arrolados" (p. 87).

De tais excertos não discrepa o entendimento da Alta Corte Eleitoral, cristalizado no julgamento do Recurso n. 8.491, classe 4ª, Pará, rel: Min. Sidney Sanches, DJU, 21/3/90, *in verbis*:

"Eleição Municipal. Recurso contra diplomação. Prazo. De se confirmar o aresto regional que julgou intempestivo o recurso interposto contra a diplomação dos eleitos, pois efetivamente a destempo, a teor do disposto no Código Eleitoral, art. 276, I, a e b, § 1º. Impugnação de mandato eletivo. CF, art. 14, § 10. Não se confundem o recurso contra a diplomação dos eleitos previsto no CE, art. 262, I a IV, com a impugnação ínsita no texto constitucional (art. 14, § 10), que pressupõe rito próprio, com produção de provas sobre o abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Rec. Esp. não conhecido."

Portanto, precluso o tríduo legal para o recurso contra a diplomação (art. 262 do Código Eleitoral), cabível será a ação de impugnação de mandato, ainda que se argua a inelegibilidade constitucional (Lei Complementar n. 64/90, norma integrativa do art. 14, § 9º, do pacto federal em vigor).

A propósito, colhe-se da lição judiciária o seguinte:

"Inelegibilidade. Parentesco. Norma constitucional. A inelegibilidade de ordem constitucional pode ser argüida a qualquer tempo, até mesmo na diplomação, sem ofensa a qualquer direito adquirido, de cujo conceito estão excluídos os direitos relativos ao interesse público. Mantém-se a decisão regional que cassou o diploma, não sendo aplicável à espécie o art. 219 do Código Eleitoral. Agravo de Instrumento improvido (REC. n. 8.467 classe 4ª rel.: Min. Miguel Ferrante, São Paulo, DJU, 26/9/89).

"Recurso de diplomação. Prazo de três dias.

Ainda que haja matéria constitucional, deve ser obedecido o prazo (art. 259, parágrafo único) REC. n. 8.446, Zona Eleitoral de Andrelândia, Minas Gerais, rel.: Min. Roberto Rosas, DJU, 13/3/89).

3 A CAUSA DE PEDIR NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

In casu, constituindo-se o mandato eletivo em técnica de concretização da democracia representativa, onde seu titular representa certa parcela do povo, natural é o seu controle, não só político (com a realização de eleições periódicas), como jurídico, através da ação popular (buscando a lisura no desempenho da outorga (art. 5º, LXXIII, CF) e, também, por via do remédio sob exame (ação de impugnação).

O permissivo do § 10 do art. 14, CF, na exata lição de Celso Ribeiro Bastos, "cuida da regularidade jurídico-formal na sua obtenção. Preocupa-se, portanto, em oferecer meios

impugnatórios da conquista de um mandato, realizada com suporte no abuso do poder econômico, na corrupção ou na fraude" (*Comentários à Constituição do Brasil*. 1989, 2º vol., p. 591).

A obtenção do mandato eletivo de forma mais transparente possível, pelo seu próprio cunho valorativo, como instrumento de operacionalização do sistema político com que se apresenta nas sociedades contemporâneas, é assunto que diz respeito, primordialmente, ao regime democrático.

Neste peculiar, inteira razão assiste a Pinto Ferreira, quando afirma que "o Estado tem interesse em dar legitimidade e inspirar confiança nas eleições, que, realizadas, livre e periodicamente, fundamentam a essência da democracia. Uma democracia baseada no medo, na mistificação das consciências não existe, é uma falsa democracia ou um despotismo (*Código Eleitoral comentado*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22).

Ora, a nosso sentir, a causa remota de pedir do remédio sob comento, fiel à teoria da substanciação adotada pelo Código de Processo Civil (art. 282, III), como fato gerador do direito, é a defesa do regime democrático, que se coloca molestado, na medida em que a representação política é exercida com base em mandatos eletivos obtidos de forma a comprometer a vontade e o consentimento dos cidadãos, por via do abuso do poder econômico, fraude ou corrupção, sendo tais fatores a causa próxima (a natureza do direito controvertido), os fundamentos jurídicos do pedido de anulação do diploma eleitoral.

Visto que a causa de pedir na impugnação de mandato eletivo é dotada de profundo enraizamento constitucional, cabe, agora, examinar, como pressuposto da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação, tese por nós defendida, o interesse de agir como condição processual do referido instituto.

4 A CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR

Preliminarmente, leciona Moacyr Amaral dos Santos que "o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão (*Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, v. I, p. 173).

Ora, o interesse de agir, na espécie, adviria, então, do interesse material e primário, verdadeiramente substancial, daqueles interessados na defesa do regime democrático e no aprimoramento da democracia representativa, princípios radicados, num primeiro aspecto, no art. 1º, § 1º, da Constituição em vigor; direitos próprios da coletividade política, na formação e gestão soberanas da vontade estatal.

Assim, nos termos dos arts. 3º e 6º, CPC, a ação poderá ser proposta por quem apresentar interesse, como visto acima, e legitimidade.

5 O ART. 14, §§ 10 E 11, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA

Com a edição da Carta Magna de 1988, foi constitucionalizada a norma autorizativa da impugnação de mandato eletivo.

Entretantes, pela dicção do permissivo aplicável, percebe-se que a Constituição Federal, nada obstante a auto-aplicabilidade da norma art. 5º, § 2º, Inserta que se encontra no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, não prevê o rito a ser seguido, quem pode propor a ação, o prazo para recurso, e quais são estes, o papel do Partido Político a que é filiado o impugnado...

Vale dizer, como observa o Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará, Pádua Lopes, em abalizado artigo na *Revista de Direito Público* (v. 95, p. 174, 1990), a ação de impugnação encontra, no seu nascedouro, certa similitude com o mandado de segurança, quando de sua incipiente vigência, posto que surgida sem estudos preliminares de sua natureza.

Por outro lado, não faz o Texto Maior qualquer menção a outros veículos normativos para a integração da norma no mundo jurídico, seja a necessidade da legislação complementar ou ordinária.

Pondera, porém, o festejado autor cearense que o novo instituto apresenta suficiente configuração a ensejar-lhe eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Senão vejamos.

a) a ação está criada e regulamentada em seus pontos fundamentais: jurisdição eleitoral, natureza civil, prazo para promoção, hipóteses de cabimento e finalidade. Existe, portanto, normatividade suficiente aos interesses vinculados à ação, podendo ser aplicada direta e imediatamente; e b) o legislador ordinário deverá instituir o procedimento da ação, dando-lhe um tratamento especial, para restringir os limites de sua eficácia..." (ob. cit., p. 172).

Irretorquivelmente, pois, enquadra-se a norma em exame, pela moderna teoria italiana, aprimorada por José Afonso da Silva, entre aquelas normas que apresentam eficácia contida, isto é, "tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação anterior, mas fica dependente dos limites (da: eficácia contida) que ulteriormente se lhes estabeleçam mediante lei, ou de que ocorram as circunstâncias, restritivas constitucionalmente admitidas" (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 108).

Dessa forma, impõe-se a elaboração de uma lei infraconstitucional, de molde a obstar que a integridade de seu comando sofra acentuada expansão na ordem jurídica.

Na prática, em face da desídia do legislador federal ordinário, o que se assiste são os tribunais especializados editando atos regimentais (como em São Paulo e Minas

Gerais), buscando regulamentar, ainda que precariamente, o procedimento processual a ser adotado, em atitudes aparentemente questionáveis, sob o foco da competência privativa da União em legislar sobre direito eleitoral e matéria processual (art. 22, I, CF).

Noutro giro, enquanto não regulamentada, vem sendo adotado para a ação constitucional o rito ordinário (Código de Processo Civil), de ampla largueza, o que, a princípio, não compadece com a sistemática do direito eleitoral.

Assim, o que se exige, mormente porque periódicas as eleições e crescente a impunidade do abuso do poder econômico, é a edição de uma legislação, traçando um rito especial e restritivo ao novel instituto.

6 A LEGITIMIDADE ATIVA EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Assumindo cada vez mais a função de agente da sociedade, sua única destinatária, foi o Ministério Público, depois da promulgação da Carta constitucional, contemplado com uma gama de atribuições institucionais, reconhecendo-se-lhe papel essencial e permanente à função jurisdicional do Estado, "incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, CF em vigor).

Corresponde o Ministério Público, portanto, na esfera de sua definição constitucional, a uma criação político-jurídica, como magistralmente argumenta Raulino Jacó Brüning, em sua tese de mestrado, *O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público*, defendida perante a Faculdade de Direito da UFSC, editada, posteriormente, pela Sérgio Fabris Editora, Porto Alegre:

"Política porque nascida do Poder Constituinte, definida a Carta Política e responsável pela defesa do regime democrático, o que pressupõe o exercício de funções também políticas.

Jurídica porque concebida em lei para defender a ordem jurídica, o ordenamento jurídico, os princípios e as regras de direito vigentes.

Instituição permanente porque sua existência é necessária em todos os momentos da vida jurídica e política da nação; inseparável e indispensável à sobrevivência da organização social moderna e da democracia" (ob. cit., p. 130).

A nosso sentir, mais do que fiscal da lei (complementar ou ordinária), hoje, a Instituição ministerial se posiciona na vanguarda da defesa da supremacia constitucional, ponto culminante da ordem jurídica, que se robustece da couraça da sua inviolabilidade.

Como expressa Fávila Ribeiro, "opera-se, dessa forma, um reforçamento no conceito de legalidade, que não fica mais circunscrito ao estado de conformação à lei,

mas, em última instância, de compatibilidade com os ordenamentos constitucionais (*Curso de direito eleitoral*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 113).

Especificamente, dilargando a estipulação da Lei Complementar n. 40/81, como defensor do regime democrático, idéia originariamente contida no art. 308 da Comissão de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos ou Comissão dos Notáveis, criada pelo Presidente Tancredo Neves para a elaboração de um esboço de anteprojeto constitucional), concede a Carta federal promulgada, como exemplos, atribuições ao Ministério Público nas ações declaratórias de inconstitucionalidade (art. 103, VI), e nas representações interventivas (art. 34, VII, c/c o art. 36, IV), visando à observância dos princípios maiores da forma republicana, sistema representativo, direitos da pessoa humana, dentre outros, além das funções previstas no art. 129, CF em vigor.

Ser responsável pelo regime democrático significa, ainda, ser responsável pela defesa da legitimidade eleitoral, da pureza volitiva da cidadania, quando comparece às urnas, ser responsável, também, pela integridade do mandato eletivo, instrumento de viabilização da ação política, de manifesto interesse republicano e democrático.

Por conseguinte, pode-se inferir que a ação de impugnação de mandato eletivo se coaduna com outras medidas a serem adotadas contra atos atentatórios ao regime do Estado Democrático de Direito, como as acima aludidas.

Profílica, neste particular, Raulino Jacó Brüning, a abrangência dos interesses defendidos pelo *Parquet* e inseridos na Lei Fundamental:

"o vocábulo interesses na Carta Política não vem empregado na acepção restrita de interesses juridicamente protegidos, isto é, na acepção jurídica, mas sim no sentido mais amplo de interesses jurídico-políticos. A missão de defender o regime democrático demonstra esta assertiva de que o Parquet defende interesses políticos da sociedade" (ob. cit., p. 130).

Ora, assim sendo, ainda que o art. 14, § 10, da CF, não indique seus proponentes, bem como não estabeleça os atos regimentais dos TREs —atribuições expressas ao órgão ministerial para seu ajuizamento—, qual outra instituição estatal ou outro segmento social que não o Ministério Público, mais interessado no aforamento da ação de impugnação de mandato eletivo, como guardião constitucional do regime democrático?

Aliás, no encargo dessa missão, não podemos descurar que possui o Ministério Público atribuições expressas para promover o cancelamento do registro de partido político, cujos estatutos são displicentes quanto aos princípios programáticos previstos no art. 17, *caput*, da Constituição Federal, *ex vi* dos arts. 79, 83 e 113 da Lei n. 5.682, de 21/7/71, devidamente recepcionados (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

Noutro sendeiro, quanto à impugnação dos registros das respectivas candidaturas partidárias por inelegibilidades (arguição), prevê o art. 22, *caput*, da mencionada legislação (Lei Complementar n. 64/90, norma regulamentadora do art. 14, § 9º, da CF em vigor),

legitimidade, também expressa, ao Ministério Público para a representação ao Conselho Nacional de Eleitores para os fins ali contidos.

A propósito, a Lei anterior (Lei n. 05/70), em seu art. 5º, como reconhecido no n. 6.821, rel.: Min. Carlos Madeira, BE 373/82, conferia legitimidade ao Ministério Público para impugnar o registro de candidatos.

Sob este aspecto, trata-se de atividade vinculante do Órgão de Execução da Instituição, lembrando Fávila Ribeiro que sobredita arguição "é expressão da competência de ordem funcional, para preservação do interesse público. Não se trata, portanto, de uma mera faculdade, de um *jus permittendi*, mas de um dever vinculado ao ofício do Ministério Público."

Com escólio no publicista italiano Enrico Redenti, conclui o notável especialista:

"A intervenção que nesse particular exerce o órgão do MP não se colige nesses interesses governamentais pro domo sua, mas, como ressalta Enrico Redenti, como promotor de uma mais plena realização do ordenamento jurídico, já que neste sentido há um interesse geral de todos e do qual se faz intérprete (pro populo), mesmo contra setores oficiais" (ob. cit., p. 189).

A reforçar a legitimidade ativa ministerial para o ajuizamento da ação constitucional, trazemos à colação o entendimento de Joel José Cândido, esposado em artigo publicado na *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*:

"Principalmente após a promulgação da atual Constituição Federal, indiscutível a ampla legitimidade do Ministério Público Eleitoral para atuar, ora como parte, ora como fiscal da lei, em todo o processo eleitoral. Desse o alistamento eleitoral e seus eventuais incidentes, à diplomação dos eleitos, é imprescindível a atuação do Ministério Público Eleitoral, nesses feitos. Entre os principais diplomas legais que legitimam a participação do Ministério Público Eleitoral, no processo eleitoral, é de se citar o art. 127, caput, da CF, o Código Eleitoral (art. 24 e art. 27, § 3º), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64, de 18/5/90), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 5.682, de 21/7/71) e a Lei Orgânica do Ministério Público Federal da União (Lei n. 1.351, de 30/1/51). Também assumem relevo, nesta parte, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, ambos com incidência subsidiária no Direito Eleitoral, como já é remansoso." (Os Direitos políticos, a condenação criminal irrecorrível e o papel do Ministério Público Eleitoral na nova Constituição. Revista Brasileira de Direito Eleitoral, Fortaleza n. 5, março de 1991.)

Numa análise sistemática e teleológica do texto constitucional, sem a pretensão de perquirir a vontade do legislador ("a intenção original", que nos conta o constitucionalismo americano), dentro de um cunho intimista, entendemos que a pretensa omissão no tocante à indicação dos eventuais autores da ação de impugnação foi, em certo ponto, proposital, encontrando repouso na vetusta parêmia de Paulo:

"Republicae interest quam plurimus ad defendam suam causam admittire".
(*À República interessa que muitos sejam chamados a defender a sua causa.*)

Desta ousada assertiva, aparentemente, não discorda Elival da Silva Ramos, em tese aprovada no mestrado da Faculdade de Direito do Largo São Francisco:

"A Constituição de 1988 inovou, outrossim, ao contemplar ação popular eleitora, voltada à impugnação de mandato eletivo obtido por meio de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude (§§ 10 e 11 do art. 14 da CF). Embora o texto magno silencie no tocante à legitimação ativa, pensamos que cabe ao Ministério Público Eleitoral e, concomitantemente, a qualquer cidadão ou partido político, o que se caracteriza como uma ação popular corretiva e subsidiária de natureza eleitoral" (A ação popular como instrumento de participação política. São Paulo: RT, 1991, p. 129).

É de se invocar, a final, como último suspiro persuasório, que os arts. 22 e 27, § 3º, do Código Eleitoral, apontam, dentre as atribuições do Ministério Público na jurisdição especial, a de exercer a ação pública, entendida, aqui, em sentido lato, compreendendo não só a ação penal em matéria eleitoral, como também, "inúmeras outras modalidades de ação pública constantes das pautas do Direito Eleitoral, dentre os quais adquire exponencial ressonância a que objetiva a aplicação da sanção da invalidade do registro ou cancelamento do diploma a candidato, se já expedido, desde que fique provada a interferência do poder econômico e o abuso de autoridade durante o pleito eleitoral.

Essa exigência de instauração da ação ao decurso do correspondente processo eleitoral é de suma importância, uma vez que esse tipo de sanção deve atingir os implicados na própria concorrência eleitoral que contribuíram para desvirtuá-la, diversamente da sanção de natureza penal que não tem um exíguo lapso de tempo a que se possa concretizar" (RIBEIRO, Fávila, ob. cit., p. 141).

Entendida e aceita a legitimidade ministerial para o ajuizamento da ação constitucional, cabe consignar que as atribuições dos respectivos órgãos de execução serão exercidas perante a Justiça Eleitoral, nos termos constantes do Código Eleitoral e da Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei n. 1.345/51).

Assim, no que pertine aos diplomas eletivos municipais (Prefeito e Vereadores), cabe ao Promotor de Justiça o ajuizamento da ação (arts. 79, da Lei n. 1.345/51 c/c os arts. 35, XII e 40, IV, do Código Eleitoral) perante as respectivas Juntas.

Referente aos diplomas relacionados com as eleições estaduais (Governador, Senador, Deputados Federais e Estaduais), a atribuição é do Procurador da República, que oficia perante o Tribunal Regional Eleitoral; quanto aos diplomas federais (Presidente da República), legítimo é o Procurador-Geral da República, tudo conforme os arts. 27, 89, I, II e III, do Código Eleitoral e dispositivos aplicáveis da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Relativamente à atuação processual (art. 8º, CPC) do Ministério Público no direito eleitoral, mormente na ação de impugnação de mandato eletivo, transportas ficam as discussões doutrinárias que envolvem o tema na ação civil pública, bem como do papel do eleitor no exercício da ação popular:

Nesse passo, para aqueles que entendem que o Ministério Público, em nome próprio, atua defendendo interesses da coletividade política (a defesa do regime democrático), imbuído de legitimação extraordinária (art. 127, *caput*, CF), sua atuação se fará como substituto processual, em total correspondência com o posicionamento de eméritos juristas, no que toca à ação popular, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Miguel Seabra Fagundes, Frederico Marques, Humberto Theodoro Jr. e Moacyr Amaral dos Santos.

Tal posicionamento é seguido por Édis Milaré, quando a questão encontra guarida na ação civil pública.

Noutra ótica, para aqueles que, como José Afonso da Silva, interpretam a propositura de referidas ações, de natureza civil, sem a presença de um substituído (a coletividade), titular do direito substancial deduzido em juízo, justificando a propositura em nome próprio, *mutatis mutandis*, entenderão a atuação do Ministério Público como autor (legitimidade *ad causam* ordinária).

Neste aspecto, as conclusões 14 e 15 do Encontro Participação e Processo, realizado pelo Departamento de Direito Processual da USP e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, *verbis*:

"O direito de ação apresenta conotação política evidente na medida em que se relaciona com o exercício de uma função estatal. Tal característica é bastante acentuada nas demandas concernentes à tutela de interesses difusos e coletivos. Nas hipóteses da ação popular constitucional e da ação direta de inconstitucionalidade, pode-se falar em autêntico direito político de ação."

Filiamo-nos à primeira corrente, pelos fundamentos acima colocados, ademais, com a atribuição constitucional da defesa do regime democrático, delegada pela Carta Federal, atua o Ministério Público em nome próprio (como instituição estatal), zelando pelo interesse dos cidadãos, detentores do direito de viverem num Estado Democrático de Direito, assentado nos mandamentos nucleares da Constituição Federal, a inspirar toda a sistemática do ordenamento jurídico e social.

7 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A IMPUGNAÇÃO DO MANDATO REPRESENTATIVO

A partir de 1988, a ação civil pública alcançou, outrossim, o patamar constitucional, ampliando-se seu objeto, que passou a abarcar qualquer Interesse coletivo

ou difuso, mormente com a posterior edição do Código de Defesa do Consumidor, dotando-se o remédio processual de grande eficácia.

Nessa esteira, o regime democrático, ao lado de outros princípios fundamentais, constitui-se em interesse coletivo *lato sensu*, na conhecida classificação de Rodolfo de Camargo Mancuso, extraída de sua obra *Interesses difusos — Conceito e legitimação para agir* (São Paulo: RT, 1988).

Na verdade, a democracia adquire contornos de *affectio societatis* para todos os nacionais, comunidade jurídica homogênea plenamente identificável.

Considera-se, por conseguinte, como um interesse geral, próximo da própria sociedade como um todo (*public interest action*).

Sendo um dos instrumentos viabilizadores do regime representativo, estaria o mandato eletivo, obtido com vícios, suscetível à ação civil pública?

Em que pese a enorme amplitude eficaz da ação, entendemos que não.

A uma, porque a obtenção da outorga popular está sujeita a controles jurídico-formais específicos das normas constitucionais e eleitorais (art. 14, § 10, CF; art. 262 do Código Eleitoral; art. 22 da Lei Complementar n. 64/90).

A duas, porque, nada obstante o regime democrático assentar-se como direito indisponível e, portanto, imprescritível, funda-se, por outro lado, em mandatos transitórios, de duração delimitada no texto da Lei Fundamental.

A três, porque as normas de direito eleitoral, reguladoras dos pleitos representativos, apresentam características marcantes, destacando-se o princípio da celeridade processual e da preclusão, relevantes no processo político, incompatíveis, num primeiro momento, com o rito a ser seguido pela ação civil pública.

E a quatro, porque descabe o pedido liminar de cassação do mandato eletivo, em face da exigência do trânsito em julgado no Tribunal Superior, como previsto no Código Eleitoral.

8 CONCLUSÕES

1. Apresenta o Ministério Público legitimidade para a propositura da ação de impugnação do mandato eletivo.

2. A atuação processual do Ministério Público na ação de impugnação de mandato eletivo assenta-se na legitimação extraordinária (art. 6º, CPC).

3. Torna-se imprescindível a elaboração de lei infraconstitucional, em face de constituir a ação de impugnação de mandato eletivo em norma de eficácia contida, com a

adoção de rito especial e sumário, de sorte a evitar a impunidade do abuso do poder econômico, da corrupção e da fraude.

4. A Ação Civil Pública, por incompatibilidade de seu procedimento com os princípios informadores do direito eleitoral, não se aplica à cassação do mandato eletivo escoimado do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, em que pese o elastério de seu objeto.

5. A *ratio* da defesa do regime democrático — art. 127 — constitucionalmente entregue ao *Parquet*, nada mais é do que decorrência lógica da tutela ministerial sobre os interesses indisponíveis.

Tais interesses não se originam apenas de normas privadas.

Qualquer norma de ordem pública, seja de direito público ou privado, é marcada pela indisponibilidade.

In casu, temos a indisponibilidade objetiva, em razão da gravidade da matéria levada à tutela ministerial.

MINISTÉRIO PÚBLICO — A DEFESA DA ORDEM JURÍDICA *

MÁRCIO FERNANDO S. ETIENNE ARREGUY
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. A questão jurídico-social; 2. Conclusão.

1 A QUESTÃO JURÍDICO-SOCIAL

A atuação do Ministério Público deve se pautar pelos estritos mandamentos da legalidade, não sendo recomendável a incidência de manifestações expressamente contrárias à ordem jurídica que lhe cumpre defender.

A Constituição Federal, ao consagrar o regime democrático, nomeando o Ministério Público como seu inviolável guardião, descortinou vastíssimos horizontes na atuação de nossa Instituição.

A concepção da Instituição ministerial, nos termos atuais, é a maior inovação política e jurídica trazida pela Carta Magna e representa um instrumento de defesa dos mais altos interesses da sociedade humana, de caráter indisponível e permanente.

Não se pode negar o salto qualitativo das atribuições institucionais, tais como a defesa do regime democrático, da ordem jurídica, do meio ambiente, do patrimônio histórico e de outros interesses difusos e coletivos.

O Ministério Público ganhou, com isso, um papel capaz de torná-lo maior ainda, pois sob seus ombros foi colocada a responsabilidade da defesa da própria Constituição, das garantias democráticas e das conquistas populares.

* Aprovada por maioria, com emenda.

Nesse contexto, a defesa da *legalidade* deve ser a pedra de toque na atuação do órgão ministerial.

A existência de pareceres ministeriais contrários ao texto expresso da lei é uma excrescência cuja ocorrência, dentro do próprio órgão do Ministério Público, é logicamente impossível.

A lei é a fórmula da ordem, é o tijolo com o qual se constrói o castelo do ordenamento jurídico.

A defesa da ordem jurídica implica na estrita observância dos parâmetros da legalidade, necessariamente.

O conflito aparente das normas é solucionado pelo próprio ordenamento jurídico, face a hierarquia das normas e dos princípios que determinam sua vigência, eficácia e aplicação.

A defesa da ilegalidade sob as escusas da "justiça das decisões" e de "ditames da consciência" não resiste à análise científica.

A Justiça da decisão é resultado da devida aplicação da lei. Não de uma lei, em particular, mas de todas as leis que devam incidir sobre o fato.

A Justiça é a vontade do ordenamento jurídico, fundado sob o império da Lei.

Ora, não pode ser justa a decisão que for contrária ao ordenamento jurídico.

A Ordem é inspirada pelo "justo", não havendo nenhuma divergência entre ambos.

A questão é elementar: o que é injusto não está em ordem, o que é justo não se dispõe em desordem.

Deve-se, portanto, repelir a tese de que da ilegalidade possa resultar alguma Justiça, que é inseparável da legalidade e imanente a ela.

E, do mesmo modo, a tese dos "ditames da consciência", igualmente insustentável.

Se tais ditames forem justos e legítimos, certamente já terão sido consagrados pela experiência milenar da civilização e codificados conforme sua natureza.

O parecer ministerial deve refletir, antes de tudo, a vontade do ordenamento jurídico — e não a vontade da pessoa física titular do cargo ministerial.

A adesão ao "contrato social" implica na renúncia da vontade primitiva, no que esta contraria a vontade geral, do corpo político de que passa a fazer parte.

O Promotor, quando atua, não o faz em nome próprio, mas em nome da própria Lei, a qual representa.

Seu parecer deve exprimir, portanto, os ditames da ordem jurídica, de que cuida a legislação.

Assim, ao invés de se afrontar a lei sob a escusa dos "ditames", deve-se abrir caminhos para o estudo e a pesquisa, encontrando na Ordem os fundamentos que os inspiram.

2 CONCLUSÃO

"A atuação do Ministério Público deve se pautar pelos estritos mandamentos da legalidade. É vedado a incidência de manifestações expressamente contrárias à ordem jurídica que lhe cumpre defender."

DECRETO-LEI N. 201/67 COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS — POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO *

EPAMINONDAS DA COSTA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. O Ministério Público em face do processo político-administrativo: a vigência do Decreto-Lei n. 201/67 como fonte subsidiária das leis orgânicas municipais; 3. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Cumpre-nos destacar, inicialmente, que a escolha deste tema, para a nossa dissertação, se deveu à sua atualidade; e tanto assim é, que há uma sucessão de iniciativas recentes visando à cassação de mandatos eletivos de prefeitos municipais, em razão da prática de infrações político-administrativas.

A despeito disso, a atuação decisiva do Ministério Público tem sido suscitada, por ocasião da impugnação judicial das decisões da edilidade. E essa atuação tem redundado, com frequência, em fortalecimento e em consolidação do papel fiscalizador do Poder Legislativo, na salvaguarda de valores maiores e perenes da coletividade. Por exemplo, a gestão honesta e diligente das receitas públicas.

Afora isto, tivemos o nosso interesse despertado para o tema, em razão da descoberta, então realizada, de que o assunto em pauta não tem merecido o estudo exaustivo da doutrina e da jurisprudência. E a falta deste estudo vem deixando o intérprete

muitas vezes inseguro e atordoado. Notamo-lo por ocasião da elaboração de nosso parecer na ação de mandado de segurança, no Processo n. 6.529/91, da Comarca de Corinto - MG.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO: A VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI N. 201/67 COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS

A propósito deste tema, é de se reiterar a consideração constante da introdução, ou seja, a precitada lei interessa de perto à atuação do órgão do Ministério Público, em ações judiciais de impugnação de decisões de Câmaras Municipais, ditadas em nome da decência administrativa e em repulsa a atos de corrupção administrativa.

Esclareça-se, pois, que, como a Constituição da República vigente "(...) transferiu a cada município competência para a elaboração de sua Lei Orgânica", à Câmara Municipal compete fixar o procedimento do processo de cassação de mandato eletivo de prefeitos e vereadores, no dizer de Wolgran Junqueira Ferreira (*Responsabilidade dos prefeitos e vereadores* — Decreto-Lei 201/67 — Comentários, legislação e jurisprudência, 2. ed., rev. e amp., São Paulo: Edipro, 1992, p. 136-137).

No mesmo diapasão são os ditames da Constituição Estadual mineira, *v.g.* (artigos, 165, § 1º; 171, inc. I; e 178, parágrafo único), deferindo aos Municípios das Alterosas o direito de legislar sobre todos os assuntos de interesse local, ainda que verificáveis no plano estadual ou nacional.

A rigor, a competência privativa da União Federal para legislar sobre direito processual vincula-se ao processo judicial e, portanto, contencioso, sujeito, ademais, ao impulso das partes. Esta é, sem dúvida, a acepção técnica oriunda do inciso I do artigo 22 da Constituição Federal, e até como corolário do objeto primeiro ali delimitado (direito civil).

Ademais, não se inclui na chamada competência legislativa concorrente (art. 24, *idem*) o direito administrativo enquanto espécie.

Esta opção do legislador constituinte harmoniza-se com a salvaguarda efetiva da autonomia municipal, tendo o Município agora como ente federado (CF de 5 de outubro de 1988). Daí que, no artigo 30, acha-se positivada a competência municipal para legislar sobre os assuntos de interesse local e a suplementação da legislação federal e estadual no que couber.

Ora, é importante destacar que o processo administrativo, enquanto gênero de uma das ramificações do Direito Público, se destina a regular o funcionamento interno da Administração Pública, a qual se desdobra por entes políticos federados.

Portanto, passa a ser imanente a cada ente político, na condição de unidade autônoma da Federação, o poder de disciplinar o procedimento administrativo, restando à União Federal traçar as normas de caráter geral, na proteção da unidade nacional.

À vista disso, podem as leis orgânicas municipais fixar o *modus faciendi* do processo político-administrativo, ficando a cargo da União as normas gerais. Esta é, pois, a razão de a Constituição do Estado de Minas Gerais, por exemplo, usar o vocábulo *procedimento* (parágrafo único do artigo 178), para deferir a competência legislativa ao Município, neste assunto.

As normas gerais, por seu turno, de competência da União, se veiculam através da definição das hipóteses genéricas autorizativas da instauração do procedimento administrativo, em respeito aos ditames contidos no artigo 37 da Constituição Federal. Noutros termos, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros, norteadores dos atos do administrador público, traduzem-se na necessidade de o ato administrativo ter por pressupostos situações concretas e consideradas pelo Direito como sendo relevantes.

Exatamente por isto é que as leis orgânicas municipais, ao fixarem o procedimento de cassação de mandato eletivo de prefeitos e vereadores, têm que elencar as hipóteses constitutivas de infrações político-administrativas, em simetria com o Decreto-Lei 201/67, em nada podendo dele discrepar materialmente, neste particular. Isto porque os pressupostos fáticos e jurídicos com que trabalhará o legislador municipal encarnam normas gerais de competência da União.

E mais, a trasladação da norma geral daquele diploma legal para a Carta Política local se explica pela necessidade de tornar-se o procedimento administrativo visivelmente estruturado.

Por conseguinte, eis que o Decreto-Lei 201/67 se impõe como fonte subsidiária das leis orgânicas municipais, permissão essa contemplada na Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu artigo 164, § 1º (*e demais leis que adotar...*). Justifica-o, ainda, o princípio da recepção legislativa inscrito no artigo 34 Do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (CF).

Além disso, é de amplo conhecimento que a falta de legislação própria não obsta o ofício do julgador, principalmente por ser este indisponível e irrenunciável. A diretriz encontra-se positivada no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

A bem da verdade, já eminentes doutrinadores advogando a tese segundo a qual o precitado Decreto-Lei estaria tacitamente revogado pelo advento da ampliação da autonomia municipal, com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e com as subsequentes Constituições estaduais.

Todavia, se esquecem os doutrinadores que assim pensam dos preceitos imperativos do direito positivo, ou seja,

"A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2º, § 1º, LICC).

Adverta-se, ademais, que a competência do legislador municipal limita-se ao procedimento, e não ao processo em sua amplitude maior. Mas pode ele, na fixação do procedimento de cassação de mandato eletivo, instituir a chamada suspensão das funções do cargo, até a conclusão do processo; isto como medida cautelar, no procedimento, com vistas a se evitar que o denunciado crie embaraços à apuração correta e isenta dos fatos.

A despeito disso, Rui Stoco, um dos comentadores do *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* (3. ed., São Paulo: RT), assevera que foi suprimido o *impeachment* quanto aos agentes políticos municipais, mas em caso de crime de responsabilidade. E arremata eloquente:

“No mesmo sentido o entendimento de Paulo Lúcio Nogueira, que ainda acrescenta: ‘Na vigência do Dec.-lei 201/67, o julgamento dos prefeitos independe do pronunciamento da Câmara nos crimes de responsabilidade. Não existe mais o instituto do impeachment contra os prefeitos nos crimes de responsabilidade, mas permanece o instituto somente com relação às infrações político-administrativas da competência da Câmara’” (ob. cit., p. 1.684).

Vê-se, assim, que apenas não há o *impeachment*, na esfera municipal, para os crimes de responsabilidade, o qual se consubstanciaria em autorização ao Poder Judiciário para a instauração da ação penal. Isto não existe no plano municipal. Mas o *impeachment* nas infrações político-administrativas já se admitia sob a égide do Decreto-Lei 201/67, matéria, hoje, da competência do legislador municipal, por estar afeta ao procedimento.

São estas, pois, as feições do *modus faciendi* no processo político-administrativo.

3 CONCLUSÕES

1. O *modus faciendi* no processo-administrativo passou para a competência municipal, à luz do princípio de que a cada ente federado incumbe a administração de seus serviços, além de estar previsto expressamente na Constituição do Estado de Minas Gerais, por exemplo.

2. À União Federal compete privativamente estabelecer os princípios gerais a informar o processo administrativo respectivo, visando à tutela da unidade nacional. E dentre os princípios gerais se incluem as hipóteses constitutivas de infrações político-administrativas.

3. O legislador municipal pode, legitimamente, instituir o *impeachment* nas infrações político-administrativas de competência da Câmara Municipal, com a suspensão do denunciado das funções de seu cargo, em caráter cautelar, por se tratar de matéria de natureza processual (procedimental).

4. Em face dessa compreensão, incumbe ao Ministério Público, nas ações

judiciais de impugnação das decisões da Câmara Municipal, velar pela salvaguarda do chamado governo honesto, obediente à lei e eficaz (artigo 73, *caput*, da CE/MG).

5. O Decreto-Lei 201/67 foi recepcionado pelo ordenamento constitucional vigente e constitui fonte subsidiária das leis orgânicas municipais, observado o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO — INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ANTÔNIO SÉRGIO TONET
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. O posicionamento jurídico da questão; 2. Conclusão; 3. Bibliografia.

1 O POSICIONAMENTO JURÍDICO DA QUESTÃO

O jurista italiano Liebman, ao traçar o perfil institucional do Ministério Público, disse que “O Ministério Público é, ele próprio, um órgão do Estado, ao qual cabe tutelar um específico interesse público (administrativo *lato sensu*) que tem por objeto a atuação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais nas áreas e nos casos em que as normas jurídicas são ditadas por razões de utilidade geral ou social; trata-se de casos em que a concreta observância da lei é necessária à segurança e ao bem-estar da sociedade.” (Liebman. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 135 — grifamos).

Tema assaz controvertido é a identificação do interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público nos processos de natureza civil, como fiscal da lei. Nos casos em que a lei determina a intervenção do *Parquet*, não há qualquer dificuldade. A questão toma-se complexa quando o interesse público é evidenciado pela natureza da lide ou em razão da qualidade da parte.

A fórmula vem expressa no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil. Quanto à natureza da lide, o que orienta a identificação do interesse público é a indisponibilidade do direito. Para o mestre Antônio Cláudio da Costa Machado, “Interesse Público, sob este aspecto, é o interesse ou direito tornado indispensável por lei de ordem pública que alguém tencione fazer valer perante o Poder Judiciário e que não se encontre

previamente previsto pela lei substancial ou instrumental como substrato de uma autorização para a intervenção do *Parquet*; interesse público evidenciado pela natureza da lide” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, 1989 p. 331).

Por outra, a intervenção do Ministério Público no processo, em razão da qualidade da parte, é balizada em função da condição de hipossuficiência ou fraqueza processual das partes em litígio. O Ministério Público intervém para provocar e garantir o reequilíbrio do contraditório, direito esse constitucionalmente assegurado a todo cidadão (cf. CF, art. 5º, LV), viabilizando com isso a outorga de um provimento jurisdicional justo e adequado ao caso concreto.

Feitas estas considerações preliminares sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil, passaremos ao estudo do tema proposto: O crédito tributário como direito indisponível a determinar a participação do Ministério Público, como fiscal da lei, nos processos que têm por objeto sua discussão.

De início, anoto que o jurista Antônio Cláudio da Costa Machado entende indevida essa intervenção. O mesmo entendimento é defendido pelo processualista Milton Sanseverino para quem “O crédito tributário, apesar de público, gera para a administração um direito disponível, tanto que pode ser extinto, entre outras hipóteses por compensação, transação e remissão, conforme dispõe o Código Tributário Nacional” (*Revista Forense* 254/204).

Expressiva corrente jurisprudencial comandada por alguns acórdãos do Pretório Excelso também tem se manifestado contra essa intervenção do Ministério Público, em adesão à orientação doutrinária acima esposada.

A propósito, de bom alvitre citar uma das ementas que expressa aquele entendimento:

“A circunstâncias de a pessoa de direito público ser parte na causa não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada a conotação de interesse público. Na espécie, o princípio do artigo 82, III, do CPC, não obriga a intervenção do Ministério Público pelo só aspecto de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública” (STF, RE 91.643 — ES, de 15/4/80, rel.: Min. Rafael Mayer, RTJ 94/899).

Outra corrente jurisprudencial, também liderada pelo Supremo Tribunal Federal, entende que:

“O princípio do art. 82, III, do CPC, não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição.

* Aprovada por maioria, com emendas.

Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria manifestado expressamente, tal a amplitude da ocorrência" (STF. 13/11/79, rel.: Min. Décio Meirelles de Miranda, RE 86.328-1, apud, PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*, 1986, v. I, p. 421).

Como se observa, ora entendem que o Ministério Público não deve intervir nos processo que tenha por objeto ou discussão principal o crédito tributário, porque ausente o interesse público qualificado pela indisponibilidade do direito; ora porque a Fazenda Pública, bem representada judicialmente pelos seus procuradores fiscais e ainda protegida pelo duplo grau de jurisdição, não é parte hipossuficiente ou fraca do ponto de vista processual, razão pela qual não se pode falar em desequilíbrio do contraditório.

Permissa venia, somente a segunda posição está correta. Realmente a Fazenda Pública não é parte hipossuficiente. Normalmente possui profissionais preparados, competentes e especialistas em matéria fiscal, não se fazendo necessária a presença do Ministério Público para coadjuvar a Fazenda Pública no processo, ajudando-a, de forma parcial, a obter um provimento jurisdicional favorável.

A intervenção do Ministério Público, *in casu*, dá-se em razão da qualidade da parte — Fazenda Pública —, mas, tecnicamente, em função da natureza do lide, pelo fato de ser o crédito tributário um direito indisponível, como quer o Código Tributário Nacional.

A corrente doutrinária e jurisprudencial *retro* citada, de forma simplista, equiparou o crédito tributário com o crédito oriundo do Direito Privado, este sim, disponível pela simples vontade do sujeito ativo da obrigação correspondente. Esse entendimento, *data venia*, não condiz com a natureza jurídica da obrigação tributária e do crédito que lhe corresponde.

Estatui o artigo 139 do Código Tributário Nacional que "O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta". A obrigação tributária possui uma natureza jurídica de estrito direito público. Obrigação *ex lege*, segundo o renomado e saudoso tributarista Aliomar Baleeiro, para quem "A obrigação tributária é sempre uma *obligatio ex lege*. Nasce da lei e só dela. A lei é causa da obrigação fiscal. Dela nasce a relação jurídica tributária" (*Direito tributário brasileiro*, 1983, p. 451).

Possuindo o crédito tributário a mesma natureza jurídica da obrigação que lhe antecede com a caracterização do fato impositivo — fato gerador —, sua disponibilidade, depois de constituído ou formalizado pelo lançamento (cf. art. 142, CTN), não segue o mesmo ritual da disponibilidade do crédito oriundo do Direito Privado.

Há diferenças significativas. A disponibilidade do crédito do Direito Privado pode ser exercida de forma ampla, irrestrita e incondicionada, na medida em que o seu titular assim o desejar. Trata-se de direito subjetivo, derogável pela simples vontade das partes

O mesmo não ocorre com o crédito tributário. A natureza pública desse direito veda sua disponibilidade, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

A redação do artigo 141 do Código Tributário Nacional não deixa qualquer dúvida a respeito:

"Art. 141 — O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias."

É certo que o CTN admite a transação, compensação e a remissão (perdão), como formas de extinção do crédito tributário, nos precisos termos de seu artigo 156. Contudo, tais hipóteses serão sempre implementadas na forma da lei. Mister que exista um dispositivo normatizando a transação, remissão ou a anistia fiscal, sob pena de responsabilidade funcional do agente público. A Fazenda Pública não pode simplesmente perdoar créditos tributários ou transacioná-los de forma indiscriminada, sem que haja uma expressa autorização legal. A disponibilidade é exceção.

O Ministério Público deve intervir nas ações de natureza fiscal, para zelar pela indisponibilidade do crédito tributário, caso não verifique nenhuma causa capaz de desconstituí-lo. Se a extinção do processo for postulada com fulcro na compensação, transação ou remissão, deverá o membro do Ministério Público verificar se há lei específica sobre a matéria, se o ato foi praticado por quem possuía legitimidade, se houve vício de forma, ilegalidade de objeto, inexistência dos motivos alegados ou desvio de finalidade, quando, então, deverá se posicionar contra a extinção do processo. Nestes casos os atos serão manifestamente nulos e lesivos não só ao patrimônio público, mas também à ordem jurídica.

O Ministério Público não funciona nos processos em que se cobra o crédito tributário ou nos quais se procura desconstituí-lo para defender a Fazenda Pública, cujos interesses são acautelados pelos Procuradores Fiscais, mas para preservar interesses gerais da sociedade. A arrecadação de tributos, embora reflexamente possa constituir um "mero" interesse patrimonial do Estado, na verdade, constitui um interesse público, porque afeta diretamente o bem comum.

Agindo na qualidade de fiscal da lei, tem o Ministério Público liberdade para pesquisar se a tributação é justa, quando postulará pela sua indisponibilidade, ou injusta, oportunidade em que opinará pela desconstituição do crédito tributário.

Voltando às *lições de Liebman*, inicialmente deflagradas, podemos afirmar que as normas jurídicas que dizem respeito à exigibilidade do crédito tributário são de ordem pública, porque *"ditadas por razões de utilidade geral ou social"*, revestindo-se, portanto, de interesse público a justificar que o Ministério Público fiscalize o seu cumprimento.

2 CONCLUSÃO

O Ministério Público deve intervir em todos os processos que tenham por objeto a cobrança ou a desconstituição do crédito tributário, nos termos do artigo 82, III, do CPC, em razão da natureza da lide, qual seja, o crédito tributário, sob pena de nulidade.

3 BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual*, v. I.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, v. I.
- REVISTA FORENSE, n. 254/204.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v. 94/899.

EXECUTIVO FISCAL E PROMOTOR DE JUSTIÇA *

LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. O Promotor como substituto processual na propositura da execução fiscal; 2. O Promotor de Justiça como *custos legis* na execução fiscal; 3. Conclusões.

1 O PROMOTOR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL NA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL

A legitimidade atribuída aos Promotores de Justiça das Comarcas do interior para atuar como substitutos processuais da União Federal, em cobrança de sua dívida ativa, está prevista na Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei n. 1.341, de 30 de janeiro de 1951, cujo artigo 43, assim dispõe:

“A cobrança da dívida ativa da União continuará a cargo dos procuradores da República nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal; quando houver de ser proposta noutro foro, será confiada aos promotores de justiça ou seus substitutos em exercício.”

Por conseguinte, a legitimidade do Promotor de Justiça para propor a ação de execução fiscal restringe-se às Comarcas do interior, o que se dará, via de regra, em virtude do domicílio do executado (CPC art. 578) e desde que não seja ela (Comarca) sede de Vara da Justiça Federal (TFR, Súmula n. 40). Tal atribuição vem, outrossim, consignada no atual Código de Processo Civil, art. 1.212, *verbis*:

"Art. 1.212 — A cobrança da dívida ativa da União incumbe aos seus procuradores e, quando a ação for proposta em foro diferente do Distrito Federal ou das Capitais dos Estados ou Territórios, também aos membros do Ministério Público Estadual e dos Territórios, dentro dos limites territoriais fixados pela organização judiciária local."

Conforme lembrado por Leon Frejda Szklarowsky, o mencionado art. 43 da Lei Orgânica do Ministério Público da União foi editado em "consonância com o texto constitucional de 1946, que era expresso neste sentido, pois o parágrafo único do art. 126 sentenciava que 'a União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local o que quer dizer que o texto da Lei Maior atribua a representação da União aos Procuradores da República, sem restrições, ao passo que a Lei 1.341 confiava aos Promotores de Justiça tal mister se noutro foro, que não as Capitais do Estado ou Distrito Federal, houver de propor-se a ação'" (Cobrança da dívida ativa da União nas comarcas do interior, *RP* n. 19, 1980, p. 189-197). Adverte, ainda, o mencionado autor que o deslocamento da competência para o ajuizamento da ação no interior guardava conformidade com o art. 3º do Decreto-Lei n. 960, situação que não sofreu modificação com a Constituição de 1967 (art. 138, § 2º, 119, § 3º), apenas a representação da União deixou de ser obrigatória, passando a facultativa no tocante aos Promotores de Justiça. Tal representação, nos termos da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, deveria ser regulamentada nos termos da lei; o que com efeito se fez no Código de Processo Civil, conforme artigo acima transcrito (art. 1.212).

A representação da União pelos Promotores de Justiça, em casos tais, desde o início suscitou questões as mais variadas, com relevância especial para o cabimento ou não da cobrança e recebimento de honorários. Assim, a Associação Mineira do Ministério Público viria a formular consulta ao advogado Edgar Moreira da Silva, quando este, analisando a legislação da época, notadamente o art. 196 da EC n. 1/69 e o Decreto-Lei n. 1.025/69, concluiu "que os Promotores de Justiça das Comarcas do interior do Estado têm irrecusável direito de receber, como seus legítimos donos, nas execuções fiscais que propuserem em favor da União, se vitoriosos, a percentagem de 20% prefixada no Decreto-lei n. 1.025, de 1969, a teor de verba honorária autônoma..." (Promotores públicos e cobrança de dívida ativa da União, *RDP* n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 52-56). Tempos depois, o Procurador de Justiça em Minas Gerais, Dr. Hélio H. Castello Branco, apresentava trabalho no VI Encontro Regional do Ministério Público (realizado no período de 27 a 29 de junho de 1980, em Juiz de Fora), ainda sobre o tema dos honorários, já agora parcialmente modificada a legislação aplicável, invocando a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, "na parte em que dispõe que a aplicação do encargo nele mencionado (que é cobrado do executado e recolhido ao tesouro nacional) substitui a condenação do devedor em honorários de advogado", ... "porque dispõe acerca de matéria que, prevista no art. 8º, XVII, letra b, não pode ser disciplinada por Decreto-lei, mas mediante ato de competência do Congresso Nacional", com o que estariam ofendidos os arts. 43 e 55 da Constituição então vigente. Em síntese, buscava o ilustre Procurador uma solução jurídica que garantisse aos Promotores de Justiça a percepção de honorários nas

ações de execução fiscal por estas propostas (Verba honorária na cobrança judicial da dívida ativa da União, *RBDP*, v. 25, p. 33-37, 1981).

A questão, contudo, não obteve ressonância nos Tribunais Superiores, a exemplo de decisões contrárias do extinto TRF, dentre outras, no MS n. 83.629 — SP., relator o Min. Washington Bolívar de Brito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do RE n. 84.702 — MG., decisão assim ementada:

"Cobrança de dívida ativa. Honorários de advogado pretendidos por promotor público que, como representante da Fazenda Pública estadual, moveu executivo fiscal."

Aplicação à hipótese de vedação contida no artigo 196 da Emenda Constitucional n. 1/69, na redação anterior à dada pela Emenda Constitucional n. 7/77" (Rel.: Min. Moreira Alves, RTJ 92, p. 715).

A matéria, ao que tudo indica, viria a perder relevância com a edição da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que vedou expressamente aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia (art. 24, inciso II).

A mesma LC/40, nada dispôs quanto à legitimidade do Ministério Público estadual para propor o executivo fiscal nas Comarcas do interior, restando, portanto, íntegras as normas legais pertinentes à matéria, certo que em Minas Gerais a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, ao vedar a advocacia aos membros do *Parquet*, ressaltou expressamente os "casos de desempenho de representação judicial de entidade de direito público ou de assistência, bem como de patrocínio oficial por encargo de lei ou delegação" (art. 71, parágrafo único, n. 2, da Lei n. 8.222/82).

Com a Constituição Federal de 1988, a matéria veio a receber tratamento especialmente diverso, posto que, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, inciso IX, estabeleceu, *verbis*:

"Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

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

Por outro lado, ao dispor sobre a Advocacia-Geral da União, no artigo 131, § 3º, a CF/88, fixou que:

"§ 3º — Na execução da dívida ativa de natureza tributária a representação da União cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei."

Art. 1.212 A cobrança da dívida ativa da União incumbe aos seus procuradores e, quando a ação for proposta em foro diferente do Distrito Federal ou das Capitais dos Estados ou Territórios, também aos membros do Ministério Público Estadual e dos Territórios, dentro dos limites territoriais fixados pela organização judiciária local."

Conforme lembrado por Leon Frejda Szklarowsky, o mencionado art. 43 da Lei Orgânica do Ministério Público da União foi editado em "consonância com o texto constitucional de 1946, que era expresso neste sentido, pois o parágrafo único do art. 126 mencionava que 'a União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local o que quer dizer que o texto da Lei Maior atribua a representação da União aos Procuradores da República, sem restrições, ao passo que a Lei 1.341 confiava aos Promotores de Justiça tal mister se noutro foro, que não as Capitais do Estado ou Distrito Federal, houver de propor-se a ação'" (Cobrança da dívida ativa da União nas comarcas do interior, *RP* n. 19, 1980, p. 189-197). Adverte, ainda, o mencionado autor que o deslocamento da competência para o ajuizamento da ação no interior guardava conformidade com o art. 3º do Decreto-Lei n. 960, situação que não sofreu modificação com a Constituição de 1967 (art. 138, § 2º, 119, § 3º), apenas a representação da União deixou de ser obrigatória, passando a facultativa no tocante aos Promotores de Justiça. Tal representação, nos termos da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, deveria ser regulamentada nos termos da lei; o que com efeito se fez no Código de Processo Civil, conforme artigo acima transcrito (art. 1.212).

A representação da União pelos Promotores de Justiça, em casos tais, desde o início suscitou questões as mais variadas, com relevância especial para o cabimento ou não da cobrança e recebimento de honorários. Assim, a Associação Mineira do Ministério Público viria a formular consulta ao advogado Edgar Moreira da Silva, quando este, analisando a legislação da época, notadamente o art. 196 da EC n. 1/69 e o Decreto-Lei n. 1.025/69, concluiu: "que os Promotores de Justiça das Comarcas do interior do Estado têm irrecusável direito de receber, como seus legítimos donos, nas execuções fiscais que propuserem em favor da União, se vitoriosos, a percentagem de 20% prefixada no Decreto-lei n. 1.025, de 1969, a teor de verba honorária autônoma..." (Promotores públicos e cobrança de dívida ativa da União, *RDP* n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 52-56). Tempos depois, o Procurador de Justiça em Minas Gerais, Dr. Hélio H. Castello Branco, apresentava trabalho no VI Encontro Regional do Ministério Público (realizado no período de 27 a 29 de junho de 1980, em Juiz de Fora), ainda sobre o tema dos honorários, já agora parcialmente modificada a legislação aplicável, invocando a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645, "na parte em que dispõe que a aplicação do encargo nele mencionado (que é cobrado do executado e recolhido ao tesouro nacional) substitua a condenação do devedor em honorários de advogado", ... "porque dispõe acerca de matéria que, prevista no art. 8º, XVII, letra b, não pode ser disciplinada por Decreto-lei, mas mediante ato de competência do Congresso Nacional", com o que estariam ofendidos os arts. 43 e 55 da Constituição então vigente. Em síntese, buscava o ilustre Procurador uma solução jurídica que garantisse aos Promotores de Justiça a percepção de honorários nas

ações de execução fiscal por estas propostas (Verba honorária na cobrança judicial da dívida ativa da União, *RBDP*, v. 25, p. 33-37, 1981).

A questão, contudo, não obteve ressonância nos Tribunais Superiores, a exemplo de decisões contrárias do extinto TRF, dentre outras, no MS n. 83.629 — SP., relator o Min. Washington Bolívar de Brito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do RE n. 84.702 — MG., decisão assim ementada:

"Cobrança de dívida ativa. Honorários de advogado pretendidos por promotor público que, como representante da Fazenda Pública estadual moveu executivo fiscal.

Aplicação à hipótese de vedação contida no artigo 196 da Emenda Constitucional n. 1/69, na redação anterior à dada pela Emenda Constitucional n. 7/77" (Rel.: Min. Moreira Alves, RTJ 92, p. 715).

A matéria, ao que tudo indica, viria a perder relevância com a edição da Lei complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que vedou expressamente aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia (art. 24, inciso II).

A mesma LC/40, nada dispôs quanto à legitimidade do Ministério Público estadual para propor o executivo fiscal nas Comarcas do interior, restando, portanto, íntegras as normas legais pertinentes à matéria, certo que em Minas Gerais a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, ao vedar a advocacia aos membros do *Parquet*, ressaltou expressamente os "casos de desempenho de representação judicial de entidade de direito público ou de assistência, bem como de patrocínio oficial por encargo de lei ou delegação" (art. 71, parágrafo único, n. 2, da Lei n. 8.222/82).

Com a Constituição Federal de 1988, a matéria veio a receber tratamento essencialmente diverso, posto que, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, inciso IX, estabeleceu, *verbis*:

"Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

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

Por outro lado, ao dispor sobre a Advocacia-Geral da União, no artigo 131, § 3º, a Constituição fixou que:

"§ 3º — Na execução da dívida ativa de natureza tributária a representação da União cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei."

Finalmente, vale ressaltar que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao se referir às leis complementares relativas ao Ministério Público, facultou, no artigo 29, § 5º, à atual Procuradoria Geral da Fazenda Nacional delegar a representação judicial da União nas causas de natureza fiscal, até promulgação das leis complementares previstas no *caput* do artigo.

Releva ainda notar que a presente exposição não fez menção ao executivo fiscal estadual, no pertinente à legitimidade para propositura da ação, já que no Estado de Minas Gerais vige a Lei n. 5.047/68, que criou a Procuradoria Fiscal de Minas Gerais, e que determina caber à dita Procuradoria a representação da Fazenda Pública nas causas que envolvem direito e interesse tributário.

2 O PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO CUSTOS LEGIS NA EXECUÇÃO FISCAL

Em face de a Lei n. 6.830/80 não conter disposição específica - com exceção do seu artigo 41 a atuação do representante do Ministério Público como fiscal da lei nas execuções fiscais passa necessariamente pela interpretação do artigo 82, inciso III, do CPC, cabendo ao *Parquet* tal atribuição.

Estabelece o art. 82, inciso III, do CPC, verbis:

"Art. 82 — Compete ao Ministério Público intervir:

.....
III — em todas as demais causas em que há interesse Público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte."

Quanto ao tema, a jurisprudência pátria se divide, ora entendendo pela obrigatoriedade da intervenção, ora pela desnecessidade, ou, ainda, pela intervenção facultativa do órgão ministerial, quando, entretanto, não haveria nulidade ante a ausência do *Parquet*. Em todos os casos, porém, a necessidade da presença do Ministério Público estaria condicionada ao arbítrio judicial, cabendo ao juiz decidir pela sua intimação ou não, para participar do feito.

Pela obrigatoriedade da intervenção ministerial, cominando de nulidade absoluta e insanável, o processo de execução fiscal, ante a ausência do Ministério Público, posicionou-se o TAPR, na AC. n. 580/74 (RT 476/227). No mesmo compasso, o TJSC, na AP. n. 10.772 (RF 254/319). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou obrigatória a presença do Ministério Público "em todas as causas de que participem a União, os Estados, os Municípios, ...pois nelas está sempre em jogo o interesse público." Ao seu turno, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posicionando-se pela obrigatoriedade da intervenção Ministerial, proferiu interessante decisão, cuja ementa vale transcrever:

"Execução fiscal — Intervenção do Ministério Público.

Quando requerida por Promotor Público, na condição de substituto processual, impõe-se a intervenção no processo, de outro Promotor Público, na condição de custos legis, sob pena de nulidade insanável" (RN n. 25.227, rel.: Des. Hermann Roenick, RF 256/322).

Pela desnecessidade da presença ministerial, colhe-se as posições do TJRJ, RF 276/150 e RT 567/183; 1ª TACivSP, JTACivSP 37/180 e RT 482/143; TJSP, RJTJESP 113/237; TRF, RTFR 96/60 e 143/97, bem como na AC 67.436 — AL, DJU de 19/3/81 e do STF, RTJ 94/899, 93/226, 94/394 e RP 25/324. Em todas as referidas decisões os Tribunais entenderam, *mutatis mutandis*, que a simples presença de pessoa de direito público como parte na lide não constitui motivo suficiente à intervenção ministerial, certo que dispõem tais entidades de corpo próprio de procuradores, estando as sentenças proferidas em causas de que participem sujeitas ao duplo grau de jurisdição, via de recurso necessário, não se devendo confundir interesse público com interesse patrimonial da Fazenda Pública.

Já o Tribunal de Minas Gerais, em extenso acórdão proferido em incidente de Uniformização de Jurisprudência decidiu sob a ementa seguinte:

"Execução Fiscal. Intimação do Ministério Público. Obrigatoriedade.

É indispensável a intimação do Ministério Público nas execuções fiscais, sob pena de nulidade, nos termos dos arts. 84 e 246 do CPC, dado o evidente interesse público existente em tais ações, reconhecido pelo Judiciário, órgão competente para sobre ele decidir quanto omissa a lei." (Câmaras Cíveis Reunidas, UJ n. 32/65.160, rel.: Des. Valle da Fonseca j. 20/8/86, RT 620/178).

Vale transcrever o elucidativo trecho do voto-vista proferido pelo Desembargador Walter Veado:

"Mas não me parece, data venia, meramente patrimonial ou fazendário o processo em que se cobre ou se procure anular débito fiscal. Não é mero nem simples, destituído de repercussão social o interesse na arrecadação de tributos, porque é com os recursos por eles proporcionados que o Estado cumpre as suas finalidades, como agente executor dos ideais maiores da sociedade. A realização do bem comum, para a qual se criou o Estado, depende, em grande parte, da existência de recursos financeiros provenientes da atividade tributária."

A propósito, embora reconhecendo o evidente interesse público na "arrecadação de tributos", conforme sufragado pela eg. Corte mineira, entendo que a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais não se justifica exclusivamente por tal assertiva, sob pena de se reduzir a presença do Promotor de Justiça nos autos à posição de mero assistente *ad adjuvandum tantum* da procuradoria fiscal. Peço *venia* para afirmar que o

interesse público justificador da intervenção ministerial não decorre da arrecadação de tributos, estrito senso, mas do *controle da legalidade do procedimento de inscrição da dívida ativa* da pessoa jurídica de direito público; certo que nos termos da Constituição Federal de 1988, como de resto já constava expressamente da Lei Complementar n. 40, ao Ministério Público incumbe, preponderantemente a "defesa do ordem jurídica".

Com a profundidade filosófica que sempre lhe foi peculiar, quanto ao tema enfocado, advertia o saudoso Ronaldo Cunha Campos:

"A Fazenda cria a oportunidade de impugnar sua pretensão com vista à formação de título unilateral.

O consenso (concordância do obrigado), característica do título extrajudicial, ver-se-ia neste terreno substituído pelo mecanismo acima apontado.

A presunção de certeza (que substitui o consenso) implica a abertura da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal. Esta oportunidade é peça essencial ao mecanismo de substituição do consenso. A presunção assim criada proviria, portanto, de: a) inoccorrência de impugnação. Desta ausência se pressumira a aceitação da exigência fiscal pelo devedor; b) rejeição das razões da resistência à pretensão, ou seja, da impugnação em procedimento sujeito a regras próprias.

Pressumir-se-ia o caráter infundado desta resistência precisamente porque se submeteu esta a um reexame, isto em procedimento, quando se teria assegurado ao impugnante oportunidade de provar os fundamentos de sua resistência, de sua impugnação.

A presunção de certeza e liquidez em matéria tributária repousaria assim em sistemática onde a obrigatória oferta da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal (CTN, art. 145, I) assume o papel de viga mestra.

A apuração de certeza e liquidez de crédito de natureza não tributária, expressamente mencionada no § 1º da Lei 4.320/64, não poderá se afastar do mecanismo acima delineado.

O que se disse do procedimento tributário administrativo aplica-se a outros procedimentos destinados a apurar a certeza e liquidez de crédito público de natureza não tributária" (Ação de execução fiscal, Rio de Janeiro: Aide, 1989, p.65-66).

Por conseguinte, a certeza e liquidez do crédito da Fazenda Pública dependem, necessariamente, do cumprimento de etapa administrativa para o seu adequado acerto, quando, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, deverá ser

assegurado ao "contribuinte" ou devedor da Fazenda "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Por outro lado, a obrigação da Fazenda Pública em proceder ao prévio acerto de seu crédito deflui menos das disposições legais específicas do que do preceito constitucional insculpido no art. 37, da Constituição Federal, que prevê o *princípio da legalidade* como informador de toda a atividade da Administração Pública. Destarte, cumpre aos Procuradores da Fazenda Pública, como destinatários primeiros da obediência ao princípio da legalidade, prover a regularidade formal e material do processo de inscrição da dívida. Neste ponto, vale transcrever a atenta lição de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino:

"Diante de, por exemplo, processo fiscal irregularmente desenvolvido, que seja encaminhado ao órgão jurídico, surge o dever de não inscrição do pretensão crédito. Cabe recusar a inscrição da dívida pelo menos até que sejam sanadas, quando possível, as irregularidades que comprometem o procedimento referido.

No exercício do controle administrativo da legalidade, cabe ao órgão levantá-las e, denunciando-as, devolver o processo à Receita para os fins assinalados. Isto só dignifica a nobre função da Procuradoria da Fazenda, zelando para que não se ponha por terra a bela e elaborada teoria construída com objetiva base na legislação. De nada valerá todas as pregações se, nos casos mais flagrantes, em que tais princípios deveriam ser aplicados, pudessem ser negligenciadas.

De tudo o que foi considerado, resulta evidente que os órgãos jurídicos encarregados da inscrição da dívida não desenvolvem mera tarefa burocrática ou mecânica, mas sim relevantes funções técnico-jurídicas. O controle de legalidade que lhes cabe tem em vista proteger o interesse público primário e ainda resguardar os interesses da Fazenda e assegurar o respeito aos direitos dos administrados. Daí o cunho de dever jurídico da recusa da inscrição de dívida quando o procedimento que a gerou contém vício substancial ou formal (Inscrição de dívida ativa - Função privativa dos advogados públicos, RBDP n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 34 e seguintes).

Ainda quanto ao tema do "controle administrativo da legalidade" na inscrição da dívida ativa, vale consultar os comentários de Leon Frejda Szklarowsky (RP 23/149 e 34/299).

Dessarte, enquanto o controle administrativo da legalidade antecede a propositura da ação, o controle judicial é feito após o ajuizamento do executivo fiscal, em sede dos embargos ou, ainda, quando a discussão judicial da dívida se der em mandado de segurança, ação de repetição do indébito, anulatória do ato declarativo da dívida (art. 38 da Lei n. 6.830/80) ou, ainda, declaratória da inexistência de débito. Em todos esses casos, cumprirá ao Ministério Público intervir como *custos legis* na fiscalização do atendimento

ao *princípio da legalidade*, inserido no contexto maior de sua atribuição institucional de defensor da "ordem jurídica". Daí por que, e não por outro motivo, o artigo 41 da Lei n. 6.830/80 defere ao Ministério Público a prerrogativa de requisitar cópias do "processo administrativo correspondente" à inscrição de dívida ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública".

3 CONCLUSÕES

1. É incompatível com as funções institucionais do Ministério Público a representação judicial da Fazenda Nacional, ou de qualquer outra entidade pública.

2. A atuação da delegação prevista no artigo 29, § 5º, do ADCT da CF/88, depende de expressa concordância do órgão competente do Ministério Público estadual.

3. Na execução fiscal requerida por Promotor Público, impõe-se a intervenção, no processo, de outro Promotor de Justiça na condição de *custos legis*.