

JUS — Belo Horizonte — VOL. 17 — 1994

17 JUS

EDIÇÃO ESPECIAL

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ANAIIS DO II CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

REALIZADO EM POÇOS DE CALDAS / MG

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

2 a 4 de julho de 1994

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETORIA

Presidente: Vagner Vartuli
1º Vice-Presidente: Antônio Sérgio Tonet
2º Vice-Presidente: Regina Belgo Fonseca
3º Vice-Presidente: Jacson Rafael Campomizzi
4º Vice-Presidente: José Silvério Perdigão de Oliveira
1º Diretor Administrativo: Bertoldo Mateus de Oliveira Filho
2º Diretor Administrativo: Rômulo de Carvalho Ferraz
1º Diretor Financeiro: Derivaldo Paula de Assunção
2º Diretor Financeiro: Paulo Roberto Rodrigues da Silva

CONSELHO CONSULTIVO

CAPITAL

Amando Prates
Antônio José Leal
Antônio de Pádua Pontes
José Antero Monteiro Filho
Luiz Carlos Abritta
Márcio Heli de Andrade
Nedens Ulisses Freire Vieira

INTERIOR

– Fernando Ribeiro Magalhães Cruz
– Francisco José Luis do Rego Santos
– Geraldo de Souza Brasil
José Carlos de Albuquerque
– Luiz Henrique Acquaro Borsari
– Rogério Greco
– Wagner Iemini de Carvalho

CONSELHO FISCAL

EFETIVOS

Luiz Carlos Teles de Castro
Neila do Carmo Fanuchi
– Oliveira Salgado de Paiva

SUPLENTE

– Antônio Francisco Patente
– Faíçal Amer Assrauy
– Fátima Aparecida de Souza Borges

JUS – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundada em 1969

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Associação Mineira do Ministério Público

DIREÇÃO

CONSELHO EDITORIAL DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO- PÚBLICO – AMMP

Membros: Vagner Vartuli
Regina Belgo Fonseca
Bertoldo Mateus de Oliveira Filho
Fernando Rodrigues Martins
Carlos Antônio Souza Leite
Neuza Martins da Cunha

Presidente de Honra: Joaquim Cabral Netto
Corregedor-Geral do Ministério Público

REDATOR COLABORADOR

Promotor de Justiça Leonardo Valadares Cabral

REDAÇÃO

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rua Timbiras, 2.928 – Tel. 295-4878
30140-062 – BELO HORIZONTE – MG

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

Sumário

Apresentação	5
---------------------------	---

II CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Temário	7
Comissão Organizadora	8
Comissões Técnicas	9
Congressos Estaduais	9
Regimento Interno do II Congresso Estadual	10

COMISSÕES

Comissão I – O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PÚBLICO I

1.A CADEIA PÚBLICA NO CUMPRIMENTO DA PENA Gilvan Alves Franco	15
2.CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E JUDICIÁRIO: UM ENGODO POLÍTICO NO QUADRO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO Fernando Rodrigues Martins	19

3.O MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS: DIREÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO – PROCESSO DE ESCOLHA – INVESTIDURA E DESTITUIÇÃO DOS DOIS MAIS EXPRESSIVOS CARGOS DA INSTITUIÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	
Antônio Lopes Neto	22
4.O QUE É “TAXA” DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA?	
Mário Antônio Conceição	28

Comissão II – O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PÚBLICO II

5 A SEARA DOS INCORRUPTEÍVEIS – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL	
Fábio Tavares	34
6.DESTINAÇÃO DA COISA ALHEIA MÓVEL DEPOSITADA EM JUÍZO: FORMALIDADES PROCESSUAIS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	
Epaminondas da Costa	36
7.O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DO REQUISITO IDADE PARA O CASAMENTO	
Mário Antônio Conceição	38
8.O TIPO DE CULPABILIDADE E A DOSIMETRIA DA PENA	
Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha	42

Comissão III – O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO I

9.A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO <i>CUSTOS LEGIS</i> E O INTERESSE EM RECORRER (artigo premiado no concurso Melhores Artigos Jurídicos)	
Antônio Sérgio Rocha de Paula	53
10.A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR	
Victor Corrêa de Oliveira	60
11 ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A FINA EM PERSPECTIVA	
Rogério Greco	78
12 MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA DO PROCESSO CIVIL	
Antônio Lopes Neto	85

Comissão IV – O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO II

13. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS LIGADOS À DEFESA DO DIREITO DO CONSUMIDOR	
Márcio Fernando Simões Etienne Arreguy	91
14. DISPENSA JURÍDICA, EM REGRA, DO DEFENSOR DATIVO OU <i>EX OFFICIO</i> , NO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO DE CASSAÇÃO DO MANDATO ELETIVO	
Epaminondas da Costa	93
15. DO RITO PROCESSUAL DADO À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 2, § 4º, DA LEI N. 8.560 DE 29/12/92"	
Renato Maia	96
16. MOÇÕES	99

APRESENTAÇÃO

Este histórico número da Revista *JUS* tem o mérito de publicar somente trabalhos produzidos por membros de nossa Instituição, extraídos dos anais do II CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO e dos concursos culturais promovidos pela Associação Mineira do Ministério Público.

Lançamos nesta edição especial todas as teses aprovadas nas Comissões Técnicas do Congresso Estadual, os artigos jurídicos e pareceres premiados nos concursos.

Aqui, ante a diversidade dos assuntos elencados e da polêmica que se pode instalar em razão das teses revolucionárias que povoam as mentes de nossos cultores do Direito, nossa publicação quer primar-se pelo registro de um documento que seja a prova material de nossa evolução.

Suscetível de possíveis críticas, as teses, os artigos e os pareceres publicados são uma fotografia de nosso atual Ministério Público, que retrata o pensamento de seus membros e demonstra que não nos deixamos na apatia, não nos descuramos do estudo e da avaliação constante dos problemas que nos são comuns nas atividades diárias.

Vários motivos levamos em consideração para publicar todas as teses aprovadas nas Comissões Técnicas do memorável II Congresso Estadual, como, por exemplo: estimular o gesto literário dos colegas; dar-lhes oportunidade de contribuir para nosso acervo cultural, participando das atividades culturais por nós desenvolvida; e, sobretudo, para que todos partilhemos do entendimento de Antônio Celso Mendes:

“O objetivo do mundo não é só o progresso, não é só a liberdade, não é só o amor, não é só o prazer, não é só a religião, mas é tudo isto, se somado sob condição que neste tudo, conseguimos aprender a intuição única da beleza que envolve todas as coisas.” (*Os Caminhos do Espírito*.)

Com o entusiasmo que temos pela Instituição, onde vimos, ao longo dos anos, transbordar de sua capacidade a competência de seus membros, julgamos ser de nosso dever dar preferência a esta política, ainda que artigos nossos possam,

eventualmente, não agradar aos nossos mais exigentes leitores. A verdade nem sempre tem as matizes desejadas pelo seu idealizador. Ao contrário, ela é grosseira e mal polida, não tem adornos. Por isso, não podemos dar asas à nossa vaidade, omitindo uma ou outra matéria, por esta ou aquela razão.

É, portanto, com grande honra que apresentamos estes trabalhos, para que a geração passada possa avaliar nossa evolução que, certamente, resulta de suas próprias realizações; para que a geração atual contemple e participe ativamente de nossa realidade; e para que as do futuro, as próximas gerações do Ministério Público, façam uma avaliação crítica de nosso tempo. A todos, porém, expomos essa fotografia, para que possam, também, tirar suas próprias conclusões.

Vagner Vartuli
Presidente

II CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS *

* Auditório do Carlton Plaza Hotel
Poços de Caldas, 2 a 4 de junho de 1994.

TEMÁRIO

1. O Ministério Público e o Direito Público I
2. O Ministério Público e o Direito Público II
3. O Ministério Público e o Processo I
4. O Ministério Público e o Processo II

PRESIDÊNCIAS

Presidente de Honra: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

Castellar Modesto Guimarães Filho

Presidente Executivo: Presidente da Associação Mineira do Ministério Público

Vagner Vartuli

Presidiu a Sessão Plenária o Procurador de Justiça
José Antero Monteiro Filho

COMISSÃO ORGANIZADORA

Presidente

Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Joaquim Cabral Netto

Representantes da Diretoria da Associação Mineira do Ministério Público

Primeiro Vice-Presidente

Antônio Sérgio Tonet

Segundo Vice-Presidente

Regina Belgo Fonseca

Segundo Diretor Administrativo

Rômulo de Carvalho Ferraz

Promotores de Justiça da Comarca de Poços de Caldas

Gilda de Abreu

Glaucir Antunes Modesto

Hely Machado Homem

José Roberto Colabardini

Renato Maia

Wagner Iemini de Carvalho

COMISSÕES TÉCNICAS

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PÚBLICO I

Presidente: Procuradora de Justiça
Neila do Carmo Fanuchi

Vice-Presidente: Promotora de Justiça
Nadja Kelly Pereira de Souza

Secretário: Promotor de Justiça
Sidney Boccia de Oliveira Pinto Sá

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PÚBLICO II

Presidente: Procurador de Justiça
Newton Martins de Assis

Vice-Presidente: Promotora de Justiça
Maria de Lurdes Rodrigues Santa Gema

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO I

Presidente: Promotor de Justiça
Fernando Ribeiro Magalhães Cruz

Vice-Presidente: Promotora de Justiça
Valma Leite da Cunha

Secretário: Promotor de Justiça
Denilson Feitoza Pacheco

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO II

Presidente: Procurador de Justiça
Nedens Ulisses Freire Vieira

Vice-Presidente: Promotor de Justiça
Leonardo Valadares Cabral

Secretário: Promotor de Justiça
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

CONGRESSOS ESTADUAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I Congresso Estadual do Ministério Público – 27 a 29 de março de 1992

II Congresso Estadual do Ministério Público – 2 a 4 de junho de 1994

REGIMENTO INTERNO DO II CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Capítulo I

DA SEDE, OBJETIVOS E PERÍODO DE REALIZAÇÃO

Art. 1º O II Congresso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais será realizado em Poços de Caldas, de 2 a 4 de junho de 1994, com os seguintes objetivos:

- I – estudos de temas institucionais e jurídicos afetos ao Ministério Público;
- II – conagração da classe.

Capítulo II

DOS ÓRGÃOS INTERNOS DO CONGRESSO ESTADUAL

Art. 2º Serão órgãos internos do Congresso Estadual:

- I – Presidência Executiva;
- II – Presidência de Honra;
- III – Comissão Organizadora;
- IV – Comissão Redatora Final;
- V – Comissão Técnica;
- VI – Plenário.

Art. 3º A Presidência Executiva do Congresso Estadual será exercida pelo Presidente da Associação Mineira do Ministério Público e a Presidência de Honra pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Art. 4º A Comissão Organizadora será composta pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, que a presidirá, e por três integrantes da Diretoria, designados pelo Presidente Executivo do Congresso e pelos Promotores de Justiça da comarca de Poços de Caldas.

Art. 5º A Comissão Redatora Final será composta pelos integrantes da Comissão Organizadora, por um membro do Ministério Público de Segunda Instância, por um membro do Ministério Público de Primeira Instância da Capital e por um membro do Ministério Público de Primeira Instância do Interior, designados pelo Presidente Executivo.

Art. 6º As Comissões Técnicas serão compostas por um Presidente, um Vice-Presidente e um Secretário, nomeados pela Comissão Organizadora

Parágrafo único. Cabe aos Presidentes das Comissões Técnicas escolher assessores para auxiliá-los nos trabalhos ou substituir membros faltosos da respectiva comissão.

Capítulo III

DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO ORGANIZADORA

Art. 7º À Comissão Organizadora compete:

- I – elaborar o Programa Oficial do Congresso Estadual;
- II – elaborar o planejamento geral do Congresso Estadual criando as Comissões Técnicas, nos termos deste Regimento e nomeando seus membros;
- III – aprovar a publicação dos Anais do Congresso Estadual;
- IV – examinar os requisitos formais do artigo 15, em relação às teses apresentadas;
- V – designar conferências ou painéis e escolher os conferencistas e expositores.

Capítulo IV

DA COMPETÊNCIA DA COMISSÃO REDATORA FINAL

Art. 8º À Comissão Redatora Final compete:

- I – elaborar os Anais do Congresso Estadual;
- II – fazer a revisão das conclusões finais das teses e das moções aprovadas.

Capítulo V

DAS COMPETÊNCIAS DA PRESIDÊNCIA EXECUTIVA E DA PRESIDÊNCIA DE HONRA

Art. 9º Compete à Presidência Executiva:

- I – presidir a Sessão Solene de Abertura e a Reunião Plenária;
- II – superintender as atividades das Comissões Técnicas.

Art. 10. Compete à Presidência de Honra presidir a sessão solene de encerramento

Capítulo VI

DAS COMISSÕES TÉCNICAS

Art. 11. Ao Presidente da Comissão Técnica compete:

- I – dirigir os trabalhos de apresentação, discussão e votação das teses e conclusões;
- II – dar o voto de desempate das conclusões;
- III – resolver, de plano, as questões de ordem durante os trabalhos;
- IV – providenciar o encaminhamento, após a votação de cada tese, à Comissão Redatora Final das conclusões aprovadas e rejeitadas;
- V – exercer as demais funções para a conclusão dos trabalhos da Comissão.

Art. 12. Ao Vice-Presidente da Comissão Técnica compete substituir o Presidente em suas faltas e impedimentos.

Art. 13. Ao Secretário da Comissão Técnica compete:

- I – elaborar ata sucinta de cada sessão da Comissão Técnica, registrando, especialmente, as conclusões aprovadas e rejeitadas;
- II – entregar ao Presidente da Comissão Técnica as atas das reuniões e, após a votação de cada tese, em apartado, as conclusões aprovadas e rejeitadas;
- III – exercer as demais funções inerentes ao seu cargo.

Capítulo VII

DO PLENÁRIO

Art. 14. Ao Plenário compete aprovar ou rejeitar, total ou parcialmente, as conclusões aprovadas pelas Comissões Técnicas e as moções apresentadas, nos termos deste Regimento.

Capítulo VIII

DO TEMÁRIO*

Art. 15. O Congresso Estadual do Ministério Público versará sobre os seguintes temas gerais:

- I – Ministério Público e o Processo;
- II – Ministério Público e os Interesses Difusos;
- III – Ministério Público e o Direito Público;
- IV – Ministério Público e o Direito Privado.

Capítulo IX

DAS TESES

Art. 16. Para ser apresentada ao Congresso Estadual, a tese deve atender aos seguintes requisitos formais:

- I – versar sobre assunto relacionado com os temas constantes do artigo 15;
- II – chegar à sede da AMMP até o dia 27 de maio de 1994;
- III – ser datilografada, com cópia, em espaço dois, contendo, obrigatoriamente, um capítulo final com conclusões.

Parágrafo único. O exame dos requisitos formais referidos neste artigo cabe à Comissão Organizadora.

* **Nota:** As Comissões Técnicas, após a apresentação dos trabalhos, ficaram divididas conforme temário (p. 27).

Capítulo X

DA APRESENTAÇÃO, DISCUSSÃO E VOTAÇÃO DAS TESES NAS COMISSÕES TÉCNICAS

Art. 17. A tese será apresentada na Comissão Técnica pelo seu autor ou por associado por ele, especialmente, designado. Neste caso, deverá fazer comunicação por escrito à Presidência Executiva do Congresso Estadual do Ministério Público.

Art. 18. O apresentador da tese disporá de vinte minutos para sua exposição.

Art. 19. A inscrição dos debatedores, junto ao Secretário, será feita até cinco minutos após a apresentação da tese.

Art. 20. Os debatedores disporão de três minutos para falar, apresentando ao Presidente, por escrito, as suas conclusões que divergirem, total ou parcialmente, daquelas constantes da tese apresentada.

Parágrafo Único. O debatedor poderá simplesmente apoiar as conclusões da tese apresentada.

Art. 21. Terminada a discussão o apresentador da tese terá dez minutos para se manifestar.

Art. 22. Após a manifestação do apresentador da tese, o Presidente da Comissão Técnica submeterá a conclusão à votação dos membros do Ministério Público presentes à sessão, obedecendo à ordem de prejudicialidade existente entre elas.

§ 1º As deliberações na Comissão Técnica serão tomadas por maioria simples.

§ 2º O Presidente da Comissão Técnica resolverá as questões de ordem e dará o voto de desempate na votação das conclusões.

Capítulo XI

DA APRESENTAÇÃO E VOTAÇÃO DAS CONCLUSÕES EM PLENÁRIO

Art. 23. O Plenário será presidido pelo Presidente Executivo ou por membro da Instituição pelo mesmo designado, que resolverá de plano todas as questões de ordem e sempre terá o voto de qualidade.

Parágrafo único. O Presidente do Plenário designará um associado da AMMP para secretariar os trabalhos.

Art. 24. Na reunião Plenária terão direito a voto os membros do Ministério Público da ativa e aposentados.

Parágrafo único. As deliberações serão tomadas pelo voto da maioria simples dos presentes.

Art. 25. Na reunião Plenária será obedecida a seguinte ordem dos trabalhos:

- abertura da reunião;
- II – apresentação das teses e conclusões aprovadas pelas Comissões Técnicas;
- III – pedido de destaque;
- IV – apresentação de emenda à conclusão destacada;
- V – sustentação oral pelo autor da tese;
- VI – votação da tese e conclusões aprovadas pelas Comissões Técnicas;
- VII – votação da conclusão destacada;
- VIII – votação de emenda proposta em Plenário;
- IX – apresentação e votação de moções;
- X – encerramento da reunião.

Art. 26. A apresentação das teses consistirá na leitura de seu título e do nome de seu autor e das conclusões.

Art. 27. Após a apresentação de cada tese, o Presidente da reunião Plenária indicará dos presentes se há pedido de destaque para alguma das conclusões.

Art. 28. Formulado o pedido de destaque, aquele que o houver solicitado procederá à leitura de sua emenda à conclusão destacada, entregando-a à Presidência.

§ 1º Se houver mais de um pedido de destaque, cada interessado lerá sua emenda.

§ 2º Se houver requerimento, o autor da tese poderá sustentá-la oralmente, pelo prazo máximo de três minutos.

§ 3º Em seguida será votada a conclusão destacada.

Art. 29. O Presidente colocará em votação a tese e as conclusões não destacadas para aprovação ou rejeição em bloco.

Art. 30. A emenda apresentada em Plenário será votada depois da votação da conclusão aprovada pela Comissão Técnica e destacada.

Parágrafo único. Aprovada a conclusão destacada serão consideradas rejeitadas as emendas.

Capítulo XII

DA APRESENTAÇÃO E VOTAÇÃO DE MOÇÕES

Art. 31. O Plenário poderá apreciar moções, desde que subscritas por, pelo menos, dez dos sócios da AMMP.

Parágrafo único. As moções serão lidas pelo Presidente, aplicando-se, quanto à sua votação, o disposto no Capítulo anterior.

Capítulo XIII

DOS PARTICIPANTES

Art. 32. Poderão participar do II Congresso Estadual do Ministério Público:

- I – todos os associados da AMMP que se inscreverem;
- II – convidados especiais;
- III – convidados de honra.

Art. 33. Os participantes referidos no inciso I do artigo anterior deverão preencher o formulário de inscrição, entregando-o ou remetendo-o à sede da AMMP.

Art. 34. A Presidência Executiva e a Presidência de Honra do Congresso Estadual escolherão os convidados de honra.

Capítulo XIV

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 35. Os participantes do Congresso Estadual receberão este Regimento.

Art. 36. Este Regimento entrará em vigor na data de sua aprovação.

COMISSÕES

Comissão I

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PÚBLICO I

A CADEIA PÚBLICA NO CUMPRIMENTO DA PENA*

GILVAN ALVES FRANCO

“Só me lembro deveras que em todos aqueles anos, os dias eram parecidos uns com os outros, deles emanando tédio e desgosto. Parece-me que aqueles dias tão longos e monótonos mais não foram senão pingos d’água escorrendo de um beiral em época de chuva”. **

Sumário

1. Considerações gerais. 2. Da atual situação do sistema penitenciário do Estado de Minas Gerais. 3. Do cumprimento de pena na região de origem do condenado. 4. Da viabilização do cumprimento de pena na cadeia pública local. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Sabemos do atual caos em que se encontra o País no que tange ao elevado índice de criminalidade e, em consequência, a insegurança a que chegou a sociedade. Isso nos leva à infeliz conclusão de que todo o sistema voltado para o combate ao crime se encontra falido, carecendo de urgentes soluções para que se dê um basta a essa caótica situação. A polícia funciona mal, a Justiça é morosa, o interesse polí-

* Tese aprovada com emendas aditivas e supressão da proposta, que foi transformada em conclusão – item 7

** DOSTOIEVSKI (1821-1881). *Recordações da casa dos mortos*, v. 2. p. 9.

tico é quase que nenhum e aqueles que são alcançados pela condenação não cumprem pena ou, quando o fazem, é de forma desumana e degradante.

Cabe-nos indagar, detectar e diagnosticar para uma possível solução que, a curto e médio prazo, venha a minorar essa situação. Primeiramente buscando as fontes geradoras da criminalidade; descobrindo, ainda, quais os valores mais atingidos, molestados e violentados, para, em etapa derradeira, buscar os remédios que todos esperam que sejam ministrados pelo Estado, especialmente pelo Ministério Público, que é, entre outras indelegáveis funções, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF).

Aqueles de sã consciência sabem que a grave crise econômico-social pela qual atravessa o País, com enormes disparidades na distribuição da renda, é uma das causas da violência que grassa em nosso meio. É a vontade de ganhar, e sempre mais, através do menor esforço, sejam lá quais os meios utilizados. Isso se confirma quando verificamos que 80% dos crimes são voltados para o patrimônio. É o furto, o roubo, a extorção mediante seqüestro, o estelionato e o tráfico de entorpecentes.

Diante deste quadro, parecido com aquele descrito por *Dante Alighiere* na *Divina Comédia*, acreditamos que a punição eficaz é um dos meios de se evitar a violência. Somente fazendo com que cumpram as suas penas aqueles que violentaram a sociedade é que se obterão resultados positivos com relação a potenciais e propensos criminosos. A certeza da punição age como um freio, como profilaxia do crime, como medida pedagógica. “Quanto mais o castigo for rápido e próximo do delicto cometido, tanto mais será justo e útil”.¹

Falar em cumprimento de pena diante do atual sistema penitenciário é quase como nada dizer, vez que a sua estrutura é extremamente precária, e o número de vagas ofertadas está há décadas aquém da demanda e das necessidades.

Todos os estabelecimentos penais do País e do Estado de Minas Gerais estão repletos de condenados e, o que é ainda pior, as condições em muitas cadeias públicas são desumanas, verdadeiras masmorras, indignas para aqueles que ali vivem como que empilhados e lançados à promiscuidade. “Inconscientemente todos os detentos sofrem quando em promiscuidade, bem mais do que sozinhos com seus devaneios ilimitados”.²

Qual a solução para esse quadro, diante da escassez de recursos para construir mais presídios e investir em projetos penitenciários de porte, visando a uma política de ressocialização e de recuperação do delinqüente? A curto e médio prazo acreditamos que outra não existe senão investir na construção, ampliação e melhoria das cadeias públicas já existentes nas comarcas, onde o condenado, prin-

cipalmente o menos perigoso e filho de sua região, possa cumprir a sua pena, evitando-se, assim, o seu deslocamento para região distante, longe do seu meio, de seus amigos e familiares.

Paralelo a isso, visando a uma ação a médio e longo prazo, o Estado não se descuidaria na construção de penitenciárias, colônias agrícolas e industriais e casas de albergados para atenderem, principalmente, aos condenados mais perigosos, de penas mais elevadas e oriundos dos grandes centros urbanos.

2 DA ATUAL SITUAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A capacidade do sistema penitenciário de Minas Gerais, incluídos os hospitais de Toxicômanos e o Psiquiátrico e Judiciário “Jorge Vaz”, não passa de 3.500 vagas.³ Enquanto isso as cadeias públicas e distritos policiais estão superlotados, principalmente nas grandes cidades e na região metropolitana de Belo Horizonte, afora a existência de milhares de mandados de prisão a serem cumpridos pela polícia.

A superlotação e as péssimas condições naquelas cadeias, acrescidas de uma má estrutura e de uma deficiente administração das grandes penitenciárias, têm propiciado fugas em massa e freqüentes rebeliões, provocando pânico e causando enormes prejuízos para o Estado. A cada rebelião e destruição são milhões de cruzeiros gastos em reformas, cujos valores poderiam ser utilizados em outras melhorias do sistema. Isso demonstra a inutilidade em insistir e continuar com a atual política penitenciária.

Há de se salientar que tudo isso é o resultado de mais de meio século de descaso para com uma área de grande sensibilidade e hoje de enorme gravidade, que é

-
- 3 Centro de Reeducação de Juiz de Fora (183).
Centro de Reeducação do Jovem Adulto (70).
Centro de Reeducação de T. Otoni (160).
Centro de Reeducação de Contagem (1.020).
Centro de Reeducação de Neves (604).
Casa do Albergado de Juiz de Fora (60).
Casa do Albergado P. João Pessoa (Belo Horizonte – 54).
Penitenciária Industrial Estevão Pinto (Belo Horizonte – 72).
Hospital de Toxicômanos (Juiz de Fora – 98).
Hospital Psiquiátrico e Judiciário (Barbacena (250).
Penitenciária Industrial de Unai (500).
Penitenciária de Ipaba (350).

Fonte: Mapa da capacidade carcerária, população e disponibilidade de vagas – Diretoria de Controle Penitenciário – Superintendência de Organização Penitenciária – Secretaria de Estado da Justiça – 1991.

1 BECCARIA. Cesário. *Dos delitos e das penas*, v. 27.

2 São as primeiras impressões do escrito russo *Fiodoc Dostoievski* quando começou a cumprir pena de trabalhos forçados na Sibéria (*Recordações da casa dos mortos*. Trad. de José Geraldo Vieira, v. 1).

a segurança de todos com relação ao crime. O Centro de Reeducação de Neves foi inaugurado em 1937 e de lá para cá foram construídos apenas cinco outros estabelecimentos penais com capacidade acima de 100 internos: o Centro de Reeducação de Contagem (1.020 vagas), nunca totalmente ocupado; a Penitenciária Industrial de Unai (500 vagas), ainda sem ocupação; a Penitenciária de Ipaba (350 vagas); o Centro de Reeducação de Juiz de Fora (183 vagas); e o Centro de Reeducação de Teófilo Otoni (160 vagas). Assim comprova-se que, em média, construiu-se menos de um estabelecimento penal por década.

A retomada desse processo demanda tempo, vultosas somas e, sobretudo, a vontade política. Não se esquecendo de contar com a enorme má vontade da sociedade que repudia a construção de presídios próximos à sua região. “Não há penitenciária no Norte, no Triângulo Mineiro, no Sul nem no Oeste (...). A construção de penitenciária é obra onerosa e lenta. Em Minas Gerais o prazo de construção chega a ultrapassar os três anos”.⁴

3 DO CUMPRIMENTO DE PENA NA REGIÃO DE ORIGEM DO CONDENADO

Devido à enorme dimensão territorial do Estado de Minas Gerais, o que mais tem ocorrido é que o condenado, ao ser matriculado em algum dos estabelecimentos penais, desloca-se de sua cidade ou região para uma outra distante, ficando longe de seus entes queridos. Fato que, além de dificultar sobremaneira a sua reintegração social, leva à desagregação familiar. É frequente a família também se deslocar para ficar próxima do condenado, provocando nos grandes centros a formação de verdadeiros bolsões de miséria, como ocorreu nas proximidades do Centro de Reeducação de Neves, o mais antigo.

Outro entrave que se debita a esse distanciamento é que o Juiz e o Promotor da comarca da condenação, pela atual legislação estadual também competentes para a execução da pena, não têm como acompanhar o condenado no presídio, muitas vezes nem sequer o conhecendo.

O ideal seria que cada um cumprisse a pena em sua própria comarca, com o acompanhamento da sociedade, do conselho da comunidade, sem que se perdesse os elos de ligação com o seu mundo. Infelizmente o que hoje existe em cada comarca é a cadeia pública, abrigando em todo o Estado mais de 50% dos presos já condenados. Há uma desproporção gritante entre o número de sentenciados e o escasso conjunto de vagas oferecidas pelo sistema penitenciário, ao qual talvez nunca terão acesso. “É oportuno lembrar que, em Minas Gerais, os condenados de baixa

periculosidade sempre cumpriram sua pena em cadeia pública, ficando a penitência, salvo exceção, para os de alta periculosidade.”⁵

Apesar dessa realidade, a cadeia pública destina-se tão-somente aos presos provisórios, conforme estatuído pelo art. 102 da Lei de Execução Criminal (n. 7.210, 11/7/84).

Trata-se de uma lei de Primeiro Mundo, voltada para o futuro, gestada por longo tempo, a qual, apesar das críticas que vem sofrendo por parte da sociedade e de alguns juristas, merece elogios. Como é dever do legislador, ele tratou e definiu, inteligentemente, um sistema ideal, despojado de uma visão miope e imediatista.

O Brasil dispõe de legislação avançada, fundada na realidade e fiel às normas e recomendações internacionais, sobretudo no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU.⁶

Como conciliar o ideal da lei a uma realidade adversa, cujo sistema penitenciário se encontra prestes a explodir e trazer terríveis consequências para o País?

A situação é quase que a mesma em todos os Estados. Existem mais condenados do que vagas, e a reversão.

Mesmo se vencido o impeditivo legal, o art. 102 da Lei n. 7.210/84, outros existem de ordem material para que as cadeias se destinem ao cumprimento de pena. É necessária a reformulação, a ampliação e a reestruturação das mesmas.

Elas serviriam àqueles condenados cujas penas não são altas e de menor periculosidade. Haveria celas separadas para mulheres, presos provisórios, condenados em regime fechado, semi-aberto e aberto, respeitando, assim, o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI e XLVIII, CF).

Ensina *Julio Fabbrini Mirabete* que “as prisões devem propiciar a separação dos presos em grupos homogêneos não só por diversidade do título da prisão, como também para facilitar o tratamento penitenciário e as medidas de vigilância do estabelecimento penal”.⁷

Os condenados do regime fechado exerceriam trabalho, mediante escolta, em obras públicas ou dentro da cadeia. Esta passaria a ser dotada de atividades laborativas tais como marcenaria, alfaiataria, artesanato e oficinas em geral (art. 34 art. 36 da Lei n. 7.210/84). Aqueles do regime semi-aberto trabalhariam extremamente, fora da cadeia, já podendo, inclusive, frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, CP). Enquanto que os albergados obrigatoriamente deverão ter aptidão para o trabalho e comprovar a oferta de emprego. Estes retornariam às suas celas somente à noite, aos finais de semanas e feriados. Não há ninguém que tenha dúvida da importância

4 MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Justiça. *Os óbices do sistema penitenciário mineiro*. A realidade atual e propostas para o seu aperfeiçoamento.

5, MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Justiça. *Os óbices do sistema penitenciário mineiro* – A realidade atual e propostas para seu aperfeiçoamento.

6, MINAS GERAIS. Academia de Polícia Civil. *Sistema penitenciário e a polícia civil*.

7, MIRABETE. Julio Fabbrini. *Comentário à Lei n. 7.210, de 11/7/84*.

do trabalho para o condenado. “O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade”.⁸

Evidentemente que, para a implantação desse sistema, a par da estrutura material exigida, faz-se necessário o aperfeiçoamento e aquisição de recursos humanos indispensáveis ao correto gerenciamento das cadeias públicas. Haveria uma pequena estrutura administrativa, parecida com aquela existente nas penitenciárias, com guardas e monitores, defensor público, etc. Não se esquecendo, também, da figura do assistente social, do psicólogo, do criminólogo e do psiquiatra, profissionais indispensáveis para a composição da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e para a realização do Exame Criminológico, ambos exigidos pela Lei de Execução Criminal (arts. 7º, 8º, 96 e 112). Esses técnicos poderiam ser recrutados na própria região e atenderiam a mais de uma comarca, tudo a depender do número de condenados ali existentes.

Tudo isso não vale, é claro, para as grandes cidades e regiões metropolitanas onde é enorme a população carcerária e intensa a sua rotatividade. Daí a importância da construção de penitenciárias que, por sua vez, acudiriam àqueles condenados oriundos dos grandes centros urbanos, mais perigosos e com penas mais elevadas.

Na verdade, trata-se de uma regionalização do sistema penitenciário, como já vem ocorrendo, com sucesso, no Rio Grande do Sul. “A criação de presídios municipais é uma iniciativa das mais interessantes, pois permite ao apenado não perigoso cumprir sua pena sem a ruptura dos seus laços sociais e afetivos e ainda facilita o aproveitamento da mão-de-obra penitenciária de forma mais completa e variada”.⁹

4 DA VIABILIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE PENA NA CADEIA PÚBLICA LOCAL

O primeiro entrave advém da própria Lei de Execução Criminal que em seu art. 102 afirma que a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

A Lei de Execução Penal deste Estado (n. 11.404, de 25/1/94), já sensível ao problema, mas ferindo frontalmente a legislação federal, dispõe, em seu art. 80 e 81, § 1º:

“Art. 80. O presídio e a cadeia pública, estabelecimentos de regime fechado, destinam-se à custódia do preso provisório e à execução da pena privativa de liberdade para o preso residente e domiciliado na comarca.

Art. 81
§ 1º O sentenciado poderá cumprir, na cadeia local, pena em regime fechado ou semi-aberto, caso a penitenciária se localize em área distante da residência de sua família.”

Sem que haja uma alteração da lei federal, especificamente o art. 102 da Lei n. 1210/84, não se poderá propugnar que a cadeia pública, com as devidas reformas e ampliações, se destine, também, ao cumprimento de pena privativa de liberdade

Outra indagação a ser feita diz respeito à origem dos recursos financeiros necessários a essas reformas, uma vez que sabemos de sua escassez para esse tipo de obra sem retorno político e econômico.

É bom lembrar que em Minas Gerais foi sancionada a Lei n. 11.402, de 14/1/94, que criou o Fundo Penitenciário Estadual, destinado a propiciar condições financeiras e de administração de recursos destinados ao sistema penitenciário do Estado (art. 1º), cujos beneficiários são a Secretaria de Estado da Justiça e a Secretaria de Estado da Segurança Pública (art. 2º).

Diante disto pode-se afirmar que os recursos já estão chegando com o recolhimento de significativos valores referentes às penas de multas aplicadas nas sentenças condenatórias. E para melhor efetivação destes recursos, recente aviso foi publicado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público, recomendando aos Promotores de Justiça com atribuições junto à execução criminal fiscalizar esse recolhimento, informando os seus valores e, se necessário, procedendo à execução da pena de multa, tudo conforme manda o art. 164 da Lei de Execução Criminal.

Então é chegado o momento da união de esforços para a reformulação das cadeias, transformando-as em minipresídios. Para isso, contando, também, com o apoio da sociedade local, como já ocorreu em outras comarcas, como, a título de exemplo, a de Paracatu-MG, que hoje possui, graças aos esforços do Promotor de Justiça, do Juiz de Direito e da comunidade, um estabelecimento que pode abrigar, com dignidade, 110 presos, que ali poderão exercer atividades as mais diversas.

5 CONCLUSÃO

1. O atual sistema penitenciário nacional se encontra falido e sem perspectivas de recuperação a curto e médio prazo.

2. Por falta de vagas nesse sistema, mais de 50% dos condenados à pena privativa de liberdade estão precariamente abrigados em cadeias públicas ou distritos policiais.

3. O cumprimento de pena em sua região de origem é um dos fatores determinantes para a reinserção social e manutenção dos vínculos familiares do condenado.

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões. p. 216.

⁹ RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Estado da Justiça. *Relatório da viagem de estudos ao Rio grande do Sul*. 1991, p. 17.

4. A regionalização do cumprimento de pena deve ser muito mais do que uma relocação de presos: é necessária uma mudança de visão. O paternalismo do Estado deve ceder a uma visão empresarial de auto-suficiência das cadeias regionalizadas, através do trabalho dos presos em atividades agropecuária e industrial.

5. Com a criação do Fundo Penitenciário (Lei n. 11.402 de 14/1/94) e o recolhimento das multas fixadas nas sentenças condenatórias, haverá recursos suficientes para a construção, reforma e ampliação das cadeias públicas.

6. O art. 102 da LEP passará a ter a seguinte redação:

“Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios e, excepcionalmente, ao cumprimento da pena.”

Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- MIOTTO, Arminda Bergamioni. *A violência nas prisões*. 2. ed., Universidade Federal de Goiás, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. Comentários à Lei n. 7.210, de 11/7/84. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1991.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRASÍLIA-DF. Ministério da Justiça. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 2, jul./dez., 1993.
- SILVEIRA, Daniel Prado da, OZAKI, Hideo. *Prática de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E JUDICIÁRIO: UM ENGODO POLÍTICO NO QUADRO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO *

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

Sumário

1. Introdução. 2. A definição de controle externo. 3. Mecanismos de freios e contrapesos. 4. A revisão constitucional e a proposta de Jobim. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inserto na novel Carta Magna, garantiu aos cidadãos o poder de revisão da Constituição Federal após cinco anos de sua promulgação.

Naturalmente, o poder constituinte originário, àquela época, já previa certas dificuldades de governabilidade do Estado brasileiro ante uma Constituição, sobretudo, voltada ao “inchamento” da máquina estatal – *causadora, então, de um imen- te déficit público*.

Daí, nesse período de revisão constitucional, lastreado desde o final do ano passado, inúmeras propostas de emendas foram indicadas no sentido de salvar (ou, até, prejudicar) a recente Carta Política.

Dentre esse sem-número de propostas, restou ao forte Ministério Público, bem como ao Poder Judiciário – *instituições que não tangenciam no cumprimento de seus deveres* –, a pecha de poderes incontroláveis externamente.

* Tese aprovada por maioria, com emenda aditiva.

Tal assertiva, a nosso sentir, é equivocada. O pensamento parte daqueles que confundem os “chavões” de morosidade da máquina burocrática jurisdicional (ou excesso de atribuições) com o verdadeiro espírito de harmonia e independência entre os três Poderes constitucionais. Vejamos.

2 A DEFINIÇÃO DE CONTROLE EXTERNO

Definir controle externo em nível constitucional, confessamos, não é atribuição tão simples. Exige conhecimento daqueles que se propõem a esclarecer a difícil matéria.

No entanto, a despeito de nenhum doutrinador se arriscar nesta seara, a própria Constituição Federal nos empresta a valiosa resposta.

Tome o exemplo do art. 71 da Carta Magna, o qual atribui como função do Congresso Nacional o *controle externo* das contas da União. Ainda, na mesma linha exemplificativa, o § 1º do art. 31 do mesmo diploma legal estabelece o *controle externo* por parte da Câmara Municipal quanto às contas do Município.

Em outra esteira de raciocínio, observe-se que o Legislativo é competente para julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade: *esta é uma função basicamente jurisdicional*. Ao Legislativo também cabe aprovar a indicação de determinados titulares de cargos públicos: *função executiva*. É da competência do Executivo expedir medidas provisórias ou iniciar processo legislativo: *atividade legiferante*. Já o Judiciário pode iniciar processo legislativo de determinadas matérias e ainda nomear magistrados de carreira: *funções legislativas e executivas, respectivamente*, também atinentes ao Ministério Público.

Ora, quer-nos parecer, então, que o alcunhado controle externo é a atribuição conferida pela Constituição Federal a cada um dos Poderes no sentido de fiscalizarem-se, policiarem-se, harmônica e mutuamente.

Portanto, não há mais falar-se em separação rígida de Poderes – *como na proposta inicial de Montesquieu* –, eis que a independência entre os Poderes é relativa, jamais absoluta, tendo em vista o modo de atuação flexível de cada ente, que é a característica indiscutível do Estado contemporâneo.

3 MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS

Volvendo à premissa anterior, enfatizamos que o princípio da separação entre os Poderes não é mais revestido daquela rigidez absoluta, onde um ente não intervém nas funções e prerrogativas de outro. Já, no direito hodierno, não servem mais as teorias enquadradas de *Aristóteles, Locke e Rousseau*.

Hoje, como no dizer de *José Afonso da Silva*, é preferível quedar-se pela chamada “colaboração entre os poderes” do que falar-se em separação de Poderes, haja vista que as formas de relacionamento são flexíveis.

E justamente neste diapasão é que surgem os mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Os freios e contrapesos estão espalhados em nossa Constituição Federal e legislação ordinária e, exatamente, se consubstanciam no controle externo de cada um dos Poderes, reciprocamente.

Como em linhas passadas registramos, os Poderes se arvoram em funções atípicas às de origem a fim de *equilibrar, sopesar* todas as prerrogativas, outorgando aos cidadãos a idéia básica e fundamental da democracia – *marca insofismável da nova Carta Magna*.

Assim, quando o Procurador-Geral de Justiça nomeia certo cidadão, após aprovado em certame público, como Promotor de Justiça, está se arvorando na roupa de Chefe do Executivo do Estado, sendo essa uma função atípica lhe conferida por lei. Da mesma forma, quando o Chefe do Executivo de determinado Estado inicia processo legiferante, está incidindo nas atribuições da Assembléia Legislativa.

Tais intervenções nada mais são que o próprio controle externo, consubstanciadas nos mecanismos de freios e contrapesos, já que um Poder se imiscui em outro.

Certamente, o crítico que afirma não coexistir o controle externo no Ministério Público e no Poder Judiciário, em nosso modesto entendimento, desconhece a própria Constituição.

Exemplo clássico destas intervenções está na recente Lei Orgânica do Ministério Público.

Vejamos.

O § 2º do art. 9º da Lei 8.625/93, em consonância com o § 4º do art. 128 da CF, admite a hipótese de destituição do Chefe maior da Instituição ministerial, desde que haja *autorização* da Assembléia Legislativa, ou seja, o *impeachment*. Ora, neste caso há a intervenção do Poder Legislativo nas fileiras do Ministério Público. Portanto, o controle externo é visível a olho nu.

Não obstante, o inciso II do art. 52 da Constituição Federal delega ao Senado Federal a competência para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade, oportunidade em que, mais uma vez, pode ocorrer o *impeachment* de um dos ocupantes destes cargos. Ora, não há controle externo?

Correto dizer que os mecanismos de freios e contrapesos se revestem do caráter de controle externo, tendo em vista a interferência mútua dos Poderes entre si.

Passadas essas águas turvas, recordamos ainda que a Constituição Federal determina o controle *interno* por parte dos Poderes e entes federados. Nesse tópico é de se cogitar que os controles internos feitos pelo Ministério Público e Poder Judiciário são dos mais rigorosos. Prova desta assertiva são as Corregedorias-Gerais existentes, as quais, notadamente, velam pela probidade dos membros institucionais, punindo-os sempre quando há evidências fáticas.

Difícil é buscar órgãos de controle interno dentro dos Municípios, Estados e até da União, isto porque não existem.

Por fim, prova cabal da interferência de outros Poderes em nosso Ministério é por demais realçada pelo § 2º do art. 4º da Lei 8.625/93, o qual determina, *in verbis*:

“§ 2º A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido na Lei Orgânica.” (grifo nosso).

Entendemos, com esta demonstração, estar provada a existência do controle externo (e interno) no que respeita ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, isto constitucionalmente.

Não existe controle externo? *Quid juris?*

4 A REVISÃO CONSTITUCIONAL E A PROPOSTA DE JOBIM

Ao argumento de que o Estado brasileiro não é governável, diversos interessados – *certamente, já processados e julgados* – espargiram a idéia de que o Ministério Público e o Judiciário são poderes sem controle e, portanto, livres de qualquer admoestação. A resposta a esse fato é simples, porque é política. Vejamos.

Em final do ano de 1992, o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, teve seu mandato cassado. Em meados do ano passado, alguns membros do Congresso Nacional estiveram envolvidos em um mar de lama diante da Comissão Parlamentar de Inquérito que apurava irregularidades no Orçamento da União.

Os dois Poderes da República foram maculados e, publicamente, ultrajados – *tanto é verdade que hoje o próprio Congresso Nacional não consegue sequer elaborar uma agenda mínima para a revisão constitucional*. Daí o engodo político: arrastar as idiosincrasias administrativas, sob o argumento da moralidade, aos intocáveis Ministério Público e Poder Judiciário. Afinal – *tentamos, nós, justificar o raciocínio dos “controladores”* –, não seriam somente o Legislativo e Executivo passíveis do repúdio da opinião pública. Havia a necessidade de macular as demais instituições. Eis o nascedouro da estultícia do controle externo – *que já existe*.

A revisão nasceu morta, podemos despreocupar. Mas a idéia ainda resiste motivo de meditação.

Entre a proposta do Deputado Nelson Jobim e a atual sistemática a que Promotores, Procuradores de Justiça e Juízes se submetem, ficamos com a Constituição Federal.

Em primeiro plano cabe uma crítica imediata à proposta guerreada. A nomeação do Procurador-Geral da República seria feita através do Presidente da República após lista tríplice “rascunhada” pelo Supremo Tribunal Federal. E a independência e a autonomia funcional, insertas nos §§ 1º e 2º do art. 127 da Constituição Federal?

Tais princípios foram bandeiras carregadas durante anos pela Instituição ministerial e, após bravamente conquistados em lutas árduas, querem retirá-los, devolvendo aos tribunais o poder de *imiscuir* no *Parquet*.

Ora, a proposta do ilustre Deputado-Relator se baseia justamente no contrário do que determina a Constituição Federal. Se o Ministério Público tem como atribuição maior a defesa do *regime democrático*, estaria ele, o próprio defensor da democracia, enfraquecido já no nascedouro de suas funções, pois perderia sua autonomia.

Outra estultícia é determinar que os membros do Ministério Público poderão ser até demitidos por um “Conselho Nacional”, que é um órgão administrativo. Nesse tópico a discussão é mais ampla. Se o órgão “inquisitivo” é apenas administrativo e não jurisdicional, a eficácia de sua decisão é relativa, tendo em vista que caberá ao interessado, expulso dos quadros ministeriais, o mandado de segurança nos casos de infração de direito líquido e certo por parte daquele sodalício, isto porque a *cláusula pétrea* (impassível de revisão) o princípio da inafastabilidade do Poder judiciário.

Não obstante tal apontamento – *e mesmo aceitando a hipótese desse Conselho* –, jurídica e constitucionalmente é impossível aceitar que um órgão administrativo possa demitir aquele que, por preceito constitucional, é revestido de vitaliciedade, pois como diria o saudoso *Hely Lopes Meirelles*,

“para a demissão do vitalício, o único meio é o processo judicial, geralmente o penal, pois a ‘perda do cargo, função pública ou mandato eletivo’ é efeito da condenação, devendo ‘ser motivadamente declarado na sentença’, em que incorre o infrator, ‘condenado à pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública’ (...). Para a demissão do estável, a Administração não precisa recorrer à Justiça, ainda que o fato sujeito à punição configure crime, uma vez que a Constituição permite fazê-lo *mediante processo administrativo disciplinar*, em que assegure ampla defesa ao infrator”. **

A lição do mestre bem demonstra que se os membros do Ministério Público gozassem apenas de estabilidade, a demissão por parte do “Conselho” seria possível através do processo administrativo. De observar-se que como a prerrogativa é a vi-

** *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed., São Paulo: RT, p. 396.

talicidade, o único remédio para a demissão é a sentença judicial, sob pena de ferir o princípio do Estado de Direito.

Aprofundando mais na idéia deste Conselho Nacional do Ministério Público, acreditamos, intimamente, ser ele inconstitucional. É que os Ministérios Públicos Estaduais não podem curvar-se perante o Ministério Público Federal, representado na figura do Procurador-Geral da República. Esta proposta até torna-se possível em termos da magistratura, mesmo porque o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo jurisdicional brasileiro. Contudo, o Ministério Público Federal não é a última instância do *Parquet*, porque as atribuições – *bem como as leis orgânicas* – entre os dois níveis ministeriais são adversas. Daí, a inconstitucionalidade da proposta advém da hipótese de supressão da forma federativa do Estado, pois é princípio fundamental da Constituição a não-intervenção entre os entes federados, *ex vi* do inciso IV do art. 4º da CF.

Por fim, os itens que autorizam a demissão por parte do Conselho Nacional do Ministério Público quanto aos seus tutelados é passível de mais uma crítica. Na proposta de Jobim pode haver a expulsão do Promotor de Justiça que faltou com *decoro*. Ora, essa circunstância é ampla e desafia um *sem*-número de interpretações, dado seu caráter subjetivo; isto porque o que se torna falta de decoro para determinada pessoa não o é para outra.

Quanto à magistratura, o Conselho Nacional também tem aspectos de inconstitucionalidade, ainda mais no que respeita à hipótese de o Supremo Tribunal Federal poder *avocar* processos de seu interesse. Princípio básico da Constituição Federal é o devido processo legal, o qual é revestido de três elementos: *observância das formalidades legais, ampla defesa e juiz natural*. No caso da advocatória, o Supremo Tribunal Federal estaria suprimindo o juiz natural do julgamento da parte, o que é, frontalmente, inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, já existe controle externo do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS: DIREÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO – PROCESSO DE ESCOLHA – INVESTIDURA E DESTITUIÇÃO DOS DOIS MAIS EXPRESSIVOS CARGOS DA INSTITUIÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA *

ANTÔNIO LOPES NETO

Sumário

1. Evolução histórica – O Ministério Público e o cargo de Procurador-Geral de Justiça. 2. O procedimento vigente – Lista tríplice, nomeação pelo Executivo. 3. Desatrelamento definitivo do Poder Executivo. 4. Autonomia política plena – Procurador-Geral de Justiça – Eleição e investidura. 5. O cargo de Procurador-Geral Adjunto de Justiça. 6. Cargo de confiança – Inadequação. 7. Destituições. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

O Procurador-Geral de Justiça e o Procurador-Geral Adjunto de Justiça serão investidos nos seus cargos pelo Colégio de Procuradores de Justiça, e escolhidos através de eleição majoritária pelos integrantes da carreira que estejam no exercício de suas funções, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução.

Para a destituição do Procurador-Geral Adjunto de Justiça aplica-se a mesma disposição prevista para a de Procurador-Geral de Justiça.

* Tese aprovada por unanimidade.

O Procurador-Geral Adjunto de Justiça é o substituto natural do Procurador-Geral de Justiça e deve exercer além das atribuições que lhe são conferidas, as de orientação, coordenação e chefia de setores específicos da administração do Ministério Público.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA – O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

No final do século XVIII, o mais importante dos pensadores e escritores políticos que influenciou a célebre revolução francesa, idealizador e criador do princípio da clássica e famosa separação de Poderes, *Montesquieu*, em sua frase lapidar que ecoa nos quadrantes do universo, conceituou o Ministério Público como a *Magistratura de Pé*.

Para a maioria dos leigos, essa Instituição democrática é o último refúgio da liberdade humana, principalmente nas “horas sombrias, mais ásperas e mais pesadas”.

No seu esplêndido trabalho *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, *Roberto Lira*, um dos mais brilhantes expoentes do Ministério Público brasileiro, faz um apelo a todos os Promotores Públicos, “para que o auxiliem no desenvolvimento de sua obra que, deseja, venha a ser uma síntese dos esforços e dos ideais” da nobre classe ministerial.

Na década de 40, *Pimenta Bueno* foi peremptório ao afirmar que “O Ministério Público é uma grande e útil Instituição, é o braço direito da sociedade...”.

Excetuando-se a Constituição em vigor, nas demais, o cargo de Procurador-Geral de Justiça era de livre nomeação do Chefe do Poder Executivo; com o passar dos anos, por força de lei, essas nomeações passaram a recair sobre integrantes da carreira.

Entretanto, o merecido destaque para o cargo de *Procurador-Geral de Justiça* só veio a ser materializado com a promulgação da Carta Política de 5 de outubro de 1988. Conforme a seguir demonstraremos, a disposição constitucional que trata do assunto comporta uma *inovação, um avanço*, para que o chefe supremo do Ministério Público não tenha mais nenhum tipo de dependência do Executivo, a exemplo do que ocorre com os demais dirigentes das instituições independentes e democráticas.

O nivelamento do cargo de *Procurador-Geral de Justiça* aos que lhe são correlatos, “pela complexidade de suas atribuições, dia a dia mais alargadas”, é uma imposição dos tempos atuais e uma exigência da sociedade moderna.

A dimensão jurídica, social e política que o sempre lembrado filósofo *Montesquieu*, o grande criador da obra *O Espírito das Leis*, deu no passado ao Ministério Público; no presente, no Brasil, atracou no porto seguro da Constituição de 1988, exalando brisas que desenham e anunciam uma nova fase da história contemporânea da sociedade republicana e de nossa Instituição.

2 O PROCEDIMENTO VIGENTE – LISTA TRÍPLICE – NOMEAÇÃO PELO EXECUTIVO

Estabelece o § 3º do art. 128 da Constituição Federal:

“Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para a escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução”.

A escolha do comando do Ministério Público, através dos votos dos seus integrantes, constitui uma conquista de expressão alcançada e proporcionada com a promulgação da atual Carta Magna.

Com a edição da citada Lei Maior, todos sonhávamos com um novo Brasil, com um outro Ministério Público; idealizamos a nossa Instituição independente e esplendorosa em todos os aspectos.

Com o passar dos meses, transcorrer dos anos, constatamos que as injunções políticas partidárias que tanto nos subjugavam só foram *rompidas parcialmente*.

Antes de 1988, a *nomeação* do chefe do Ministério Público era de livre escolha do Governador do Estado que, inclusive, podia exonerá-lo *ex-officio*. As promoções dos Promotores de Justiça passavam, necessariamente, pelo crivo político administrativo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Com o gradativo aumento da conscientização da sociedade política, as amarras primitivas foram rompidas, fazendo incluir na Constituição brasileira a seguinte norma:

“Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.” (art. 127, § 2º).

No dizer do art. 3º e incisos, da Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe-lhe, especialmente:

“III – elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos.”

“V – propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos, bem como a fixação e o *reajuste dos vencimentos de seus membros*.”

“VI – propor ao Poder Legislativo a criação e extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, *bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos dos seus servidores;*”

“VII – prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado;”

“VIII – editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos da carreira e dos serviços auxiliares, bem como os servidores.”

3 DESATRELAMENTO DEFINITIVO DO PODER EXECUTIVO

A mentalidade política e jurídica, sempre dinâmica, evoluiu; o patrulhamento às regras democráticas e empenho para a correta aplicação da Lei ganha a cada momento, mais importância, mais atenção e dedicação por parte do Ministério Público.

A mídia Nacional, visivelmente motivada, defende diuturnamente a prática, pela Administração Pública, de princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade e da publicidade*. Essa pregação transforma o Ministério Público no principal veículo catalisador desse esperado processo de transformação.

Tudo isso nos faz meditar, presumir que o procedimento de escolha do *Procurador-Geral de Justiça* necessita ser, mais do que nunca, *revisto*, para o seu desvinculamento definitivo do Poder Executivo.

A escolha do *Procurador-Geral da Justiça*, responsável primeiro pela gestão do *Parquet*, precisa recair sobre aquele integrante do Ministério Público que detiver a *preferência* dos Promotores e Procuradores de Justiça, através de eleição majoritária, a exemplo do que prevê a legislação para os que concorrem, na área do Executivo, Legislativo e Judiciário, a cargos assemelhados. É preciso *revigorar* a nossa Instituição; é mister a observância desse *novo balizamento* para a investidura no cargo maior do Órgão Ministerial.

4 AUTONOMIA POLÍTICA PLENA – PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA – ELEIÇÃO E INVESTIDURA

Para o mestre *Afonso Arinos de Melo Franco* as instituições governativas de um Estado são, no fundo, um mecanismo por meio do qual se manifesta e atua uma certa espécie de poder, que é o poder político. E acrescenta o respeitado professor:

“O *poder político* é portanto, também, um fenômeno histórico. Neste sentido, ele corresponde ao disciplinamento das forças sociais, no quadro de Estado, tendo por finalidade o *bem comum*. E é neste aspecto de fenômeno histórico que o *poder político* interessa ao jurista.”

Ne nesse entender, a *autonomia política* consiste na adoção *plena e consciente* da linha de conduta que norteia as instituições autônomas e democráticas, a do *peve* em geral, no que diz respeito ao Ministério Público, *essa independência* ainda não fincou âncoras no texto constitucional.

Apesar de haver sido inserida nele a sua autonomia *funcional, administrativa financeira*, dando-lhe, inclusive, o privilégio legal de que “Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do *Ministério Público*, ser-lhe-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º” (art. 168 da CF), *não alcançou ainda a plenitude de sua autonomia política*.

tal dispositivo foi reproduzido nas Constituições Estaduais e leis ordinárias. *no* *seu* sentido disciplinou a Lei Federal 8.625/93:

“Art. 4º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, encaminhando-a diretamente ao *Governador do Estado*, que a submeterá ao Poder Legislativo.”

“§ 1º Os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues *até o dia vinte de cada mês*, sem vinculação a qualquer tipo de despesa.”

Apesar de tudo isso, e ainda considerando-se que, de acordo com o art. 85, I da Constituição Federal em análise, “são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do *Ministério Público* e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação”, não há razão lógica e nem jurídica para que o Ministério Público continue preso pelo cordão umbilical ao Poder Executivo, o que, *data venia*, não é do Interesse da sociedade, a qual, tendo o mesmo como seu legítimo representante, em juízo, nas relações processuais, não pode mais permitir a sobrevivência dessa excrecência – a nomeação do chefe do Ministério Público pelo Governador do Estado!

Portanto, o cargo de *Procurador-Geral de Justiça* deve recair sobre o integrante do Ministério Público que consiga obter maior número de votos da sua categoria, quando da respectiva eleição, consagrando efetivamente a função da representabilidade na Instituição enquanto democrática.

5 O CARGO DE PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DE JUSTIÇA

Com o surgimento da *democracia liberal*, a partir de 1791, a teoria democrática vinculou-se, de modo inseparável, ao princípio eleitoral. Hoje, para a escolha dos seus governantes, a maioria dos países e instituições democráticas adotam o sufrágio universal. Os primeiros bocejos do voto na vida pública nasceram na gloriosa Roma; evoluíram na Idade Média com os esporádicos pleitos municipais.

No descortinar do século XXI o sufrágio universal é tido como o “direito de voto conferido ao eleitorado com independência de restrições derivadas da fortuna, capacidade ou herança. É uma tendência inerente à moderna organização constitucional do Estado Democrático, pois, se uma das pilastras básicas onde se assenta o princípio democrático é a dominação das maiorias, porque evidente se induz que o *poder político* deve ser controlado pelo próprio Povo, na mais ampla extensão e latitude do direito eleitoral”, conforme os sábios ensinamentos do culto *Pinto Ferreira*.

Compulsando a nossa Constituição Republicana e a Carta mineira, encontramos os seguintes artigos que guardam estreita *semelhança* com o tema ora enfocando:

“Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, *simultaneamente*, noventa dias antes do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º A eleição do Presidente da República *importará a do Vice-Presidente com ele registrado*.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e nulos.

“Art. 7º. *Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente*.

Parágrafo único. O Vice-Presidente da República, *além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar*, auxiliará o Presidente, sempre que por ele for convocado para missões especiais.

“Art. 84 – A *eleição do Governador e do Vice-Governador* do Estado, para mandato de quatro anos, se realizará noventa dias antes do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá no dia primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77 da Constituição da República.”

“Art. 85. A eleição do Governador do Estado *importará, para mandato correspondente, a do Vice-Governador com ele registrado*.

§ 1º O *Vice-Governador* substituirá o Governador do Estado, no caso de impedimento, e lhe sucederá, no de vaga.

§ 2º O *Vice-Governador, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar*, auxiliará o Governador do Estado, sempre que por ele convocado para missões especiais.

“Art. 174. O Prefeito e o *Vice-Prefeito* serão eleitos até noventa dias antes do término do mandato daqueles a que devam suceder, *em pleito direto e simultâneo*, realizado em todo o Estado, para mandato de quatro anos.”

A história dos povos atesta que as Instituições constituídas sob a égide da democracia, compostas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, Poderes da República assemelhados ao Ministério Público de hoje, norteiam-se e guiam-se, via de regra, pelo consagrado sistema de escolha de seus chefes e substitutos imediatos, observando-se a simultaneidade e a vinculação de escolha, ou seja, o voto dado ao “cabeça de chapa” é automaticamente transferido para o seu substituto, com ele registrado.

Nas Casas Legislativas o procedimento de escolha da *mesa diretora* é parecido:

“A eleição da *mesa diretora* da Câmara é ato político-administrativo do Plenário, realizado pelos vereadores regularmente empossados e em exercício. Por eleição, por voto a descoberto e nominal, e representação proporcional, se constitui o órgão diretor da Câmara, que é a mesa. A eleição abrange o Presidente, o *Vice-Presidente*, o Secretário e demais membros...” (*Hely Lopes de Meirelles*).

A Lei 7.655, de 21 de dezembro de 1979 (Organização Judiciária de Minas Gerais), estabeleceu:

“Art. 20. O Tribunal terá um Presidente e um Vice-Presidente.

§ 1º O Presidente e o *Vice-Presidente* terão mandato de 2 (dois) anos; *proibida a reeleição*, e serão eleitos dentre os Juízes mais antigos do Tribunal.”

“Art. 21. O Presidente e o *Vice-Presidente não integrarão as Câmaras*.”

“Art. 23. Sem prejuízo de outras competências e atribuições estabelecidas no Regimento Interno, a competência e atribuições jurisdicionais e admi-

nistrativas do Presidente e do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça são estabelecidas neste artigo”.

Registre-se que a Lei Estadual n. 9.548/88 criou, no âmbito do referido Tribunal, a segunda Vice-Presidência.

Dos Poderes da nossa República o que mais se *assemelha* com o Ministério Público é, sem dúvida, o Poder Judiciário; neste, no nosso Estado, o seu primeiro Vice-Presidente, além de substituir o Presidente e desempenhar delegação que este lhe fizer, é o superintendente judiciário do Tribunal de Justiça e diretor da revista *Jurisprudência Mineira*; o segundo Vice-Presidente exerce a presidência no processamento dos recursos especiais e extraordinários, sendo, ainda, diretor da Escola Judicial e superintendente administrativo do Tribunal. Tudo isto evidencia que a descentralização administrativa ordenada do *poder central* é também um dos imperativos do processo democrático.

A título de ilustração, para que não parem dúvidas sobre a argüida semelhança entre a Magistratura e a nossa Classe, invocamos as seguintes normas contidas na Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993:

“Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, *além de outras previstas na Lei Orgânica: I – receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem;*”

“Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

III – *indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal.*”

“Art. 48. A remuneração dos membros do Ministério Público dos Estados observará, como limite máximo, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, *pelos membros do Poder Judiciário local.*”

“Art. 49. Os vencimentos do Procurador-Geral de Justiça, em cada Estado, para efeito do disposto no § 1º do art. 39 da Constituição Federal, *guardarão equivalência com os vencimentos dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça.*”

Consolidado nos dias atuais o procedimento de eleição *simultânea* e *vinculada* envolvendo os cargos antes referidos e diante das prerrogativas constitucionais conferidas ao Ministério Público, *quase idênticas* às dos Poderes da República, queremos crer que não mais se justifica que o *substituto* legal do Chefe do Órgão Ministerial, o *Procurador-Geral Adjunto de Justiça*, continue sendo, em alguns Estados, cargo de *exclusiva* confiança do Procurador-Geral de Justiça e não da classe, como é o lógico. Nem mesmo a justificativa de que o processo de nomeação aqui combatido possa prevalecer, desde que ocorra a prévia *aprovação* do nome escolhido para ocupá-lo, por parte da Câmara de Procuradores de Justiça, a mesma não procede, considerando-se a *inexistência* do seu mandato e a indiscutível vulnerabilidade e um certo imobilismo que a ausência da certeza da permanência no cargo proporciona. Somente quando a sua escolha ocorrer pelo voto de todos, terá o mesmo a representatividade necessária para o *pleno* exercício de suas nobres funções.

Além do mais, até mesmo por uma questão de *coerência* e diante da magnitude das atribuições que lhe são inerentes, não vemos como abdicar do critério ora defendido para criação, *em nível constitucional*, do cargo de *Procurador-Geral Adjunto de Justiça*.

Em Minas, a figura do Procurador-Geral Adjunto de Justiça surgiu com a edição da Lei Complementar n. 18, de 22 de dezembro de 1988:

“O Procurador-Geral de Justiça, em seus impedimentos e ausências temporárias, bem como em caso de vacância, até o provimento, *será substituído, automaticamente, pelo Procurador-Geral Adjunto de Justiça, escolhido na forma legal, dentre os Procuradores de Justiça, que terá, ainda, as seguintes incumbências:...*” (§ 3º do art. 7º).

Data venia, a criação do cargo de Procurador-Geral Adjunto de Justiça nos moldes desta tese, reflete, antes de tudo, um melhor desempenho da administração superior do Ministério Público.

O critério preferencial aqui consignado, para a escolha, investidura e eventual destituição do Procurador-Geral Adjunto de Justiça e do Procurador-Geral, busca também proporcionar aos seus ocupantes a estabilidade e independência decorrentes da natureza do exercício de suas relevantes funções e se constitui, inegavelmente, num decisivo passo para a consolidação e aperfeiçoamento definitivo do Ministério Público.

6 CARGO DE CONFIANÇA – INADEQUAÇÃO

Reporto-me, ainda, ao saudoso jurista *Hely Lopes Meirelles* e trago o seu sempre abalizado conceito do que vem a ser *cargo em comissão*:

“é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às *funções de confiança* dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu provimento é sempre *precário*, pois quem o exerce não adquire direito à continuidade na função”.

No nosso Estado, o cargo de Procurador-Geral Adjunto de Justiça é de livre nomeação e exoneração do Procurador-Geral.

Não podemos, *concessa venia*, admitir que o cargo de Procurador-Geral Adjunto de Justiça seja enquadrado na categoria daqueles de confiança do chefe da Instituição, que, conforme demonstramos, pode inclusive, ser demitido *ad nutum*.

A imediata substituição desse proceder, antes relatado, contribuirá, de modo decisivo, para a descentralização do poder do Procurador-Geral, visto que a legitimidade daquele que exerce o honrado cargo de Procurador-Geral-Adjunto se dará, sobretudo, pela soberana e livre manifestação dos votos que lhe forem conferidos. A sua integração e participação na administração ministerial serão mais abalizadas, consistentes e produtivas, abrindo horizontes, guardadas as peculiaridades regionais, para que a legislação ordinária lhe confira *atribuições específicas, em vários setores de vital importância para a comunidade, tais como*, a coordenação, orientação e chefia das seguintes áreas de atuação de nossa Instituição: a) Procuradorias de Justiça; b) Direitos difusos; c) Direitos da criança e do adolescente; d) *Direitos humanos*; que nos tempos atuais, vêm sendo acometidos de flagrante distorção, principalmente, no que diz respeito aos direitos e deveres do presidiário, do encarcerado. *Estas áreas precisam, urgentemente, de uma atenção prioritária.*

Dentro dessa *nova perspectiva* que se avizinha, ou seja, a eleição e previsão de mandato para o colega que ocupe e/ou venha a ocupar o referido posto, e a possibilidade concreta da previsão em lei de outras atribuições inerentes ao mesmo, sem prejuízo das que lhe forem delegadas por ato administrativo, registramos com euforia a posição assumida pela Comissão do Ministério Público das Gerais, encarregada da elaboração do nosso projeto de Lei Orgânica, encaminhado ao Legislativo e publicado no Órgão Oficial do Estado de 6/8/1993, que já prevê, no seu art. 89, V, *atribuição que lhe é privativa: “exercer a chefia da assessoria especial da Procuradoria-Geral de Justiça”.*

É inadmissível, pois, aceitar-se o superado raciocínio de que um cargo de tamanha expressão e envergadura em nível institucional e geral, o segundo de nossa hierarquia administrativa, continue equiparado àqueles tratados com *menor* importância pela legislação em vigor (parte final do inciso II, do art. 37, da CF), retirando-se, por conseguinte, do seu ocupante a tranquilidade necessária para desempenhá-lo com as garantias antes preconizadas.

7 DESTITUIÇÕES

Estabelece o art. 128, § 2º, da Lei Maior:

“A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.”

Sobre a matéria em discussão prevê a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93):

“A destituição do Procurador-Geral de Justiça, por iniciativa do Colégio de Procuradores, deverá ser precedida de autorização de um terço da Assembléia Legislativa” (§ 2º, do art. 9º).

A participação do Legislativo na eventual destituição do Procurador-Geral, não deixa de ser um mecanismo de *controle externo* da Instituição, que entendemos conveniente, considerando-se que os Deputados Estaduais, representantes do povo, detêm, através da legitimidade que lhes confere o voto popular, a *autoridade necessária* para a intervenção no procedimento em estudo.

Essa norma de controle da nossa Instituição, em face de tudo que foi exposto, aplica-se, com propriedade, para o ocupante do cargo de Procurador-Geral Adjunto de Justiça. Essa posição guarda estreita coerência com o contido nos arts. 49, III, 51, I e 52, II, todos da Constituição Federal. Para o *maior revigoreamento* de nossa Instituição, devemos unir todos os nossos esforços para buscar, *com determinação*, essa *nova realidade* que pretendemos implantar no mais alto escalão ministerial.

8 CONCLUSÃO

1. O Ministério Público tem por Chefe o Procurador-Geral de Justiça, *eleito* dentre os integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

2. Será considerado eleito Procurador-Geral de Justiça o candidato que obtiver maioria de votos.

3. A eleição do Procurador-Geral de Justiça importará na do Procurador-Geral Adjunto de Justiça com ele registrado, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento.

4. A investidura nos cargos de Procurador-Geral de Justiça e de Procurador-Geral Adjunto de Justiça se dará perante o Colégio de Procuradores de Justiça, no prazo de até 15 (quinze) dias após a eleição.

5. O Procurador-Geral de Justiça e o Procurador-Geral Adjunto de Justiça poderão ser destituídos por iniciativa do Colégio de Procuradores de Justiça, precedida de autorização de um terço dos integrantes da Assembléia Legislativa.

6. Substituirá o Procurador-Geral de Justiça no caso de afastamento, ausência e impedimento temporário, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Procurador-Geral Adjunto de Justiça.

7. O Procurador-Geral Adjunto de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei e/ou delegação, auxiliará o Procurador-Geral de Justiça, sempre que for por ele convocado para tarefas especiais.

8. *Atos das disposições constitucionais transitórias:*

Os Estados adaptarão a organização de seu Ministério Público aos preceitos desta Constituição, no prazo de cento e vinte dias, a contar de sua publicação.

Referências bibliográficas

DIAS, Mário. *Ministério Público brasileiro*. 1. ed., 1942.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 4. ed., 1981.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*, 1958, v. 1.

PINTO FERREIRA. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 4. ed., 1962.

O QUE É “TAXA” DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA? *

MÁRIO ANTÔNIO CONCEIÇÃO

1 SINOPSE

A taxa de iluminação pública é inconstitucional pela ausência dos requisitos autorizativos constitucionais. O serviço de iluminação pública não é específico nem divisível. O Ministério Público enquanto defensor da ordem jurídica tem legitimidade para ajuizar ação para impedir a cobrança da “taxa”.

O art. 145 da Constituição Federal dispõe:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I

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

Vislumbra-se existirem em nosso sistema tributário duas espécies de taxas:

a) *taxa de polícia* e b) *taxa de serviço*.

A *taxa de polícia* refere-se ao exercício do poder de polícia. A *taxa de serviço* é o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma prestação de serviço público diretamente referida a alguém.

Aliomar Baleeiro (1986), em sua festejada obra *Direito Tributário Brasileiro* ensina que “Taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou tem à sua disposi-

* Tese aprovada por unanimidade, com emendas aditivas.

ção, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos”.

A Constituição de 1891 já previa nos arts. 7º e 9º expressamente a definição de taxas, e as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 mantiveram a tradição.

Bilac Pinto, lembrado pelo mestre *Baleeiro* (1986), já defendia que “o característico fundamental da taxa é o de constituir contraprestação de serviços especiais prestados ou postos à disposição do contribuinte”. Lembra ainda que o benefício especial objetivo, mensurável, é condição essencial para que o tributo seja conceituado como taxa. Nesse mesmo sentido temos *Jêze, Trotabas, Seligman, Adolfo Wagner, Francisco Nitti e Giannini*.

Souza Franco, citado por *Aliomar Baleeiro* (1986), diz que taxa é uma prestação tributária (ou tributo) que pressupõe (ou dá origem) uma contraprestação específica, resultante de uma relação concreta (que pode ser ou não de benefício) entre o contribuinte e um bem ou serviço público. Isto é: trata-se de uma receita pública, ligada a relações normalmente de utilidade, entre quem é obrigado a pagá-la e um serviço ou um bem público.

Celso Ribeiro Bastos (1992), ao falar sobre as taxas, as define como a modalidade escolhida pelo Constituinte para permitir a cobrança, pelo Estado, de valores por ele dispendidos em função de uma atividade sua. Considera que a matéria é, do ponto de vista normativo, de uma clareza a não comportar qualquer dúvida entretanto sabemos que a realidade é um pouco diferente. Ainda há dúvidas acerca de seu significado, apesar da Carta Política vigente prever no seu art. 145, II, a definição das taxas.

Roque Carraza (1993) define taxas dizendo serem tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal, diretamente referida ao contribuinte.

Oportuno neste momento considerarmos o alcance da expressão Serviço Público.

O moderno entendimento acerca da abrangência do termo é dado por *Celso Antonio Bandeira de Mello*, citado por *Carraza*, que diz que serviço público é a prestação de utilidade material, fruível, individualmente, sob regime de direito público.

O serviço público pode ser prestado de forma geral ou específica. Se a prestação do serviço tiver como destinatário a comunidade como um todo ou mesmo um grupo de pessoas indeterminadas ou pelo menos indeterminável, estaremos diante de um serviço classificado pela doutrina como *geral, universal ou 'uti universi'*. É o caso, por exemplo, dos *serviços de iluminação pública*, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País, etc. Ao contrário, se o serviço prestado tiver como destinatário uma pessoa ou um número determinado ou pelo menos determinável de pessoas, será classificado como *específico, singular ou 'uti singuli'*. São exemplos de serviços desta natureza os serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de água potável, de gás, de coleta de lixo e muitos outros.

Para tributar-se, via de taxa, o serviço público prestado deve possuir certas particularidades, ou seja, não é qualquer tipo de serviço público que enseja a incidência da taxa de serviço, mas tão-somente aquele serviço que seja *específico e divisível*, conforme comando expresso da 2ª parte do art. 145 da Constituição Federal de 1988.

Podemos de imediato concluir que somente um serviço que seja prestado de forma *específica ou singular* enseja e autoriza a tributação via de taxa.

A devida noção do significado jurídico do vocábulo *específico* já temos, ou seja, *serviço específico* é aquele suscetível de utilização individual pelo contribuinte, conforme lição de *Rui Barbosa* (1988).

Baleeiro (1986) ensina no mesmo sentido: o serviço é *específico* quando pode ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de sua utilidade, ou de necessidade pública, que o justificou; por exemplo, a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial do fogo.

Celso Ribeiro Bastos (1992) diz que específicos são os serviços que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilização ou de necessidades públicas.

Roque Carraza (1993) em seu magistério esclarece que os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado de pessoas. São de utilização *individual e mensurável (g.n)*.

Necessário agora analisarmos o sentido do termo divisível, requisito imprescindível, assim como a especificidade, para a ocorrência da tributação mediante instituição de taxa.

Devemos entender por divisível a possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente, considerada no serviço prestado.

Aliomar Baleeiro novamente esclarece que é divisível (o serviço) quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário, por exemplo, a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, etc.

Celso Bastos (1992) define que o serviço público é divisível quando passível de utilização separadamente por parte de cada um dos usuários. Exemplifica o serviço de água como serviço público divisível.

Carraza (1993), de maneira objetiva, finaliza ensinando que divisibilidade é a possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada.

Não há possibilidade, por exemplo, de separar, e destacar o serviço de iluminação pública em unidades autônomas de intervenção. O motivo é de fácil compreensão. Veja o exemplo: os moradores de uma praça usufruem do serviço de iluminação pública prestado da mesma forma que os cidadãos residentes em outro bairro, mas que por ali transitam diariamente.

Podemos elencar, como exemplos de serviços específicos e divisíveis, os serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento de água potável, de gás, de coleta de lixo, que nos permitem avaliar a utilização do serviço pelo destinatário,

ou seja, é possível através de uma fácil constatação apurar-se quem está utilizando-se do serviço ou ainda quem tem a possibilidade de usufruir daquele serviço posto a sua disposição (potencial).

A diferença entre a *especificidade* e *divisibilidade* chega a ser tênue, pois enquanto a especificidade diz respeito à possibilidade de determinado serviço público ser *utilizado* por uma pessoa determinada ou grupo determinável, a divisibilidade diz respeito à possibilidade de avaliar-se tal utilização, individualmente considerada. A divisibilidade é consectário da especificidade do serviço.

Cumpra agora, finalmente, analisarmos a questão da possibilidade de instituição de “taxa” na prestação do serviço de iluminação pública (taxa de serviço).

Para a instituição da “taxa” de iluminação pública, devemos preliminarmente verificar se a natureza do serviço em tela possui os *requisitos específicos e divisíveis* exigidos pela Carta Política vigente.

De imediato verificamos que o serviço de iluminação pública é um serviço de natureza *uti universi* ou *geral*. É prestado a um grupo indeterminado de pessoas.

Considere a situação de uma movimentada avenida no centro de uma grande cidade. Quem serão os beneficiários daquela iluminação? Com certeza um número indeterminado de pessoas que por ali transitam; logo infere-se que o requisito da especificidade estará ausente nesta hipótese, pois não é possível identificar-se os beneficiários de tal serviço. Nesse caso o serviço de iluminação é prestado a um número indeterminado de pessoas, mostrando ser universal.

Analisemos agora a questão da divisibilidade na prestação de serviço de iluminação. O primeiro obstáculo surge com a dificuldade de aferir-se o *quantum* de iluminação utilizado por cada pessoa que passa por uma rua iluminada ou mesmo o *quantum* que cada morador de uma residência utiliza da luz emitida pelos postes de iluminação. Impossível tal apuração!

Não há possibilidade de avaliar o *quantum* individualmente utilizado por cada morador, dada a inexistência da divisibilidade do serviço, que é um dos requisitos autorizadores e necessários à instituição da taxa em serviço público de iluminação, pois a utilização do serviço é feito por um número indeterminado de pessoas.

O serviço de iluminação pública não é passível de ser prestado *uti singuli* ou *de forma específica*, pois não há possibilidade de avaliar-se a sua utilização efetiva ou potencial tendo em vista sua natureza intrínseca de ser um serviço prestado *uti universi em geral*.

Chegamos à conclusão de que o serviço de iluminação pública não pode ser objeto de tributação via de taxa, por ausência dos requisitos da *especificidade* e *divisibilidade*.

O serviço de iluminação pública, assim como os demais serviços públicos prestados *uti universi* ou *gerais*, devem ser custeados pelos impostos de competência do município como, por exemplo, o ISS, IPTU, etc.

A questão é pacífica nos tribunais do Estado de São Paulo, havendo até mesmo julgados do STF que reconhecem a inconstitucionalidade da instituição da taxa de iluminação pública.

A Jurisprudência inclusive já manifestou-se acerca do assunto:

“Taxa – Iluminação pública – Inconstitucionalidade – Hipótese em que não se cuida de serviço específico e divisível prestado individualmente ao contribuinte ou individualmente por ele usufruído – Benefício genérico, suportado por toda a comunidade, integrante dos serviços gerais que o Estado proporciona ou põe à disposição do povo – Atividade que, portanto, deve ser custeada por impostos – Aplicação dos arts. 145, II, da CF e 79 do CTN – Representação interventiva procedente – Declaração de voto.”**

“A iluminação pública beneficia toda a coletividade e não o proprietário do imóvel lindeiro ao logradouro público iluminado. Não há, no caso, serviço especial e mensurável (g.n.) prestado a determinado contribuinte ou posto a sua disposição, como exigido pelo art. 145, II, da CF, para que a taxa seja lididamente constituída. Tal serviço é genérico, e não específico e divisível. Assim sendo, deve ser suportado por toda a comunidade e, pois, pelos impostos, como integrante dos serviços gerais que o Estado proporciona ou põe à disposição do povo”(Repr. Interv. Inconst. 9.318-0, TP, j. em 15/2/89, Rel.: Des. Marino Falcão).

Vale ainda lembrar que na verdade as entidades políticas tentam de várias formas captar riquezas dos contribuintes para custearem suas despesas; entretanto algumas vezes os meios escolhidos por elas são ilegais e até inconstitucionais, como no presente caso. Chegam até a criar certa espécie tributária com nome diferente na tentativa de enganarem os contribuintes. Expediente antigo e reprovável, porém eficaz, vem sendo utilizado através dos chamados *rótulos*.

Normalmente cria-se certo tributo que possui natureza, por exemplo, de imposto, porém para fugir da rigidez dos impostos o legislador nomeia-o como taxa, e, assim, passa a cobrar um imposto como se taxa fosse. Qual a vantagem? Sem dúvida, o regime jurídico. É mais cômodo e, conseqüentemente, menos desgastante para o fisco tributar via de taxa do que mediante impostos, mesmo porque o rol dos impostos é taxativo, enquanto os das taxas, apesar de serem duas em espécies (taxa de serviço e de polícia), propiciam uma abrangência maior no campo de intervenção estatal desde, é claro, que atendidos sejam seus requisitos autorizativos constitucionais.

Na verdade nenhuma importância tem o nome da espécie tributária criada; o que identifica um tributo de outro é o seu aspecto intrínseco, ou ainda os elementos que integram a norma jurídica tributária.

** TJSP, RT 642/102.

A doutrina, preocupada com o expediente supramencionado, adverte que um tributo não segue a sorte do nome que se queira dar. Não será taxa tão-somente porque assim se o denominou, do mesmo modo que, reciprocamente, como imposto também não há de ser, apenas porque assim batizado.

No mesmo sentido, *Geraldo Ataliba* (1991) ensina que de nada adianta o legislador dar nome diverso às entidades que cria. Os problemas da dogmática não se resolvem pela taxinomia, advertiu *Agostinho Alvim*. Prossegue o mestre baiano dizendo que a designação não confere entidade ao tributo. “A circunstância de o legislador tê-lo batizado de *taxa* não tem a virtude de lhe atribuir tal natureza” (g.n).

A “taxa” de iluminação pública, freqüentemente criada e existente nos diversos municípios brasileiros, na verdade atenta contra a Constituição Federal e diretamente lesa o contribuinte, que paga por algo que não deveria pagar. Isto ocorre na maioria das vezes pelo absoluto desconhecimento dos requisitos constitucionais autorizativos de sua instituição.

O que na verdade acontece com a “taxa” de iluminação é que a mesma assume feições de verdadeiro imposto!! Imposto este que teria a hipótese de incidência “ser proprietário de imóvel que seja servido por iluminação pública” e, ainda o mais grave, “que venha servir-se do serviço de iluminação”. É manifesta violação à ordem jurídica, pois impõe aos contribuintes o dever de pagarem aquilo a que não estão obrigados.

O Estado possui o poder de *imperium*, que significa o poder de impor unilateralmente aos seus jurisdicionados um sacrifício patrimonial a fim de que todos compartilhem com custeio das despesas públicas advindas da realização de obras e serviços públicos. Isto não se discute. O que se ressalta é que esse poder de *imperium* não é ilimitado. Encontra-se limitado pela ordem jurídica materializada pela sua lei máxima, a Constituição de uma nação. Uma vez extravasado estes limites pelo fisco, deve ser restabelecida a ordem jurídica violada.

Independente de outras considerações acerca do regime jurídico submetido os serviços públicos prestados pelo Estado, entendemos estar o Ministério Público legitimado a intervir, a restabelecer o *statu quo* violado pela ação fiscal em exigir dos contribuintes tributo em desacordo com as normas constitucionais, pois a mesma Carta Política que elenca quais os requisitos autorizadores para a tributação das taxas também atribui ao Ministério Público, no art. 127, a *defesa da ordem jurídica e interesses sociais e indisponíveis*.

Podemos afirmar que a instituição e a cobrança de tributo são de interesse público, e sendo assim podemos concluir, conforme escreveu *Teori Albino Zavascki* (1994), que “interesse público como consta no Código de Processo Civil e ‘interesses sociais’, na dicção constitucional, são expressões de significado equivalente. Define o autor serem “interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde como fez *J. J. Calmo de Passos*, referindo-se a interesses públicos.”

Ora, a sociedade considera e exige ser tributada somente naquilo que for legal. Qualquer ação fora da lei praticada pelo fisco, ainda que provoque prejuízos aos contribuintes, deve ser questionada pela instituição responsável em fiscalizar e garantir a ordem jurídica e os interesses sociais e indisponíveis ou público, pois, antes do prejuízo causado à coletividade, há o aspecto da violação da ordem jurídica.

Diferencia-se uma espécie tributária de outra pelo exame de sua hipótese de incidência.

Vejamos então a hipótese de incidência da referida “taxa”, tomando por exemplo a lei municipal de certo município do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe:

“Art 1º Fica instituída a taxa de iluminação pública, sobre o imóvel situado em logradouro já servido de iluminação pública ou que dela venha servir-se, a ser aplicado a partir do exercício de 1991 (g.n)”

O imposto chamado de também *tributo não vinculado* por *Geraldo Ataliba* (1991) caracteriza-se pela descrição de um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal. É tributo não vinculado, porque não vincula-se a uma atuação estatal.

Ora, na espécie temos que basta a existência de um imóvel ser servido ou não de iluminação para que ocorra a incidência da referida taxa. Indaga-se neste momento: qual a contraprestação estatal? Em tese, o serviço de iluminação. Vejamos se esta contraprestação estatal enquadra-se nos requisitos autorizativos das taxas. Conforme exaustivamente vimos, a especificidade e a divisibilidade são imprescindíveis à existência das taxas. Então, por aqueles argumentos mencionados concluímos não ser a “taxa” de iluminação pública verdadeira taxa. Portanto, o serviço de iluminação deve ser custeado pelas receitas advindas dos impostos, apesar da existência de uma contraprestação estatal, que é o serviço de iluminação prestado a toda a coletividade, *uti universi*.

Merece ainda considerarmos que não está impedido o município de tributar o contribuinte mediante instituição da contribuição de melhoria, que possui regime jurídico próprio, desde que presentes a atuação estatal através da realização de obra pública. Por exemplo, instalação de postes de iluminação pública nas ruas de um bairro, e a valorização imobiliária dos imóveis beneficiados por tal obra.

Roque Carraza (1993) sustenta com razão que, em tese, qualquer obra pública que provoca valorização imobiliária autoriza a tributação por meio de contribuição de melhoria.

O sentido de obra pública deve ser entendido como sendo não só construção, edificação, reparação, ampliação ou manutenção de um bem imóvel, como assevera *Celso Antônio Bandeira de Mello*, mas também as obras que, interligadas a serviços, proporcionam um melhoramento nas condições de vida dos cidadãos, tendo sempre como requisito a valorização do imóvel beneficiado. Parece-me intuitivo que a iluminação das ruas de um bairro, além de provocar um melhoramento das

condições de vida do bairro, provoca, sem dúvida, uma valorização imobiliária advinda da execução de uma obra pública.

É importante deixar consignado que as taxas, assim como a contribuição de melhoria, são espécies de tributo e, sendo assim, estão sujeitas aos princípios constitucionais-tributários que atingem aos impostos.

2 CONCLUSÃO

1. A “taxa” de iluminação pública é inconstitucional por ausência dos requisitos constitucionais autorizativos de especificidade e divisibilidade, apesar da existência de contraprestação estatal.

2. O serviço de iluminação pública é prestado a título universal, geral ou *uti universi*.

3. O serviço de iluminação pública deve ser custeado através das receitas advindas dos impostos municipais, por tratar-se de atuação estatal não vinculada.

4. O município pode instituir contribuição de melhoria quando da realização de obra pública, observando-se o seu regime jurídico.

5. A instalação dos serviços de iluminação pública é uma espécie de obra pública que proporciona melhoramento das condições de vida à população, bem como provoca a valorização imobiliária dos imóveis beneficiados pela execução da obra.

6. A taxa, assim como a contribuição de melhoria, estão sujeitas, como os impostos ao princípio da anterioridade.

7. O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública por cobrança ilegal de “taxa” de iluminação em defesa dos interesses dos contribuintes.

Referências bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: RT.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva.
- CALMON, Sacha. *Comentários à Constituição de 1988, sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense.
- CARRAZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros.
- CASSONE, Vitorio. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas.
- CÓDIGO Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva.
- MARCIAL, Eduardo. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.

- . *Revista de Tributos*. São Paulo: Resenha Tributária, v. 1.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: RT.
- Revistas de Direito Tributário, de Direito Público e de Direito Constitucional. RT e Malheiros.
- ROSA JÚNIOR, Luiz Emydio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT.

Comissão II

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO PÚBLICO II

A SEARA DOS INCORRUPTÍVEIS – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL *

FÁBIO TAVARES

O renomado Dr. *Nagib Slaibi Filho*, quando de um Congresso promovido pelo Instituto de Estudos Jurídicos (novembro de 1990, Rio de Janeiro), fez menção a um país no qual os crimes de corrupção ativa e passiva praticamente inexistem, fazendo parecer que qualquer disposição legal acerca do assunto não passa de letra morta, pela inocorrência de condutas típicas no campo prático.

Decerto nenhuma pessoa que se pautar pelo realismo e pela honestidade poderá afirmar que tal país se chama Brasil, terra onde, infelizmente, a realidade é muito outra, como também asseverou o ilustre constitucionalista.

Já de longa data o problema da interpretação dos arts. 317 e 333 do Código Penal vem nos sobressaltando o espírito e se mostrando um tópico sobre o qual devemos nos debruçar com mais atenção. Dúvida não resta tratarmos as condutas descritas nos artigos supracitados de crimes formais, posto verificar-se a consumação já com a mera solicitação de vantagem indevida (corrupção passiva), ou com uma efetiva promessa ou oferecimento (corrupção ativa). Senão, vejamos:

“Art. 317. Solicitar ou receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”

“Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

* Tese aprovada com emenda aditiva.

Vem ocorrendo. no entanto, um problema de ordem prática que inviabiliza um maior número de ações por crimes dessa espécie. Uma corrente majoritária entende que existe maior dificuldade de ver-se consumado um crime de corrupção ativa do que a que realmente se verifica. Surge a impressão, até, de que as duas condutas seriam faces da mesma moeda, tal qual coisa julgada formal e material; com se penalistas do porte de *Damásio E. de Jesus* nunca tivessem afirmado que “poderia haver um só delito para corruptor e corrupto. O legislador brasileiro, entretanto, para que uma infração não fique na dependência da outra, podendo punir separadamente os dois sujeitos, *ou um só*, descreveu dois delitos de corrupção...”¹

Tome-se a hipótese de um funcionário público que solicite, em razão de sua função, vantagem indevida, e o particular solicitado acede, pagando o que lhe é pedido. Cristalino consumado o crime de corrupção passiva, não temos e nem temos dúvidas. Quanto a uma consumação de crime de corrupção ativa, bem, isso não nos parece viável, graças ao que antes já se encontrava no art. 1º do Código Penal (princípio da reserva legal) e hoje, mercê de Deus, está erigido à categoria constitucional.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da reserva legal é uma realidade sempre presente e que não deve ser deslembrada. Ao analisar as normas, o intérprete não pode nunca descuidar-se dos princípios basilares. Em suma, não se nos apresenta como típico o comportamento daquele que paga ante solicitação, nos termos do art. 317. De onde terá surgido a idéia que vaga por faculdades e gabinetes de que pagar, dar, *dare*, possa ser entendida como ensejadora de consumação de um tipo que só apresenta os núcleos oferecer e prometer? Trata-se, evidentemente, de uma analogia *in malam partem*, proibida pelo referido princípio da legalidade.

Na esteira dos ensinamentos de *Delmanto*,² oferecer é pôr à disposição; prometer é obrigar-se, garantir dar alguma coisa. Quem garante dar não deu, quem põe à disposição é porque pode fazê-lo e só o pode quem tem (quem ainda não deu, enfim). Não há, dessa forma, qualquer elementar do art. 330 que aluda à conduta de pagar, ainda que seja em atendimento a solicitação de corruptor passivo. Como já frisamos, a despeito de sua aparência, a corrupção ativa nada tem a ver com a passiva. São coisas absolutamente distintas, tipos autônomos de crimes não bilaterais em sua generalidade. Em termos mais didáticos: um crime não pressupõe o outro necessariamente. Não são eles antônimos de coexistência necessária, como norte e sul.

A ausência quase absoluta de jurisprudência não condiz com a seriedade do tema, tão ocorrente na prática de um Brasil onde muitas repartições públicas são transformadas numa *via crucis* para os dotados de algum escrúpulo. Tal não justifi-

ca, porém, coonestar a condenação de uma pessoa por fato atípico. Felizmente vem de São Paulo o sopro de uma maior lucidez nesse sentido:

“Corrupção passiva – Solicitação de recebimento de vantagem indevida – Renovação de pedido revisional fundado na falta de tipificação do crime – Inexistência de documentos diversos dos já apresentados – Não conhecimento do pedido nos termos do art. 622 do Código de Processo Penal. No crime de corrupção podem concorrer duas modalidades ativa e passiva, ou apresentar-se somente uma delas, pois o art. 333 do Código Penal só pune quem corrompe oferecendo ou prometendo e não quem apenas se limita a ceder ante solicitação de funcionário público.”³

Não obstante o acórdão datar de 1968, mais de vinte anos portanto, nenhum empecilho há ao seguimento de suas orientações, vez que em nada mudou o tipo em discussão desde então, tratando-se de entendimento jurisprudencial embasado em boa (e, a nosso ver, correta) doutrina. Aliás, o voto do ilustre Desembargador *Acácio Rebouças*, nesse mesmo julgado, afastou com invejável maestria qualquer perplexidade que pudesse surgir para o crítico menos cauteloso. Atestou, *in fine*, que só existe uma corrupção (ativa) quando o particular oferece ou promete e o funcionário repele, e também só uma (passiva), quando o funcionário solicita e o particular cede: “neste caso o particular não corrompe, mas é vítima da corrupção alheia”.

Ora, não é outra a *mens legis* senão a de não incriminar quem paga a funcionário público quantia solicitada em razão de sua função, embora indevida. O particular nesse caso não tomou qualquer iniciativa, não ofereceu, não prometeu, não teve a vontade de corromper e muito menos a de lesar a Administração (quanto a não corromper ou não ter a vontade de corromper, lembre-se da máxima “ninguém pode corromper quem já está corrompido”).

O particular que é solicitado em tais situações vê-se na contingência de ceder, mal menor do que aquele que poderá advir de sua recusa, ou seja, ele é corrompido. E aquele que se deixa corromper tem como juiz os ditames da consciência; o que estará em discussão será moral e não direito. É por tais situações que tanto ocorrem agora e tanto ocorriam na época da entrada em vigor do Código Penal, que o legislador preferiu adotar uma “exceção pluralista ao princípio unitário que norteia o concurso de agentes”, nas palavras de *Damásio*,⁴ e não por qualquer descuido ou falta de técnica.

É fato notório que nem todos os funcionários públicos são pessoas prohas e que muitos valem-se de suas funções para solicitar vantagens indevidas, geralmente financeiras, de particulares (entre os quais se incluem os advogados). Estes, especi-

¹ *Direito penal*. 2. ed., 1990, v. 4, p. 199. (Grifo nosso)

² *Código Penal comentado*. 3. ed., 1991, p. 505.

³ TJSP, Revisão Criminal n. 94.375, Rel.: Des. *Mendes França*. *RJTJSP*, v. 7.

⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.* p. 199.

ficamente, ficam entre a cruz e a espada. A espada, de lançarem-se numa batalha pela moralização dos serviços públicos, com o preço de prejudicarem seus clientes, pela insatisfação que terão criado no espírito daquele que é, de fato, o intermediário entre a parte e o juiz; e a cruz, de deixarem-se imolar em suas convicções em prol do que há de mais sagrado para o profissional *ad vocare*, o leal patrocínio dos interesses alheios, sublime missão à qual o próprio texto constitucional se curvou. Pergunta-se: é o advogado que, nessas condições, cede a uma solicitação indevida, um criminoso? O direito diz, através do art. 333, que não; a moral, através da consciência, dirá a cada um, individual e particularmente, o que ela pensa.

A única verdade é apenas esta: enquanto perdurar essa visão ampliativa e inconstitucional do texto legal, perdurará a indesejável situação na qual somente em raríssimos casos terão os magistrados a oportunidade de tocar em autos que digam respeito a crime de corrupção passiva. Isto porque o particular que pagou vantagem indevidamente solicitada por funcionário público não se sente estimulado a noticiar tal fato, pelo contrário, ante o risco de ver-se processado, não obstante não ter praticado conduta típica.

Além de atípica a conduta de quem apenas cede a uma solicitação indevida de funcionário público, representa verdadeiro contra-senso a punição de quem foi corrompido a ponto de pagar o que não devia a quem estava proibido de receber. Ora, condenar o corrompido é semelhante a incriminar o extorquido ou o furtado. Tenha-se em mente que, se por um lado a Administração Pública é vítima no caso do art. 317 do Estatuto Penal, assim também o é o particular, enquanto “vítima da corrupção alheia, quando não oferece nem promete”.⁵

Por tudo quanto foi exposto e pelo muito mais que se poderia acrescentar com mais demorado estudo da matéria, conclui-se que a mera submissão do particular a pedidos indevidos de funcionário público não sujeita quem quer que seja às penas do art. 333 do Código Penal.

CONCLUSÃO

É atípica, portanto, a conduta de particular que somente paga ou fornece qualquer vantagem indevidamente solicitada por funcionário público nos termos do art. 317 do Código Penal, vez que o art. 333 do mesmo diploma não abrange o assentimento àquela solicitação.

DESTINAÇÃO DA COISA ALHEIA MÓVEL DEPOSITADA EM JUÍZO: FORMALIDADES PROCESSUAIS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO *

EPAMINONDAS DA COSTA

A questão que aqui se coloca diz respeito, principalmente, à eventual aprovação pelo Ministério Público de doação de coisas apreendidas em poder de criminosos, cuja posse e/ou domínio pertençam ao lesado ou terceiro de boa-fé, quer se saiba o nome da vítima, quer não se saiba o seu nome.

Para isto, a Secretaria Criminal do Juízo inventariou todos esses bens, ao cabo de certo lapso de tempo, sendo que uma parcela deles carece de correlação processual, e a outra parcela possui os nomes das possíveis vítimas; em seguida, há a promoção do expediente ao Juiz de Direito titular da Vara, o qual vem formular consulta à Corregedoria de Justiça, consulta esta desnecessária, como se verá a diante.

Em resposta à indagação do magistrado, quanto à possibilidade de doação a entidade filantrópica, aquele órgão acaba por condicionar tal ato à aprovação do Dr. Promotor de Justiça”.

De fato, a diretriz geral e normativa capaz de dirimir quaisquer dúvidas, por parte do intérprete do Direito, quanto aos casos concretos em que deva intervir sempre o órgão do *Parquet*, no juízo criminal, pena de nulidade da decisão, acha-se positivada no art. 257 do Código de Processo Penal, assim expressa: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”.

Daí determinar, peremptoriamente, o art. 564, III, d, do precitado diploma legal, que ocorrerá a nulidade do ato judicial, por exemplo, por falta de “... intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública”.

* Tese aprovada por unanimidade, com acréscimo do item 6 da conclusão.

Essa análise se impõe, para indicar a nossa necessidade, como *custos legis*, de preconizar pela incidência de certas normas processuais, sem as quais estaria violado o devido processo legal, por ocasião da doação pura e simples da *res furtiva* a instituições da comunidade local.

Aliás, por isto mesmo chegamos a afirmar, em parecer de nossa lavra, que o eventual descumprimento das diretrizes normativas, por parte do magistrado, constituiria em expropriação ilegítima pelo Poder Judiciário de bens de lesados ou de terceiros de boa-fé.

Ora, como todos nós sabemos, vítimas de furtos, por exemplo, em sua quase maioria – ao contrário do que muitos pensam –, são pessoas pobres, de baixo nível de escolaridade e socioeconômico. Esta condição os impede de reivindicar o próprio direito, até porque em geral têm muito temor para com a Polícia e o Poder Judiciário.

Por outro lado, dentre os *direitos e garantias fundamentais* básicos da República Federativa do Brasil, inclui-se aquele, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, sem destaques no original).

Deste modo, não será a pretexto de omissão das vítimas, em requerer que lhes seja restituída a coisa produto de crimes, possa haver a sua doação pura e simples a outrem, sem o cumprimento das formalidades processuais pertinentes.

Noutras palavras, os bens cuja posse e domínio possam ser deliberados pelo ente estatal, em detrimento do particular, são aqueles enumerados no art. 91 do Código Penal, *mesmo assim ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé*. São eles: os instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; e o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Pois bem, ao tratar da arrecadação das denominadas *coisas vagas*, o legislador processual civil estabelece condições jurídicas, capazes de legitimar o ato final do magistrado.

Curiosamente, este mesmo legislador assevera:

“Havendo fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é o dono ou legítimo possuidor” (art. 1.176, do CPC – os grifos são nossos).

Assim, restando por demais evidenciado e, em certos casos, comprovado que as coisas devidamente enumeradas no respectivo documento da Secretaria do Juízo são da parte lesada, pela ação delituosa de criminosos, incumbe ao magistrado *mandar entregá-las* a quem provar que é o seu dono ou legítimo possuidor, nos termos do supra-referido artigo de lei, que aqui se aplica de maneira indiscutível. A prova

dessa circunstância pode ser obtida no próprio processo-crime pertinente, ou através de designação de audiência para tal fim, já que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, mediante a franquia da ampla defesa e do contraditório.

Deste modo, só após a tentativa concreta, mas frustrada, de devolução da *res furtiva* ao legítimo dono ou possuidor, e com o cumprimento das formalidades prévias da arrecadação, discutir-se-á a possibilidade jurídica ou não da pretensa doação a entidade filantrópica.

O mesmo procedimento será adotado em caso de relação de bens onde não seja possível identificar as eventuais vítimas, isto é, cumpre ao magistrado determinar a lavratura do auto de arrecadação de tais bens, dele constando, nos termos da lei a sua descrição e demais informações, mediante as quais o lesado ou terceiro de boa-fé possa reclamar a sua posse e/ou domínio, tais como a descrição completa da coisa depositada em juízo, o número do feito se existente, data do delito, local, horário, nome do(s) réu(s), nomes de outras vítimas do processo, local e endereço completo onde se achem os aludidos bens. Tudo de acordo com o disposto nos arts. 1.170 e 1.171, do Código de Processo Civil, por força do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, combinado com o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/42).

Em seguida, publica-se o edital, e isto por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de dez dias, a fim de que o dono ou legítimo possuidor a reclame (art. 1.171, CPC). Mas se a coisa for de pequeno valor, o edital será apenas afixado no átrio do edifício do Fórum (§ 2º, do art. 1.171).

Demais disso, estabelece a lei que, “comparecendo o dono ou o legítimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa” (art. 1.172).

Com efeito, essa iniciativa se traduz, em termos práticos, no fortalecimento da credibilidade do jurisdicionado em relação à Justiça, ao lhe ser restituído o bem pertencente a seu patrimônio, e do qual fora ele desapossado injustamente, conforme asseverou, certa vez, o meu ilustre colega, *Valdir Dias*, Promotor de Justiça da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguari-MG, em situação análoga à presente, colocada à sua manifestação. Além disso, ele chegou a defender, com muito acerto e bom senso, a divulgação da lista de tais bens, através da imprensa escrita e falada local, e, em seu dizer, muitas foram as pessoas que apareceram perante o Poder Judiciário reclamando e demonstrando a legitimidade de sua pretensão, com o consequente fortalecimento da confiança delas na Justiça.

Finalmente, vem determinado pelo legislador que, não havendo reclamação da coisa vaga, esta será avaliada e alienada em hasta pública, cujo saldo líquido pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal.

Portanto, inviável se nos afigura, em princípio, a pretensa doação de bem móvel objeto do crime, em situação equivalente à da *coisa vaga*, haja vista que ela, como patrimônio da União Federal, do Estado ou do Distrito Federal, não poderá

ser livremente disposta pelo Poder Judiciário, sem que exista norma legal expressa a permiti-lo.

Todavia, se se mostrar antieconômica a alienação em hasta pública, diante das despesas a serem realizadas para tal fim, bem como o estado geral dos bens, e havendo manifestação favorável do representante da Fazenda Pública, aí, sim, tolerar-se-ia a invocada doação.

CONCLUSÃO

1. A coisa objeto de crime, pertencente ao lesado ou a terceiro de boa-fé, não reclamada por ele junto ao juízo onde se ache depositada, se equipara à *coisa vaga* consoante terminologia do legislador processual civil.

2. Deste modo, a destinação final a lhe ser dada, seguirá as normas contidas nos arts. 1.170 e seguintes do Código de Processo Civil, por força do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, combinado com o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n. 4.657/42.

3. A arrecadação em causa requer, de modo obrigatório, na sua fase final, a intervenção do Ministério Público e das Fazendas Públicas Federal e Estadual.

4. Tais bens, constitutivos da *res furtiva*, não podem ser doados, ainda que a entidades filantrópicas, por falta de amparo legal, até porque eles pertencerão à União Federal, ao Estado ou ao Distrito Federal, na forma da lei, não podendo o Poder Judiciário deles dispor.

5. Entretanto, se se mostrar antieconômica a alienação, em hasta pública, da parcela de bens remanescentes, e havendo manifestação favorável da Fazenda Pública, tolerar-se-á a sua doação a entidade filantrópica.

6. Em se tratando de coisas facilmente deterioráveis, estas serão imediatamente avaliadas e levadas a leilão público, com o produto da venda depositado em conta remunerada à disposição do juízo, até que seja discutida a destinação do produto da venda (art. 120, § 5º, do CPP).

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DO REQUISITO IDADE PARA O CASAMENTO *

MÁRIO ANTÔNIO CONCEIÇÃO

Com a entrada em vigor da Carta Republicana de 1988, todo o ordenamento jurídico que não era incompatível com a nova Constituição passou a existir sob novo fundamento de validade. A doutrina explica o fenômeno afirmando que não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.¹

A Constituição nova *recebe* a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores, se com ela forem compatíveis. É o fenômeno da *recepção*, que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação ordinária.²

A Constituição Federal foi promulgada há mais de cinco anos e continua provocando alterações na legislação infraconstitucional.

É sabido que uma das inovações introduzidas pela Carta Política foi o voto facultativo aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos. Na verdade, o legislador constituinte ao estender este direito aos adolescentes, nessa faixa etária, reconheceu que eles estão aptos a escolherem seus representantes e assim exercerem a cidadania.

O legislador constituinte adotou expressamente a idade de dezesseis anos para que uma certa parcela da cidadania começasse a ser exercida conforme dispõe o art. 14, § 1º, II, c, da CF/88.

Oportuno analisarmos o conceito de *direitos políticos* no qual se inclui a noção de cidadania.

* Tese aprovada com emenda aditiva.

1 TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

2 TEMER, Michel. *Op. cit.*

Celso Bastos³ ensina, invocando Pimenta Bueno, que por *direitos políticos* entende-se como sendo “as prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”.

José Afonso⁴ nos fornece um conceito mais complexo e objetivo ao afirmar que “os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: *direito de voto nas eleições*, direito de elegibilidade (direito de ser votado), *direito de voto nos plebiscitos e referendos*, assim como por outros direitos de participação popular: o *direito de iniciativa popular*, o *direito de propor ação popular* e direito de organizar e participar de partidos políticos” (g.n).

Prossegue o constitucionalista escrevendo que a *cidadania* qualifica os participantes da vida no Estado; é o atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Ainda considera o *cidadão* como sendo o indivíduo que seja titular dos *direitos políticos* de votar e de ser votado e suas consequências.

Analisando o alcance dos conceitos acima mencionados verificamos que é de profunda relevância o direito público subjetivo de natureza política conferido pelo constituinte aos maiores de dezesesseis anos consistentes no *direito de sufrágio*, pois aos jovens maiores de dezesesseis anos de idade é dada a possibilidade de participarem nos destinos da coisa pública, de fiscalizarem a atuação estatal, de externarem suas opiniões, enfim, de serem ouvidos e respeitados acerca de suas idéias. Este direito decorre diretamente do princípio de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos. O constituinte reconhece os jovens na idade de dezesesseis anos como cidadãos e lhes outorga o direito de exercerem uma parcela do poder estatal.

Podemos de imediato concluir que aos adolescentes maiores de dezesesseis anos o Estado reconheceu maturidade o suficiente para iniciar o difícil exercício dos direitos políticos. Isto é muito importante, porque, na medida em que o adolescente torna-se cidadão, ao alistar-se, decorrem inúmeras consequências como, por exemplo, adquire legitimidade para ajuizar *ação popular* (art. 5º, LXXIII da CF/88), que é uma das mais importantes garantias constitucionais colocadas à disposição do cidadão, com o fim de buscar-se a anulação de atos praticados pelo Poder Público que sejam *lesivos* ao patrimônio do Estado, dentre outras. Em suma, a Constituição não cingiu-se à fiscalização do patrimônio público por meio de representantes populares; quis fosse exercida também pelo cidadão brasileiro. Erigiu as-

sim cada um dos cidadãos brasileiros, mormente os jovens com dezesesseis anos de idade, em *defensores* do patrimônio público.

Assim, tanto o homem como a mulher podem tornar-se cidadãos a partir dos dezesesseis anos de idade e usufruírem as consequências de tal *status*.

Analisando o preâmbulo da Constituição Federal, vemos que o constituinte adotou a *igualdade* como valor supremo de uma sociedade ao lado de outros, ao dispor:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade...”.

A Constituição cidadã dispõe no Título I – *Dos Princípios Fundamentais* – Art.3º, os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* que abraçam os princípios de organização da sociedade brasileira, dispondo de forma explícita e peremptória no inciso IV ser um dos *objetivos fundamentais* “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, *sexo*, cor, *idade* e quaisquer formas de discriminação”.

Já no Título II a Constituição dispõe acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo I apresenta os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos começando pelo art. 5º que diz:

“Todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança ...”.

Prossegue a Carta Republicana dispondo no inciso I que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

É nítida a presença do princípio da igualdade em nosso ordenamento constitucional vigente. Como há pouco dissemos, este princípio, além ser um valor ideal do constituinte de 1988, conforme vontade expressa no preâmbulo da Constituição, foi previsto também explicitamente como direito fundamental e individual no art. 5º ao assegurar a *igualdade perante a lei*.

Oportuno tecermos algumas considerações acerca da igualdade prevista na Constituição.

Alguns doutrinadores diferenciam a igualdade no sentido substancial e no sentido formal. A primeira estaria relacionada a um tratamento uniforme de todos homens. Esta igualdade, como bem ensina Celso Bastos,⁵ diz respeito não a um tratamento igual perante o direito, mas a uma igualdade real e efetiva perante os

3 BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 188 et seq.

5 *Op. cit.*

bens da vida. A igualdade no sentido formal é a encontrada em quase todas as Constituições ocidentais, e consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

A igualdade de homens e mulheres já está implícita na idéia de igualdade perante a lei; entretanto o constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, I), que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

José Afonso da Silva⁶ é enfático ao afirmar que não se trata de mera isonomia formal, ou seja, *igualdade perante a lei*, mas de igualdade em direitos e deveres. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens de um lado e mulheres de outro*. Onde houver um homem e uma mulher e qualquer tratamento desigual entre eles, *a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional*.

A igualdade entre homens e mulheres não é absoluta. A própria Constituição prevê certas situações a que a regra supramencionada não se aplica. Não há qualquer contradição nisto, pelo contrário, é técnica constitucional adotar-se tal mecanismo.

Em suma, as discriminações são admitidas desde que feitas pela própria Constituição. Vejamos, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de serviço e de idade que o homem (art. 40, II, e 202, I a III, da CF/88). Essa discriminação encontra amparo na própria Constituição. Ela excepciona a si mesma. Além disso o constituinte entendeu existirem fundamentos fáticos para o descrímen, pois afinal à mulher incumbe as tarefas básicas da casa, pouco ajudada pelo marido, tendo assim uma sobrecarga de serviços maior que os homens. É justo, pois, que seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de serviço e de idade.

A legislação infraconstitucional é diretamente afetada, derogada e até abrogada por essas noções, apesar de muito pouco se falar do alcance e das consequências dos princípios constitucionais diante daquela.

Vejamos a aplicação do princípio da igualdade diante do requisito idade para o casamento previsto no Código Civil.

O Código Civil estabelece, no art. 183, XII, a idade mínima *de dezoito anos para os homens e dezoito anos para as mulheres* para a realização do casamento.

O Código Civil foi elaborado em 1916, tendo entrado em vigor somente em 1917. A sociedade modificou-se depois disso. Novos padrões morais surgiram. Novos valores foram adotados. O Estado brasileiro não é mais o mesmo desde àquela época, pois afinal tivemos quase sete Constituições depois da promulgação do Código Civil.

O Estado sob o qual foi elaborado o Código Civil não mais existe; assim o fundamento de validade do Código Civil, conseqüentemente, passou a ser outro conforme escrevemos no primeiro parágrafo. Devemos compreender a legislação infraconstitucional, e aqui inclui-se o estatuto civilista à luz dos valores adotados pela Carta Magna, bem como dos princípios jurídicos nela vigentes, que, em última análise, externa a vontade de um povo de um novo Estado.

A legislação infraconstitucional foi recepcionada, mas sob novo fundamento. Entretanto, o dispositivo civilista supramencionado não encontrou guarida na nova ordem constitucional.

Viola o art. 5º, I, da Carta Magna, como veremos adiante, o dispositivo previsto no art. 183, XII, do Código Civil. Assim deve-se entender que o dispositivo é inválido em parte, e aqui vale ressaltar que não estamos falando de inconstitucionalidade do dispositivo, como sustentam alguns, quando ocorrem situações semelhantes

Na verdade, a inconstitucionalidade de uma lei pressupõe que a mesma tenha sido introduzida no ordenamento jurídico mediante processo legislativo, ou seja, que a norma tenha inovado a ordem jurídica. Já a invalidade de uma norma diz respeito a sua absoluta inexistência, ou seja, é uma norma que não produz efeitos no ordenamento constitucional novo, não porque contraria a norma superior, mas porque não foi recepcionada pela ordem constitucional e, sendo assim, sequer existe no ordenamento jurídico vigente. É indiferente. É letra morta. Isto ocorre, basicamente, quando a Constituição não recepciona por ser ela incompatível com a legislação infraconstitucional vigente sob a égide da antiga Carta.

A Constituição veda qualquer tipo de discriminação quanto a *sexo*. Não podemos nos olvidar de que esta vedação pressupõe que tanto os homens quanto as mulheres estejam diante de uma situação pertinente, por exemplo, a igualdade no lar e na família. Diante disso não há razão para discriminação. Vejamos, entretanto, uma situação em que o homem e a mulher estejam ante um fato que não seja pertinente a ambos, por exemplo, concurso público para provimento de cargo de carreira em penitenciária feminina. Há discriminação entre homens e mulheres nessa situação? Sim. Essa discriminação é autorizada? Nessa hipótese há um nexo lógico e fático para o descrímen, porque há uma finalidade para a discriminação, qual seja, as carcereiras exercerão funções pertinentes às mulheres, tais como: busca pessoal, revista íntima, inspeções em mulheres criminosas. Nessa hipótese o homem e a mulher não se encontram na mesma situação, por isso é razoável a norma discriminatória quanto ao sexo.

Celso Bastos,⁷ de forma aguda, escreve que só tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito. Apesar de a própria lei ter excepcionado a idade e o sexo como elementos discriminatórios para fins de realização do casamento, veri-

⁶ Op. cit.

⁷ Op. cit.

ficamos que essas diferenças são tidas como irrelevantes diante da ordem constitucional. Afere-se a constitucionalidade de uma discriminação analisando-se a finalidade da norma e o elemento discriminador. Assim, se a finalidade não estiver de acordo com as finalidades implícitas ou explícitas da Carta Magna, será inconstitucional. A análise do *discrimen* por si só não é suficiente para reconhecer-se invalidade ou validade da norma.

José Afonso⁸ esclarece que quando se diz que o legislador não pode distinguir isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas q são iguais sob aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que *iguais* podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. Outrora, realmente o legislador ordinário e o Estado consideravam relevante a *idade e o sexo* para a realização do casamento.

Atualmente, em face da evolução da sociedade e dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, não mais justifica-se a discriminação entre o homem e a mulher no que diz respeito *a idade para fins de casamento*. Basta verificar que Constituição de 1988 facultou aos adolescentes maiores de dezesseis anos de idade, seja de que sexo forem, a tornarem-se cidadãos e a exercerem os direitos político que são tidos como os mais importantes que a pessoa tem diante do Estado.

Ora, se a Carta Política fixou como limite a idade de dezesseis anos para início do exercício da cidadania que demanda, maturidade da pessoa, forçoso é concluir que para o exercício dos demais atos da vida privada também *está a pessoa seja ela homem ou mulher*, apta a praticar outros atos, sejam da natureza que forem, tais como o de contrair casamento com a idade de dezesseis anos, na forma d lei.

É oportuno inclusive considerarmos que o legislador ordinário, ao dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente no art. 1º da Lei n. 8.069/90, definiu juridicamente no art. 2º que “Considera-se criança, para os efeitos desta lei, pessoa até doze anos de idade incompletos, e *adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*”.

Verificamos que a própria legislação infraconstitucional reconhece a maturidade do jovem de dezesseis anos. Voltando à análise de ECA, basta olharmos a Seção III, que dispõe acerca Da Autorização para Viajar, e vemos no art. 83 quão importante direito o legislador outorgou aos adolescentes, ou seja, permitiu que o mesmos viajassem por todo o território nacional *sem mais a necessidade de autorização de seus pais e muito menos judicial*. Por que o legislador assim o fez? Por entender que esses jovens já detêm discernimento e maturidade suficientes par exercerem o direito constitucional de locomoção.

As limitações anteriormente impostas acerca da idade e do sexo tinham fundamento na medida em que o legislador entendia que o homem e a mulher eram

diferentes no que tange à maturidade e à consciência, mas hoje, em face dos princípios constitucionais da igualdade, seja na lei ou perante a lei, expressos na Constituição não mais se justifica a discriminação contida no art. 183, XIII, do Código Civil, que exige idades diferenciadas para o homem e para a mulher contraírem matrimônio.

A regra contida no Código Civil deve ser interpretada consoante o princípio da igualdade; assim, podemos concluir que tanto a mulher como o homem podem casar-se com a idade mínima de dezesseis anos. O art. 183, XII, acha-se revogado parcialmente na parte que exige a idade de dezoito anos para o homem se casar.

CONCLUSÃO

1.A legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição e nela buscar seu fundamento de validade.

2.O Estado reconheceu aos adolescentes, maiores de dezesseis anos de idade, *maturidade* para tornarem-se cidadãos e assim exercerem uma parcela dos direitos políticos elencados na Constituição.

3.Invalidade e inconstitucionalidade são conceitos distintos que devem ser analisados a partir da idéia de inovação da ordem jurídica.

4.A Constituição não veda discriminação entre o homem e a mulher, desde que exista nexo de pertinência lógica e fático para o *discrimen*;

5.O dispositivo previsto no art. 183, XII, do Código Civil não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na parte que dispõe acerca da idade mínima do homem para o casamento.

6.A idade mínima para o casamento prevista no Código Civil diante do princípio da igualdade deve ser entendido como a idade de dezesseis anos, seja homem ou mulher.

Referências bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CÓDIGO Civil. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed., São Paulo: RT, 1989.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁸ Op. cit.

O TIPO DE CULPABILIDADE E A DOSIMETRIA DA PENA *

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A culpabilidade no ordenamento repressivo nacional. 3. A medida da culpabilidade. 4. O tipo de culpabilidade. 5. Tipo de culpabilidade e dosimetria da pena. 6. Conclusão

I INTRODUÇÃO

Segundo os doutrinadores mais autorizados, o Direito Penal brasileiro adotou o princípio da culpabilidade como fundamento essencial e limite para a aplicação da pena. Conforme leciona *Francisco de Assis Toledo*,¹ com as mudanças introduzidas pela reforma de 1984, nosso ordenamento repressivo passou à modernidade sob a égide de um Direito Penal do fato, o que significa dizer que o indivíduo somente deve receber a censura penal em virtude dos atos que efetivamente praticou. Esta consagração do princípio da culpabilidade reconhece ao indivíduo sua qualidade de pessoa capaz de conduzir-se racionalmente no ambiente social. Estabelecendo nítida distinção de tratamento entre a culpabilidade e a

* Tese aprovada com emendas aditivas.

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 72. No mesmo sentido: ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*, p. 42-45.

periculosidade, a nova Parte Geral do Código Penal vincula a pena à culpabilidade do agente, reservando a medida de segurança apenas ao agente tido como perigoso.

A adoção plena do princípio da culpabilidade como fundamento para a aplicação da pena possui como vantagens a ocorrência de uma maior despenalização, com a exclusão da punibilidade de fatos típicos, quando não for possível censurar-lhe o autor, e o estabelecimento de uma dosimetria máxima pela culpabilidade deste.

Nilo Batista² observa que o debate mais atual acerca do tema da culpabilidade se dirige ao encontro de uma noção de “co-culpabilidade”, em que ao mesmo tempo se considere a motivação pessoal do autor de fato punível e a sua concreta experiência social, as oportunidades que lhe foram oferecidas e a assistência que lhe foi prestada. Nesse sentido, a reprovação do indivíduo autor de fato punível deverá se apresentar mais justa, na medida em que se reconheça que a própria sociedade também contribuiu para a ocorrência do fato anti-social. Muñoz Conde,³ nesse sentido, chega a afirmar que “não há culpabilidade em si, mas sim uma culpabilidade com referência aos demais. A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças sociais existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não liberdade. Daí decorre que o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico.”

O exame da culpabilidade, sob o enfoque da teoria de finalista, materializa uma reprovação baseada na valoração que incide sobre a inevitabilidade da determinação de uma vontade contrária ao Direito. Welzel⁴ percebeu o conteúdo da censura da culpabilidade, essencialmente, no descumprimento de deveres jurídicos através de um ato de vontade. O fundamento da reprovação pessoal da culpabilidade reside, assim, no fato de que o indivíduo permitiu a configuração de uma vontade ilícita, quando lhe era possível motivar-se de acordo com a norma jurídica. O juízo de reprovação da culpabilidade pressupõe que o indivíduo detinha o poder de conter-se diante dos impulsos determinantes da prática do ilícito e não o fez. Esclarece o renomado professor da Universidade de Bonn que “*culpabilidad es*

reprochabilidad' de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto 'culpabilidad de voluntad'”.

No entanto, Welzel⁵ entendeu ser possível um juízo de censura da culpabilidade diante do reconhecimento de uma estrutura defeituosa do estrato da personalidade do delinquente. Para essa hipótese, vislumbrou o “delinquente por tendência”, manifestamente referindo-se ao indivíduo que apresenta uma degeneração de caráter. Tal posicionamento representa uma porta aberta à concepção da “culpabilidade de caráter”, e ao retorno do, já ultrapassado, positivismo lombrosiano. Neste particular, a doutrina de Welzel foi merecedora de inúmeras críticas, pois o Direito Penal moderno percebe que o homem deve ser punido pelo que concretamente realizou, não pelo que é.⁶

O Professor Juarez Tavares⁷ adverte, no entanto, que a grande aceitação que o finalismo obteve na atualidade não significa que o Direito Penal brasileiro acatou todas as teses welzelianas. No que diz respeito ao exame da culpabilidade, visando impedir uma reprovação baseada na conduta de vida ou no caráter, os juristas nacionais não concordaram com a teoria alienígena do injusto pessoal. Optaram por realizar um juízo de valor normativo que materializasse uma reprovação sobre o indivíduo que pratica um injusto penal, tendo a capacidade genérica de querer e entender, podendo, diante das circunstâncias em que se encontrava, compreender a ilicitude de seu comportamento e, ainda, sendo-lhe exigível um comportamento compatível com a ordem jurídica. Temos, assim, a apuração da culpabilidade através de um exame objetivo estabelecido pelos elementos gerais da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Aprofundar as discussões sobre o tema da culpabilidade é de suma importância para o Direito Penal, posto que somente através da perfeita dogmatização da noção de culpabilidade será possível identificar a pena justa que concretamente deve ser aplicada aos autores de cada fato punível. Visando alcançar a melhor compreensão do conceito de culpabilidade que é adotada pelo nosso ordenamento repressivo, bem como dos fundamentos teóricos que de maneira mais adequada possam orientar o estabelecimento da “medida da culpabilidade” que fundamenta a dosimetria da pena, nas páginas que se seguem, pretende-se realçar a necessidade de encontrar um conteúdo material para a culpabilidade, de forma a propiciar uma maior justiça quando da aplicação das normas jurídico-penais.

2 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal brasileiro*, p. 105.

3 CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*, p. 128, VELO, Jol Tennyson. *O juízo de censura penal*, p. 65 e 91.

Este autor posiciona-se no sentido de que a fundamentação do juízo da culpabilidade no “poder-agir-de-outro-modo” é inadequado, já que todos os indivíduos imputáveis possuíam este poder.

4 WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 197-198.

5 WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 212.

6 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.* p. 235-236; DIAS, Jorge Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983, p. 253-254. Assevera este autor que “num Estado de Direito, o indivíduo há-de em princípio responder juridico-penalmente pelo facto que praticou, não pelo carácter que possui.

7 TAVARES, Juarez. *Teorias do delito – Variações e tendências*, p. 108 e 115.

2 A CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O primeiro contato com o tema evidencia que o Código Penal brasileiro não determina um conceito para a culpabilidade, mas indica, no art. 59, que a culpabilidade é um dos critérios orientadores da tarefa de individualização da pena. Consultando-se o art. 29, percebe-se, ainda, que a culpabilidade é um juízo de valor que admite graduação, já que, em havendo concurso de pessoas no fato punível, cada uma destas deva receber uma reprovação distinta, tendo em vista a “medida de sua culpabilidade”.

A noção substancial de crime se consolidou na doutrina, através da estratificação analítica tripartida, definitivamente, como uma ação típica, ilícita e culpável.

No que diz respeito à culpabilidade, a teoria normativa, proposta por *Frank* e majoritariamente aceita entre os juristas nacionais, percebeu que a essência da culpabilidade é a “censurabilidade da formação da vontade, portanto, na valoração normativa de uma relação de fato psíquica.”* Essa relação de fato, conforme o ordenamento jurídico em vigor, é percebida através do exame da imputabilidade (capacidade de culpa), que admite uma culpabilidade diminuída nos termos preestabelecidos do parágrafo único do art. 26; do exame do potencial conhecimento da ilicitude do fato, que, em caso de erro, também admite uma reprovabilidade diminuída nos termos preestabelecidos pelo art. 21; e da exigibilidade de conduta diversa que, nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica, conforme os arts. 22 e 65, III, c, podem excluir totalmente a reprovação, ou permitir uma atenuação, resguardados os limites estabelecidos pela cominação do tipo.

Note-se que, conforme o disposto no art. 68, a constatação de uma menor exigibilidade de conduta diversa, quando o fato ocorra sob coação resistível ou ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, caracteriza uma atenuante genérica, que somente poderá ser considerada no segundo momento de aplicação da pena. Da mesma forma, a situação de semi-imputabilidade e a ocorrência de erro evitável, quanto à ilicitude do fato, caracterizam causas de diminuições obrigatórias, que não incidem no momento de fixação da pena base, mas somente no terceiro momento da tarefa de aplicação da pena. Tais aspectos adquirem relevância, na medida em que as atenuantes genéricas não podem reduzir a pena de forma que esta se concretize em termos inferiores aos estabelecidos pela cominação do tipo. Quando se trata de causa de diminuição, no entanto, tal redução já se apresenta possível.

Nos termos do ordenamento jurídico em vigor, pode-se representar os elementos da culpabilidade e os efeitos da exculpação diminuída, conforme o quadro a seguir.

Elementos	Exculpantes	Censura diminuída	Efeitos da censura diminuída
Imputabilidade	Inimputabilidade art. 26 do CP e art. 19 da Lei n. 6.368/76	Semi-imputabilidade – art. 26, parágrafo único, do CP, e art. 19, parágrafo único, da Lei n. 6.368/76.	Causa de diminuição obrigatória, prevista na Parte Especial. Pode reduzir a pena para aquém do limite mínimo
Potencial conhecimento da ilicitude	Erro de proibição inevitável – art. 21 do CP	Erro de proibição evitável – art. 21 do CP	Causa de diminuição obrigatória, prevista na Parte Geral. Pode reduzir a pena para aquém do limite mínimo
Exigibilidade de conduta diversa	Coação moral irresistível ou obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal - art. 22 do CP	Coação moral resistível ou obediência hierárquica a ordem manifestamente ilegal - art. 65, III, c, do CP	Atenuante genérica, que não pode reduzir a pena para aquém do limite mínimo.

3 A MEDIDA DA CULPABILIDADE

A individualização da pena é um direito constitucionalmente reconhecido e deve encontrar no exame da culpabilidade do agente os elementos necessários à justificação da pena que é concretamente aplicada. Se os juízos de tipicidade e ilicitude servem apenas para caracterizar a conduta como punível, é o exame valorativo da culpabilidade do agente que fará determinar o *quantum* de pena a ser aplicada.

O art. 59 do Código Penal dispõe que, para a fixação da pena-base a ser aplicada no caso concreto, o juiz deverá atender “à culpabilidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”. Desta forma, o legislador especificou os critérios orientadores para atividade jurisdicional de individualização da reprimenda penal e, entre estes critérios, consta a culpabilidade do agente. Como a culpabilidade não se apresenta como o único critério para a fixação da pena, a primeira idéia que se apresenta é no sentido de que o homem é reprovado pela prática de um ato determinado, mas a pena que lhe é dirigida será graduada em conformidade com a avaliação que o juiz fizer sobre vários outros aspectos, inclusive exteriores ao fato punível, como os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, que, na verdade dizem respeito ao seu modo-de-vida.

* WESSELS, J. *Direito penal* – Parte geral, p. 86.

O art. 29 do Código Penal, no entanto, ao tratar do concurso de pessoas, dispõe que a incidência nas penas cominadas a determinado crime está vinculada à “medida da culpabilidade” de cada agente. A comparação desses dois dispositivos produz a seguinte dúvida: se a culpabilidade não é a única circunstância judicial, é possível que a pena seja fixada em um *quantum* superior ao estabelecido pela culpabilidade do agente no fato concreto?

Juan Córdoba Roda⁹, dissertando sobre o ponto duvidoso, leciona que o critério da culpabilidade é o regulador essencial da tarefa de individualização da pena e deve impedir que a medida da pena ultrapasse o marco que por ele é estabelecido como justo para censurar o autor de fato punível. Afirma o festejado professor espanhol que o princípio da culpabilidade não permite que sejam tomadas em consideração pressupostos distintos da ação culpável para efeitos de criar ou agravar a responsabilidade penal.

Na Alemanha, o Tribunal Supremo Federal consolidou o entendimento, advindo da “teoria do âmbito de aplicação” ou do “marco penal”, no sentido de que a pena não deve ultrapassar o limite estabelecido pela culpabilidade do agente.¹⁰ Tal postura pretende evitar, primordialmente, que elementos vinculados ao modo de ser do agente possam agravar a reprimenda penal. Nesse sentido, Claus Roxin, alertando para o fato de que a culpabilidade é inadequada para, unicamente, fundamentar a aplicação da pena, percebe, no entanto, que esta presta-se a limitar o poder estatal:

“O fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual. Se se vai mais além e, portanto, se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana. A eficácia protetora deste conceito consiste precisamente em que o particular é para a ordem jurídica a medida de todas as coisas, enquanto tem de responder com a sua pessoa por aquilo em que conceptualmente é culpado. Com o futuro comportamento de terceiros, ele nada tem a ver; se for punido devido a tais comportamentos isso equivalerá, por mais dura que a comparação possa parecer, à responsabilidade pelo acaso ou pela estirpe.”¹¹

Jescheck, um dos maiores juristas da atualidade, percebe que “do princípio da culpabilidade se desprende, em primeiro lugar, que toda pena supõe culpabilidade, de modo que não pode ser castigado quem atue sem culpabilidade (exclusão da responsabilidade pelo resultado) e, em segundo lugar, que a pena não pode sobrepassar a medida da culpabilidade (medição da pena dentro do marco máximo

da culpabilidade).” Assevera Jescheck que “o princípio da culpabilidade serve, antes de tudo, à necessária proteção do delinquente frente a toda a extralimitação do Estado que exerça uma ação repressiva”¹², e “constitui o ponto de referência e limite superior da determinação da pena, porque representa o fundamento de toda a pena pública. Em nenhum caso pode admitir-se, nem por razões ressocializadoras, nem de proteção da sociedade frente ao delinquente perigoso, uma pena superior ao que permite a culpabilidade.”¹³

Os pensamentos de Roxin e Jescheck encontram ressonância em Portugal, nos ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias, ao lecionar que “todo o direito penal há de ser um ‘direito penal de culpa’, no sentido de que esta constitui, se não necessariamente o pressuposto e o fundamento, ao menos o limite da pena e de sua medida.”¹⁴

Entre nós, Alberto Silva Franco¹⁵ afirma que a aplicação concreta da pena não poderá transcender os limites traçados pela culpabilidade do agente, “e sob esta ótica, a culpabilidade protege o delinquente, impedindo que, por razões puramente preventivas, se limite a sua liberdade pessoal mais do que corresponda à sua culpabilidade”.

Por outro lado, continua Roxin¹⁶, se a pena estatal encontra limites na culpabilidade do agente, “é admissível aplicar uma pena inferior à culpa.” Uma conduta culpável somente justifica a aplicação de sanções jurídico-penais quando estas se apresentem necessárias por motivos de prevenção geral e especial. Tal postura, para a concepção retributiva, seria totalmente inviável, posto que representaria uma renúncia de parte do sofrimento penal compensatório. Contudo, se o Direito Penal realmente possui um caráter de subsidiariedade quanto à proteção de bens jurídicos, na tarefa de individualização da pena, o princípio da prevenção geral deve ser entendido em consonância com o da prevenção especial, o que faz com que o limite máximo da pena esteja fixado pela culpabilidade do agente e o limite mínimo seja estabelecido pelas particularidades pessoais deste indivíduo que receberá a sanção penal. Desta forma, conserva-se o princípio da prevenção geral, reduzindo-o, entretanto, às exigências do Estado de Direito, sempre complementado com as peculiaridades próprias ao indivíduo do caso concreto, como quer o princípio da prevenção especial, reconhecidas na sentença. Assim, a correta interpretação dos dispositivos 29 e 59 do Código Penal brasileiro parece apresentar-se no sentido de que a “medida da culpabilidade” do agente estabelece o limite máximo para a fixação da pena. Os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências

¹² JESCHECK, H. H. Tratado de derecho penal, v. 1, p. 30-31.

¹³ JESCHECK, H. H. *Op. cit.*, v. 2, p. 1.197

¹⁴ DIAS, J. Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*, p. 17.

¹⁵ FRANCO, A. Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 272.

¹⁶ ROXIN, C. *Op. cit.* p. 39.

⁹ RODA, Juan Córdoba. *Culpabilidad y pena*, p. 20-21.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 355.

¹¹ ROXIN, C. Problemas fundamentais de direito penal, p. 37-38.

do crime, bem como o comportamento da vítima, se apresentam como circunstâncias que, no caso concreto, podem acarretar a fixação de uma pena inferior àquela estipulada pela culpabilidade do agente. Tal interpretação decorre, ainda, do fato de que, ao contrário do que ocorreu quando da vigência da Parte Geral de 1940, o legislador da reforma penal de 1984, ao elaborar o art. 59, tomou posição explícita no sentido de que a pena deva ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conciliando, assim, a reprovação pela culpabilidade com os anseios de prevenção geral e especial.

No entanto, a culpabilidade apresenta-se como um dos critérios orientadores da fixação da pena-base e, conforme o art. 68 do Código Penal, sobre a pena-base ainda incidirão as considerações que o julgador deverá fazer sobre as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como sobre as causas de aumento e de diminuição. Resta, assim, outra dúvida: as agravantes e as causas de aumento poderão elevar a pena além do limite estabelecido pela culpabilidade do agente no fato concreto? Esta indagação faz com que a reflexão estabeleça, agora, uma comparação entre os arts. 29, 59 e 68 do Código Penal.

Cabe perceber que o art. 29 está inserido no título referente ao concurso de pessoas. O princípio da individualização da pena, fundado na culpabilidade do agente, corretamente aplicado, deve acarretar na distinção das penas a serem aplicadas aos diversos participantes de um mesmo fato crime. Esta distinção que se apresenta na medida das penas que são aplicadas aos diversos indivíduos guarda relação com a culpabilidade de cada qual, que, por ser um juízo de reprovação pessoal, é variável de pessoa para pessoa.

O art. 68 do Código Penal, por sua vez, dispõe expressamente que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” A leitura deste dispositivo faz acreditar que é unicamente a pena-base que está vinculada à culpabilidade do agente do fato punível, já que a culpabilidade é um dos critérios orientadores da tarefa de aplicação da pena, elencados no art. 59. Conforme esse entendimento, já que sobre a pena-base deverá incidir o resultado das considerações judiciais sobre as agravantes e causas de aumento, a pena concretamente aplicada poderia se apresentar acima dos limites estabelecidos pela culpabilidade do agente.

Entretanto, não se pode olvidar que as hipóteses de culpabilidade diminuída projetam seus efeitos por todas as três fases da tarefa de aplicação da pena, e não, unicamente, na fixação da pena-base. Assim, se a responsabilidade decorrente de uma culpabilidade diminuída pode ser concretizada através de operações posteriores à fixação da pena-base, não há obstáculo ao reconhecimento de que uma maior culpabilidade também possa projetar seus efeitos nas operações que se seguem ao momento da fixação da pena-base.

A plena adoção da culpabilidade, como princípio de política criminal, implica, entretanto, na exigência de que as agravantes e as causas de aumento previstas em lei guardem estreita relação com o juízo de censura próprio ao exame da culpa-

bilidade. Se uma agravante ou causa de aumento não representar um critério específico para a aferição de uma maior culpabilidade, poderemos concluir que a culpabilidade não foi adotada como princípio fundamentalmente determinante da graduação da censura penal, e o agente poderá ser punido por sua conduta de vida ou pelo seu caráter.

Nesse aspecto, de todas as agravantes e causas de aumento previstas no ordenamento jurídico nacional, a que recebe maiores críticas é justamente a agravante que se refere à reincidência. No sentido da impropriedade dessa hipótese de agravação da reprimenda penal, alinha-se como principal argumento o entendimento de que a majoração decorrente da reincidência constituiria uma dupla punição por fato anteriormente julgado, que retrata uma reprovação baseada na valoração da conduta de vida do acusado. Contudo, sob um outro ponto de vista, pode-se dizer que ao indivíduo que foi anteriormente advertido sobre seu comportamento anti-social, através de condenação, se apresenta mais exigível que, no futuro, tenha comportamentos compatíveis com a ordem jurídica.¹⁷

As agravantes e as causas de aumento, podendo majorar a pena fixada em um primeiro momento, devem ser entendidas como critérios estabelecidos pelo legislador para graduar a culpabilidade e, por consequência, a pena a ser aplicada ao agente do caso concreto. No entanto, não seria leviano afirmar que, até o presente momento, a doutrina jurídico-penal não foi capaz de estabelecer uma dogmática capaz de estabelecer, com precisão, como encontrar a “medida da culpabilidade”.

4 O TIPO DE CULPABILIDADE

Considerando que a culpabilidade é um juízo de valor que admite graduação, ressalvada a mesma objeção apresentada à teoria finalista quanto à apuração do desvalor do caráter, característico de uma teoria do injusto pessoal, pode-se concluir que a teoria social da ação formula uma estrutura mais adequada para o exame da culpabilidade, com a utilização do conceito de “tipo de culpabilidade.”

Leciona Jescheck:¹⁸

“es objeto del juicio de culpabilidad el modo de formación de la voluntad que conduce al hecho, la cual se halla también determinada por su resultado en forma de dolo o imprudencia, como formas de culpabilidad [...]. Al someter a prueba la culpabilidad se pregunta: de

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1993. v. 1, p. 285. Neste sentido, *Mirabete* afirma existir um “índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide.”

¹⁸ JESCHECK, H. H. *Op. cit.*, v. 1, p. 327.

qué forma ¿se ha producido la voluntad de la acción?, ¿cómo se halla constituida? y ¿puede fundarse en ella un reproche?”

Percebendo uma reprovação pessoal diferenciada para os delitos dolosos e culposos, a culpabilidade vislumbrada pela teoria social da ação apresenta duas formas que decorrem de uma dupla valoração do elemento subjetivo do autor. Esclarece Wessels¹⁹ que “como injusto e culpabilidade se correspondem um ao outro, subsiste uma relação de trocas entre a forma de conduta e a forma de culpabilidade do acontecimento punível. A realização dolosa ou negligente do tipo do injusto constitui, como forma de conduta, o correlato para a forma de culpabilidade estampada pelas ponderações da censurabilidade (= estágios da culpabilidade); à forma de comissão dolosa ou negligente corresponde o tipo de culpabilidade dolosa ou negligente.”

O nosso ordenamento jurídico-repressivo de 1940, sob as influências da teoria causal-naturalista, estabeleceu que a culpabilidade possuiria a possibilidade de graduação, em decorrência do elemento subjetivo do autor, que se apresentava dimensionado através da verificação da intensidade do dolo e do grau de culpa. O pensamento welzeliano, muito embora reconheça que a tarefa de individualização da pena deva considerar tanto os aspectos objetivos como os subjetivos do fato,²⁰ ao realizar a transferência do dolo e da culpa *stricto sensu* para o exame da tipicidade, influenciou o ordenamento jurídico nacional a não fazer as devidas considerações acerca das repercussões do dolo e da culpa no momento do exame da culpabilidade.

No entanto, as colocações de Wessels e Jescheck quanto às repercussões do elemento subjetivo do injusto na culpabilidade são de grande valia para a perfeita adequação da pena ao autor de fato punível. Não se trata, como adverte Jescheck²¹ de estabelecer a reprovação da culpabilidade pela simples imputação subjetiva do fato, mas de dosar essa reprovação em conformidade com os elementos específicos de uma culpabilidade dolosa ou culposa. Para identificar o tipo de culpabilidade, conforme leciona Jescheck,²² somente importa considerar “os elementos adicionais

que caracterizam a culpabilidade de forma específica e não como reflexo dos elementos do injusto.”

Por este raciocínio, a imputabilidade e a potencial consciência sobre a ilicitude do fato não pertence ao aspecto específico de uma culpabilidade dolosa ou culposa, mas unicamente possibilitam a imputação subjetiva do injusto cometido. Esta consideração específica de culpabilidade implica a utilização de critérios diversos para a apuração da exigibilidade de conduta diversa nos delitos dolosos e culposos. Os elementos específicos de cada forma de culpabilidade, assim, devem delimitar tanto o âmbito do punível quanto a graduação desta punição.

A apuração da exigibilidade ou inexigibilidade de determinada conduta diante das circunstâncias do caso concreto não se apresenta como tarefa fácil. De início, cabe notar que a exigibilidade de conduta diversa não pode ser meramente um conceito jurídico abstrato. É essencialmente importante que a exigibilidade de conduta diversa, como elemento da culpabilidade, seja identificada por uma noção material, que possa vincular a atividade de dosimetria da pena a critérios objetivos.

Por outro lado, a inexigibilidade de conduta diversa é entendida pela doutrina majoritária como um princípio de Direito Penal, intimamente ligado ao problema da responsabilidade pessoal, que prescinde de previsão legal expressa.²³ Como observa Tennyson Velo,²⁴ “a inexigibilidade de conduta diversa apresenta um aspecto da consciência social. É um princípio geral, guia do ordenamento jurídico-penal. A ordem jurídico-penal foi possível reproduzir positivamente algumas situações, onde não está autorizada a punição exatamente em respeito a este espírito do sistema. Não existe, porém, uma norma positiva geral, suficiente para compreender todas as hipóteses onde a ‘inexigibilidade’ deverá ser operante. Como consignou Baratta, as normas positivas não conseguem satisfazer todo o conteúdo deontológico dos princípios gerais.”

Assim, à jurisprudência incumbe o importante papel de compatibilizar as deficiências normativas, quando no trato desta causa de exculpação, com as peculiaridades do indivíduo envolvido no caso concreto. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, em acórdão da lavra do eminente Ministro Assis Toledo, já decidiu que é possível defender a tese da ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa, em crime de homicídio doloso, desde que na apresentação dos quesitos ao júri estes se refiram a fatos e circunstâncias determinadas, e não a mero conceito jurídico.²⁵

Sobre a questão, o próprio Welzel²⁶ fornece exemplos bastante significativos para a compreensão da necessidade de estabelecer critérios objetivos para graduação da censura penal, ao afirmar que um delito culposos de trânsito deve ser mais

19 WESSELS, J. *Op. cit.*, p. 89. DIAS, Jorge Figueiredo. *Op. cit.*, p. 265/266. Este autor, muito embora reconheça que “o dolo seja uma expressão de uma atitude pessoal contrária ou indiferente e a negligência expressão de uma atitude pessoal descuidada ou leviana perante o dever-ser jurídico-penal; e, nesta parte, eles são elementos constitutivos, respectivamente, do tipo-de-culpa doloso e negligente”, observa que a dupla valoração em verdade ocorre na realização de um exame para a ilicitude e outro para a culpabilidade, sendo que estes, reunidos, concorrem para a modelação completa do dolo e da negligência.

20 WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 354.

21 JESCHECK, H. H. *Op. cit.*, v. 1, p. 646. O autor ressalta que não se pode desprezar a distinção entre o injusto e a culpabilidade, e este último exame deve levar em conta elementos adicionais, que na oportunidade da identificação típica não puderam trazer quaisquer consequências de graduação.

22 JESCHECK, H. H. *Op. cit.*, v. 1, p. 646-647.

23 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 328.

24 VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 72.

25 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 329. REsp. n. 2.492-RS.

26 WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 354.

severamente apenado quando o tráfico se apresenta mais intenso. Nessa hipótese, a atenção ao dever objetivo de cuidado se apresenta mais exigível do que quando ocorre a circunstância de trânsito menos intenso.

No que diz respeito ao delito doloso, o renomado professor da Universidade de Bonn percebe que este raciocínio diferenciado também é válido para identificar uma menor culpabilidade de um autor de fato punível quando este se verifica em um período de crescimento estatístico da prática de um determinado delito, considerando o perigo e o poder de influência da imitação de determinadas condutas humanas, ao serem percebidas pelos indivíduos pertencentes ao mesmo grupo social em que elas se verificam.

A culpabilidade, como nos esclarece *Muñoz Conde*,²⁷ deve ser analisada sob um prisma dialético, na medida em que não pode materializar uma reprovação baseada em critérios puramente abstratos, desvinculados de uma consideração concreta sobre a ação punível e sua relação com o momento histórico no qual se apresentou como violadora dos interesses sociais predominantes.

O fundamento material da culpabilidade, assim, deve ser reconhecido na capacidade de motivação do indivíduo de acordo com as exigências normativas. Nessa consideração, a valoração do juízo de censura da culpabilidade deve se apresentar variável em decorrência das peculiaridades do agente do caso concreto em suas relações com um injusto doloso ou culposos que tenha cometido. Como adverte *Pierangeli*,²⁸ no exame da culpabilidade não se verifica a existência de um estado anímico determinado, mas realiza-se uma valoração sobre uma atitude do autor, anterior à prática delitiva, que evidencia a possibilidade de uma disposição interna de acordo com a norma jurídica.

A verificação prática da variabilidade da censura penal, em razão da exigibilidade de conduta diversa, característica do exame da culpabilidade, traduz um dos problemas mais sérios que o Direito Penal moderno deve enfrentar. *Jorge Figueiredo Dias*,²⁹ acompanhando o posicionamento de *Muñoz Conde* sobre a inadequação das teorias que fundamentam a censura da culpabilidade em uma noção abstrata de “poder-agir-de-outro-modo”, leciona que “o ‘poder de agir de outra maneira’ em que se traduz a liberdade consubstancial ao conceito de culpa, há-de ser comprovável, não apenas na perspectiva ‘teórica’ geral de saber se um tal poder se dá, mas também na perspectiva prática de saber quando e em que medida se depara com ele, como capacidade real de uma pessoa concreta, na situação. Pois só

assim se obterá um critério exequível, e a esta luz indispensável, para distinguir ações culposas de ações não culposas, ações mais culposas de ações menos culposas. É hoje porém reconhecido, por parte de círculos cada vez mais amplos, que este caminho não pode ser perseguido com êxito. A afirmação de uma concreta capacidade de escolha na situação – quando não seja contraditória com a própria ideia de liberdade – é absolutamente inverificável e por ninguém poderá ser avançada de forma responsável.”

Reconhece o renomado professor que a sistemática doutrinária da culpa vivencia uma nova fase de crise generalizada,³⁰ em que sérias dificuldades se apresentam para conciliar um conceito substancial de culpa aos princípios político-criminais que, com base nas premissas de um Estado Democrático de Direito, pretende ao mesmo tempo atender aos anseios de prevenção do crime e proteção da liberdade individual. Note-se que em respeito à liberdade e à dignidade humanas impõe-se que a culpabilidade possa justificar, de forma plena, a pena que concretamente lhe é aplicada. Nesse sentido, *Figueiredo Dias* percebe que as teorizações atualmente em discussão sugerem que a solução para as questões dependerá da possibilidade, ou não, de se considerar a liberdade do homem em um plano diverso do plano da vontade do conseqüente poder de agir de outro modo.

Entendendo que as teorias psicológica e normativa da culpabilidade não puderam definir com precisão o conteúdo da censura penal, *Figueiredo Dias*³¹ defende que o conteúdo material da culpabilidade é um juízo de desvalor que incide sobre a personalidade do agente do fato punível, é “o ter que responder pela personalidade que fundamenta um ilícito-típico.” Escreve o professor português sobre um “tipo de personalidade”, que representa a expressão da decisão do homem sobre si mesmo, pressupondo a sua distinção em relação à noção naturalista de personalidade, e que ainda não poderia ser confundida com o caráter.

A personalidade a que se refere *Figueiredo Dias* possui um substrato ético que contém o caráter, mas seria ainda algo mais. É “o princípio pessoal que perpassa todo o concreto humano e lhe confere sentido.” O juízo de censura da culpabilidade proposto por este autor seria, assim, delimitado pela “medida da desconformação entre o valor da personalidade documentada no facto e a essência de valor da

27 CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 128. Com base nesse raciocínio, Muñoz Conde apresenta seu conceito material de culpabilidade, que admite o estabelecimento de um tipo de culpabilidade, como nas proposições de Jescheck e Wessels.

28 PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 116.

29 DIAS, J. Figueiredo. *Op. cit.*, p. 245-246. No mesmo sentido: CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 128.

30 DIAS, J. Figueiredo. *Op. cit.*, p. 233-55. Este autor assinala que, no momento atual, a política criminal alcançou e estabeleceu novas relações com a dogmática e o sistema jurídico-penal. Se no contexto tradicional as exigências político-criminais deveriam amoldar-se aos requisitos conceituais-sistemáticos da noção de crime, hodiernamente, a política criminal se apresenta com autonomia e transcendência em relação à dogmática e ao sistema jurídico penal, sendo competente para demarcar os limites últimos da punibilidade.

31 DIAS, Jorge Figueiredo. *Op. cit.*, p. 261-262. Este autor trabalha com a conceituação de Guardini, para quem a personalidade é “a forma viva fundamental do indivíduo humano por oposição a todos os outros”. No mesmo sentido, VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 93.

personalidade suposta pela ordem jurídico-penal”, de modo que a comprovação da culpabilidade dependeria sempre de um processo “análogo”, em que o agente real seria comparado à uma construção pressuposta.

Na verdade, uma avaliação da personalidade de outrem, assim proposta, somente poderá considerar os dados obtidos através da interpretação das manifestações exteriores de uma personalidade que, afinal, não se poderá conhecer precisamente os contornos. O processo analógico sugerido pressupõe que as manifestações exteriores do acusado sejam comparadas às manifestações exteriores reconhecidas a um “tipo de personalidade” que, sendo estabelecido pelo juiz do caso concreto, tende a lhe ser semelhante.

A possibilidade da ocorrência de uma interpretação errônea das manifestações exteriores analisadas é significativa, e a este problema se acrescenta os relativos ao juízo de confronto que se realizará em relação à “personalidade ideal”.

Por outro lado, esta sistematização teórica sempre apresentará o perigo de servir de lastro aos interesses das ideologias estatais autoritárias, que, através do desvirtuamento do Direito, alcançam legitimar suas atuações repressivas.

Embora não aceitando as teorias do “direito penal da atitude interior”, a principal solução encontrada pelos doutrinadores nacionais situa-se na utilização de uma consideração “abstrata” da exigibilidade de conduta diversa, em que o indivíduo alvo das atenções seja comparado à compreensão que se possa ter sobre um “tipo ideal” de homem que se lhe assemelhe, ou, ainda, a um tipo de “homem médio”; cuja noção seria objetivamente preconcebida, para analisar o poder de escolha que do agente concreto poderia esperar-se ou exigir-se.³² A comparação que se pretende estabelecer é entre o “poder-de-agir-de-outro-modo” do agente do caso concreto com o “poder-de-agir-de-outro-modo” de um “homem médio”.

Tal solução é manifestamente insatisfatória, posto que, de mesma forma que a proposição de *Figueiredo Dias*, a amplitude do “poder-de-agir-de-outro-modo” do agente real é de difícil, senão impossível, demonstração. A punição do indivíduo também se apresenta vinculada ao resultado obtido por processos analógicos que admitem uma grande possibilidade de erro e fazem com que o julgador transforme-se em verdadeiro legislador, ao conferir-lhe poderes para estabelecer os parâmetros do “tipo de homem médio” que lhe servirá de lastro para as suas conclusões.

Diante da complexidade do problema, o tipo de culpabilidade vislumbrado pela teoria social da ação se apresenta como um elemento capaz de estabelecer um referencial seguro para o início de um desenvolvimento teórico que vise alcançar uma noção material para a culpabilidade, qual seja, o injusto. Considerar o fato como punível a título de dolo ou culpa é o passo inicial para identificar os critérios delimitadores de um maior ou menor juízo de censura penal, diante das circunstâncias do caso concreto.

A apuração do conteúdo material da culpabilidade implica o reconhecimento do valor maior de garantia da dignidade humana, na tarefa de aplicação da pena. Cabe perceber, com *Muñoz Conde*,³³ que “o fundamento material da culpabilidade deve ser buscado na função motivadora da norma penal [...]; o importante não é que o indivíduo possa escolher entre várias ações possíveis: o importante é que a norma penal o motive, com seus mandamentos e proibições, a abster-se de realizar uma dessas várias ações possíveis, que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça de uma pena.”

Como a personalidade individual e o “poder-de-agir-de-outro-modo” não podem ser absolutamente compreendidos e analisados, somente suas manifestações exteriores podem ser percebidas e interpretadas de forma a possibilitar um juízo de censura penal. Nesse sentido, a finalidade do agente, que emerge dos atos que praticou e fundamenta inicialmente o juízo de tipicidade, deve também ser analisada como uma graduável disposição violadora dos valores juridicamente protegidos, em uma perspectiva que considere suas peculiaridades individuais e sociais, para a realização do juízo de censura da culpabilidade. A única comparação que se apresenta possível realizar é aquela que se estabelece entre a finalidade do agente, agora em uma perspectiva que considere as motivações advindas de suas experiências sociais, e a finalidade protetiva da norma jurídica violada.

5 O TIPO DE CULPABILIDADE E A DOSIMETRIA DA PENA

*Jescheck*³⁴ leciona que a figura do delito (*Deliktstypus*) é uma representação que compreende todos os elementos necessários à punição de um indivíduo, tendo em vista os atos que cometeu. A figura do delito materializa uma relação existente entre um tipo de injusto e um tipo de culpabilidade, sendo que no primeiro se encontram reunidos os elementos que expressam o sentido de proibição da norma jurídica, e no segundo os fatores que possibilitam realizar uma censurabilidade do indivíduo por sua atitude interna diante do mandamento legal.

A distinção entre a forma de culpabilidade dolosa e culposa resulta da adoção de um conceito material de culpabilidade, que não se esgota na mera enumeração das causas que autorizam a imputação subjetiva do fato, mas sim na realização de um juízo de valor sobre a atitude do indivíduo em face da ordem jurídica.

*Wessels*³⁵ esclarece que, da mesma forma que a realização do fato típico constitui um indício da ocorrência de um injusto, o dolo do tipo se apresenta indiciário de uma culpabilidade dolosa. A realização culposa do tipo, por sua vez, apresenta como um indício de uma culpabilidade culposa. Na verdade, a adoção

³² CONDE, Francisco Muñoz. *Op. cit.*, p. 130.

³⁴ JESCHECK, H. H. *Op. cit.*, v. 1, p. 645/647.

³⁵ WESSELS, J. *Op. cit.*, p. 90.

do princípio da culpa implica que a culpabilidade do autor deva estar intimamente ligada ao fato injusto concreto que cometeu.

A concepção social da ação, em sua peculiar noção de tipo de culpabilidade, possibilita o estabelecimento de critérios seguros para a graduação da censura penal, na medida em que vincula o juízo de reprovação da culpabilidade do agente ao mandamento legal determinado pelo tipo de injusto que cometeu.

Admitindo-se a impossibilidade de comprovação, ou demonstração, do “poder-de-agir-de-outro-modo” e da “personalidade” do agente no caso concreto, o juízo de censura da culpabilidade somente se apresentará viável na medida em que trabalhe com os dados de uma realidade perceptível através das manifestações exteriorizadas pelo agente. Os atos praticados pelo agente do caso concreto, ao serem analisados pelo julgador, fazem inferir a finalidade que os motivou e possibilitam a realização do juízo de tipicidade. Essa mesma finalidade, agora submetida a uma valoração que considere as peculiaridades do indivíduo e de suas relações sociais, pode servir de instrumento para o juízo de culpabilidade, ao ser contraposta à finalidade protetiva da norma jurídico-penal violada.

A consideração valorativa da finalidade que se realiza no exame da culpabilidade deve ser mais ampla do que aquela que se realiza no exame da tipicidade, justamente porque implicará em uma graduação da censura que se expressa através da pena.

As peculiaridades do indivíduo e de suas relações sociais são fatores determinantes na configuração de sua vontade delitiva, por isso devem influir na graduação da reprovação que lhe será dirigida. Assim, conteúdo material da culpabilidade deve ser apurado do confronto entre a finalidade do agente, sob uma perspectiva social, e a finalidade protetiva da norma jurídica inobservada.

Considerando a forma de culpabilidade, dolosa ou culposa, própria ao fato punível em análise, é possível estabelecer critérios, de natureza objetiva ou subjetiva, que possam orientar o julgador na tarefa de individualização da pena, identificando as situações em que se apresente mais, ou menos, exigível ao indivíduo um comportamento compatível com a ordem jurídica. Note-se que as modernas doutrinas penais desvincularam a aplicação da pena aos critérios de natureza meramente retributiva, para buscar alcançar uma relação equilibrada entre a retribuição da culpabilidade, a prevenção geral e a prevenção especial.

Nessa linha de raciocínio, podemos entender por que as agravantes alencadas no art. 61 do Código Penal, com exceção da reincidência, somente podem ser aplicadas aos delitos dolosos. Nessas hipóteses, o legislador entendeu ser mais exigível ao indivíduo que tivesse se contido diante dos impulsos tendentes à prática delitiva. Da mesma forma considerando os delitos negligentes, a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, retrata uma maior censurabilidade, tendo em vista que, nesses casos, ocorre uma maior exigibilidade de um comportamento cuidadoso.

No entanto, como alertou *Tennyson Velo*,³⁶ a ordem jurídica penal reproduziu positivamente apenas algumas situações, em que se coloca claramente a questão da exigibilidade de conduta diversa, sendo certo que não existe uma norma positiva geral sobre o tema. Nada impede, portanto, que o julgador perceba no caso concreto outras situações que, embora não previstas de forma expressa no ordenamento jurídico, possam aferir a ocorrência de uma maior ou menor exigibilidade de realização de uma conduta diversa.

No exame da culpabilidade pertinente aos injustos dolosos, várias circunstâncias, de natureza objetiva ou subjetiva, podem estabelecer parâmetros que viabilizem uma graduação da censura penal, diante da verificação de uma determinada motivação pessoal do agente para contrariar o ordenamento jurídico e violar o bem jurídico que por ele é protegido. Tenha-se como exemplo a boa situação financeira de um indivíduo acusado da prática de um delito patrimonial. Na culpabilidade pertinente aos injustos culposos, de mesma forma, diversas são as circunstâncias que podem evidenciar uma maior ou menor exigibilidade de atenção aos deveres objetivos de cuidado. Note-se que nos crimes culposos, em especial, a fundamentação necessária à graduação da censura penal se apresenta com maior complexidade, e a melhor visualização da questão depende da perfeita ligação que o julgador estabelece entre as noções de exigibilidade de conduta diversa e inobservância de um determinado dever de cuidado. A pouca luminosidade em uma rodovia onde ocorre um sinistro, por exemplo, antes de eximir de culpa o agente, deve demonstrar uma maior exigência de cuidado para a condução de veículos.

Sendo a inexigibilidade de conduta diversa um princípio geral do Direito Penal, guia do ordenamento jurídico, o julgador, para graduar a censura penal, deve realizar um juízo valorativo sobre o confronto existente entre a finalidade do agente, demonstrada no fato que cometeu, considerando-se suas peculiaridades individuais e experiências sociais, e a finalidade protetiva da norma jurídica violada, para concluir por uma maior ou menor exigibilidade de um comportamento diverso. É somente a graduação dessa exigibilidade que, fundamentando um conceito substancial de culpabilidade, poderá identificar a justa “medida da pena”.

Considerando as questões abordadas, pode-se concluir que o tema da culpabilidade, apesar da grande importância que lhe é reservada pelos estudiosos da teoria do crime, não se apresenta lastreado por uma sistematização doutrinária perfeita e acabada. Nesse sentido, *Tennyson Velo* chega a afirmar que “o finalismo não teria proposto uma dogmática perfeita. Nova evolução seria necessária, mas agora fortemente influenciada por visões político-criminais.”³⁷

No entanto, o “tipo de culpabilidade”, formulado pela teoria social da ação, pode contribuir de maneira significativa para desenvolver uma conceituação mate-

³⁶ VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 72.

³⁷ VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 18.

rial para a culpabilidade que, conforme os anseios de *Figueiredo Dias*,³⁸ apresente uma fundamentação axiológica compatível com uma sistematização dogmática adequada a atender às exigências de política criminal.

O conceito analítico de crime adotado pelo ordenamento jurídico guarda estreita relação com a atividade de individualização da pena, no sentido de que a medida desta será sempre determinada pelos contornos do conceito de culpabilidade. A adoção do tipo de culpabilidade, elaborado pela teoria social da ação, e de um critério comparativo baseado na finalidade social da ação, presta-se a impedir a preponderância da utilização de critérios meramente subjetivos, baseados na personalidade ou no poder individual, desvinculados dos critérios objetivos de dever social, para o estabelecimento da responsabilização penal. Afinal, a tarefa de individualização da pena somente poderá se apresentar com justiça na medida em que o julgador do fato punível concreto aproxime o texto frio da lei aos contornos dinâmicos da realidade social, de modo que a aplicação da pena respeite as peculiaridades do indivíduo, e de sua vivência social, em sua relação com os valores protegidos pela ordem jurídica.

6 CONCLUSÃO

1. O princípio do direito constitucional de individualização da pena pressupõe que o julgador considere as particularidades individuais do condenado em sua relação com um mandamento legal determinado. Nesse sentido, a justa aplicação da pena depende da exequibilidade de um conceito material de culpabilidade, em que a exigibilidade de conduta diversa se apresenta como elemento ainda carente de maior compreensão.

2. O tipo de culpabilidade representa uma evolução na teoria do delito que possibilita realizar a tarefa de dosimetria da pena de forma mais justa, na medida em que o exercício da atividade valorativa própria ao exame da culpabilidade se verifica em relação a um mandamento normativo determinado pelo tipo legal, bem como que, considerando esse mandamento, as particularidades do indivíduo são melhor analisadas para determinar se lhe era possível exigir um comportamento diverso e, ainda, qual a graduação dessa exigência.

3. Considerando insuficientes as teorias que fundamentam o conteúdo material da culpabilidade na personalidade ou no poder individual de agir de outro modo, somente se apresenta possível estabelecer uma comparação entre a finalidade do agente, sob o prisma de uma consideração social, e a finalidade protetiva da norma jurídica por este violada, para estabelecer o grau de exigibilidade de um comportamento diverso e a medida da pena a ser aplicada.

4. Nas ações penais condenatórias em que a pretensão punitiva é satisfeita, o Ministério Público possui legitimidade para recorrer visando ao aumento da pena e quando não importe em classificação típica, os elementos da exigibilidade de conduta diversa poderão fornecer subsídios para sustentar uma maior censurabilidade.

Referências bibliográficas

- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- CONDONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. Coimbra: B. Jurídica Coimbra, 1983.
- FRANCO, A. Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- HÄSCHKE, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1993, v. 1.
- MIRANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- RODA, Juan Córdoba. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch, 1977.
- ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito – Variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- VILO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- WILZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yáñez Perez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.
- WISSELS, Johannes. *Direito penal – Parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

38. DIAS, Jorge Figueiredo. *Op. cit.*, p. 238.

Comissão III

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO I

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS LEGIS* E O INTERESSE EM RECORRER *

ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA

Sumário

I. Escorço histórico. 2. Atuação do Ministério Público no Código de Processo Civil de 1973. 3. O Ministério Público e o direito de recorrer. 3.1. O Código de Processo Civil de 1939 – O Código atual. 3.2. Posições doutrinárias e jurisprudenciais que distinguem legitimidade e interesse em recorrer. 3.3. Doutrina e jurisprudência que não fazem distinção entre legitimidade e interesse em recorrer. 3.4. Opiniões doutrinárias sobre o interesse do Ministério Público em recorrer como fiscal da lei – A posição de Barbosa Moreira. 3.5. Síntese do autor. 3.6. A Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça – Interpretação. 4. Conclusão.

I. ESCORÇO HISTÓRICO

Surgido, pela primeira vez, no direito francês, como procurador do rei (*les gens du roi*), o Ministério Público, em uma visão histórica, passou da posição de simples apêndice do Poder Executivo, sempre na defesa do interesse estatal, para autêntico representante da lei, corporificando os valores mais fundamentais ou transcendentais da sociedade, atuando “como órgão do interesse público, tomado esse termo em sua acepção mais lata e impessoal.” É, assim, como diz *Chiovenda* “L'organo dell' interesse pubblico a ll' attuazione della legge”, como anota *Edson*

* Tese aprovada por unanimidade, com emendas aditivas.

Prata,¹ ou no dizer de *Enrico Tullio Liebman*,² “órgão instituído para promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública,” esse promover tão essencial que obriga a própria atividade ministerial. O certo é que, com o passar dos anos, o *Parquet* afastou-se do ponto inicial, estando hoje erigido, em nosso ordenamento jurídico, pelo próprio legislador constituinte, à condição 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 (art. 127, da CF/88).

2 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

No processo civil, o Ministério Público age como parte (CPC, art. 81) quando legitimado por um texto legal, v.g., ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único do CC), propositura de ação rescisória (art. 487, III, do CPC), abertura de inventário (art. 988, VIII, do CPC) e outros, ou como fiscal da lei (CPC, art. 82), sempre em defesa do interesse público, promovendo a aplicação da lei, atuação explicitada, em síntese admirável, nas palavras de um jurista francês do século passado – *Alglave* –, lembrado pelo Ministro *Cordeiro Guerra* em aula proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 19/11/79, promoção das Associações dos Procuradores da República e dos Juízes Federais, *verbis*:

*“Se mission est d’éclairer les juges, de faire entendre après les plaidoiries contradictoires des parties adverses une voix impartiale et désintéressée. Il examine les circonstances de la cause ainsi que les questions de droit que s’y trouvent engagées, et donne son avis, ses conclusions, en faveur de celle des parties dont les prétentions lui paraissent fondées. On pourrait donc, dans ce cas, comparer le Ministère Public à une autorité consultative et son réquisitoire à un rapport.”*³

Essa é a função mais comum no foro e vem discriminada em três incisos do art. 82, do Código de Processo Civil:

“Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesse de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade;

III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

A enumeração é meramente enunciativa, podendo surgir outros casos de intervenção em leis especiais, v.g., mandado de segurança, ação popular, falência, concordata, habilitação para casamento, ações acidentárias e outras.

Os dois primeiros incisos estão ligados a situações especiais: incapacidade do interessado para manifestar livremente sua vontade e questões de família (estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade). O último é mais abrangente e suscita maiores controvérsias. Muito se tem discutido em que consiste o interesse público que justifique a intervenção ministerial.

Observa *Frederico Marques* que este “é evidenciado pela natureza da lide em causas em que a aplicação do direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelos litigantes, mas, ao contrário, devem alcançar valores

mais relevantes que tenham primado na resolução processual do litígio”.⁴

Em tais casos deve o *Parquet* atuar, em nome próprio, na defesa de interesses que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos, velando pela correta aplicação da lei no caso concreto, pugnando por uma sentença justa em defesa da ordem jurídica

Com efeito, a atuação deverá ser essencialmente dinâmica, participando da produção das provas, juntando documentos, requerendo diligências necessárias ao descobrimento

das decisões, sempre propugnando em favor de quem tem a seu lado o interesse público ou assumindo posição contrária a ambos os litigantes, impedindo os efeitos de acordos ou conchavos contrários ao espírito da lei, enquanto “o juiz, normalmente permanece inerte e se coloca *super partes*, com o objetivo de fazer justiça com isenção de ânimo. Já o Ministério Público atua dinamicamente, “como representante do interesse público numa causa entre outros”, como escreveu *Chiovenda*.⁵

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO DE RECORRER

Atuando como *custos legis*, resta-nos indagar se o órgão ministerial poderá interpor recursos naqueles casos em que o interesse público não prevalece na entre-

1 CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil. Apud PRATA, Edson. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. I, p. 272.

2 *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido de Rangel Dinamarco. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 135

3 RASSAT, Michelle Laure. *Le Ministère public entre son passé et son avenir*. Paris, 1967, p. 3. *RF* 268/273.

4 *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 304.

5 *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 216. Apud PRATA, Edson. *Op. cit.*, p. 273.

ga da prestação jurisdicional. E aí adentramos em tema que tem suscitado acirrados debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

3.1 O Código de Processo Civil de 1939 – O Código atual

O Código de Processo Civil de 1939 só reconhecia ao Ministério Público o poder de recorrer “quando expresso em lei” (art. 814), isto é, nos casos em que atuava como parte, o que provocou o surgimento de expressivas posições doutrinárias não reconhecendo legitimação e interesse ao recurso na intervenção como fiscal da lei.

Mas, por razões de conveniência, temperando o rigor da lei, “os Tribunais construíram jurisprudência casuística, autorizando o *custos legis* a recorrer, mesmo na falta de previsão legal, desde que em causa certos direitos indisponíveis ou determinadas questões de ordem pública”, como leciona *Barbosa Moreira*.⁶

Com o advento da nova Lei Processual Civil, se dúvidas haviam, foram dissipadas, de vez que o legislador foi expresso ao dizer que “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei” (art. 499, § 2º, CPC). No último caso, os recursos são os mesmos de que dispõem as partes, com iguais poderes e ônus, isentos, porém, do preparo, sendo vedado o uso do recurso adesivo, à luz dos dizeres do art. 500 do CPC.

O texto faz referência à “legitimidade para recorrer” e não à legitimidade e interesse, fato que, por si só, tem, ainda, provocado divergências entre os intérpretes da norma.

3.2 Posições doutrinárias e jurisprudenciais que distinguem legitimidade e interesse de recorrer

Para alguns doutrinadores, a legitimidade está expressa, mas o interesse deve ser analisado em cada caso concreto.

*Milton Flaks*⁷ assevera que “não se afigura lógico, contudo, que a conveniência do MP possa se sobrepor ao interesse da própria parte favorecida, se esta puder e estiver disposta a transigir com direitos disponíveis”, ao final conclui pela legitimidade para recorrer em quaisquer processos nos quais atue como parte ou fiscal da lei, mas só terá interesse:

“I – como parte, verificando-se a sucumbência, aferida em relação aos interesses materiais que o MP defende no processo;

II – como fiscal da lei:

- a) em benefício do erário, de incapazes, dos ausentes, ou das disposições do testador, quando em causa direitos indisponíveis;
- b) para impedir a colusão das partes, objetivando prejudicar interesses de terceiros ou fraudar a lei, hipótese que autoriza o MP, inclusive, a propor ação rescisória (CPC, art. 487, III, b);
- c) em favor da integridade da norma de direito positivo, público ou privado, desde que inderrogável pela autonomia de vontade do requerente ou dos litigantes;
- d) demonstrando o interesse público, acaso vulnerado pela sentença proferida em processo no qual interveio em atenção ‘à natureza da lide ou qualidade das partes’”.

Nesse sentido, *Theotônio Negrão*⁸ colaciona os seguintes arestos:

“A legitimidade não se confunde com o interesse. O MP pode ter legitimidade, mas não ter interesse para recorrer no caso concreto.”⁹

“O MP não é parte legítima para recorrer em mandado de segurança quando vise à proteção de direito de natureza privada”¹⁰

E mais recentemente decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negando provimento a agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público de decisão que não recebeu apelação ministerial, em mandado de segurança em que oficiou como *custos legis*, ao argumento de “faltar-lhe o pressuposto do interesse, seja porque não é representante da parte sucumbida, seja porque não se apresenta como substituto processual do impetrante vencido na segurança”. prosseguiu o relator dizendo que, “como fiscal, não lhe cabe tomar posição favorável ou contrária a qualquer das partes, mas apenas velar pelo interesse público. Não foi vencido, não é interessado, muito menos prejudicado. Funcionando como fiscal, o Ministério Público é imparcial. Derradeiramente, no caso, nenhum interesse público quer resguardar, porque na causa se discutiu e decidiu apenas interesse individual”.¹¹

3.3 Doutrina e jurisprudência que não fazem distinção entre legitimidade e interesse em recorrer

Em sentido contrário, porém, sem analisar sobre o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do recurso ministerial, há respeitáveis posições doutrinárias.

⁸ *Código de Processo Civil*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 373, I.115.

⁹ *RSTJ* 18/429.

¹⁰ *RJTJESP* 113/268.

¹¹ *AI* 16.301/4, Comarca de Belo Horizonte. 3ª Câm. Cív., unânime, Rel.: Des. *Lúcio Urbano*, j. em 28/10/93.

⁶ *O juízo de admissibilidade no sistema de recursos civis*, 1968, p. 67-68, nota 54.

⁷ Ministério Público: interesse em recorrer no processo civil. *RBDP* 20/97.

Para *Humberto Theodoro Júnior*, “O novo Código, como se vê, eliminou a controvérsia quanto à admissibilidade do recurso do Ministério Público também nos casos em que funciona como *custos legis*”.¹²

Edson Prata assevera que “ainda quando funcionando como fiscal da lei, tem legitimidade para recorrer (art. 499, § 2º), assim como a tem quando funciona como parte.”¹³

Em idêntico sentido, confira-se, ainda, o magistério de *Amaral Santos*.¹⁴

O Professor *Jacy de Assis*, em brilhante trabalho publicado no *Digesto de Processo*,¹⁵ assevera que “Intervindo na ação, como fiscal, pode ele realizar todos os atos destinados à fiscalização da exata aplicação da lei. Claro que, em qualquer das hipóteses, tem ele o direito de recorrer”.¹⁶

Alcides de Mendonça Lima não discrepa ao dizer que. “... cortando controvérsias no Código revogado, o art. 499, § 2º, do atual, autorizou, expressamente, que o MP pode interpor qualquer recurso, sem nenhuma ressalva, ao contrário do diploma italiano, no seu art. 397”.¹⁷

Noutro giro, *Ulderico Pires dos Santos* aduz que, “não tendo por função defender o direito de qualquer das partes, tem, contudo, irrestrita liberdade para recorrer, arrazoar e contra-arrazoar os recursos previstos na lei.”¹⁸

Acorde com essa doutrina, mas, ainda, sem estabelecer diferença entre a legitimidade e o interesse do Parquet em recorrer, há expressivos julgados dos Tribunais Estaduais. Senão vejamos:

“... Desde que a lei não só permite, como, mais que isso, obriga o Ministério Público a participar de determinado tipo de ação, como é no caso, conversão de separação em divórcio, sua participação haverá de ser integral, isto é, com plenos poderes para agir, neles incluindo o direito de recorrer daquelas decisões que entender em desacordo com a lei.”¹⁹

12 *Processo de conhecimento*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 2, p. 709.

13 *Op. cit.*, p. 279.

14 *Primeiras linhas do processo civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, v. 3, p. 84-85.

15 Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 8, p. 489.

16 Em amparo à sua tese traz os seguintes posicionamentos: *Jacy de Assis* (*Minas Forense* 36/38, nota 13, p. 10-15); *Revista Jurídica* 47/5; *RT* 296/12; Despacho sancador, p. 79, 81; *Revista do Conselho Penitenciário*. DF. 12/112; *Marcos de Afonso Borges* (*Comentários*, v. 1, n. 2, p. 87); *João de Oliveira Filho* (*RF* 193/457); *RT* 217/316. 228/427, 270/381, 285/403 e 349.

17 Atividades do Ministério Público no processo civil. *RF* 257/263.

18 *O mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 239.

19 Do ac. Un. da 3ª Câ. do TJSP, de 28/4/87, agravo 84.643, Rel.: Des. Penteado Manente. *RJTJSP* 108/354.

“... A regra do § 2º do art. 499 do CPC prescinde de outra interpretação que não a que literalmente expressa a legitimidade do Ministério Público para recorrer não somente no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou *custos legis*.”²⁰

“O Ministério Público, atuando como fiscal da lei, nem por isso falece-lhe o direito de interpor os recursos cabíveis no curso da lide. Não se compreende uma fiscalização que se exercite pela metade, exaurindo-se com a própria sentença de primeira instância.”²¹

Darcy Arruda Miranda e outros²² relacionam julgado cuja ementa tem o teor seguinte:

“É de ser recebido o recurso que o Ministério Público manifeste, mesmo quando oficia ele como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º), não cabendo indagar o grau de interesse público de sua intervenção.”²³

“O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte como naqueles em que oficiou como fiscal da lei (art. 499, § 2º, do CPC).”²⁴

3.4 Opiniões doutrinárias sobre o interesse do Ministério Público em recorrer como fiscal da lei – A posição de Barbosa Moreira

Já outros doutrinadores, em comentários ao tema, discorreram sobre o interesse do Ministério Público em recorrer.

Para *Pontes de Miranda* “... o art. 499, § 2º, foi bastante explícito, de modo que afastou as dúvidas que exsurgiam sob o Código de 1939, antes da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 19, § 2º. Os recursos interponíveis são os comuns. No processo, cabendo-lhe os mesmos poderes que às partes (art. 81), mas há regras jurídicas especiais, como a do art. 511, relativa à dispensa do preparo. 8. Interesse de intervir para reconhecer – o interesse para recorrer supõe a legação à relação jurídica

20 Do ac. un. da 3ª Câ. do TJRJ, de 21/8/84, Agravo 7.988, Rel.: Des. *Eugenio Siguard*.

21 Do ac. un. da 2ª Câ. do TJRJ, de 16/4/85, no Agravo 8.861, Rel.: Des. *Felisberto Ribeiro* (apud PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 7, itens 28.748-A, p. 437; 28.738, p. 435; 28.741, p. 435, respectivamente). Confirmam-se, ainda, as transcrições nos itens 28.732, 28.736, 28.744, e 28.745, todas de sentido idêntico.

22 *PC nos tribunais*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, p. 2.526.

23 Ac. do TJRJ, de 26/9/78, Rel.: Des. *Vivalde Couto*, AI 1.350, 6ª Câmara, *RT* 529/200.

24 RE 91.677-PR, Rel.: Min. Cordeiro Guerra, 2ª T., STF, unânime, j. em 14/2/80, *RTJ* 93/1 339.

ca que está em causa e pode ser vantajosa para o terceiro provimento do recurso. Quanto ao Ministério Público, art. 499, § 2º.²⁵

Sérgio Bermudes diz que o *custos legis* terá interesse se “oficia no processo por determinação legal”.²⁶

Já para Clóvis Paulo da Rocha, o interesse está presente “para a observância de normas de ordem pública”.²⁷

José Fernando da Silva Lopes entende existir o interesse sempre que o Ministério Público “demonstre, tão-só, a conveniência de reapreciação do decisório impugnado”.²⁸

Othon Sidou, ao analisar a intervenção ministerial no mandado de segurança, sustenta que “Quando oficia em mandado de segurança – orienta a jurisprudência – o Ministério Público não defende interesse do coator nem do impetrante e sim os altos ditames da Justiça. Ao coator é que compete fazer a defesa da legalidade de seu ato, se não entender reformá-lo”, e quanto à liberdade de recorrer da sentença transcreve trecho de julgado do TJPA,²⁹ no seguinte sentido:

“da decisão concessiva, além do recurso *ex officio*, pode recorrer o representante judicial da entidade pública em causa. Sem prejuízo desses recursos, também pode recorrer o Ministério Público, em defesa do seu parecer”.³⁰

Contudo, quem melhor elucida o tema, ao discorrer sobre o interesse do terceiro em recorrer, é, sem dúvida, o Professor Barbosa Moreira,³¹ ao dizer que o interesse em recorrer é fundado no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência pleiteada, necessidade da via eleita. Prossegue, aduzindo que “o interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”(grifos do original).

Diz, ainda, o aludido mestre, mais à frente, que na literatura processual, o primeiro fator é sempre ligado à idéia de ter sido vencido o recorrente, ou em outras palavras, à sucumbência, ao gravame, ao prejuízo que lhe dá a decisão. Critica esse

posicionamento, asseverando que “todas as fórmulas habituais têm o defeito de encarar o problema ao ângulo exclusivo da *parte*, como se só em relação a esta se houvesse de cogitar do requisito do interesse”.

Adere, então, ao conceito unitário do interesse em recorrer que adota visão mais prospectiva que retrospectiva: a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor do que foi decidido na sentença.

Finaliza afirmando que “essa maneira de considerar a questão permite uniformizar-lhe os termos, quer se trate de recurso da parte, quer de terceiro prejudicado, quer do Ministério Público enquanto fiscal da lei. É evidente que na terceira hipótese, há de entender-se a utilidade ou proveito não como vantagem destinada a beneficiar individualmente o órgão do Ministério Público que interponha o recurso, mas como a possível satisfação do interesse (na observância do direito objetivo) por ele sustentado no processo, mercê do pronunciamento do órgão ad quem” (grifamos).

Adotam esse conceito unitário de interesse em recorrer respeitáveis doutrinadores estrangeiros, citados em nota de rodapé por Barbosa Moreira, *verbis*: MORTARA. Verbete: Appello civile. In: *Dig. ital.*, v. III, parte II, p. 506; DELOGU. *Contributo...*, p. 85; LEONE. *Sistema delle impugnazioni penali*, p. 301; VANINI. *Manuale di diritto processuale penale italiano*, p. 222; PETRELLA. *Le impug. nel proc. pena.*, v. I, p. 41, 221-222, 229, 235; A. D. GIANNINI. Verbo: Interesse in giudizio. In: *Diz. Prat. di Dir. Priv.*, de V. Scialoja, V. III, parte I, p. 737; GIUDICEANDREA. Verbo: Impugnazioni (diritto processuale civile). In: *Noviss. dig. ital.*, v. VIII, p. 395; ALOISI. Verbo: Impugnazioni nel processo penale. In *Nuovo dig. ital.*, v. VI, p. 856; CUCHE. *Précis de procédure civile et commerciale*, p. 377; além da doutrina nacional FAGUNDES, Seabra. *Dos rec. ord. em mat. civ.*, p. 31; BARROS, Hamilton de Moraes. *A Rev. no sit. do CPC*, p. 31.³²

3.5 Síntese do autor

Bem de ver que o interesse do Ministério Público *em recorrer* estará evidenciado na necessidade de observância do direito objetivo, ou seja, a correta aplicação da lei ao caso concreto – a sentença justa.

O proveito que espera o *Parquet* obter com o novo julgamento é o respeito à lei, a ordem jurídica, dever constitucional da própria Instituição.

Resta claro que o interesse ministerial em recorrer atuando como fiscal da lei não se confunde com vantagem individual destinada a beneficiar o órgão, nem com o interesse da própria parte. não se diga, ainda, que o Ministério Público estaria atuando como substituto processual, ao contrário, o interesse em recorrer está

25 *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 7, p. 71-72

26 *Comentários ao CPC*, 1977, v. 7, p. 62.

27 O MP como órgão agente e como órgão interveniente do processo civil. *RDMPGB* 17/14.

28 *O Ministério Público e o processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 82.

29 1ª Câ. Cív., AI 2, de 25/2/58, Rel.: Des. Isaías Beviláqua, RT 276/708.

30 *Do mandado de segurança*. 3. ed., São Paulo: RT, 1969, p. 376, 378.

31 *Comentários ao CPC*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 5, p. 290-291.

32 Moreira, Barbosa. *Op. cit.*, p. 290.

evidenciado na observância do direito objetivo sustentado no processo, mercê do pronunciamento do órgão *ad quem*.

Irrelevante, portanto, o fato de a parte não manejar o recurso voluntário. É que o interesse público está sempre superposto ao meramente individual.

Não se pode, outrossim, admitir como verdadeiro o argumento de que o art. 499, § 2º, do CPC faz menção apenas à “legitimidade para recorrer”, deixando o pressuposto do interesse para análise do juiz em cada caso.

Não é bem assim. É regra de hermenêutica que a lei não deve conter palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*) e seria de total inutilidade o acréscimo da expressão *interesse*, porquanto não é este pressuposto de admissibilidade de recurso do Ministério Público, já que o interesse é presumido quando o próprio legislador confere legitimidade para intervenção.

Caso assim não se entenda, admitida como verdadeira a interpretação restritiva que nega o interesse em recorrer, é de se perguntar: qual é o papel do Ministério Público atuando como *custos legis*? Seria mero auxiliar do Juízo na emissão de pareceres? Só poderia utilizar dos recursos disponíveis caso a decisão contrariasse os interesses do Estado?

Ora, não foi esse o intuito do legislador, pois inócua seria a atividade fiscalizadora do Ministério Público, já que a intervenção se daria pela metade, apenas perante o órgão *a quo*, porquanto tolhido o uso dos recursos cabíveis, em manifesto prejuízo da defesa da ordem jurídica.

Ressalte-se, ainda, que sendo o Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis* (art. 127, da Constituição Federal de 1988), indubitado seu direito em recorrer em tais casos.

3.6 A Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça

O tema aqui exposto, como não poderia deixar de ser, mereceu análise do Superior Tribunal de Justiça, último grau de interpretação da lei federal, através de diversos recursos especiais interpostos de decisões que deixaram de receber recursos do Ministério Público, ao argumento de ausência de interesse, diante da inércia da parte.

Os julgados, em grande maioria, admitiram a possibilidade do recurso ministerial, nas hipóteses em que a intervenção se deu *custos legis*, a ponto de editar a Súmula 99 que põe uma pá de cal no dissenso, ainda existente nos Tribunais inferiores.

Dispõe o enunciado da Súmula referida que “o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”³³

Contudo, poder-se-ia, ainda, argumentar que a Súmula do Superior Tribunal de Justiça não trouxe nada de novo na exegese do dispositivo em comento, já que só

há menção à “legitimidade” e não ao “interesse”, havendo apenas a inclusão da expressão “... ainda que não haja recurso da parte”.

Contudo, a análise de alguns dos arestos citados como referência afasta, desde logo, qualquer tentativa de se restringir o recurso ministerial, nas hipóteses de intervenção como fiscal da lei. Senão vejamos.

No julgamento do Recurso Especial n. 6.536-SP, 1ª T., em 26/4/93,³⁴ o Relator, Ministro Milton Pereira, proferiu voto lapidar, no sentido de provimento do recurso, de decisão do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que não conheceu de apelação de sentença que homologou conta de liquidação em ação acidentária, ao argumento de que o apelo não teria em mira o interesse público, mas tão-somente outro, de proveito exclusivo do autor.

Asseverou o Relator, com inegável acerto, que “irretorquível, no caso, que o Ministério Público participou da relação processual, a sua legitimidade resulta do interesse jurídico justificador daquele ingresso admitido, vincado nas funções de intervenção autorizada em lei”. Prossegue o culto magistrado trazendo à baila as lições de Hugo Mazzilli, *verbis*:

“O interesse de agir, por parte do Ministério Público, é presumido: quando a lei lhe confere legitimidade para intervir, é porque lhe presume o interesse [...]. O interesse do Ministério Público é expresso na própria norma, que lhe permitiu ou conferiu o modo de atuar [...]. Ao ingressar no processo, quer na função de parte, quer na de fiscal da lei, o Ministério Público está atuando na defesa do interesse público. Conforme referido acima, ao lhe ser outorgada legitimação para agir ou intervir em determinado processo, já se lhe reconheceu previamente o interesse. E porque há interesse é que o Ministério Público está legitimado a recorrer (art. 499, CPC). Interessa sempre à sociedade que a decisão da causa onde haja interesse público seja tomada de modo mais aproximado possível da Justiça ideal, sem vício de procedimento ou de juízo. Daí decorre a correta afirmação de que o interesse recursal não se constitui para o *Parquet* em pressuposto de admissibilidade do recurso.”

Ao final, concluiu o Ministro Relator:

“... assente a dualidade no desempenho das funções ou aceita a sua participação, *lato sensu*, como parte, de qualquer sorte, influyendo no julga-

33 Ref. CPC, art. 499, § 2º – REsp. 6.536-SP, 1ª T., j. em 26/4/93, DJ de 31/5/93, REsp. 5.507-SP, 2ª T., j. em 14/11/90; REsp. 6.795-SP, 2ª T., j. em 17/12/90, DJ de 4/3/91; REsp. 6.459-SP, 2ª T., j. em 11/9/91, DJ de 7/10/91; REsp. 5.620-SP, 2ª T., j. em 12/5/93, DJ de 31/5/93; REsp. 5.333-SP, 3ª T., j. em 22/10/91, DJ de 25/11/91; REsp. 22.920-PR, 3ª T., j. em 30/8/93, DJ de 18/10/93; REsp. 35.314-SP, 6ª T., j. em 21/9/93, DJ de 11/10/93.

34 Lex 50/137.

mento, por conclusão, até de lógica jurídica, destacada a sua essencialidade na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF), inafastável a legitimidade do Ministério Público para recorrer, enfim, seja como *parte* interessada no acerto do mérito, quer oficiando como *fiscal da lei*” (art. 499, § 2º, CPC).

No julgamento do Recurso Especial n. 5.620-SP, 2ª T., j. em 12/5/93,³⁵ em situação idêntica à anterior, o mesmo Tribunal não conheceu de apelação, por carecer o Ministério Público de legitimidade para o recurso, diante da inércia da parte, entendimento não acolhido pelo Relator, Ministro *Hélio Mosimann*, ao ressaltar que houve negativa de vigência ao § 2º, do art. 499, do Código de Processo Civil “*uma vez que ali está expressa a legitimidade do MP para recorrer, quer como parte, quer como fiscal da lei. Nenhuma ressalva existe no particular*”.

Já no Recurso Especial n. 5.333-SP, 3ª T., j. em 22/10/91,³⁶ em ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos, promovida por mãe representando filho impúbere, o autor requereu a desistência da ação, homologada pelo juiz. Da sentença, o Promotor de Justiça apelou, mas o recurso não foi conhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao fundamento que, atuando como *custos legis* e jamais como parte, na ação de investigação de paternidade, falta legitimidade ao Ministério Público para recorrer, em nome ou na defesa do menor investigante. O Ministro *Nilson Naves*, Relator do acórdão, observou que “quanto à legitimidade, tem-na sempre, o Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei, pela expressão, e própria, do texto processual em causa. E quanto ao interesse para recorrer? Tem-no, desde que legitimada a sua atuação. Legitimidade e interesse se confundem, admitindo-se, em casos que tais, a plena função, no processo, do Ministério Público, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (órgão interveniente).”

Citem-se, outrossim, mais duas ementas de julgados referidos como suporte da Súmula 99, do Superior Tribunal de Justiça, em sentido idêntico:

“Tem o Ministério Público legitimidade e interesse em recorrer, seja como parte ou fiscal da lei (art. 499, § 2º, CPC), de todas as decisões proferidas contra a parte sob sua proteção.”³⁷

“O Ministério Público tem legitimidade para recorrer, seja como parte ou fiscal da lei. Os recursos são os mesmos de que dispõem as partes. A única ressalva decorre do art. 500 do CPC, quanto ao recurso adesivo.”³⁸

É indubitoso que, para o intérprete maior da lei federal, agindo como fiscal da lei tem o Ministério Público legitimidade e interesse para recorrer, independentemente do recurso da parte.

4 CONCLUSÃO

1. o interesse do Ministério Público em recorrer, quando atua como fiscal da lei, está na observância do direito objetivo sustentado no processo, mercê do pronunciamento do órgão *ad quem*, não se confundindo, pois, com vantagem individual destinada a beneficiar o órgão, nem com o interesse da própria parte, sendo irrelevante que esta não tenha manejado o recurso voluntário, pois o interesse público está sempre superposto ao meramente individual.

2. o interesse não é pressuposto de admissibilidade de recurso do *Parquet*. já que está presumido quando o próprio legislador confere legitimidade para intervenção

³⁵ RSTJ 48/134.

³⁶ RSTJ 27/329.

³⁷ REsp. n. 6.459, Rel.: Min. *José de Jesus Filho*, DJU de 7/10/91.

³⁸ REsp. n. 6.795, Rel.: Min. *Vicente Cernicchiaro*, DJU de 4/3/91, p. 1981.

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR

VICTOR CORRÊA DE OLIVEIRA

“Eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur.”
(Direito romano)

SUMÁRIO

I. Introdução. 2. A intervenção do Ministério Público no processo civil em geral. 2.1. Breve histórico. 2.1.1. Geral. 2.1.2. No Brasil. 2.1.3. No processo civil moderno 2.2. Definição da intervenção no processo civil. 3. A ação popular. 3.1. Introdução 3.2. Sucinto histórico. 3.3. Requisitos. 3.4. Finalidade e objeto. 3.5. Partes. 4. A intervenção específica do Ministério Público na ação popular. 4.1. Introdução. 4.2. A razão da intervenção ministerial. 4.3. A natureza da intervenção. 4.4. Limites à função de *custos legis*. 4.5. A vedação à defesa do ato impugnado ou de seus autores. 4.6. Outras atribuições do Ministério Público. 5. Conclusão. Referências bibliográficas

I INTRODUÇÃO

Segundo *José Afonso da Silva*,¹ as ações populares têm origem na história do Direito Romano, perdendo-se no tempo, sendo que o próprio nome “ação popular vem do fato de atribuir-se ao povo, a parte dele, ou qualquer indivíduo dele integrante, a possibilidade legítima para pleitear em juízo a tutela jurisdicional de um interesse não exclusivamente seu, mas de toda a coletividade a que pertence.

¹ *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, p. 403.

Assim, agirá o “autor popular” quando usa do instrumento da ação popular não na busca do reconhecimento e validade de um interesse só seu, mas de toda a comunidade a qual integra.

No entanto, não basta a simples condição de integrante do grupo social para ter legítimo interesse para pleitear em juízo, ou que qualquer interesse coletivo, bastando a ele esta qualidade, possa ser defendido pela ação popular. Nosso ordenamento jurídico determinou que o indivíduo seja cidadão e o interesse a ser defendido seja público e, nesta condição, indisponível.

A Lei n. 4.717, de 29/6/65, com as posteriores leis que a modificou, disciplinou e positivou os preceitos da ação popular, os quais se tornaram constitucionais com o advento da Constituição de outubro de 1988, pois que passou expressamente a constar de seu texto firmando a questão da legitimidade e interesse tutelado. Diz a atual Constituição em seu art. 5º, LXXIII, colocando a ação popular entre os direitos e garantias fundamentais:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Assim é que a Constituição não só estabeleceu constitucionalmente os requisitos da ação popular, mas como tornou-a “um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: ‘todo poder emana do povo’, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou ‘diretamente’.”²

Ada Pellegrini Grinover, sob este mesmo prisma de análise, concluiu:

“A ação popular garante, em última análise, o direito democrático de participação do cidadão na vida pública, baseando-se no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo.”³

Hely Lopes Meirelles,⁴ sob uma visão administrativista, definiu:

“Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de ‘qualquer cidadão’ para obter a invalidade de atos ou contratos administrativos -

ou a estes equiparados – ‘ilegais’ e ‘lesivos’ do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.”

Entretanto, por sua abrangência e correlação com o tema em pauta a ser desenvolvido neste trabalho, trago ainda a definição conclusiva de José Afonso da Silva⁵

Ação popular é o “instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural”.

Isto posto, antes mesmo que se passe a perquirir em profundidade necessária a razão e os fundamentos da intervenção do Ministério Público na ação popular, é possível perceber que surge com fundamento no interesse público envolvido, o que por si só já seria motivo suficiente a exigir tal participação. Porém, a própria Lei n. 4.717/65 a tornou expressamente obrigatória.

Portanto, a lei da ação popular não levou em conta a questão da necessidade ou não da atuação ministerial em função da presença de direitos públicos indisponíveis por simplesmente torná-la obrigatória em letra da lei, pois que se não o fizesse esta atuação seria da mesma forma imprescindível, mas justamente motivada pela tutela de tais direitos.

Visto que a ação popular é um instituto processual civil (à época da elaboração de seu ordenamento vigia o Estatuto de Direito Processual de 1939), o qual, de forma muito restrita, referiu-se ao Ministério Público, pouco lhe dedicando, causando como consequência dificuldades para a compreensão do fundamento e da extensão de suas funções e atribuições institucionais. Segundo Hely Lopes Meirelles, esta lei foi resultado do Projeto Bilac Pinto, substitutivo ao Projeto n. 2.466, de 1952, e do anteprojeto de sua autoria, solicitado pelo ex-Ministro Seabra Fagundes, incumbido pelo então Ministro da Justiça Milton Campos de redigir o texto final. Somente alguns anos mais tarde, em janeiro de 1973, foi instituído o novo Código de Processo Civil, nascido do Anteprojeto Buzaid, e que determinou, em seu art. 82, III, a intervenção do Ministério Público em todas as causas em que há interesse público, evidenciado, pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Dessa forma, se justifica que a lei se preocupasse em firmar a intervenção da Instituição sem estabelecer maiores relações com os direitos indisponíveis, então não determinados pelo estatuto processual vigente. Entretanto, a questão se aclarou com o advento da Lei n. 7.347, de 24/7/85, que instituiu a ação civil pública e legitimou o Ministério Público a defender os mesmos bens tutelados pela lei da ação popular visando à proteção do patrimônio público e social, o que foi finalmente

2 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 404.

3 A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *RePro* 14-15/38.

4 *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção ‘habeas data’*. 12. ed., São Paulo: RT.

5 *Op. cit.*, p. 405.

erigido à condição de preceito constitucional pela atual Constituição em seu art. 129, III.

Assim sendo, fundamental para a definição e compreensão da intervenção do Ministério Público na ação popular é primeiramente a própria compreensão da atuação ministerial no processo civil em geral e de certos aspectos constitutivos dela mesma como pressuposto dessa questão central.

2 A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL E GERAL

2.1 Breve histórico

2.1.1 Geral

O Ministério Público é uma instituição reconhecida pelos povos em geral através dos tempos, como guardião dos interesses mais relevantes da sociedade e da proteção aos fracos, mesmo que em suas origens mais remotas fosse encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano, e, em nosso ordenamento jurídico pátrio até recentemente, mais especificamente até o advento da atual Carta Magna, tinha o inadequado encargo de representar os interesses do Poder Executivo em juízo.

Entretanto, já em priscas eras é possível identificar em determinadas funções exercidas por certos indivíduos no contexto social atribuições típicas da contemporânea Instituição, demonstrando desde então a preocupação e a orientação para a proteção aos direitos indisponíveis. *Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco* lecionam:

“Ainda que, como ensina a doutrina mais autorizada, a verdadeira origem da Instituição seja na França, identificam-se nos ‘procuradores Caesaris’ remotos precursores dos atuais promotores e curadores (embora apenas com funções de defensores do patrimônio do imperador). No Egito de 4000 anos a.C. um corpo de funcionários com atribuições que substancialmente se assemelhavam à do Ministério Público moderno era encarregado de: **I** – ser a língua e os olhos do rei do país; **II** – castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; **III** – acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; **IV** – ser o marido da viúva e o pai do órfão; **V** – fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; **VI** – tomar parte nas instruções para descobrir a verdade’.”

Comenta também à respeito da Instituição *Flávio Queiroz de Moraes Junior* que “seu começo perde-se nas noites dos tempos e se une às primeiras manifestações da estrutura jurídica da sociedade. Tem uma história, a qual rolou

pelos séculos sobre os ombros de uma massa anônima, cujas individualidades se perderam no anonimato do tempo. Tem também os seus Heróis que garantiram um lugar ao sol da notoriedade, graças à projeção que conseguiram em atividades especificamente jurídicas ou correlatas a esta”.

2.1.2 No Brasil

Neste breve histórico sobre o Ministério Público, imprescindível à compreensão da discussão proposta, sob o aspecto de sua evolução no Brasil, a atenção será voltada apenas à era moderna e contemporânea, uma vez que suficiente.

Quando da proclamação da Independência, a desvinculação política com Portugal não significou a adoção de normas jurídicas próprias, pois que, como entendem modernos historiadores, se a emancipação do Brasil não foi resultado de um gesto heróico e isolado do príncipe regente, decorrente de várias condições econômicas, políticas e sociais que vinham se desenvolvendo e preparando, sob aspecto jurídico não ocorreu o mesmo, havendo um despreparo no planejamento e criação de uma legislação apropriada à nova realidade. Dessa forma, a consequência foi a continuidade do sistema português, firmado pelo decreto de 20 de outubro de 1823 o qual assim determinava que fosse naquilo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro. O resultado é que o País, que buscava uma nova ordem adotava por vias transversas um arcaico sistema de normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em leis extravagantes posteriores, pois que estas, promulgadas por por Felipe I em 1603, eram extensas codificações portuguesas, que tiveram como precursoras as Ordenações Manoelinas (1521) e as Afonsinas (1456), as quais tiveram como fontes principais o Direito Romano e o Canônico, bem como leis de cunho geral outorgadas desde Afonso II, acordos realizados entre os vários reinados e a cúpula do clero e normas de origem consuetudinária.

Em uma rápida análise, *Araújo Cintra-Ada Pellegrini-Cândido Dinamarco*⁶ disseram que as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, disciplinaram o processo civil, o qual deveria necessariamente obedecer a características rígidas, ou seja, “dominado pelo princípio dispositivo e movimentado apenas pelo impulso das partes, cujo procedimento, em forma escrita, se desenrolava através de fases rigidamente distintas”. O “tenebroso” Livro V regia o processo penal e o próprio Direito Penal que previa a adoção do tormento, a tortura, as mutilações, as marcas de fogo, os açoites, o degredo e outras práticas completamente desumanas e nitidamente irracionais, anacrônicas com as idéias desenvolvidas por *Cesare Beccaria* já há tem-

⁶ *Teoria geral do processo*, 7. ed., São Paulo: RT, p. 187.

⁷ *Do sistema filosófico do Ministério Público*, *Justitia* 123/25, p. 96.

pos, e as que norteavam a realidade brasileira de então, que culminara com a independência.

Perante esse paradoxo fático que se instalara entre a realidade do País e a legislação adotada, surgiu uma forte preocupação voltada à reforma do Direito Penal e Processual Penal, refletida na Constituição de 1824, que, além de abolir as práticas cruéis e desumanas e proibir a prisão e a sua manutenção sem a culpa previamente formada, determinou, em seu art. 179, § 18, a urgente elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. Assim sendo, o decreto de 16 de dezembro de 1830 sancionou o “Código Criminal do Império”, que introduziu o princípio da reserva legal.

Sofrendo o Direito Penal essa evolução, tornou-se inadiável a criação de um diploma legal que substituísse a esparsa legislação processual existente e acompanhasse a inovação havida no direito positivo. É criado em 1832 o “Código de Processo Criminal”, que, tomando como base os modelos inglês e francês, substituiu essa fragmentária legislação e inovou, simplificou e atualizou o processo penal de então, recebendo aprovação geral.

Tal Código não se conteve em estabelecer apenas disposições de natureza processual penal, mas, em Título único e 27 artigos, organizou a “disposição provisória acerca da administração da justiça civil”, simplificando o procedimento, suprimindo formalidades excessivas e inúteis, excluindo recursos desnecessários e estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil.⁹ Porém, logo se operou verdadeiro retrocesso político e legislativo ao ser editada a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que alterou o Código de Processo Criminal e modificou a disposição provisória.

No entanto, o importante e fundamental é que, de todas as inovações introduzidas por esse estatuto processual criminal de 1832, ele foi o primeiro diploma legal em nosso país a tratar de forma sistemática e abrangente o Ministério Público, fazendo-o em sua Seção III do Capítulo III do Título I, o qual era exclusivamente dedicado a essa finalidade, ou seja, estabelecer princípios, normas e atribuições para a Instituição. Em seu art. 36 estabelecia os requisitos para a investidura na função: indivíduos que tivessem as condições exigidas para exercer a função de jurados, mas de preferência que tivessem conhecimento jurídico; selecionados eram nomeados pelo Governo na própria Corte ou pelos presidentes das províncias.

O seguinte art. 37 dispunha sobre as atribuições a serem desempenhadas: “denunciar os crimes públicos e policiais, os delitos de redução à escravidão de homens livres, o cárcere privado, o homicídio tentado ou consumado, lesões corporais qualificadas, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas determinadas, patrocinar a acusação no júri, além de requerer a prisão e punição dos condenados, promovendo a execução das sentenças e dos mandados judiciais; tudo definido e previsto no § 2º

O § 3º determinava que devia o Promotor cientificar as autoridades competentes

das negligências, omissões e prevaricações dos empregados da administração da justiça. Por fim, o art. 38 admitia que fosse nomeado em caráter interino outra pessoa caso houvesse falta ou impedimento do titular da função.

O Regulamento n. 120, de 31/1/1842, e em seu art. 217, determinou que o Promotor estava sujeito a ser demitido *ad nutum* pelo Imperador ou Presidente de província, servindo enquanto fosse conveniente ao serviço público. Foi criada a figura do Promotor Adjunto, para atender às faltas ou impedimentos, pelo art. 1º do Decreto n. 4.824, de 22/11/1871. O Aviso de 20/10/1836 ampliou as atribuições ministeriais, dispondo a visita mensal às cadeias, zelar pelo cumprimento correto das penas e promover o desenvolvimento da ação penal. Já o Aviso de 31/10/1859 esta-lia-lhe impedimento a que os Promotores exercessem a advocacia em ações cíveis, limitando-lhes o ter desdobramento na esfera criminal.

No ano de 1850 foi editado o Código Comercial, e a 25 de novembro desse ano o Regulamento n. 737, que funcionou como um seu complemento, visando em seu art. 27 “determinar a ordem do juízo no processo comercial”, deixando de lado as causas cíveis que desde a revogação da “disposição provisória”, em 1841 seguia as formalidades e procedimentos das Ordenações Filipinas. Diante do distanciamento que se estabelecia entre o ordenamento jurídico e o ramo cível e com a evolução das relações jurídicas no País, fruto da nova ordem política e social, é criada em 20/9/1871 a Lei n. 2.033, que, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, de 22/10/1871, determinou que fosse organizada em um único diploma toda a legislação referente ao processo civil e praticamente reeditando o disposto pelo Código de Processos Criminal do Império, conforme abordado, em termos de orientação

Para a execução da empreitada legal foi nomeado o Cons. Antônio Joaquim Ribas que criou a Consolidação das Leis do Processo Civil, a qual transformou-se em lei por resolução imperial de 28/12/1876 e, “na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tais, como as interpretava: e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes”¹⁰

Entretanto, segundo lição de Antônio Cláudio da Costa Machado,¹¹ “se, do ponto de vista do processo civil, grande foi a inovação e o avanço, da ótica da instituição do Ministério Público pouca coisa mudou ante as parcas e dispersas disposições que a ela se referiam. O Parque/ continuava regido pelo Código de Processo Criminal de 1832 e legislação especial”.

A Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, ao lado dos progressos políticos, provocou como uma das primeiras medidas jurídicas a extensão, de uma maneira geral, das determinações do Regulamento n. 737 às causas civis.

¹⁰ CINTRÁ-PELLEGRINI-DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹ A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 18.

com poucas exceções, pelo Decreto n. 763, de 16/9/1890. Em seguida, com o Decreto n. 848, de 11/10/1890, organizou-se a Justiça Federal em nosso país e as vigas mestras para a criação do Ministério Público como instituição, escrito sob a pena forte de *Campos Sales*, considerado o precursor da independência do *Parquet* no Brasil.

Mesmo assim, a Constituição Republicana de 1891 ficou-se silente, não se referindo à Instituição mas tão-somente ao Procurador-Geral da República no Título referente ao Poder Judiciário. A Constituição de 1934 representa uma conquista, pois que firma muitos dos avanços institucionais, destacando-se a estabilidade e a regulamentação da forma do ingresso na carreira. Em 1937, novamente se faz apenas referência ao Procurador-Geral da República como Chefe do Ministério Público Federal e institui o “quinto constitucional” como forma de composição dos tribunais.

A Constituição de 1946, com a preocupação voltada à redemocratização do País, traz em seu seio a independência da Instituição, vindo tratada em um Título especialmente dedicado ao Ministério Público, desvinculado de qualquer dos Poderes da República, instituindo os Ministérios Públicos federais e estaduais, definindo sua estruturação e atribuições, a estabilidade funcional, o concurso de ingresso por provas e títulos, a forma de promoção e a remoção por representação devidamente motivada da Procuradoria-Geral.

Em 1967, subordina-se o Ministério Público ao Poder Judiciário e regulamenta o concurso de provas e títulos. A Emenda Constitucional de 1969 retira do Ministério Público a isonomia com a magistratura e o coloca no Capítulo que estrutura o Poder Executivo. Entretanto, a Emenda n. 7, de 1977, alterou o art. 96 da Constituição e permitiu aos Ministérios Públicos estaduais se organizarem em carreira: com isso surge a Lei Complementar n. 40, de 14/12/1981.

Finalmente, a atual Constituição, de 5 de outubro de 1988, consagra e define como instituição o Ministério Público e que por meio da nova lei orgânica, Lei Federal n. 8.025, de 12/2/93, a consolida definitivamente em termos modernos e de acordo com seus altos mistérios junto à nação.

2.1.3 No processo civil moderno

Historicamente, os doutrinadores que pensaram sobre a função ministerial sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 tendiam a compreendê-la como vinculada ao próprio interesse da justiça e não de Justiça (o interesse *de* justiça tem como corolário a razão da intervenção como *custos legis*, pois que o fiel cumprimento da lei adjetiva propicia a correta aplicação do direito positivo). *Pontes de Miranda* asseverou mesmo que o *Parquet* “é o órgão, ou conjunto de órgãos, pelo qual se exerce o interesse público em que a Justiça funcione”.¹² *Moacyr Amaral*

*Santos*¹¹ lecionou que o Ministério Público é “órgão de defesa de interesses do Estado e da sociedade”, sendo no cível o fiscal “da boa execução das leis, na proteção da família e dos interesses de incapazes e outros, aos quais ao Estado cumpre proporcionar especial tutela”.

Entretanto, surgiram na Itália concepções modernas a respeito do processo “civil” e com relação à Instituição, que acabaram por influenciar toda sua orientação contemporânea. O cerne desse pensamento foi expresso pelo maior processualista italiano de todos os tempos, *Giuseppe Chiovenda*, cujas idéias foram trazidas ao Brasil pelo não menos capaz *Enrico Tullio Liebman*. Dizia ele, em sua fundamental obra *Instituições de Direito Processual Civil* sob o subtítulo “O Ministério Público”

“Assim se lhe especificam em lei as atribuições: o Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destituídas de plena capacidade jurídica, provocando, com esse fim, nos casos de urgência, as providências conservativas que sejam necessárias; promove a repressão dos crimes e faz executar os julgados (sentenças penais, e sentenças cíveis desde que interessem à ordem pública); tem, da mesma forma, ação direta para fazer executar e observar as leis de ordem pública e que interessem aos direitos do Estado, sempre que tal ação não seja atribuída a outros agentes públicos.”

Mais adiante, acrescenta:

“Eis aí, portanto, função que, se bem pertença à ordem judiciária, é de natureza administrativa e não jurisdicional (exceção feita dos procedimentos penais com instrução sumária, nos quais o Ministério Público realiza todos os atos que, na instrução formal, são de competência do juiz instrutor, art. 391, Código de Processo Penal – obs.: italiano, g.n.); função que não provê, por si mesma, à atuação da lei, mas procura obter do tribunal quando e como o interesse público o exige, e assim está para a autoridade judiciária ‘como o órgão do interesse público para a atuação da lei’. Com esse objetivo, é parte na causa quando procede por via de ação; quando, ao contrário, procede por via de requisitória ou parecer, ‘age, como escrevi nos *Princípios* (3. ed., p. 460), não como parte em causa, mas como representante do interesse público numa causa entre outras’. Do fato, porém, de que, no último caso, não seja parte, não decorre que deva limitar-se a emitir simples opinião sobre as provas produzidas

¹¹ *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1962. v. 1, p. 158-159.

¹² Anotada por *Enrico Tullio Liebman*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 123-124.

¹² *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 2, p. 222

pelas partes e não possa influir, com elementos introduzidos por sua iniciativa na causa, sobre a decisão dela”.¹⁵

Liebman sedimenta estes pensamentos:

“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, não podendo a tarefa de provocar a sua aplicação pelos juízes ser deixada à iniciativa dos particulares. (...) O Ministério Público pode ser definido, então, como o órgão instituído para promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública.”¹⁶

Esses conceitos oxigenaram de maneira vigorosa o enfoque dado ao Ministério Público na sua atuação no processo civil, espelhados no Anteprojeto do Código de Processo Civil de *Alfredo Buzaid* de 1964 e que mais tarde veio desaguar no Código de Processo Civil de 1973 e, por consequência, numa exegese moderna de sua intervenção na ação popular.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil atual, Lei n. 5.869, de 11/11/73, o então Ministro *Alfredo Buzaid* elucida que “o Ministério Público é considerado em sua dupla função de órgão agente e de órgão interveniente”, significando uma definição legal da atuação da instituição no processo civil, há muito desejada e reclamada, representando uma expressiva evolução à norma revogada, colocando-nos a altura das codificações mais avançadas, especialmente as italiana, belga e francesa.¹⁷

*Milton Sanseverino*¹⁸ entende que essa evolução foi “um pouco mais longe, avançando um passo em relação ao estatuto que lhe serviu de figurino, pois ampliou corretamente a soma de poderes que eram, até então, parcimoniosamente concedidos à Instituição, como ainda são, incompreensivelmente na Itália e com maior intensidade até, em outros países. Haja vista, por exemplo, para os casos de recursos e de ação rescisória”.

Desenvolvendo a análise, chega à conclusão de que o estatuto processual de 1973 expressa “o estágio mais avançado das concepções em torno da nossa Instituição, guiando-a a uma posição de merecido realce e, o que é mais importante,

aparelhando-a adequadamente, do ponto de vista jurídico, para o pleno exercício de suas relevantes funções”.

O que se pode concluir com segurança é que na moderna concepção de Ministério Público, com as novas feições que adquiriu e a moderna sistemática jurídica reconheceu, a máxima do grande mestre *Francesco Carnelutti* de que “o processo penal é o reino do Ministério Público” é coisa do passado, apenas um paradigma histórico, posto que não mais espelha a realidade de suas atribuições e o reconhecimento de sua verdadeira função social.

2.2 Definição da intervenção no processo civil

Estudado historicamente o desenvolvimento da Instituição e os fundamentos básicos de sua atuação no processo civil, há ainda que se discutir e definir essa atuação em função das posições que assume o *Parquet* no processo.

Numa análise crítica do pensamento doutrinário sobre as funções do Ministério Público no processo civil, *Cândido Rangel Dinamarco*²⁰ entende que existe uma velha tendência em segmentá-la, dividindo-a em: a) parte, quando defende certas pessoas no processo (parte principal, parte adjunta) e b) fiscal da lei, quando oficia em nome do estrito cumprimento das normas jurídicas, sendo essa a linha adotada no Código de Processo Civil, justificada na “Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil”, quando contrapõe os conceitos de “parte” e “fiscal da lei” nos arts. 83 e 499, § 2º. Porém, em seu entendimento, tal distinção nada tem de científico. Uma vez que fundamenta-se em critérios heterogêneos. Ou seja, ser parte não implica não ser fiscal da lei e vice-versa.

A qualidade de parte é inerente ao conjunto dos deveres, ônus, poderes, faculdades, de que são titulares os sujeitos na relação processual, isto é, “partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz,” ou “os sujeitos ‘interessados’ da relação processual (em confronto com o juiz, que é imparcial e desinteressado do resultado final da causa)”. Presente no processo, o órgão do Ministério Público adquire a titularidade dessas posições jurídicas processuais estabelecidas pela formação da relação jurídico processual, tanto seja como fiscal da lei ou não, equiparando o Código de Processo Civil os poderes atribuídos a essa função aos dos sujeitos processuais propriamente ditos. A característica fundamental da função de *custos legis* e que é totalmente anômala em relação ao conceito de parte pois que, apesar de exercer todas as prerrogativas processuais das partes, não se prende a nenhum dos interesses em discussão na causa, não se vinculando, em termos de direito positivo, ao interesse de qualquer das partes; o objetivo é fazer valer o interesse maior do Estado em ver cumprida e rigorosamente obedecida a lei e nesse sentido é que aparentemente surge a contradição imposta pela lei de que atue como parte, mas cuja

¹⁵ *Op. cit.*, p. 126.

¹⁶ *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 1985, v. 1, p. 135.

¹⁷ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁸ O Ministério Público e o interesse público no processo civil. *RF* 254/201.

¹⁹ *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires. 1944, v. 2, p. 52.

²⁰ *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: RT, 1987, p. 327-328.

finalidade é lhe dar instrumentos para exercer plenamente, em igualdade de condições, sua função.

Disso decorre naturalmente que a intervenção será fruto da natureza do direito indisponível que a lei incumbe ao Ministério Público tutelar, e a própria instrumentalidade do processo orientará a forma de atuação, quando, na oportuna sistematização de *Hugo Nigro Mazilli*,²¹ sua posição assume as mais variadas formas, podendo ser “autor”, “representante da parte”, “substituto processual” “interveniante” em razão da natureza da lide ou da qualidade da parte.

Ao assumir a postura de parte, a atuação à luz da instrumentalidade do processo não acarreta maiores dúvidas ou divergências, as quais nascem quando a intervenção é como fiscal da lei, pois que esta científica divisão pode induzir a concepções errôneas da ação ministerial nessa instrumentalidade processual. O que acontece, em realidade, é que, ultrapassado esse enfoque puramente científico, ou seja, da *ratio* da intervenção, desaparece a dicotomia na atuação. Concluindo este tópico, socorro-me mais uma vez das valiosas palavras do jovem mestre *Costa Machado*²² que em exatas palavras, nessa moderna linha conceitual, define:

“O *Parquet*, atuando como *custos legis*, embora não tenha a posição de parte bem definida, porquanto não seja nem autor nem réu, é tão parte quanto estes. Fiscalizando a atuação das partes e a aplicação da lei processual, promovendo o andamento do processo, propondo provas, requerendo diligências, participando da instrução, a Instituição é parte apenas com a diferença que busca ao final um provimento definitivo que seja conforme a vontade da lei material e não conforme o interesse do autor ou do réu. O Ministério Público como fiscal da lei tem por meta a prevalência do interesse geral contido nesta. A sua atuação se baliza nesse interesse, não nos supostos direitos das partes, de sorte que o processo e a qualidade de parte – condição inerente do sujeito processual não jurisdicional – são os únicos instrumentos de que dispõe para a realização do seu desiderato institucional.

Em linhas finais cumpre salientar que o interesse público (o interesse indisponível que exige a perfeita aplicação da lei, a mais perfeita definição jurisdicional) está para o Ministério Público assim como o interesse supostamente tutelado pela lei está para o autor ou para o réu. Estes querem fazer prevalecer os seus ‘direitos’ materiais. Aquele, ‘o’ direito material. A distinção entre eles reside apenas no objeto do interesse. Para as partes, autor e réu, um provimento concessivo de certo bem da vida; para

a parte Ministério Público, um provimento que seja justo por expressar exatamente a vontade da lei substancial no caso concreto, um dos mais dignos bens jurídicos que se pode conceber.”

A AÇÃO POPULAR

3.1 Introdução

Analisada a intervenção do Ministério Público no processo civil como um dos pressupostos à discussão do tema deste trabalho, uma vez estabelecido no início com base em conceito de *José Afonso da Silva*, que a ação popular é um instituto processual civil, cumpre, também com natureza de pressuposto, estabelecer alguns conceitos fundamentais do próprio instituto para a abordagem final da questão da questão proposta.

3.2 Sucinto histórico

Conforme abordado no início, a ação popular tem suas origens no Direito Romano, perdendo-se no tempo, mas o certo é que desde seus primórdios era um instrumento eficaz de que dispunha o povo de seus direitos, enquanto sociedade, em face dos governantes.

“*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*” a máxima romana que exprimia o princípio fundamental da ação popular.

segundo a cátedra abalorada de *Michel Temer*,²² a Constituição brasileira de 1824 já previa o instituto da ação popular, em seu art. 157, dispondo:

“Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles a ‘ação popular’ que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecido na lei.”

Ainda buscando a lição de *Temer*, sabemos que a Constituição de 1891 sobre o ignorou. A Constituição de 1934 tratou do assunto em seu art. 113, § 38, bem como a Constituição de 1846 no art. 141, § 38. Novamente a Constituição de 1937 não ignorou o assunto. Em 1967, a Constituição mais uma vez dispôs sobre ela em seu art. 150, § 31. A chamada Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967 determinou, no art. 153, § 21, que “qualquer cidadão será parte legítima para

²¹ *Manual do promotor de justiça*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 199-200.

²² *Op. cit.*, p. 101.

propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Por fim, a Constituição de 1988, atualmente em vigor, colocou a ação popular entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, LXXIII, erigindo cada cidadão brasileiro em um defensor do patrimônio público, mas sobretudo dando-lhe a garantia constitucional de exercer esse direito, pois que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural...”

3.3 Requisitos

Três são os requisitos para o ajuizamento da ação popular, os quais se constituem como pressupostos processuais para que se viabilize e se componha regularmente. São eles: ser o autor cidadão brasileiro; o ato a ser invalidado ser ilegal ou ilegítimo; e que este ato seja lesivo ao patrimônio público.

O primeiro requisito, o de que o autor seja cidadão brasileiro, traduz a condição do indivíduo em pleno gozo de seus direitos políticos e cívicos, isto é, que seja eleitor. Isto significa que somente a pessoa de posse de seu título de eleitor poderá ingressar em juízo com uma ação popular; caso contrário, deverá ser julgado carecedor.

Segundo já decidiu o STF e deitou determinação por meio da Súmula 365, “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”. Além dessas, não podem da mesma forma propor ação popular os inalistáveis ou inalistados, os partidos políticos e entidades de classe. Isto se funda no exato princípio e da natureza da ação popular, que nada mais é que ação a serviço do povo para defender seus próprios direitos.

Mais adiante será analisado mais profundamente a condição de cidadão do autor para propor a ação e sua abrangência sob o aspecto da legitimidade que lhe dará a postura de parte.

Como segundo requisito da ação popular temos a condição de que o ato que o autor pretenda atacar e invalidar seja revestido de ilegalidade ou ilegitimidade, o que vale dizer, segundo a balizada cátedra de *Hely Lopes Meirelles*,²⁴ “que o ato seja contrário ao direito, por infringir as normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública”.

A Constituição de 1988 expressou que a finalidade da ação popular é a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, à primeira vista parecendo se preocupar apenas com atos lesivos desnecessário sejam ilegais. Porém, apesar de o texto constitucional não se referir diretamente à questão da ilegalidade, entende a

doutrina que estará inevitavelmente presente nos atos lesivos ao patrimônio público. Poderá a ilicitude do ato não estar em sua formação, mas no seu objeto, incompetência do agente público em praticá-lo, vício de forma, inexistência de motivos públicos para sua prática ou desvio de finalidade. Todos os elementos que configuram ilegalidade estão conceitualmente consagrados pelo Direito Administrativo e elencados pela Lei n. 4.717/65 em seu art. 2º, *caput*, e definidos em seu parágrafo único. Se o ato em sua origem é legal, ao se concretizar e causar efeitos lesivos virá à luz a realidade da ilegalidade destes elementos. E é exatamente o que a Constituição pretende evitar

Para melhor esclarecer, socorro-me do exemplo de *Michel Temer*:

“Suponha-se uma desapropriação levada a efeito por um Município. A forma legal é perfeita, como, também, a autoridade praticante. Entretanto, o Prefeito Municipal teria tido – a título de exemplo – como razão subjetiva o intento de, com a expropriação, deitar abaixo imóvel de um seu desafeto político. Teria havido, aí, desvio de finalidade, que é uma vulneração no sistema normativo. Em outras palavras: ilegalidade.”²⁵

O último requisito é que o ato a ser impugnado tenha a lesividade ao patrimônio público como efeito, isto é, “é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade” No²Exemplo de *Michel Temer*, “a oneração do patrimônio público com o descaixe de verbas necessárias ao pagamento da expropriação importa lesão por desvio ou finalidade”.

No entanto, não é fundamental que a lesão já se tenha efetivado mas pode ser também “legalmente presumida”, pois a lei da ação popular, em seu art. 4º, estabelece as diversas situações em que existe a presunção de lesividade independentemente de que o ato venha a ser praticado e surta efeitos naquelas condições para que possa ser considerado lesivo e nulo de pleno direito, conforme já decidiu o STF.²⁷ Há que se ressaltar ainda que apesar de as lesões atingirem mais comumente a esfera pecuniária, a proteção constitucional visa também ao patrimônio moral, ao artístico, histórico e ao meio ambiente e cultural.

Por fim, sob este tópico, na análise do ato pelo Judiciário, este deve se ater à discussão e julgamento da existência de ilegalidade e lesividade, sendo vedado a observância de opções administrativas ou critérios técnicos, uma vez que estes são fruto da conveniência e oportunidade, critérios exclusivos da Administração.

²⁵ *Op. cit.*, p. 204.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 89.

²⁷ RTJ 103/683.

²⁴ *Op. cit.*, p. 88.

3.4 Finalidade e objeto

Pela lição de *Hely Lopes Meirelles*,²⁸ “na ampla acepção administrativa, ‘ato’ é a lei, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato e demais manifestações gerais ou especiais, ‘de efeitos concretos’ do Poder Público e dos entes com funções equiparadas ou delegadas. ‘Ato lesivo’, portanto, é toda manifestação de vontade da Administração, danosa aos bens e interesses da comunidade. Esse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do ato em ‘fato administrativo’ lesivo para se intentar a ação”.

Portanto, a ação popular tem como finalidade a prevenção e a repressão de toda a atividade da Administração Pública ilegal e lesiva ao patrimônio público, sendo que em caráter preventivo será proposta antes que o ato a ser impugnado produza os efeitos lesivos que se quer evitar e em caráter preventivo quando já produzido o ato, iniciado ou consumado seus efeitos e consequentemente dado início ou consumada a lesão. Isso se extrai da análise da letra constitucional que determina que a ação popular visa anular atos lesivos ao patrimônio público sem que estabeleça condição de efetividade.

De acordo com *Paulo Barbosa de Campos Filho*,²⁹ pode ainda ter a finalidade de “corretiva da atividade administrativa” ou “supletiva da inatividade” do Poder Público, quando este tem a obrigação legal de agir e não o faz e essa sua omissão possa resultar em lesão ao patrimônio público, não se cingindo o cidadão apenas à possibilidade de corrigir a atividade “comissiva” da Administração.

Como corolário da finalidade da ação popular, temos que o seu objeto é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público em si. A Lei n. 4.717/65, agora obrigatoriamente entendida sob a orientação da Constituição de 1988, enumera quais os atos administrativos passíveis da anulação por ilegalidade e lesividade nos seus arts. 1º e 4º. Porém, pelo disposto em seus arts. 2º, o qual conceitua atos lesivos possíveis de anulação, e 3º, que abre a possibilidade de todo ato administrativo que se enquadrar nas especificações do art. 2º ser anulado, fica claro e certo que tal enumeração é apenas exemplificativa e não taxativa.

Encerrando esse item, cabe destacar que não é possível a ação popular em face de lei em tese,³⁰ mas é cabível contra “lei de efeitos concretos”, isto é, aquela que não tem um cunho de generalidade e impessoalidade e já em si mesma determina os efeitos, resultados e conseqüências de sua ação. Como exemplos, adotados por *Hely Lopes Meirelles*, podemos citar a lei que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e várias outras dessa mesma espécie.

3.5 Partes

Tratando primeiramente do sujeito passivo da ação popular, “o texto legal objetivou alcançar todos os que, por qualquer forma, hajam participado do ato impugnado”,³¹ ou seja, deverá ser proposta contra as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, além das entidades referidas no art. 1º da Lei n. 4.717/65, bem como contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que em razão de sua omissão tiverem dado oportunidade à prática do ato e à ocorrência da lesão, e ainda contra os beneficiários diretos do mesmo (art. 6º da lei). Complementa o § 2º do art. 6º, que em atos ou contratos de operação bancária ou de crédito real em que lesivamente o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante da avaliação, deverá ser citado também o avaliador e os beneficiários dela, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas, podendo as demais serem dispensadas, isto em virtude de apenas terem confiado na avaliação.

Quanto ao sujeito ativo, dispõe a Lei n. 4.717/65 que qualquer cidadão será parte legítima a propô-la. *Hely Lopes Meirelles*³² mais uma vez orienta:

“O primeiro requisito para o ajuizamento da ‘ação popular’ é o de que o autor seja ‘cidadão brasileiro’, isto é, pessoa humana no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito esse que se traduz na sua qualidade de ‘eleitor’. Somente o indivíduo (pessoa física), munido de seu título eleitoral, poderá propor ação popular, sem o que será carecedor dela.”

*José Afonso da Silva*³³ se manifesta no mesmo sentido e amplia o conceito:

“Pode-se dizer, então, que a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do ‘título de eleitor’ válido. O ‘eleitor’ é cidadão, é titular da cidadania, embora nem sempre possa exercer todos os direitos políticos.”

Portanto, são requisitos para o indivíduo propor a ação popular que seja “cidadão” e que esteja “no gozo de sua cidadania”, ou seja, de seus direitos cívicos e políticos, pois que não se pode admitir que um cidadão queira exercer seus direitos sem que cumpra com seus deveres. A posse do título de eleitor que lhe faz detentor de direitos e a sua validade lhe dá a capacidade de exercê-los; só aquele que cumpre com suas obrigações de cidadão é que está apto e pode exigir que possa exercitar os direitos inerentes a esta condição.

²⁸ *Op. cit.*, p.92.

²⁹ Ação popular constitucional. RDA 38/1.

³⁰ TASP: RDA 38/256, 68/218/ RT 220/367, 310/509; TFR: RDA 144/91; TJDF: RDA 35/48; TJSP: RT 515/75.

³¹ RTJ 123/1.203.

³² *Op. cit.*, p. 98.

³³ *Op. cit.*, p. 307.

A forma de aferir se o cidadão é detentor dessa capacidade, por meio da validade de seu título, é a comprovação de que o cidadão votou nas últimas eleições. Não basta a mera posse, essencial a validade.

Essa condição decorre de que “tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração, reconhecendo-se, assim, que todo cidadão tem “direito subjetivo ao governo honesto”.³⁴ Esse princípio é que estabelece a razão de que o título de eleitor tem que necessariamente ser válido, não bastando a sua posse. Entretanto, dele também se extrai outra condição: tenha o autor participado do processo de votação no nível de competência e atribuição do sujeito passivo que praticou o ato a ser impugnado, o que se pode denominar de “princípio da relação eleitoral”.

Assim é que, por via de tal princípio, qualquer cidadão brasileiro poderá propor ação popular em face da Administração federal: o eleitor de determinado Estado da Federação poderá propor em face da Administração desse Estado, e o eleitor de determinado Município poderá fazê-lo em face dos atos desse Município. Portanto, é condição lógica que o “autor popular” seja eleitor do Município cujo ato deseja fiscalizar, ou do Estado cujo ato administrativo pretenda impugnar e, por fim, cidadão brasileiro para propor ação popular em face da Administração federal.

4 A INTERVENÇÃO ESPECÍFICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR

4.1 Introdução

Tendo em vista o disposto na Lei n. 4.717/65, em seu art. 6º, § 4º, que “O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores”, poder-se-ia entender, conforme largamente entendeu a doutrina durante um bom tempo,³⁵ que caberia o consórcio processual do Ministério Público com o sujeito ativo, vinculando o *Parquet* ao autor popular, pela exegese simplista de que, por ter sido a ação proposta por intitulado “autor popular”, presume-se a existência de interesse coletivo, e pois público, devendo cegamente o Ministério Público a ele se associar, impedido de qualquer questionamento a respeito da legitimidade dos auto-

res ou do ato impugnado ou, de outro lado, como alguns poucos entenderam, estaria o Ministério Público alinhado com a Administração, por representante dos interesses do Estado, mesmo que não defendendo diretamente o ato impugnado, mas ao agilizar a lide atenderia ao interesse público aparentemente envolvido (dito aparente pela confusão entre interesse da administração e interesse público), intervindo ação pela natureza da lide ou da qualidade da parte.

Portanto, o que se pretende estudar é a real motivação da intervenção do Ministério Público na ação popular, à luz do processo civil, sua razão, natureza, atribuições interventivas e não interventivas em função da instrumentalidade do processo, pois, como se procurará demonstrar, o que move a intervenção ministerial na ação popular não é o interesse da Administração Pública e nem o interesse pessoal do autor popular, mas o interesse maior da sociedade, que precisa ter defendida a ordem pública e seus interesses indisponíveis, necessitando para tanto justamente a equidistância e isenção do Ministério Público, fugindo da aplicação pura e simples do art. 82, III, do Código de Processo Civil..

4.2 A razão da intervenção ministerial

O cerne do esteio que sustenta a participação do Ministério Público na ação popular está no § 4º do art. 6º da Lei n. 4.717 de 1965, conforme já transcrito acima. Porém, outros dispositivos da mesma lei disciplinam a atuação ministerial neste caso. O art. 7º, I, a, determina que “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público”. O § 1º do mesmo artigo diz que “O representante do Ministério Público providenciará ainda que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz”, e o art. 19, § 2º, que “Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público”.

Além destes, temos ainda o art. 9º, que dispõe que “Se o autor popular desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de noventa dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”, e o art. 16 que caso decorridos sessenta dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos trinta dias seguintes, sob pena de multa grave”.

Assim sendo, se infere da letra da lei que diferentes funções e várias atribuições são determinadas à Instituição, quais sejam: a) legitimidade especial para agir com o terceiro interveniente; b) legitimidade ativa *ad causam* originária para propor ação para promover a responsabilidade penal, ação para promover a responsabilidade civil e promover a ação de execução; c) legitimidade ativa *ad causam* superveniente para promover o prosseguimento da ação caso o autor popular desistiu de

34 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 88-93.

35 Cf. NORONHA, Itamar Dias. O Ministério Público interveniente na ação popular; ampliação de sua atividade recursal. *Justitia* 116/134-135.

motivo à absolvição da instância (regulada pelo art. 201 do anterior Código de Processo Civil e prevista no atual nos arts. 267, II, e 268, sob a forma da extinção do processo).

A Constituição Federal reconheceu ao Ministério Público um papel que na prática há muito a sociedade já lhe havia reconhecido, ou seja, o de defensor dos valores fundamentais do Estado e da sociedade. Assim, assume destaque a defesa do meio ambiente, do consumidor, das vítimas em geral, do reclamante trabalhista, do acidentado, da criança e do adolescente, do hipossuficiente como um todo. Nesse sentido, definiu a Constituição o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127).

Comentando a respeito, *Cintra-Grinover-Dinamarco*³⁶ assim se manifestaram:

“Esses valores recebem a atenção dos membros do *Parquet*, seja quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade), seja quando, no juízo civil, os curadores se ocupam da defesa de certas instituições (registros públicos, fundações, família), de certos bens e valores fundamentais (meio ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos) ou de certas pessoas (consumidores, ausentes, incapazes, trabalhadores acidentados no trabalho).

É que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como a idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo 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.”

Portanto, a razão da intervenção do Ministério Público na ação popular é a própria razão que legitima o cidadão à propositura dela, ou seja, a proteção do patrimônio público, definida pela lei em seu art. 1º, § 1º, como “os bens e direitos de

valor econômico, artístico, histórico ou turístico”; por meio da prevenção ou anulação de atos lesivos a ele; controlando a Administração para que aja sempre dentro dos padrões de legalidade e moralidade; erigidos à condição de garantia constitucional.

Isto fica claro pela inovação da Constituição de 1988 que, em seu art. 129, III, legitimou o Ministério Público a defender diretamente tais bens através da ação civil pública. Assim, se esse interesse do Estado é tão forte que deu poderes constitucionais à instituição para defendê-los em seu nome e tornou-se também um direito constitucional do cidadão; certo é que justamente essa proteção move a atuação ministerial, fortalecendo a iniciativa do cidadão; sendo essa a razão de sua intervenção.

Esse interesse, que, segundo *Caio Tácito*, citado por *Simão Isaac Benjô*,³⁷ é o de “resguardar a moralidade administrativa [...] de tutelar a coisa pública contra a fraude, a improbidade, o favoritismo, a aplicação inidônea de bens e dinheiros públicos ou outros atos ilegais da Administração que causem dano ao patrimônio público”, transcende o interesse individual ou um simples interesse coletivo, pois significa o interesse voltado para todo o grupo social, como povo, representado pelo Estado, caracterizando-se, então, como interesse público e dessa forma indisponível. Assim sendo, a “razão” da intervenção do Ministério Público na ação popular é a mesma que lhe dá legitimidade a propor ação civil pública, que é a tutela de interesse indisponível ameaçado.

*Antonio Raphael Silva Salvador*³⁸ assevera que “É o Ministério Público o órgão do Estado destinado a tutelar os direitos considerados indisponíveis, que fogem da livre disposição dos particulares. Qualquer que seja a posição que venha o Ministério Público a ocupar no processo civil, deverá estar presente essa defesa dos interesses que o Estado entende como dispensáveis onde a tudo sobreleve o interesse público.

Continuando, mais adiante, completa:

“Qualquer que seja a atividade desenvolvida pelo Ministério Público na ação popular, como parte principal em determinados casos, como substituto processual ou como fiscal da lei, não pode deixar de ter em vista o interesse público, o interesse da coletividade, que é o verdadeiramente definido na ação popular...”

Concluindo, trago a perfeita conceituação de *Costa Machado*,³⁹ a qual sintetiza este ponto:

³⁷ O Ministério Público e a ação popular. *Iustitia* 82/248.

³⁸ O Ministério Público e sua posição na ação popular. *Iustitia* 85/321/324.

³⁹ *Op. cit.*, p. 457.

³⁶ *Op. cit.*, p. 186.

“De fato, a única razão por que a Lei n. 4.717, de 1965, impõe a participação do Ministério Público no processo da ação popular é a flagrante indisponibilidade dos interesses em jogo. É que ao Estado, mais do que a ninguém, importa diretamente a anulação ou o decreto de nulidade de atos administrativos que lesam o patrimônio público, haja vista que a sobrevivência e o equilíbrio sociais dependem da manutenção do respeito à legalidade e à moralidade no que concerne à atividade daqueles que lidam com tal patrimônio.

Em suma, interessam de forma tão acentuada ao Estado e à sociedade a prevenção e a repressão da atividade administrativa ilegal e lesiva, que a ordem jurídica passa a considerar tais interesses como indisponíveis, ou seja, inalienáveis, irrenunciáveis, por quem quer que seja, e de realização obrigatória, de sorte que a sua defesa em juízo, por estes motivos, não pode ficar à mercê da livre iniciativa do particular, exigindo a lei que o Ministério Público se interponha na relação processual para velar pela sua perfeita definição jurisdicional (intervindo), para dar prosseguimento ao processo no caso de extinção anormal (assumindo o pólo ativo da ação) ou, ainda, para tomar a iniciativa da ação de execução que se deva seguir (promovendo ação).”

4.3 Natureza da intervenção

Conforme já abordado, pelo disposto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 4.717/65, no qual é vedado ao Ministério Público assumir a defesa do ato impugnado ou dos autores destes, bem como devendo apressar a produção da prova, além de que o § 2º do art. 19 determina que em sentenças e decisões proferidas contra o autor popular e suscetíveis de recurso poderá recorrer o Ministério Público, à primeira vista pode parecer que intervém a Instituição como “assistente do autor popular”, o que foi defendido por vários e renomados doutrinadores. Porém, a condição para que intervenha como assistente de uma das partes envolvidas no processo civil é que a atuação seja protetiva em função de alguma deficiência que apresente na relação processual, gerando um desequilíbrio de natureza processual e, conseqüentemente, do contraditório, ou seja, esteja tal parte em uma situação de “hipossuficiência” em relação outra. É o que ocorre, por exemplo, com o réu revel citado fictamente, com o réu preso, com o acidentado do trabalho, com os incapazes de uma forma geral. Estará intervindo, então, pela qualidade da parte.

Nesses casos há a presença de interesse público e indisponibilidade com relação a eles, mas eles estão ligados não à natureza da relação jurídica, mas à condição pessoal de uma das partes, como no caso de interesse de incapazes, ausentes, acidentado do trabalho, etc. O interesse é indisponível e público pela peculiar fraqueza da parte pessoalmente considerada, gerando a obrigação e o interesse do Es

tado em protegê-la como parte do equilíbrio social refletido na relação jurídica a ser preservado.

Na ação popular, ao analisarmos a condição pessoal do autor popular e o interesse público envolvido, nitidamente se verifica que não existe liame entre um e outro, isto é, o interesse é público em relação à coletividade e ao Estado que a representa, o que o torna indisponível, conforme abordado. Não existe condição ou situação de hipossuficiência do autor, e o que move a intervenção ministerial é a indisponibilidade do direito em si e não a pessoa do autor e seu interesse próprio. Portanto, se a atuação do *Parquet* não tem como fundamento o auxílio à parte, afastada fica a hipótese de que a natureza jurídica desta seja de assistente.

De outro lado, a luz do art. 82, III, do Código de Processo Civil, a presença do interesse público evidenciado pela natureza da lide poderia levar ao entendimento, como alguns o fazem, de que na defesa desse interesse deveria o Ministério Público se alinhar com o sujeito passivo e formar um consórcio processual passivo necessário mesmo que não assumindo diretamente a defesa, vedada pela lei, do ato impugnado ou de seus autores. Entretanto, tal interpretação é da mesma forma também totalmente equivocada, uma vez que não se pode confundir interesse da Administração ou de seus agentes com o interesse público que é do Estado, pois que a este interessa a prevenção, correção ou anulação de atos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público e que sejam praticados atendendo aos princípios da moralidade administrativa, protegendo a coisa pública da fraude, da improbidade, favoritismo, desvios de finalidade e verbas.

Esse é o interesse público indisponível envolvido, como analisado no item anterior, e a razão da intervenção ministerial e não o mero interesse da Administração, o qual, este, sim, que visa a ação popular controlar. Tanto que o art. 6º, em seu § 3º, da Lei n. 4.717/65, permite que a pessoa jurídica de direito público ou privado, cujo ato seja objeto da impugnação, citada no processo, abstenha-se de contestar o pedido ou atue ao lado do autor, desde que isso não se afigure útil ao interesse público. Com isso fica perfeitamente patenteado que não se confunde o interesse da Administração com o do Estado, ao menos no caso do específico direito indisponível tutelado pela ação popular e a sua finalidade precípua.

Pois bem, o que se pode concluir é que a lei fixou uma equidistância com relação às partes envolvidas, atuando, assim, o Ministério Público não em razão delas, mas em função exclusivamente do direito envolvido, agindo de forma imparcial e na busca de existência e do prevailecimento desse direito material indisponível. Para que possa zelar pelo fiel cumprimento da lei processual e atuará instrumentalmente da mesma maneira que as partes, regida pelos princípios que norteiam sua atuação no processo civil em geral, conforme farta mente abordado em título anterior neste trabalho. Isto significa dizer que estará intervindo o Ministério Público como *custos legis*, posto que estas as características típicas inerentes a esta função.

José Frederico Marques⁴⁰ leciona:

“Na contenda entre as partes, os direitos conflitantes podem tomar tal realce que os interesses supremos da ordem jurídica acabem imperceptíveis, por falta de um sujeito que por eles propugne. Certo é que o tem o Juiz o dever de aplicar os mandamentos da ordem jurídica, fazendo prevalecer os valores mais altos que, numa situação concreta, o direito objetivo assegura. Mas, ante a focalização enfática e retumbante, pelas partes, do que a cada uma interessa, deixando em plano secundário (ou mesmo totalmente ausentes ou omissos) os imperativos do bem público, ou o juiz desceria à arena do litígio para dar a esses imperativos, na formação das *quaestiones facti*, o realce adequado, ou risco haveria de continuarem eles na penumbra: na primeira hipótese, surgiria o perigo de desvirtuar-se a imparcialidade do órgão jurisdicional; e na segunda, o de periclitar o interesse público. Essa a razão pela qual se justifica, de modo geral, a atuação, no processo, de um fiscal da lei para assegurar o respeito aos valores e bens na ordem jurídica predominantemente tutelados, quando tenha esta de incidir para compor um litígio em que apareça o interesse público, ou direitos que mereçam amparo especial.”

José Fernando da Silva Lopes⁴¹ também acrescenta:

“O Ministério Público assim intervém no processo para velar pela correta aplicação da lei de ordem pública e para realizar toda uma carga de atividades que as partes deveriam desenvolver mas, eventualmente, não desenvolvem, para impedir que o juiz, podendo suprir a inércia ou desinteresse da parte, não o faça, assegurando, efetivamente, sua neutralidade e equidistância. Faz o Ministério Público, em suma, aquilo que a parte deveria fazer, mas não o fez, e, aquilo que o juiz poderia fazer, mas não deve, aparecendo no processo como verdadeiro órgão de controle do interesse público, preocupado com a atuação da lei e com a relevante necessidade de garantir a mais estrita neutralidade do organismo jurisdicional. Este, o duplo fundamento da intervenção.”

Assim sendo, fica perfeitamente definida e delineada a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público na ação popular: é ela de *custos legis*, pois que ao exercer a atribuição que lhe é própria, em razão do direito e não das pessoas das partes, “estará o Ministério Público assegurando o descobrimento da verdade e a perfeita definição jurisdicional do interesse indisponível”⁴²

4.4 Limites à função de *custos legis*

Como definido que a natureza da intervenção ministerial na ação popular é de *custos legis* em razão do direito público indisponível envolvido, toda a atividade ministerial deverá ser desenvolvida segundo a instrumentalidade da função de acordo com o disposto no processo civil, ou seja, terá todas as prerrogativas e direito subjetivo das partes, fiscalizando a atuação destas, a aplicação da lei processual, promoverá o andamento do processo, proporá provas quando e se achar necessárias, da mesma forma com relação ao requerimento de diligências, participará da instrução.

Com relação aos prazos referentes ao Ministério Público, definida a natureza jurídica da atuação ministerial e que é um instituto de processo civil, clara fica a aplicação do art. 188 do Código de Processo Civil, mesmo porque os arts. 7º e 22 da própria Lei n. 4.717/65 assim já o determinaram, dispondo o primeiro que a ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, e o segundo que aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil. Nesse exato sentido decidiu a jurisprudência:

“O Ministério Público a qualquer título com que exerça seu *munus* faz jus ao prazo recursal em dobro.”⁴³

“O art. 188 se aplica ao MP, tanto quando é parte, como quando funciona como fiscal da lei.”⁴⁴

Ilá ainda que se ressaltar que deve o Ministério Público atuar em todas as fases da ação popular, sob pena de nulidade, sendo elas bem distintas: a) a fase cautelar prevista pelo § 4º, do art. 5º, da Lei n. 4.717/65 b) a fase de conhecimento e c) a fase de execução que concretiza o título executivo judicial, a sentença da fase de conhecimento.

Apesar da amplitude da função interventiva do Ministério Público na ação popular, inerente à sua natureza como *custos legis* pois que o art. 19 da Lei n. 4.717/65 em seu § 2º, última parte, impõe um limite à capacidade e legitimidade recursal da Instituição, determinando que só poderá fazê-lo das decisões e sentenças proferidas contra o autor popular, limitação esta que já levou vários autores à interpretação do alinhamento do Parquet a este com natureza assistencial.

A doutrina, entretanto, tem entendido que a limitação parece bastante lógica posto que, *contrario sensu*, se a ação foi julgada procedente é que no mérito reconheceu a sentença que o ato impugnado é lesivo ao patrimônio público: como é defeso ao Ministério Público defender o ato impugnado ou seus autores pela própria

⁴⁰ Manual de direito processual civil, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1976, v. I, p. 292-2 41 O Ministério Público e o processo civil. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 47.

⁴² COSTA MACHADO. Op. cit, p. 463.

II, 3ª T., REsp. 2.065-RJ, Rel.: Min Waldemar Zveiter, j. em 8/5/90, DJU de 28/5/90, I 732.

II, RTJ 106/1.936; RT 474/87, 578/253; RJTJESP 36/59, 40/37, 82/196.

defesa do interesse público indisponível, não seria cabível que pudesse recorrer em tal sentido, pois que estaria indo contra o interesse envolvido que, como analisado anteriormente, não se confunde com o interesse da Administração que praticou o ato. Na interpretação de *Hely Lopes Meirelles*,⁴⁵ “Os Procuradores da República ou os Promotores Públicos atuam sempre em defesa dos interesses da comunidade, em favor da qual é intentada a ação popular. Daí por que a Lei proibiu esses agentes públicos de recorrer em prol dos réus chamados na ação”.

No entanto, uma aparente contradição surgiu com o advento do atual Código de Processo Civil, promulgado em dezembro de 1973, o qual dispõe em seu art. 499, § 2º, que “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei”.

Ora, como já abordado no início, a lei da ação popular foi elaborada à luz do estatuto de direito processual civil de 1939, com sua correlata doutrina e jurisprudência, que dava uma abordagem muito tímida à atuação ministerial, provocando dificuldades para a compreensão da extensão e fundamento de suas atribuições, demonstrando que filosoficamente ainda carecia de definição, estando procurando rumos e identidade próprios, especialmente no que tange ao processo civil.

E isto só começa a clarear e proporcionar novos horizontes com *Chiovenda* cujas idéias inovadoras influenciaram decisivamente o Código de 1973, ampliando “corretamente a soma de poderes que eram, até então, parcimoniosamente concedidos à Instituição”,⁴⁶ ou seja, qualquer diploma processual civil vigente, mesmo que promulgado anteriormente ao atual Código, há que ser interpretado à luz dos novos conceitos por ele lançados, numa exegese moderna e em consonância com o novo enfoque dado ao Ministério Público.

Portanto, se determinou o estatuto de 1973 que o Ministério Público tem legitimidade para recorrer tanto no processo em que é parte como naqueles em que oficiou como fiscal da lei, conclui-se que a Lei. n. 4.717/65 foi derogada com a tácita revogação da última parte do § 2º do art. 19, podendo o órgão institucional recorrer mesmo quando a ação tenha sido julgada procedente, isto é, em face do conhecimento opinar livremente levantando questões processuais preliminares e se convencendo livremente a respeito do mérito. Assim, se a manifestação for contrária à procedência da ação e a sentença não acatá-la, é perfeitamente lógico que tenha legitimidade ativa recursal com vistas à defesa de seu convencimento e que significa a defesa do interesse público envolvido, base fundamental de sua intervenção e manifestação. O impedimento do recurso cerceia a livre e ampla defesa do interesse público, posto que não é o puro e simples ajuizamento da ação popular ou o julgamento favorável de primeiro grau que lhe dá presunção de existência e legitimidade ao autor em defendê-lo.

Entretanto, é forçoso que se reconheça que a capacidade recursal do Ministério Público na ação popular, mesmo sob este entendimento, não é irrestrita, sofrendo a idêntica limitação da fase de conhecimento, isto é, da mesma forma que não pode praticar a defesa do ato impugnado, não poderá recorrer em seu favor.

Se a decisão for desfavorável ao autor popular e caso não recorra, não fica o Ministério Público obrigado a propor o recurso, qualquer que seja ele; primeiro, que a lei coloca a possibilidade na condicional, permitindo a disposição ministerial em face da sentença ou decisão; segundo, que mesmo que lhe vede a lei a defesa do ato impugnado ou de seus autores, não estará adstrito à sua impugnação, podendo opinar livremente, inclusive pela improcedência da ação por falta de objeto, conforme será abordado no tópico seguinte, portanto, sendo totalmente incoerente se num casos desses, em que opinou pela improcedência em parecer fundamentado e a sentença acolheu o entendimento, que fosse obrigado a recorrer perante o silêncio da parte ativa. Destaque-se que em casos assim, havendo recurso, o parecer ministerial também será livre e imparcial.

4.5 A vedação à defesa do ato impugnado ou de seus autores

A vedação imposta pelo art. 6º, em seu § 4º, da Lei n. 4.717/65, a qual impede ao Ministério Público assumir a defesa do ato impugnado ou dos autores dele, representa também uma limitação à sua atividade interventiva; no entanto, dada a importância do dispositivo, pois que praticamente pode ser considerado como o ponto de partida de toda essa atividade ministerial, será abordado neste item próprio.

Traçando um paralelo com a ação civil pública, na qual é o Ministério Público legitimado a tutelar os mesmos interesses públicos indisponíveis, busco a sempre oportuna lição de *Hugo Nigro Mazzilli*:⁴⁷

“O dever de agir não obriga, como se viu, à cega propositura da ação.

Sem quebra alguma do princípio da obrigatoriedade, se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente (Lei n. 7.347/85, art. 9º, Lei. n. 7.853/89, art. 6º, § 1º).”

Ora, se tem a Instituição na ação civil pública a disponibilidade de propô-la ou não, mediante seu convencimento, analisando as provas carreadas no inquérito civil, verificando a existência do objeto e apreciando livremente a ocorrência da hi-

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 111.

⁴⁶ SANSEVERINO. *Op. cit.*, p. 12.

pótese de agir, seria de todo uma incoerência se lhe fosse vedado tal apreciação na ação popular pelo simples fato de ter sido proposta por intitulado autor popular presumindo-se a presença dos pressupostos processuais e condições da ação e afastando-a de manifestar-se quanto ao mérito, acorrendo o Ministério Público à pretensão litigiosa ativa e ao autor.

O que evidentemente visou a lei no dispositivo em questão não é o impedimento de toda essa atividade processual à Instituição, característica da função fiscalizatória, mas sua omissão poderia levar a uma exegese primária e simplista, conforme já abordado, de que, por ter sido o ato discutido praticado pela Administração Pública por via de seus agentes-autores, objetivamente seria ele praticado em nome do Estado e, assim, em razão do interesse público presente por esta presunção, estaria a exigir sua tutela e a vinculação do Ministério Público ao sujeito passivo. Portanto, procurou a lei evitar tal confusão e que esta, ao invés de permitir a prevenção e anulação de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, servisse a acobertá-los. Ao impedir que o *Parquet* pratique atos específicos de defesa do réu e supra sua inércia processual, obriga a lei que este se mova na demonstração da legalidade e lisura de seu ato e não fique no aguardo da proteção estatal.

Acrescente-se ainda que a lei pretendeu deixar clara essa interpretação, pois que o § 3º do art. 6º permite que a pessoa jurídica de direito público ou privado, cujo ato esteja sendo impugnado, “abstenha-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor”, dissociando expressamente interesse público de interesse da Administração ou de seus agentes.

Há também que se destacar que, além dessa finalidade, o dispositivo ora discutido, § 4º do art. 6º, ressaltou a natureza interventiva do *Parquet* como *custos legis*, posto que atos específicos de defesa não devem e não podem ser praticados nessa função. *Costa Machado*,⁴⁸ comentando a respeito, afirma:

“Dizendo a lei que ao *Parquet* é vedado assumir a defesa do ato impugnado, nada mais está ela fazendo do que explicitar o que, na verdade, nenhum órgão do Ministério Público pode realizar quando funcione num processo como *custos legis*: avocar-se a condição de defensor de uma das partes, tornar-se parcial ou vinculado subjetivamente. Assim, o que, de fato, se deduz da redação do § 4º do art. 6º é que a Lei n. 4.717 quis inserir o Ministério Público no processo da ação popular para exercer função tipicamente fiscalizatória, o que, aliás, é a única atribuição que se adapta ao interesse público envolvido nessa demanda.”

Após esta abordagem sob um questionamento mais teórico, impõe-se uma análise da repercussão do dispositivo na prática da intervenção ministerial sob o

ângulo da instrumentalidade do processo. Pode o Ministério Público argüir a falta de pressupostos processuais ou condições da ação? Pode formular objeções ou no mérito manifestar-se contrariamente ao autor? Pode, enfim, manifestar-se pela improcedência da ação, tanto por questões preliminares como pelo mérito?

As respostas são logicamente positivas, cabendo ao Ministério Público, desde logo, levantar questões processuais preliminares, por exemplo, quanto à legitimidade do autor, zelar pelo desenvolvimento correto do procedimento e se vencer livremente a respeito do mérito à luz das provas produzidas. Nada disto significa que estará o *Parquet* assumindo a defesa do ato impugnado ou de seus autores, ao contrário, estará zelando pela correta aplicação da lei e a prevalência do direito indisponível envolvido.

Abordando o tema, *Antônio Raphael Silva Salvador*⁴⁹ opina:

“Portanto, não é certo que o art. 6º, § 4º, vincule a manifestação do Ministério Público ao autor da ação popular, impedindo de opinar, em casos de apurada improcedência do pedido, a favor do ato impugnado ou de seus autores. O que fica vedado ao Ministério Público, e só isso, é que assuma a defesa do ato impugnado ou de seus autores.”

No mesmo diapasão, *Itamar Dias Noronha*⁵⁰ entende que incumbe ao Ministério Público “auxiliar o autor, até esgotada a fase probatória, para, só então, pronunciar-se, como lhe parecer, mesmo contra a procedência da demanda...”.

*José Afonso da Silva*⁵¹ comenta a respeito:

“Como fiscal da aplicação da lei é seu dever argüir toda conduta ilegal que se verifique no desenrolar da ação popular, ainda que isso beneficie o réu. Nesse caso, não estará defendendo os autores do ato impugnado, mas a legalidade, a boa aplicação da lei. E essa função de fiscal da lei é que está na base de toda a sua atividade no processo da ação popular.”

Sepultando a questão, mais uma vez faço minhas as palavras de *Antônio Claudio da Costa Machado*:

“De tudo o que foi dito acerca da norma contida no § 4º do art. 6º da Lei n. 4.717, de 1965, podemos, afinal, concluir: trata-se de regra disciplinar da intervenção do Ministério Público-fiscal da lei, que impõe limitação à atividade probatória do órgão oficiante no que concerne aos fundamentos

48 *Op. cit.*, p. 464.

49 *Op. cit.*, *Justitia* 85/326.

50 O Ministério Público interviene na ação popular; ampliação de sua atividade recursal. *Justitia* 116/138.

51 O Ministério Público nos processos oriundos do exercício da ação popular. *Justitia* 123/67.

de fato apresentados pelo sujeito passivo, mas que não representa qualquer óbice à arguição de objeções nem à manifestação de mérito contrária ao autor popular. Quanto a este último aspecto, lembramos que é inerente à função do *custos legis* o opinar com liberdade total a respeito da solução meritória a ser dada à pretensão deduzida pelo autor popular, o que, em hipótese alguma, pode ser confundido com a defesa do ato impugnado, mas que, pelo contrário, representa a mais lídima expressão de defesa da ordem pública e dos interesses indisponíveis da sociedade”.⁵²

4.6 Outras atribuições do Ministério Público

Além das atribuições inerentes à função interventiva do Ministério Público tipicamente consideradas, a lei que regulamenta o procedimento da ação popular lhe reserva outras que não podem ser consideradas interventivas propriamente ditas, por não se referirem à ação em si, considerando-se enquanto tal o processo de conhecimento, posto que nessa fase é que se discute o direito indisponível envolvido, ou por adentrar a ação não mais por via de intervenção, mas por legitimação ativa extraordinária superveniente à composição da lide, ocorrendo uma mutação na natureza de sua atuação.

O art. 6º, § 4º, dispôs que cabe ao Ministério Público “promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem...”. Aqui surge a primeira hipótese de atuação não interventiva: a promoção da ação de responsabilização civil pela prática do ato impugnado; esta legitimação *ad causam*, que é extraordinária e concorrente com o atingido pelo ato, é de fundamental importância que tenha sido outorgada pela lei em virtude da exigência do art. 81 do Código de Processo Civil que determina: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”.

Previu também este dispositivo legal que deverá o Ministério Público promover a responsabilização penal, o que é totalmente desnecessário, pois que o ordenamento jurídico adjetivo penal já lhe dá a incumbência (art. 24 do Código de Processo Penal), e o direito objetivo prevê sanção à sua inércia diante da hipótese concreta (art. 319 do Código Penal), tornando-se uma redundância tal previsão; assim, o que se conclui é que pretende a lei chamar a atenção de que, se julgada procedente a ação, poderá também possuir os reflexos na esfera criminal, confirmando este entendimento o art. 15 que textualmente diz que “Se, no curso da ação, ficar provada a infringência da lei penal...”.

O art. 9º determinou, prevendo outra atribuição à instituição, que “se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais

prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, hem como ao Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias (da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”. Nesse caso ocorre novamente a legitimação ativa extraordinária e concorrente, só que dessa vez com qualquer cidadão.

Porém, dois fenômenos ocorrem: primeiro, é superveniente e dependente de condição resolutiva, ou seja, que o autor desista da ação ou dê causa à absolvição da instância; segundo, deixa o Ministério Público a postura de *custos legis* para ocupar a de sujeito ativo na relação processual, mudando a natureza jurídica de sua atuação de interveniente para parte, perdendo o autor popular original esta qualidade.

No entanto, é preciso se ressaltar que esta previsão do art. 9º não obriga ao *Parquet*, permanecendo sua disposição em fazê-lo somente se entender presentes os requisitos e motivos que permitam o prosseguimento da ação.

Por fim, o art. 16 atribuiu a possibilidade de “Caso decorridos 60 (sessenta) dias de publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) seguintes, sob pena de falta grave”. É também caso de legitimação ativa extraordinária, porém não concorrente, pois que a legitimação do *Parquet* só surge após cessadas a do autor ou de terceiros; é também superveniente, pois que depende da condição resolutiva de que o autor ou terceiro não a promova como determinado no artigo, só surgindo a legitimação do Ministério Público com tais ineris processuais.

No âmbito deste art. 16 pode surgir uma dúvida, pois ele se refere à execução fundada em sentença condenatória de segunda instância, omitindo-se com relação à sentença condenatória de primeira instância em face da qual não tenha havido do recurso. A dúvida se dissipa com base no simples princípio de “quem pode o mais pode o menos”, posto que não teria a menor procedência lógica que fossem dados poderes a executar acórdãos e se vedasse com relação a sentenças; portanto, a possibilidade está implícita no poder maior concedido que absorve o menor. Especialmente em função do interesse tutelado, público e indisponível, não seria concebível que por uma filigrana legal, diante da inércia do autor e de terceiros, ficasse, então, o Ministério Público impedido de realizar a sentença e atingir a finalidade da ação popular.

Dessa forma, comparando o disposto neste art. 16 com o art. 6º, § 4º, verifica-se com certeza que o primeiro – art. 16 – também trata de propositura de ação civil, sendo essa a natureza da execução a que é legitimado o Ministério Público por esse dispositivo, assim sendo, considerando-se a pressuposição da primeira parte do art. 81 do Código de Processo Civil e aplicando-se, à luz da instrumentalidade do processo, o determinado em sua segunda parte.

5 CONCLUSÃO

A ação popular é um instituto de direito processual civil regulamentado pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, e regido supletivamente pelos princípios gerais estabelecidos pelo Código de Processo Civil e elevado à categoria de direito e garantia fundamental do cidadão pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, e que tem por finalidade a prevenção, correção ou anulação de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, compreendidos estes como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, bem como da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, sendo pois legitimado a propô-la o indivíduo integrante da sociedade no pleno gozo de seus direitos cívicos e políticos, expressado pela posse do título de eleitor válido, fazendo-o não para amparar direito seu individual, mas de toda a comunidade pois que o povo como um todo faz jus ao direito subjetivo de ter um governo honesto, que é, assim, público e indisponível.

Em razão do envolvimento desse direito público e indisponível, que faz nascer o interesse do Estado, como representante da sociedade e de seus interesses, em garantir a tutela jurisdicional e prevalência desse direito, surge a necessidade da intervenção do Ministério Público como instituição voltada à defesa justamente dos interesses públicos indisponíveis, devendo para tanto manter-se equidistante das partes, no pólo ativo, o autor popular, e, no passivo a Administração Pública. Dessa forma caracteriza-se a natureza jurídica de sua intervenção como sendo de *custos legis*, garantindo o levantamento da verdade e a mais correta tutela jurisdicional desse interesse envolvido, fiscalizando a atuação das partes e a aplicação da lei processual, promovendo o andamento do processo, propondo provas, requerendo diligências, participando da instrução, podendo e devendo levantar questões processuais preliminares e se convencer livremente a respeito do mérito à luz das provas produzidas, mesmo pela improcedência da ação, sendo-lhe apenas vedado que assuma a defesa do ato impugnado ou de seus autores. Pode, no entanto, recorrer mesmo quando julgada procedente a ação. Possui, ainda, na defesa da ordem pública e dos interesses indisponíveis da sociedade, expressa na ação popular, outras atribuições não interventivas, mas que visam permitir a concretização dessas finalidades, quais sejam: a promoção das responsabilidades penal e civil pela prática do ato impugnado; promover o prosseguimento da ação no caso de o autor desistir da ação ou der causa à absolvição da instância; promover a execução da sentença ou acórdão definitivo, caso o autor ou terceiro se mantenham inertes e não o façam.

Referências bibliográficas

- ALVIM, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 2.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, t. 1 e 2.
- BENJÓ, Simão Isaac. O Ministério Público e a ação popular. *Justitia*, v. 82.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio/Estácio de Sá, 7. tir., 1981.
- ARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UETHA, 1944, v. 2.
- ASTELLO BRANCO, Helio H. Aspectos da intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte. *RF*, v. 275.
- BIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Anotada por Enrico Tulio Liebman. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943.
- FRINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo – Breves comentários ao Código*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DAMÁSIO, E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DOTTI, René Ariel. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1977.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 79.
- LIOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MIRRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

———. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 189.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1986.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971.

———. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: 1955.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1, 2 e 5.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 21. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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

NORONHA, Itamar Dias. O Ministério Público interveniente na ação popular; ampliação de sua atividade recursal. *Justitia*, v. 116.

OLIVEIRA, Victor Correa de. O Ministério Público e o processo de execução penal. Belo Horizonte: AMMP, *JUS* 14, 1992.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

———. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1968.

SAGA, *A grande história do Brasil*. São Paulo: Abril Cultural, Império: 1808 1870, v. 3.

SANSAVERINO, Milton. O Ministério Público e o interesse público no processo civil. *RF*, v. 254.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de Processo Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, 2 e 3.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1990.

———. O Ministério Público nos processos oriundos do exercício da ação popular. *Justitia*, v. 123.

SILVA SALVADOR, Antonio Raphael. O Ministério Público e sua posição na ação popular. *Justitia*, v. 85.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

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.

**ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL,
REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO
EM RAZÃO DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR
LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A PENA EM PERSPECTIVA***

ROGÉRIO GRECO

sumário

I Do pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público. 2. Da rejeição da denúncia pelo juiz, com base no inciso III do art. 43 do CPP. 3. Extinção do processo durante o curso da ação penal. 4. Conclusão. Referências bibliográficas

É do conhecimento de todos que milhares de processos se avolumam nas prateleiras dos cartórios judiciais à espera de julgamento.

Os juízes reclamam da precária estrutura do Poder Judiciário, onde existe a falta de material humano, desde os mais simples serventuários aos próprios magistrados, e do sistema arcaico de formação dos processos.

A informática, para muitos, ainda é coisa do futuro.

Com raras exceções vemos os feitos serem julgados dentro dos prazos determinados pela legislação processual, seja ela civil ou penal.

No que diz respeito à seara penal, a demora começa desde a elaboração do inquérito policial, onde delegacias de polícia funcionam, pelo menos no Estado de Minas Gerais, com pessoal deslocado de outros órgãos públicos, cedidos temporariamente para que a nossa “segurança” não fique de todo afastada.

Excepcionalmente encontramos inquéritos policiais que foram encerrados nos prazos determinados pela legislação processual penal. A situação não se modi-

* Tese aprovada na Comissão Temática.

fica até mesmo no caso de indiciados presos. É preciso que a Justiça permaneça em constante vigília, a fim de que indiciados tidos como perigosos não passem a desfrutar de nosso convívio social em virtude da demora das conclusões das investigações policiais.

Dentro desse quadro decepcionante, encontramos uma situação bastante corriqueira, qual seja, a remessa dos autos de inquérito policial ao Juízo Criminal pres-tes a ocorrer a chamada prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Vozes abalizadas no Ministério Público mineiro entendem que nesses casos em que a mencionada causa extintiva da punibilidade não tiver ocorrido, levando-se em consideração a pena encontrada em abstrato da lei penal, deve o Promotor de Justiça que receber o referido inquérito policial, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

Isto porque, segundo entendem, não pode o representante do *Parquet* solicitar o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação se não tiver ocorrido, efetivamente, a prescrição da pretensão punitiva, calculada pelo máximo da pena aplicada ao delito.

Esquecem-se, contudo, que a Justiça caminha a passos de tartaruga, enquanto os delinquentes habituais correm com pernas de lebre.

Como foi dito linhas acima, inúmeros processos aguardam sua sorte nas prateleiras empoeiradas de um cartório criminal.

A grande maioria é composta de pequenas infrações, que, normalmente, prescrevem em dois anos.

Essas breves elucubrações visam, principalmente, tentar dinamizar a Justiça Penal, fazendo com que ela se preocupe em solucionar processos relevantes para a comunidade, e não com aquelas infrações penais conhecidas como “crimes de bagatela”, que dão ensejo ao chamado princípio da insignificância, brilhantemente defendido pelo eminente Ministro *Francisco de Assis Toledo*.¹

O nosso objetivo, neste estudo, é analisar a possibilidade de se oferecer denúncia quando a prescrição da pretensão punitiva, embora iminente, não tiver ocorrido levando-se em consideração o tempo máximo da pena aplicada em abstrato para determinado delito.

É o que faremos a seguir.

Em trabalho recente, o ilustre Promotor de Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNESP, Dr. *Marco Antônio Ribeiro Lopes*,² analisa com profundidade e singular brilhantismo o tema que ora nos propomos a enfrentar, onde enfatiza a impossibilidade de oferecimento da denúncia nos casos em que a mesma certamente, no futuro, redundará em desperdício dos atos processuais, haja

vista que o julgador, diante de situações concretas, não poderá aplicar o *máximo da pena prevista* na legislação penal somente para poder fugir à decretação da extinção da punibilidade.

Como bem asseverou *Jescheck*,³ “*la fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez. Esta discrecionalidad no es, sin embargo, libre, como la discrecionalidad de las autoridades administrativas que eligen entre varias decisiones jurídicamente equivalentes sólo conforme a criterios de utilidad, sino que se trata, sin excepción, de una discrecionalidad jurídicamente vinculada*”.

Exemplificando, para melhor compreensão da hipótese: suponhamos que determinada pessoa tenha praticado, no dia 9 de março de 1991, um delito de lesão corporal de natureza leve, onde a pena máxima prevista, segundo o art. 129, *caput*, do estatuto repressivo, é de um ano de detenção. Tal agente é primário e de bons antecedentes, nada tendo que desabone sua conduta social. O fato aconteceu em circunstâncias excepcionais. O Promotor de Justiça, no dia 13 de março de 1993, recebe os autos de inquérito policial. Verifica que já decorreu período superior a dois anos desde a data do fato até a remessa do feito à Justiça Criminal. Indaga-se: teria o representante do *Parquet* que oferecer obrigatoriamente a denúncia, mesmo sabendo, de antemão, que a futura ação penal não alcançaria seu desiderato? Ou ainda seria útil tal expediente, isto é, dar início a uma ação penal de iniciativa pública se já soubesse, antes mesmo de sua propositura, que seria detonada em vão a máquina judiciária do Estado, desde a simples autuação e registro, até os atos mais formais, como a citação do acusado, seu interrogatório, intimação de testemunhas, alegações finais e sentença? Não seria razoável, nesta situação, deixar de lado este ato que de nada valeria, permitindo que outros processos relevantes fossem efetivamente julgados?

A resposta a essas perguntas encontramos na análise das condições necessário ao exercício do direito de ação.

Para que se possa propor uma ação faz-se mister a presença de todas as suas condições, vale dizer, a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e, como quarta condição, seguindo os ensinamentos do insigne

professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *Afrânio Silva Jardim*, estaria a chamada justa causa.

In casu, verificamos que no exemplo apontado faltaria a terceira condição da ação, isto é, o interesse de agir.

Com a clareza que lhe é peculiar, *Celso Agrícola Barbi*,⁴ comentando o art. 3º do Código de Processo Civil, diz que o interesse de agir resume-se na *necessidade* do uso da via judicial, ou a *utilidade* que disto advém.

1 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 112.

2 LOPES, Marcos Antônio Ribeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, jul./set., 1993.

3 JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Parte general, volumen segundo. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1191.

4 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

Obrigatoriamente, para que o réu se veja compelido a cumprir uma penalidade qualquer, faz-se mister seja o mesmo devidamente processado, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa. A necessidade da via judicial para que o Estado possa exercer o seu *jus puniendi* é, portanto, patente. Não há falar em sanção penal sem que o acusado tenha se valido do devido processo legal.

Contudo, no que diz respeito à utilidade da medida, relembando o exemplo acima apontado, verificamos que o Promotor de Justiça não poderia oferecer denúncia, naquelas condições, por lhe faltar interesse de agir. Para que se pudesse aplicar a pena prevista no direito penal positivo, a ação penal seria necessária ou, mais precisamente, haveria imperiosa necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para que o mesmo, analisando com imparcialidade a causa, decidisse o destino do réu. Entretanto, a medida judicial seria de uma inutilidade total, haja vista que ao final, quando fosse entregue a prestação jurisdicional, esta de nada valeria, pois, fatalmente, encontrada a pena em concreto, esta teria o condão de fazer com que fosse declarada a extinção da punibilidade, em face da ocorrência da prescrição da pretensão da punitiva do Estado.

Ada Pellegrini Grinover,⁵ com indiscutível exatidão, disserta sobre o tema em estudo, assim prelecionando:

“O primeiro requisito do interesse de agir é a necessidade ou utilidade do uso das vias judiciais; o segundo é a adequação do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando, na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei.”

“No processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se a ausência da condição.”

“Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir).”

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 54-55.

Outra corrente aduz que o indiciado teria interesse subjetivo em ver-se julgado e absolvido, pois esta absolvição criminal importaria no trancamento das portas do Juízo Cível, impedindo que a suposta vítima pleiteasse algum tipo de indenização pelos danos sofridos.

Contudo, nesse caso, deve ser observado que nem todas as sentenças absolutórias impedem o ingresso de uma outra ação, no Juízo Cível, visando à reparação dos danos possivelmente experimentados pela vítima.

O art. 386 do Código de Processo Penal enumera os casos em que o julgador que absolver o réu. São eles: I – estar provada a inexistência do ato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI – não existir prova suficiente para a condenação.

Tourinho Filho,⁶ comentando o artigo em questão, diz, com mestria:

“Absolvido o réu com fundamento numa causa excludente de antijuridicidade, tal decisão exerce notável influência na jurisdição civil, no campo da satisfação do dano ex *delicto*, podendo até impedir a propositura da ação civil tal como previsto no art. 65 do CPP, salvo as exceções estabelecidas nos arts. 1.519, 1.520, 1.540 do CC. Se o juiz absolver o réu, alegando a inexistência do fato, a ação cível não pode ser proposta (CPP, art. 66). Diga-se o mesmo se o Juiz penal reconhecer, categoricamente, não ter sido ele o autor do fato criminoso. A propositura da ação civil encontra empecilho no art. 1.525 do CC.”

Afora essas situações referidas pelo douto professor de Bauru, poderá a vítima propor ação cível em face do autor do delito, buscando, outrossim, sua condenação no Juízo Cível.

Por outro lado, uma vez condenado o réu, a sentença criminal, após o trânsito em julgado, teria força de título executivo judicial, nos termos do art. 584, II, do Código de Processo Civil.

Não podemos esquecer, a fim de arrostar o raciocínio acima expressado, que é cognitiva a ação penal que visa cominar uma sanção ao acusado, pertencendo, pois, ao processo de conhecimento, da mesma forma que seria aquela ação cível proposta pela vítima com a finalidade de ver-se ressarcida dos danos por ela sofridos, causados pelo autor do delito.

Além disso, o Estado não se presta a advogar causas de interesses disponíveis, como seria o caso da indenização relativa aos danos sofridos pela vítima de um crime.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4, p. 209.

Exceção a essa regra encontramos no art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o órgão do Ministério Público a propor a execução da sentença penal condenatória ou a ação civil de conhecimento quando o titular do direito à reparação for pobre, desde que por ele tenha sido feito tal requerimento.

O Estado, conforme salientamos, não deve ingressar em Juízo com uma ação penal com o objetivo único de conseguir para a vítima do delito um título executivo de natureza judicial.

Isto porque o fim colimado no processo penal é a apuração dos fatos tidos como criminosos, bem como a punição daqueles que descumpriram as normas penais incriminadoras, impondo pena aos infratores imputáveis, bem como medida de segurança aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, quando for o caso (art. 98 do CP).

Não é, portanto, meta do Estado formalizar um título executivo para o particular lesado. Este título advém tão-somente como consequência de uma condenação imposta.

1 DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Feitas essas anotações preliminares, convém analisar, neste tempo, o pedido de arquivamento formulado pelo representante do Ministério Público ao receber autos de inquérito policial, bem como as eventuais peças de informação.

A Constituição Federal, em seu inciso I do art. 129, diz ser função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

O Ministério Público, portanto, no que diz respeito à ação penal de iniciativa pública, é o verdadeiro e único *dominus litis*. Pode, contudo, o particular, atento também a outro dispositivo constitucional, por inércia do representante do *Parquet* após decorrido o prazo para oferecimento da denúncia, apresentar queixa-crime (ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública – art. 5º, LIX, da CF).

Na qualidade de titular da ação penal pública, e em obediência ao *princípio da indisponibilidade*, deve o Ministério Público, no exercício de seu mister, oferecer denúncia nos casos e previsões legais.

Contudo, tal imposição não impede que o Ministério Público aprecie os fatos que foram trazidos a seu crivo para então, só após, deflagrar o processo penal.

Primeiramente, deve o Promotor de Justiça (e aqui também nos referimos aos Procuradores de Justiça que atuam na segunda instância) observar os casos em que pode ser rejeitada a denúncia, previstos no art. 43 do diploma processual penal. Caso o fato narrado nos autos de inquérito policial não se constitua em crime, se já estiver extinta a punibilidade, em qualquer das hipóteses elencadas no art. 107 do Código Penal que tiverem pertinência com a natureza da ação penal colocada a cargo do Ministério Público, ou se não concorrerem todas as condições da ação, deve ser solicitado ao juiz competente o arquivamento das investigações policiais, pois, se

não agir desta forma, certamente o magistrado terá o dever de rejeitar a peça inaugural de acusação.

Quando o inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal menciona a necessidade de estarem presentes, *ab initio*, as chamadas condições necessárias para o exercício regular do direito de ação, obviamente que entre elas inclui-se aquela ligada ao *interesse de agir*.

No exemplo acima formulado, recebendo o Promotor de Justiça os autos de inquérito policial, deverá observar, em cada caso, a real possibilidade de, em havendo propositura da ação penal, ocorrer a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, IV, 1ª figura, do estatuto repressivo.

Na hipótese figurada, no caso de lesões corporais leves, sendo o indiciado primário, de bons antecedentes, bem como não lhe sendo de todo desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o magistrado, caso venha a ser provado que aquele praticara um fato típico, antijurídico e culpável, certamente, segundo orientação doutrinária e jurisprudencial dominante, não pode aplicar a pena muito acima do mínimo legal.

Nestes termos, já tendo decorrido período superior a dois anos, qual seria a utilidade da medida se o indiciado, caso fosse processado criminalmente, obtivesse a condenação, mas que, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, teria que ser declarada a extinção da punibilidade? A ação penal seria de todo inócua.

Teria se perdido um tempo enorme com a prática de atos totalmente inúteis.

Deve ser frisado, neste momento, que estamos falando de pedido de arquivamento de inquérito policial formulado pelo órgão do Ministério Público. O pedido será tão-somente o de arquivamento com base na falta de interesse de agir. O Promotor de Justiça não solicitará ao magistrado a decretação da extinção da punibilidade, pois esta ainda não teria ocorrido, considerando-se a pena máxima aplicada ao delito em questão. O art. 61 do Código de Processo Penal diz que “*em qualquer fase do processo*” o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício. Ora, enquanto não recebida a denúncia, não há falar-se em processo, razão pela qual não poderá o magistrado reconhecê-la na fase pré-processual. Terá, sim, é que determinar o arquivamento dos autos de inquérito policial.

Podemos figurar outro exemplo, de cunho elucidativo. Suponhamos que determinado agente tenha praticado um delito de furto simples. É primário, tem bons antecedentes e ao que tudo indica não tornará a delinquir. Praticou o crime por imaturidade. O Promotor de Justiça, ao receber o inquérito policial, verifica que desde a data do fato até a remessa dos autos ao Juízo Criminal já decorreu período de quatro anos.

Sabendo que o julgador não poderia condená-lo a uma pena superior a dois anos, pois todas as circunstâncias lhe eram favoráveis, o Promotor de Justiça requer o arquivamento dos autos. Justifica seu pedido na falta de interesse de agir, provando a inutilidade de uma eventual propositura de ação penal. O Juiz, atendendo à solicitação do *Parquet*, simplesmente acolhe sua fundamentação e determina o ar-

quívamento do inquérito. Observem que não foi extinta a punibilidade. Tempos mais tarde, a douta autoridade policial descobre que o indiciado não praticara um delito de furto simples, mas sim em companhia de outro agente. Nessa situação, com base nesses novos dados, poderá o Ministério Público solicitar o desarquivamento e promover a denúncia dos agentes, agora pelo crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas? Entendemos que sim.

Na situação original, faltava interesse de agir por parte do representante do Ministério Público, uma vez que a pena que seria infligida ao acusado não poderia ser muito superior ao mínimo legal, que era de um ano de reclusão. Agora, com esta nova situação, o delito passa a ser qualificado pelo concurso de pessoas, onde a pena mínima prevista no § 4º do art. 155 do diploma penal é de dois anos de reclusão.

A prescrição talvez possa até ocorrer, mas não com tanta certeza quanto no primeiro caso.

Conforme nos ensina *Afrânio Silva Jardim*,⁷ em suas conclusões ao artigo intitulado *Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito Policial*, “a decisão de arquivamento tem a natureza administrativa, não se podendo falar em coisa julgada sem que haja jurisdição e processo”.

Assim, com base na falta de interesse de agir, em determinadas situações pode e deve o Ministério Público pugnar pelo arquivamento do inquérito policial, caso a propositura de uma ação penal seja totalmente inútil.

2 DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELO JUIZ, COM BASE NO INCISO III DO ART. 43 DO CPP

Observando os arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal, verificamos as situações em que o magistrado poderá rejeitar a denúncia.

Se a peça inaugural de acusação deixa de conter a exposição do fato criminoso, obviamente o réu terá cerceado seu direito de defesa, haja vista que não saberá exatamente daquilo de que está sendo acusado. Se não contiver, ainda, a qualificação do sujeito passivo da relação processual penal, ou pelo menos esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, será impossível prosseguir-se no feito.

No art. 43 do diploma processual observamos que se o fato narrado na denúncia evidentemente não constituir crime, o réu sofrerá um constrangimento ilegal ao ver-se às barras de um Tribunal por mero capricho do órgão acusador, ferindo frontalmente o art. 1º do Código Penal, bem como o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República, que prevêem o chamado princípio da reserva legal.

Se já tiver ocorrido a extinção da punibilidade, o Estado terá perdido o seu direito de punir o agente que supostamente teria cometido uma infração penal. Ainda, quando houver evidente ilegitimidade de parte, seja ela ativa ou passiva deverá o juiz rejeitar a denúncia.

A parte final do inciso III do artigo da lei processual penal menciona, também, a ausência de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Júlio Fabbrini Mirabete,⁸ ao comentar o referido inciso, aduz com precisão:

“Diante da norma geral do art. 43, III, segunda parte, que exige para o recebimento da denúncia ou queixa *condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*, deve-se ter por obrigatória a existência de condições genéricas e de condições especiais para o exercício desse direito, inclusive no campo penal.”

Ora, em um caso concreto, percebendo o julgador que o indiciado, após a inauguração do processo penal, certamente será beneficiado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, quando for encontrada a pena a ser aplicada concretamente, poderá ele rejeitar a peça vestibular sob o argumento da ausência de uma das condições para o exercício regular do direito de ação, vale dizer, o interesse de agir.

O interesse de agir, conforme concluímos acima, deverá ser analisado sob a ótica da utilidade da medida.

Nesse sentido, já decidiu a 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

“As disposições dos arts. 41 e 43 do CPP não limitam sob exclusividade o exame da peça introdutória da ação penal. O universo jurídico presente à atividade do juiz em tal momento leva-o ao exame de todos os pressupostos processuais e condições de exercício da ação.”

“E no exame do interesse de agir não se pode arrear a verificação da utilidade do provimento jurisdicional. Se inútil este, ainda que procedente a ação, de se reconhecer a ausência daquele.”

“Assim, pode o juiz rejeitar a denúncia arrematada na inutilidade de uma condenação já de antemão alcançada pela prescrição da ação penal, considerada pela pena em perspectiva.”⁹

Deve ser reforçado que, em um determinado caso concreto, se, além da primariedade e dos bons antecedentes, todas as demais circunstâncias, ou pelo me-

⁷ SILVA JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal* – Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 265.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 103.

⁹ RT 668/289.

nos algumas delas, forem favoráveis ao indiciado, certamente que o juiz, quando da aplicação da pena, não poderá se afastar do mínimo legal encontrado para o crime

À guisa de ilustração, trazemos à colação a seguinte ementa relativa a Ap. Crim. 292.011.921, proferida pela 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul:

“Fixação da pena. Sendo favoráveis ao acusado as moduladoras do art. 59 do CP e não havendo circunstâncias outras, operativas ou modificativas a considerar, deve a pena aproximar-se do mínimo legal.”¹⁰

Portanto, deve o julgador, verificando a possibilidade de ser caracterizada, no futuro, quando da aplicação da pena, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, rejeitar a denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público, ao argumento de ser o mesmo carecedor de ação, por faltar-lhe uma de suas condições necessárias ao seu regular exercício, qual seja, o interesse de agir (interesse-utilidade).

3 EXTINÇÃO DO PROCESSO DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL

Outra questão que deve ser apreciada diz respeito à extinção do processo, por falta de interesse de agir, ainda durante a instrução processual, levando-se em consideração a provável pena a ser aplicada (pena em perspectiva).

Merecem exame dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através de sua 2ª Câmara Criminal, cujas ementas valem a transcrição:

“Extinção da punibilidade – Prescrição retroativa – Pena em perspectiva Inadmissível a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena hipotética ou em perspectiva, já que se trata de um verdadeiro julgamento antecipado da lide penal, não previsto em lei e realizado sem a garantia do contraditório (Recurso em Sentido Estrito n. 6.750/2, publicado dia 16/12/92).”

“Extinção da punibilidade – Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva – Aplicação no curso da instrução. É inadmissível a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na pena hipotética ou em perspectiva, já que se trata de um verdadeiro julgamento antecipado da lide penal, não previsto em lei, e realizado sem a garantia do contraditório, infringindo os arts. 109, 110 e seus

parágrafos, e 112, I, do Código Penal, e até o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, uma vez que, enquanto não ocorrer a prescrição da pena em abstrato, tem o réu direito à sentença de mérito, visando à sua absolvição (Recurso em Sentido Estrito n. 6.812/2, publicado em 5/5/93).”

Conforme se deduz da leitura das ementas acima, o Tribunal mineiro rejeita a hipótese de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado, em razão da pena em perspectiva, durante a instrução processual.

Contudo, ousamos discordar do entendimento da Corte Maior de Minas Gerais uma vez que, nos casos apontados, podemos aplicar o mesmo raciocínio esposto para o pedido de arquivamento do inquérito policial, bem como para o da rejeição da denúncia por parte do julgador.

Deve-se ter em mente que, embora estivessem presentes, no início da ação penal, todas as condições necessárias ao seu regular exercício, uma delas, ainda durante a instrução do feito, poderá ter desaparecido, dando ensejo, assim, à extinção do processo.

Nessa hipótese, deve o Juiz julgar extinto o processo, tal como no direito processual civil, dando-se o autor como carecedor do direito de ação.

Mais uma vez nos valem do magistério da renomada Procuradoria do Estado de São Paulo, *Ada Pellegrini Grinover*,¹¹ que, analisando o tema ora em debate assim preleciona:

“O Código de Processo Civil faz referências expressas à carência da ação, ditando o indeferimento liminar da petição inicial (art. 295, II-III e parágrafo único) ou a posterior extinção do processo em virtude dela (art. 267, VI, c/c art. 329). Tais conceitos aplicam-se da mesma maneira ao processo trabalhista e ao penal, não obstante a falta da mesma clareza dos textos legislativos a respeito. É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação o mais cedo possível no procedimento, e de ofício, para evitar que o processo caminhe inutilmente, com dispêndio de tempo e recursos, quando já se pode antever a inadmissibilidade do julgamento do mérito.”

Com o reforço fornecido pela ilustre professora, sentimo-nos muito à vontade para defender a possibilidade de se encerrar a ação penal antes de esgotados todos os atos processuais, fundamentando-se a decisão no fato de que o interesse de agir (interesse-utilidade), inicialmente existente, na fase processual em que se encontra o feito já não mais se faz presente.

¹⁰ RT 681/390.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 219.

O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, inclusive, em decisão proferida em *habeas corpus* levado ao crivo da sua 4ª Câmara, assim entendeu:

“De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de *habeas corpus* para trancar a ação penal.”¹²

4 CONCLUSÃO

1. Deve o Promotor de Justiça (ou Procurador de Justiça) solicitar o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação quando, diante de um determinado caso concreto, verificar que a futura pena a ser possivelmente aplicada ao indiciado dará ensejo ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado. No caso, o Ministério Público solicitará somente o arquivamento, e não o reconhecimento da causa extintiva da punibilidade. O seu requerimento será fundamentado pela ausência de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, qual seja, o interesse de agir, haja vista que a medida, embora necessária, seria de uma total inutilidade.

2. O Juiz, a seu turno, havendo oferecimento de denúncia, deverá observar se estão presentes todas as condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, principalmente no que diz respeito ao interesse de agir (interesse-utilidade), e se percebendo que, em virtude do lapso de tempo decorrido desde a data do fato até apresentação da peça inicial de acusação, ocorrerá, quando da aplicação da pena, chamada prescrição da pretensão punitiva, deverá rejeitá-la, com base no inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal, ao argumento de que o Estado, ou o particular, no caso de ação privada, é carecedor do direito de ação.

3. Da mesma forma, o Juiz, durante o curso da ação, deverá extinguir o processo se faltar uma das condições inicialmente existentes, haja vista que as mesmas devem estar presentes durante toda a instrução processual, desde o oferecimento da denúncia, até a sentença, quando for entregue a prestação jurisdicional.

Referências Bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Bosch, 1981, volumen segundo.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: Malheiros 1992

———. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 3. *Revista dos Tribunais*, jul./set., 1993.

Revista dos Tribunais n. 669.

Revista dos Tribunais n. 681.

WILVA JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal* – Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernandes da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA DO PROCESSO CIVIL *

ANTÔNIO LOPES NETO

Sumário

I. Visão histórica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2. Atuação/ prazo. 3. Intervenção/obrigatoriedade. 4. Conclusão.

1. VISÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A concepção moderna que a Carta Política de 5 de outubro de 1988 *atribui* ao Ministério Público envolve, dentre outras, a condição de fiscal da correta aplica-

ção da lei; de agente público, também encarregado pela promoção das mudanças necessárias e que visem à construção de uma sociedade mais justa, mais solidária, mais humana e menos sofrida; e a permanente e implacável defesa do patrimônio público e social.

A atuação processual do Promotor e Procurador de Justiça merece destaque, quando, cumprindo determinação de lei, persegue, busca com absoluta e inflexível determinação a prolação, por parte do Poder Judiciário, de uma *decisão* acima de tudo *justa*, afinada com a *verdade* dos fatos e com a observância dos *ditames legais*.

Historicamente a nossa Instituição firmou-se, ao longo dos anos, pela perseguição da constante ocupação de espaços que, via de regra, iniciavam-se com a edição *normas administrativas*, sempre alinhavadas pelo *bom senso* e *pela moral*; e

lê-se aprovada por unanimidade.

muitas dessas realizações foram por todos reconhecidas, transformadas, a *posteriori*, em lei, em razão do exercício corajoso e dinâmico desse louvável e singular procedimento.

Essa bandeira de desbravador e conquistador empunhada pelos colegas que nos antecederam e que também são responsáveis pela *consolidação* de nossa Instituição, não pode, nem em sonho, tombar.

Nessa trilha daqueles que nos antecederam, repisam as nossas pegadas, entoam as nossas palavras, rabiscos de nossa pena.

Pelas veredas ministeriais, procuramos contribuir, com a *Tese* que se segue para a construção de uma Instituição mais vigorosa e de uma sociedade mais democrática.

Que os raios do agreste reflitam o seu calor nas verdejantes montanhas do sul das Minas Gerais e inspirem, aqueçam e iluminem a todos nós!

Coincidência de prazos para o Ministério Público na condição de parte e fiscal da lei; intervenção obrigatória do Promotor e Procurador de Justiça.

De acordo com a atual Constituição da República o *Ministério Público* é:

“Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*” (art. 127).

2 ATUAÇÃO/PRAZO

De conformidade com a *legislação processual* em vigor, o Ministério Público, na condição de *fiscal da lei*, não goza de nenhuma *regalia* no que concerne aos prazos processuais, dos quais só se aproveitará quando for parte. *É essa a letra expressa da lei processual.*

Entretanto, vemos que a preocupação de tribunais e doutrinadores com as importantes atribuições do Ministério Público como *fiscal da lei*, guardião constitucional de sua correta aplicação, confere-lhe determinados privilégios.

Apesar de não serem pacíficos os entendimentos da jurisprudência e da doutrina, a *corrente majoritária*, inclusive do Supremo Tribunal Federal, entende que “O artigo 188 se aplica ao Ministério Público, tanto quando é parte, como quando funciona como fiscal da lei”.¹

Justifica-se tal posição processual em razão do *comprometimento* da Instituição ministerial com o *interesse público*, enquanto amplos interesses da sociedade.

Assim, José Frederico Marques:

“Tantos são, porém, no novo Código os poderes do fiscal da lei, que em nada se distingue, praticamente, sua atuação processual daquela do Ministério Público figurando como réu. Assim sendo, entendemos que sua posição processual deve ser considerada como de *autêntica parte*, espécie, às vezes, de assistente *sui generis*, que propugna em favor de quem tem ao seu lado o *interesse público*, ou, em outros casos, como interveniente também *sui generis*, que se coloca parcialmente contra ambos os litigantes, ou impede os efeitos de acordos ou conchavos contrários ao espírito da lei.”²

É preciso estimular, ainda mais, a atuação do Ministério Público como *custos legis*.

Retirada da tese apresentada e aprovada por unanimidade, no VI Encontro Regional de Juiz de Fora, em julho de 1980, de autoria de um dos maiores processualistas do nosso Estado, o Procurador de Justiça Hélio Hortale Castelo Branco, hoje aposentado, a posição de que “não se pode deixar de decretar a nulidade decorrente da falta de intimação do representante do Ministério Público no juízo inferior, ao argumento de que estaria sanada com a atuação do seu agente no segundo grau de jurisdição. A uma, porque a jurisprudência, que se formou - note-se - ao tempo do estatuto processual caduco, somente admitia que a ausência do órgão da primeira instância fosse considerada suprida pela audiência do Ministério Público de segundo se este opinasse nesse sentido. A duas, porque, face aos termos dos arts. 84 e 246, e parágrafo único, do vigente Código de Processo Civil, já não pode atribuir ao pronunciamento da Procuradoria da Justiça, mesmo quando se manifeste em tal sentido aquela eficácia saneadora que a jurisprudência admitia no regime do velho diploma conforme, aliás, já teve oportunidade de se pronunciar o Supremo Tribunal Federal”.

É bem de ver que o verbo *competir*, no texto do *caput* do art. 82 do vigente diploma adjetivo, que trata da competência funcional do Ministério Público, atribui a este o *poder-dever de funcionar em todas as causas que seus incisos enumeram*, arremata o brilhante jurista.

Em socorro do judicioso entendimento encampado, manifesta-se o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça:

“... O processo, como instrumento da jurisdição, orienta-se sobretudo por princípios, dentre os quais os da finalidade e da ausência de prejuízo. Em nome da *segurança jurídica*, porém, o *princípio maior* do *due process of law* reclama observância do procedimento regulado em lei, não sendo

¹ STF, RTJ 106/217 e RJTLESP 82/196.

² Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 291.

dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis. Subverte o sistema processual e sujeita-se à invalidade o procedimento judicial que não enseja ao *Parquet* manifestar-se no momento previsto no § 1º do art 1.122 do Código de Processo Civil, especialmente quando há interesse de incapazes.”³

Ninguém pode dizer que a *coincidência* de prazos aqui defendida constitui privilégio desnecessário ou em previsão que cause desequilíbrio na relação processual, considerando-se o *volume* de serviços que os integrantes do Ministério Público têm constantemente e que, sem sombra de qualquer questionamento, é muitas e muitas vezes superior à de um particular, por muito atarefado que seja.

A não prevalência deste argumento, na maioria dos casos, inviabilizará a atuação do Ministério Público, *eleito pela Lei Maior*, para promover a efetiva defesa e vigilância dos interesses maiores da sociedade.

Reforça o raciocínio aqui desenvolvido, o contido no art. 499, § 2º do vigente Estatuto Processual Civil que dá *legitimidade* ao Ministério Público para recorrer nos feitos em que figura como parte e naqueles em que funciona como *fiscal da lei*.

Muitas vezes a atuação do Ministério Público como *custos legis* é mais importante do que a sua atuação como *parte*. Às vezes, a sua participação em procedimento de *interesse de incapaz* envolve uma finalidade social mais ampla, um interesse maior do que o ajuizamento de uma ação civil para reparação de dano, conforme previsão inserida nos arts. 63 e seguintes do *Código de Processo Penal*.

A *coincidência* dos prazos em questão, conforme demonstrado, se faz mister, visto que Ministério Público, agindo como *parte* ou *fiscal da lei*, persegue sempre a prevalência do interesse público maior e/ou dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Registre-se que a ausência de sua *intimação*, conforme antes ventilado, na condição de *parte* e/ou *custos legis*, importa em *nulidade do feito*, conforme dispõem os arts. 84 e 246, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O dia-a-dia tem demonstrado, de modo incontestável, que o Ministério Público na condição de *fiscal da lei*, assume, nos feitos em que oficia, ônus superiores aos das próprias partes, visto que é ele o órgão responsável, segundo a legislação, pela exatidão e lisura do processo judicial, estando, inclusive, sujeito a arcar com a *responsabilidade civil*, em razão do exercício desta função, conforme disposição expressa contida no art. 85 da lei adjetiva.

Inadmissível, portanto, que, como *fiscal da lei*, tenha o Ministério Público *menos direitos do que quando atua como parte*. Na pior das hipóteses, a igualdade se impõe, visto que, como dito, defende ele os interesses que a legislação pátria, privativamente, lhe confi a.

Doutrina o sempre festejado mestre *Jacy de Assis* que o interesse público será assim um *interesse impessoal* e, mesmo quando o Ministério Público estiver imbuído de tutelar interesses individuais ou pessoais, está presente um *começo* de interesse geral, inspirador da tutela especial, deferida ao órgão público; que a *atuação* do Ministério Público no Processo Civil há de ser de imparcialidade entre as pretensões, mas também de parcialidade ao lado da lei, exclusivamente dela e dos interesses por ela protegidos.

E realçando essa *relevante* atuação ministerial, o nosso Tribunal de Justiça deu *provimento* a recurso de nossa autoria, à época no exercício do Ministério Público da comarca de Andrelândia, na *ação de alienação de bens de incapaz*, requerida pelo curador; o Desembargador *Ayrton Maia*, assim votou:

“Acolho a preliminar de nulidade argüida pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, pela *falta de intimação* do Promotor de Justiça, à avaliação requerida pelo apelado, e que serviu de base para o MM. Juiz *a quo* autorizar a venda de bens da interditada. *Impossibilitado* de oferecer assistente técnico e acompanhar a avaliação, o representante do Ministério Público *não teve meios para fiscalizar* a apuração do valor das terras e assim *defender* os interesses da curatelada. A omissão, com a devida *venia*, eivou o processo de nulidade que o torna imprestável a partir do laudo de avaliação, razão pela qual a preliminar deve ser acatada. *Provendo o apelo* para decretar a nulidade processual na forma referida, imponho ao apelado as custas do recurso. O Desembargador *Werneck Cortes*: *data venia* do eminente relator, estou de acordo com o Desembargador Revisor. *Também acolho a argüição de nulidade*.”⁴

Ainda no mesmo sentido, outra respeitável decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“Ora, a intervenção do Ministério Público de Primeiro Grau é essencialmente dinâmica e não estática, por isso deve participar da produção de prova, formular quesitos, reperguntar testemunhas e requerer o que entender de direito para o esclarecimento da verdade. *Como não se deu ao Doutor Promotor de Justiça a oportunidade de formular quesitos, a evi-*

3 REsp. n. 2.835, Rs. Reg. 90.0003630-6, Rel.: Min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, 4ª ma, unânime, DJ de 1/10/1990.

4 Ap. Cív. n. 60.337, 2ª Câm. Cív. do TJMG, j. em 29/3/1983

*dência padece o processo de nulidade absoluta, nos termos dos arts. 83, I, 84 e 246, parágrafo único do CPC.*⁵

O caso em foco versava sobre a realização de *perícia* médico-legal, sendo necessária a regular intimação do Doutor Promotor de Justiça para indicar *assistente técnico* e formular quesitos para a realização da *perícia psicopatológica*, sob pena de nulidade.

À luz do que foi dito, nada, *absolutamente nada*, está a indicar que deve haver tratamento diferenciado quanto aos *prazos processuais* atinentes ao órgão ministerial. O que pretendemos é transformar em *lei* o tratamento reconhecido e dispensado ao Ministério Público pela doutrina e jurisprudência predominantes, *consagrando a incontestável importância* que a presença *fiscalizadora* da Instituição, ao longo de sua história de lutas, vem procurando resguardar.

3 INTERVENÇÃO / OBRIGATORIEDADE

À medida que são reeditadas as nossas *leis específicas*, o legislador confere posição de vanguarda ao Ministério Público, no que diz respeito à sua atuação no processo civil, fazendo dele um *verdadeiro* fiscal da lei. Comentando a Lei Federal 8.069, de 13/7/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ensina-nos o consagrado colega do Ministério Público paulista, o Procurador de Justiça *Hugo Nigro Mazzilli*:

“... Em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude, se o Ministério Público não os propuser – e, portanto, desde então já obrigado a acompanhá-lo (v.g. 201, I, do ECA) –, neles deverá intervir, obrigatoriamente. Se o Ministério Público promover qualquer desses procedimentos, agirá como órgão do Estado, em defesa dos interesses globais da coletividade, aqui identificados com a defesa das crianças e dos adolescentes, merecedores de um tipo especial de *atenção e proteção*. Apesar de sua posição como parte (como sujeito ativo da relação processual), nem por isso deixa o Ministério Público de zelar pela ordem jurídica, pela correta aplicação da lei, pela defesa dos interesses indisponíveis que ali estão em disputa. Não é outra a intenção do legislador, nesse dispositivo, do que garantir a presença do Ministério Público em todo e qualquer procedimento da competência da Justiça da Infância e da Juventude, quer porque já o tenha proposto, quer porque não o tendo ajuizado, nele, obrigatoriamente, deve intervir. Pode o Ministério Público

e até mesmo deve, conforme o caso, requerer, aditar, propor pedido conexo, conjunto, em separado, intervir, assumir, impugnar, concordar ou recorrer, tudo para o mais amplo exercício de seu *munus público*...”

“... A propósito da disciplina das ações e procedimentos referidos neste dispositivo, ver arts. 148, 149, 155, 164 e 169 do Estatuto e 1.194 do CPC...”, conclui o jurista, quando comenta o art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Comentando o art. 202, do referido Estatuto, afirma o Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Dr. *Antônio Araldo Ferraz Dal Pozo*:

“... Em nosso modo de ver, o Ministério Público é sempre parte: *parte pública*. Sempre que atua, o faz para provocar a máquina jurisdicional e atingir o resultado que *visa fazer valer* o interesse público. Parece-nos muito feliz a observação feita por *Arruda Alvim* a respeito das diferentes formas de atuação do *Parquet*, afirmando que, basicamente, o Ministério Público *age em substituição à sociedade*. Em ambos os casos trata-se de *legitimação extraordinária* imposta pelos elevados motivos sociais reconhecidos pelo legislador, em razão de um dos titulares do direito em conflito ou do próprio objeto da causa (código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 1976, v. 3, p. 384). É nesse sentido que se justifica a atuação processual e extraprocessual do Ministério Público, animada sempre pela intenção de fazer prevalecer o interesse público e a defesa dos valores fundamentais da sociedade, ...”⁶

O *Ministério Público* quando atua na área criminal, na acusação de um pobre servente de pedreiro, abrigado pelo concreto de um movimentado viaduto, pai de filhos menores, por ter o mesmo praticado um *furto de pequeno valor econômico e/ou* quando denuncia de modo implacável um jovem favelado que, criado sem amparo, sem um lar, é conduzido, é influenciado a percorrer as trilhas da criminalidade, age em nome da sociedade, da defesa do interesse público, sendo sua manifestação, nos autos, *obrigatória* (art. 129, I, da CF).

A mesma *Instituição* quando funciona na esfera cível, na condição de fiscal da correta aplicação da lei, num procedimento judicial em que um abastado e poderoso fazendeiro, após engravidar sua humilde empregada, tendo com a mesma filhos gêmeos, por falta de previsão legal, não está *obrigada* a atuar no feito (o CPC, art. 84, prevê a obrigatoriedade apenas da sua regular intimação), ficando muitas vezes os interesses dessas crianças desprotegidos; o menor *excluído* do direito à alimentação, à um teto, à saúde, à escola, projetando, na sombra da miséria humana, o bandido do amanhã.

⁵ Do voto do Des. Relator *Márcio Solero*, no acórdão unânime da 2ª Câ. Cív. do TJMG, na Ap. Cív. n. 65.406, JM 91/242.

⁶ *Estatuto da Criança e do Adolescente*; comentários jurídicos e sociais, 1992, p. 611, 635.

As “massas sobran­tes” da nossa sociedade precisam ser reintegradas ao seu convívio, a fim de que no futuro não se rebelem contra o ordenamento jurídico e contra a estrutura social prevalente.

Portanto, a não atuação *política* de todos nós, na atualidade, representa uma grave omissão profissional, um pecado cometido contra a sociedade.

A presença do órgão ministerial se faz mister, também, para proporcionar o equilíbrio da relação processual, visto que, presumivelmente, o alimentante dispõe de condições privilegiadas, invejáveis, para contratar um advogado de alto gabarito profissional a fim de promover a defesa dos seus interesses particulares. A obrigatoriedade da intervenção referida também é salutar para evitar conchavos entre as partes; o desprezo às presentes propostas faz continuar a existir o perigoso precedente de o litigante mais fraco ser prejudicado na sua prova, por sua própria desídia. E dentro desses parâmetros há de prevalecer o interesse público sobre o privado, a procura da verdade real, da verdadeira justiça que sobreleva à verdade formal.

Já dissemos antes, e repetimos agora, que os prazos *rotulados de privilegiados* aqui defendidos não são propriamente do Ministério Público, como a sua *intervenção obrigatória* nas condições antes especificadas não constitui nenhum absurdo; é que tais *prerrogativas* são exercidas em razão da presença do *interesse público* que envolve a matéria; essas *prerrogativas* são, na verdade, da sociedade, do povo, que em Juízo se fazem representados pelo Ministério Público.

E a eventual e pouco provável *omissão dessa intervenção não pode ser aceita*, visto que a *sociedade*, em razão da *existência e sobrevivência* do ordenamento jurídico global, não pode *ser* prejudicada pela *acidental ausência* da oportuna e regular intervenção do Promotor e Procurador de Justiça na causa *sub judice*.

Dá *a sugestão*, a *imperiosa necessidade*, para que também sejam implantados e observados *mecanismos de controle* do Ministério Público na *área cível*, a exemplo do que já existe de modo específico, há anos, no processo penal e de maneira genérica na nossa atual *lei orgânica*.

No caso em apreço buscamos também a aplicação ao CPC do tratamento dispensado pelo legislador pátrio à *ação popular*: quando o *legitimado* para a sua propositura, qualquer cidadão, (CF, art. 5º, LXXIII), não cumpre os prazos processuais, *abandonando*, via de consequência o litígio. Menciona a Lei Federal n. 4.717, de 29/6/1965, através do seu art. 9º, que cabe ao Ministério Público *promover* o seu regular prosseguimento, em substituição ao *autor omissor* na demanda que tem por objetivo a invalidação do ato ilegal e lesivo praticado contra o patrimônio público em geral.

Na nossa obra *Teoria e Prática da Ação Civil Pública*, editada em 1987 pela Saraiva, comentamos o § 1º, do art. 5º, da Lei n. 7.347, de 24/7/1985:

“O parágrafo em tela consagra a presença *obrigatória* do Ministério Público em todas e quaisquer ações civis públicas. De fato, o Ministério Público

ou intervém como parte, isto é, autor ou réu, ou atuará *obrigatoriamente* como fiscal da lei.”

Sobre o § 3º da mencionada lei federal *consignamos*:

“O parágrafo em estudo outorga a titularidade ativa da ação civil pública ao Ministério Público, *sob dois fundamentos: desistência* da ação pelo autor e *abandono* da ação pelo autor.

A desistência da ação é um direito do autor, que se concretiza de imediato, se ainda não decorreu o prazo de contestação da ação. Se, porém, transcorreu o prazo ou se ela foi contestada (a ação), só se consuma a desistência com o *placet* do réu. O *abandono* da ação se tipifica quando o autor, por mais de 30 (trinta) dias, não promover os atos e diligências que lhe competirem.

Em ambos os casos, a Lei n. 7.347 cortou o efeito do Código de Processo Civil, que seria a *extinção do processo*, e *outorgou ao Ministério Público a titularidade ativa da ação*, que terá seu trâmite legal.”

Por outro lado, estabelece o art. 10 da Lei Federal n. 1.533 (mandado de segurança):

“Findo o prazo a que se refere o item I, do art. 7º e *ouvido* o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente da solicitação da parte, para decisão.”

Sobre o citado artigo posiciona-se a jurisprudência: “É nula a sentença proferida sem a prévia audiência do Ministério Público no mandado de segurança”.⁷

A atuação de nossa *Instituição*, no cível, a exemplo do criminal, não pode ser de *mero espectador*, não pode ser descartada por qualquer que seja a alegação; a mesma deve ser *uma imposição legal*.

Isso equivale a entendermos que é pertinente a transposição, por assemelhação, das referidas regras procedimentais para a nossa *lei adjetiva*, envolvendo todas as situações em que o Ministério Público funciona como *parte* e/ou *fiscal*, ficando, assim, mais *guarnecidos os interesses sociais e individuais indisponíveis*, ante a *intervenção obrigatória* dos seus integrantes de ambas as instâncias, nos casos em análise.

A recomendação da aplicação analógica, contida no art. 126 do CPC, que no dizer de Carlos Maximiliano “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”, *data maxima venia*, já constitui, ante o aqui exposto, numa eloquente e porque não dizer concreta sinalização de que as idéias ora registradas e defendidas estão amparadas, de uma maneira genérica, pelo arcabouço jurídico brasileiro.

⁷ Boletim AASP n. 1.454/259. No mesmo sentido decidiu o STJ, 1ª Turma, DJU de 6/8/1990.

A modernização do CPC, a fim de dinamizar a atuação *ministerial* se impõe, *sobretudo* em razão do interesse indisponível como antes exaustivamente relatado.

4 CONCLUSÃO

1. A nova legislação deverá trazer, em linhas gerais, as seguintes modificações:

O Ministério Público na condição de *fiscal da lei* goza do mesmo *prazo* que lhe é conferido quando funciona na qualidade de *parte*, sendo *obrigatória* a sua intervenção no 1º e 2º graus.

2. O art. 246 do vigente Código de Processo Civil passaria a ter a seguinte redação:

É *nulo* o processo em que não haja a regular *intimação e manifestação* do Ministério Público, nos feitos em que deva intervir.

Comissão IV

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO II

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS LIGADOS À DEFESA DO DIREITO DO CONSUMIDOR *

MÁRCIO FERNANDO SIMÕES ETIENNE ARREGUY

Sumário

I Introdução. 2. Breve evolução histórica. 3. O papel institucional do Ministério Público. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

I INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu a ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos sociais e coletivos, criando uma nova correlação de forças no mundo jurídico e no meio social, ao proporcionar os meios para a efetiva garantia daqueles direitos e interesses, de forma a assegurar a plenitude da prestação jurisdicional, até então prejudicada pela inexistência de instrumentos aptos a torná-la concreta e abrangente.

Guiada ao patamar constitucional, e tendo seu campo de abrangência ampliado para possibilitar a defesa em juízo de qualquer direito difuso ou coletivo – ligalos, por natureza, ao interesse geral da sociedade – a ação civil pública, com seus contornos atuais, veio consolidar a cidadania como *status* legítimo e inviolável.

O Ministério Público, nomeado pela Carta Magna “defensor da ordem jurídica e do regime democrático”, tendo na propositura da ação civil pública uma de suas funções institucionais, experimentou um aumento significativo se suas atribui-

*tese aprovada pela maioria.

ções, adquirindo um novo perfil, de importância fundamental para o pleno exercício da cidadania, o respeito aos Poderes constituídos e a supremacia da Lei.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em suas disposições finais, regulamentou a Carta Magna, ao deixar explícito o aumento do campo de abrangência da ação civil pública, adaptando-a às regras do novo ordenamento jurídico estabelecido.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As origens do Direito do Consumidor remontam à decadência do liberalismo clássico, com o surgimento das doutrinas sociais.

O Estado passou a intervir em certas relações privadas individuais, que, por sua natureza, estavam vinculadas ao interesse social – restringindo o princípio da autonomia da vontade, para impor certas cláusulas e condições.

No âmbito legislativo pátrio tivemos a elaboração de leis esparsas e não sistematizadas, que vieram a regulamentar certos contratos de cunho social como a locação de imóveis e a usura.

A dinâmica das relações sociais fez com que a intervenção do Estado se ampliasse, estabelecendo a tutela de certos direitos e interesses, cujo respeito extrapola a situação das partes diretamente envolvidas, para convir à sociedade como um todo.

A notável evolução científica e tecnológica verificada neste século, já advindo com as transformações causadas pela revolução industrial, criou uma gama de produtos e serviços até pouco antes inimagináveis. A produção e o comércio se multiplicaram, as economias se internacionalizaram.

O indivíduo passou a depender cada vez mais de seus semelhantes, como consequência da especialização de suas aptidões, imposta pela profissionalização, e pela urbanização – de tal sorte que o acesso a certos produtos e serviços passou a depender sua própria sobrevivência.

Criou-se um novo contexto nas relações ligadas ao fornecimento de bens e serviços. A normalidade de sua prestação tornou-se objeto de interesse social, de que passou a depender a própria ordem pública.

Assim, o Estado interveio, elaborando o ainda recente Código de Proteção e Defesa do Consumidor, consolidando o direito do consumidor, e reconhecendo-o como garantia da cidadania.

Houve notável aprimoramento das relações sociais, a que visam o regime democrático e as instituições permanentes, pelo estabelecimento de um novo ponto de equilíbrio entre a situação de inferioridade material e processual do indivíduo diante do mercado e pela viabilização da tutela do interesse social identificado nas relações de consumo.

3 O PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sendo o Ministério Público incumbido da defesa dos interesses sociais e indisponíveis (CF, art. 127), sua participação nos processos ligados à defesa em juízo dos chamados direitos do consumidor é obrigatória.

O CPDC, em seu art. 92, dispõe que “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.”

O texto legal não prima pela clareza. As expressões “sempre” e “se não” representam situações incompatíveis entre si, de forma que uma exclui a outra.

Parece razoável a interpretação no sentido de que o Ministério Público deva atuar como fiscal da lei em todos os processos fundados em direitos estabelecidos pelo novo Código, sem prejuízo de sua legitimação para figurar no pólo ativo do processo, na defesa de interesses sociais e indisponíveis.

Diante da norma que estabelece que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo as exceções previstas em lei” (CPC, art. 6º), deve se entender que a legitimidade *ad causam* do MP decorre do exercício regular de sua função institucional consistente na propositura de ação civil pública (CF, art. 129, III), ou de disposição legal especial que lhe permita a postulação.

O art. 51, § 4º, do CPDC dispõe que “É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

O art. 100 autoriza o Ministério Público a promover a liquidação da indenização devida, se decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados, em número compatível com a gravidade do dano. Ainda exemplificando, o art. 112 dispõe que, em havendo desistência infundada ou abandono de ação civil pública por associação legitimada o Ministério Público ou outro legitimado, assumirá a titularidade ativa.

A lei estabelece que a defesa do consumidor em juízo poderá ser feita individualmente ou a título coletivo.

Tratando-se de defesa individual, a regra geral é que a ação seja promovida pela vítima do ato lesivo. Há, porém, a mencionada exceção prevista pelo art. 51, § 4º, onde há a legitimação extraordinária do Ministério Público para a defesa do direito individual.

Quanto à defesa coletiva, a lei estabelece que a mesma poderá ser exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Ministério Público terá a titularidade da ação coletiva quando o objetivo do processo coincidir com o desempenho de suas funções institucionais.

A mera pluralidade de interessados não é suficiente para justificar a atuação do Ministério Público como autor no processo; e nem sempre o interesse de determinada coletividade de pessoas representará o interesse coletivo.

No que tange aos direitos difusos, eles estão ligados à coletividade como um todo, e sua tutela é de manifesto interesse social, sendo feita, inclusive, por meio de ação civil pública.

Os direitos coletivos foram definidos pelo Código como “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”. Não são os mesmos “direitos coletivos” a que se refere o art. 129, III, da Constituição Federal, tidos como aqueles de que seja titular a coletividade em geral.

A postulação dos primeiros pelo Ministério Público só será legítima quando o respeito a tais direitos for de interesse geral da sociedade.

E da mesma forma quanto aos direitos individuais homogêneos, tidos como os decorrentes de origem comum.

A defesa de interesses de meros grupamentos só pode estar afeta ao Ministério Público quando relacionada com o cumprimento de suas funções institucionais. O exercício de funções estabelecidas por legislação infraconstitucional deve respeitar a compatibilidade com a finalidade da Instituição, conforme disposição expressa contida no art. 129, IX, da Lei Maior.

Do contrário, teríamos o Ministério Público postulando direitos privados e disponíveis, extrapolando o regular exercício de suas atribuições, em flagrante desrespeito às disposições constitucionais que fixam as funções institucionais do *Parquet*.

4 CONCLUSÃO

É defeso ao Ministério Público a postulação em nome de meros grupamentos de pessoas em que não haja interesse social ou coletivo identificados, no âmbito do Direito do Consumidor, em que sua legitimação está condicionada à existência de tais interesses, constitucionalmente tutelados, e, *ipso facto*, ao cabimento da propositura de ação civil pública.

Referências bibliográficas

- CAVALCANTI, Francisco. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Funções institucionais do Ministério Público*. Edições APMP, série Cadernos Informativos.
- MODESTO, Clóvis Amicis. *Teoria geral do Estado*. Pouso Alegre: Tipografia Profissional.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: RT,
- TELLES JÚNIOR, Goffredo Silva. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad.

DISPENSA JURÍDICA, EM REGRA, DO DEFENSOR DATIVO OU *EX OFFICIO*, NO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO DE CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO *

EPAMINONDAS DA COSTA

Sumário

1. Introdução. 2. Dispensa jurídica, em regra, do defensor dativo ou *ex officio*, no processo político-administrativo. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de tese concernente a aspecto relevante do processo político-administrativo, ligado à cassação de mandato eletivo de prefeito municipal.

Com efeito, cuida-se de procedimento desenvolvido no âmbito do próprio Poder Legislativo local, visando apurar a “responsabilidade político-administrativa”, por parte do titular daquela função pública. E, segundo o mestre *Hely Lopes Meirelles*, “responsabilidade político-administrativa é a que resulta da violação de deveres éticos e funcionais de agentes políticos eleitos, que a lei especial indica e sanciona com a cassação do mandato. Essa responsabilidade é independente de qualquer outra e deriva de infrações político-administrativas apuradas e julgadas pela corporação legislativa da entidade estatal a que pertence o acusado, na forma procedimental e regimental estatuída para o colegiado julgador”.¹

* Tese aprovada pela maioria, com emenda aditiva.

¹ *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 580.

Ressalte-se, por oportuno, que, geralmente, as infrações político-administrativas são aquelas claramente especificadas no Decreto-Lei n. 201/67 – que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências –, muito embora hoje, com a maior autonomia municipal, tal definição tenha passado para a competência do Poder Legislativo municipal, através das leis orgânicas locais.

Adverta-se, pois, que, no supra-referido procedimento, por força da Lei n. 1.533/51 – Lei do Mandado de Segurança –, o Ministério Público oficiará sempre como fiscal da lei ou, na terminologia do eminente professor *Helj Lopes Meirelles*, como parte pública autônoma.

É que, comumente, após a prolação do *ato* pela edilidade, em sessão plenária própria, o alcaide então se rebela contra aquela decisão fazendo-o judicialmente, ao argumento de ofensa a direito líquido e certo seu, mediante a invocada preterição de formalidade processual, no citado procedimento; para tanto, o denunciado maliciosamente cria o óbice à sua citação direta e pessoal, para a sessão de julgamento, donde advém a sua citação editalícia e, não raro, de seu defensor constituído, em conluio com ele.

Conseqüentemente, surge a controvérsia crucial quanto à necessidade ou não de nomeação de defensor dativo ou *ex officio*, ausentes o denunciado e o seu defensor constituído, por ocasião da manifestação procedimental final, pelo Poder Legislativo municipal.

Aliás, essa controvérsia tem levado muitos magistrados a invalidar decisões de Câmaras Municipais, relativas à cassação de mandato eletivo abraçando, erroneamente, diretrizes normativas do Processo Penal, que aqui não se aplicam.

Ora, normalmente o citado afastamento da função pública, em caráter definitivo, vem precedido do afastamento cautelar (provisório) – *impeachment* –, perfeitamente possível com a Constituição da República de 5 de outubro de 1988, e, mesmo antes dela, nas infrações político-administrativas de competência da Câmara Municipal, conforme tese anterior de minha autoria, publicada na *JUS* n. 14, ano 23, 1992, da Associação Mineira do Ministério Público (p. 243-147).

Com essas considerações, passarei, agora, ao exame da questão de fundo.

2 DISPENSA JURÍDICA, EM REGRA, DO DEFENSOR DATIVO OU *EX OFFICIO*, NO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO

A rigor, tenho para mim que, em regra, será legítima essa dispensa, no caso de revelia do denunciado, por causa da tendência de o legislador municipal copiar, na Lei Orgânica local, as normas processuais do Decreto-Lei n. 201/67, as quais não contêm essa figura (defensor dativo!).

Ora, a motivação ética que dita a necessidade de defensor constituído ou, não havendo este, do defensor dativo ou *ex officio*, surge do sentimento primário de vingança imanente à ação penal e à ação disciplinar propriamente dita, capaz, ade-

mais, de lesar a dignidade humana, bem maior da coletividade. E mais, ambas as ações se traduzem em ato de força do Estado em relação ao administrado, mediante certas condições previstas em lei ou vislumbradas pela doutrina, de modo que a garantia do defensor, ainda quando haja a sua dispensa tácita ou expressa pelo beneficiário, visa justamente ao controle e à vigilância constantes do exercício desse poder de império, por parte da Administração, em face de bens indisponíveis da coletividade, tais como a liberdade, a honra, o trabalho, dentre outros.

Por outro lado, o processo administrativo regulado pelo Decreto-Lei n. 201/67 –, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências – não se confunde com o processo disciplinar propriamente dito, este, destinado aos agentes administrativos, por ocasião da prática de transgressões disciplinares previstas em seu estatuto próprio. Diferem, ainda, um do outro, porque naquele não há relação de hierarquia e de subordinação, em que a posição hierárquica possa servir de pretexto para vinganças subjacentes a exigências imorais e/ou ilegítimas.

É de se ver, ainda, que o embate processual, no processo político-administrativo, dá-se entre agentes estruturalmente iguais (prefeito/vereadores), como sói acontecer no Processo Civil, onde não há supremacia estrutural de umas das partes litigantes. O mesmo inócorre nos Processos Penal e Disciplinar propriamente ditos, em face da supremacia estrutural da Administração e de sua imensa margem de ação, às vezes até de modo unilateral, buscando os elementos de sua convicção ou tomando decisões.

Forçoso reconhecer, então, que, havendo equilíbrio estrutural das partes litigantes, não há o que ser corrigido pela intervenção do defensor dativo, ausente o defensor constituído à sessão de julgamento. É o caso do processo de cassação de mandato eletivo de prefeito municipal, pois inexistente hierarquia e subordinação entre agentes políticos, mas tão-somente delimitação de competência ou de atribuição.

Em decorrência disso, pode-se concluir, seguramente, que o processo aqui tratado mantém similitude ontológica com o Processo Civil, onde a figura do defensor dativo ou *ex officio* é desconhecida. Ou seja, a revelia do réu/denunciado não induz a nomeação de defensor constituído pelo julgador, como que a se salvaguardar a franquia constitucional da defesa.

A este propósito, e por raciocínio jurídico, leciona o saudoso professor *Orlando de Souza*:

“Dispõe o Código no § 1º do art. 453 que incumbe ao advogado provar o impedimento até à abertura da audiência; e, se o não fizer, o juiz procederá à instrução; e, no § 2º do mesmo artigo, que pode ser dispensada pelo juiz a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado não compareceu à audiência.”²

² *Manual das audiências/cíveis, criminais e trabalhistas*. 12. ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 29.

Vê-se, assim, que a ausência injustificada do advogado da parte à audiência pode causar a dispensa das provas em seu favor, sem que isto implique em cerceamento de defesa, desde que tenha havido a devida intimação. Sendo a ausência justificada, e demonstrada até à abertura dos trabalhos, impõe-se então o seu adiamento, haja vista a disciplina do Código de Processo Civil que, se aqui não se presta à aplicação analógica, serve-nos de inspiração na interpretação sistêmica das normas do processo administrativo em estudo. E ali em nenhum momento o legislador cogitou de defensor dativo, mormente para as alegações orais em audiência. E não nos esqueçamos de que se cuida de um diploma legal minucioso, preocupado sobremaneira em disciplinar rigorosa e exaustivamente a atuação das partes litigantes em juízo.

Reafirme-se, porém, que a invocação do Processo Civil nesta tese fora feita apenas em termos comparativos, conquanto tenha eu anteriormente repudiado a sua aplicação subsidiária no processo administrativo, por causa da assimetria ontológica entre um e outro.

Portanto, não se pode dizer que o Decreto-Lei n. 201/67, no qual vêm se inspirando as leis orgânicas municipais, deixou de contemplar expressamente a figura do defensor dativo ou *ex officio* por um lapso do legislador, ou porque quisesse ele que o intérprete descobrisse o não-dito no Código de Processo Penal. Esse recurso hermenêutico por parte do intérprete é perigoso, podendo conduzir à usurpação de função pública (art. 328, do Código Penal), sob o pretexto de se estar perquerindo a vontade do legislador. Uma coisa é a chamada interpretação extensiva de certa norma legal, em que se revela o que nela está implícito, pela sua dimensão teleológica. Outra coisa é querer-se introduzir no texto de lei o que o legislador não disse, e nem tampouco tenha autorizado expressamente a aplicação supletiva de outro texto de lei.

Como se não bastasse esta colocação doutrinária do problema do defensor dativo, socorre-nos a nós *Hely Lopes Meirelles*, asseverando:

“Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu interesse, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.”³

Assim é que na hipótese em estudo, relativa à eventual ausência do denunciado e de seu procurador à sessão de julgamento da Câmara Municipal, mesmo citados por edital, diante de seu paradeiro ignorado, não se pode falar em cerceamento de defesa e, pois, na nulidade do ato de cassação do mandato eletivo, à míngua da nomeação do defensor dativo.

Nesse diapasão, manifestou-se recentemente o *Supremo Tribunal Federal*, através de sua Segunda Turma, no sentido de que *não há cerceamento de defesa se, por exemplo, o denunciado estava ciente da data do julgamento*. Igualmente, e de modo alternativo, preconiza o mesmo acórdão da lavra do eminente Relator, Ministro *Célio Borja*, que *não se pode cogitar de cerceamento de defesa se o denunciado teve procurador constituído nos autos, não lhe sendo negada a oportunidade de ter vista dos mesmos, na repartição pública*. Então não seria caso, também, de nomeação de defensor dativo, especialmente na sessão de julgamento.⁴

De fato, o inciso V do art. 5º do Decreto-Lei n. 201/67 tem por objeto tão-somente o disciplinamento do tempo de cada vereador na sessão de julgamento, bem como o prazo a ser obrigatoriamente facultado ao denunciado para a sua defesa oral, se quiser, uma vez que a lei tutela a liberdade pessoal. É o que acontece no Processo Civil, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, em que deve ser dada a palavra pelo juiz aos advogados das partes e ao órgão do Ministério Público, quando este intervier no feito, pelo prazo de vinte minutos, cada um, pena de nulidade da decisão, inexistindo essa concessão (arts. 454 e 456 do CPC).

De mais a mais, quando o legislador quer exigir a nomeação de defensor dativo fá-lo em todas as palavras, quer seja no passado, quer seja na atualidade, o que demonstra que ele sempre esteve atento para com as peculiaridades de cada direito material de que o processo é somente instrumento. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais (Lei n. 869, de 5 de julho de 1952), por exemplo, em seus arts. 226 e 234, parágrafo único, prevê expressamente a nomeação de defensor *ex officio* pela Comissão Processante para a defesa do indiciado revel. Também o fazem o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 223) e o Novo Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 164, § 2º).

Em contrapartida, a Resolução n. 63/64, de 6 de junho de 1984, que instituiu o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, salvaguarda a similitude existente entre o processo administrativo, para a punição de magistrado (agente político!), com o processo de cassação de mandato eletivo de prefeito municipal e, também, com o Processo Civil, como se pode inferir dos arts. 171 e seguintes.

Curiosamente, estabelece o § 2º do art. 171 da aludida Resolução:

“Findo o prazo da defesa prévia, *haja ou não sido apresentada*, o Presidente colocará o expediente em mesa na primeira sessão ordinária, ou extraordinária que convocar com esse fim, para que a Corte Superior decida sobre a instauração do processo” (os grifos são meus).

³ *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. atual. pela Constituição de 1988, São Paulo: RT, 1990, p. 582.

⁴ Agravo de Instrumento n. 120.492-3-ES, Ementário n. 1.500-5, do Serviço de Jurisprudência daquela Corte de Justiça. *DJ* de 6/5/1988.

Os artigos de lei seguintes, ao facultarem ao indiciado a apresentação de defesa escrita e de alegações finais orais, deixaram de exigir, igualmente, a nomeação de defensor dativo, em caso de revelia do magistrado. Isto significa que a utilização da defesa por ele é mera faculdade a ser-lhe regularmente franqueada sempre, pena de nulidade da decisão.

Por esse motivo, deve-se proceder à intimação pessoal do denunciado e/ou de seu procurador, ou, esgotadas as diligências para esta finalidade, deve-se lançar mão dos editais, no *Diário Oficial*.

3 CONCLUSÃO

1. O processo político-administrativo de cassação de mandato eletivo não possui identidade ontológica com os processos civil e penal, donde a existência de normas distintas e de sistemática própria, regulada nas leis orgânicas municipais ou, subsidiariamente, no Decreto-Lei n. 201/67.

2. A inércia do denunciado, neste processo, e tendo sido ele citado por edital, não induz a obrigatoriedade de defensor dativo, principalmente se o defensor constituído também tomou rumo ignorado, e se tinha ele ciência dos atos anteriores do processo, com a possibilidade de produzir provas e de requerer o que fosse de direito.

3. Todavia, se a lei orgânica municipal vier a prever, em caráter obrigatório, a nomeação de defensor dativo, aí, sim, tornar-se-ia nula a decisão, já que no Estado de Minas Gerais a Constituição local deferiu essa competência ao constituinte municipal, no parágrafo único do art. 178, além dos arts. 165, § 1º, e 171, I.

DO RITO PROCESSUAL DADO À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 2, § 4º, DA LEI 8.560, DE 29/12/92 *

RENATO MAIA

Sumário

1. Ação de investigação de paternidade.
2. Do reconhecimento voluntário e judicial.
3. Conclusão. Referências bibliográficas.

1 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de *investigação de paternidade* existe para proporcionar ao filho ilegítimo a oportunidade de se ver reconhecido pelo seu pai ou mesmo pela sua mãe.

O crescimento constante das uniões de pessoas à margem do casamento faz também acentuadamente crescer o número de filiações ilegítimas.

Muito embora tenha a Constituição de 1988, em seu art. 227, § 6º, proibido quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, manteremos os conceitos existentes para fins de estudo.

São filhos legítimos os havidos na constância do casamento e ilegítimos os havidos fora do casamento, haja ou não impedimento matrimonial entre seus pais.

Os ilegítimos dividem-se em naturais e espúrios. São *naturais*, quando não há impedimento para o matrimônio entre seus pais, e *espúrios*, quando seus pais estão impedidos de se casarem à época de sua concepção.

Tratando-se de filho legítimo, *mater certa est, pater autem incertus*, isto é, a mãe é sempre certa e o pai é presunção.

Os filhos havidos pelo casal, na constância do casamento, vimos, são legítimos de ambos.

No tocante aos filhos ilegítimos, embora geralmente *mater semper certa est*, não há presunção de paternidade, salvo em caso de concubinato.

O reconhecimento *voluntário* do filho é permitido e pode ser feito no próprio assento de nascimento, ou, posteriormente, por escritura pública (art. 357, *caput*, do Código Civil). O art. 26 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, dispõe que os filhos havidos fora do casamento (*ilegítimos*) poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Não se dando o *reconhecimento voluntário*, abre-se ao filho natural a possibilidade de obtê-lo coercitivamente do pai, através da ação de *investigação de paternidade*.

Atualmente, no Registro Civil, não se faz referência à natureza ilegítima da filiação, por imperativo da Constituição:

“Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, § 6º da Constituição Federal).

Assim, qualquer filho *ilegítimo*, que não tenha sua paternidade ou mesmo, maternidade reconhecida voluntariamente, tem o direito de ação, *judicialmente*, contra o suposto pai ou mãe, para se ver reconhecido.

O direito de reconhecimento de qualquer filho é amplo, geral e irrestrito, estando plenamente revogado o art. 358 do Código Civil.

Pelo exposto, concluímos que existem dois tipos de reconhecimento de filiação: o *voluntário* e o *judicial*.

2 DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E JUDICIAL

Quanto ao reconhecimento judicial, processa-se este de acordo com o art. 363 do Código Civil.

“Os filhos têm ação contra os pais:

I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou com suas relações sexuais com ela;

III – se existir declaração daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”.

O inciso III pode ser considerado como uma forma de reconhecimento voluntário, uma vez que o pretense pai reconhece por si só a paternidade, através de declaração própria, pela sua vontade própria.

Dentro do *reconhecimento judicial* veio, recentemente, a Lei n. 8.560/92 aumentar a possibilidade de o filho havido fora do casamento ver sua paternidade investigada, acrescentando que, além do reconhecimento ser feito:

- I – no registro de nascimento;
- II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; passaria também a ser feito;
- IV – *por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.*

Determina a mencionada lei que, em registro de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial do Registro Civil remeterá ao juiz certidão integral do registro, o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficialmente a procedência da alegação, *em juízo*.

O juiz mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

Uma vez notificado o suposto pai, tem este três alternativas:

- a) não comparecer à audiência designada;
- b) comparecer e reconhecer a paternidade pleiteada; e
- c) comparecer e negar a paternidade pleiteada.

Em caso de não-comparecimento, subentende-se como negativa a pretensão. Em caso de reconhecer a pretensão e confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do Registro, para a devida averbação.

Sendo negada a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a *ação de investigação de paternidade*.

Com a lei em análise, ganha o Ministério Público mais uma atribuição para a defesa dos interesses sociais, uma vez que a maioria das mães solteiras é de classe mais baixa e, conseqüentemente, mais ignorantes e sem recursos para pleitear seus direitos.

A título de ilustração, sabe-se que no Brasil, em 1990, nasceram 2.419.927 crianças, das quais 31,76% tinham mãe solteira (768.815). Destas, 26,45% eram menores de 19 anos.

Também no Chile, um dentre cada três menores é filho ilegítimo, isto é, não nasce dentro de uma família legalmente constituída, conforme pesquisa do Centro de Estudos Públicos do Chile, publicado em dezembro de 1992.

Como se verifica com base nos dados fornecidos pela última pesquisa do Registro Civil do IBGE, é muito elevado o índice dos que nasceram somente com a maternidade estabelecida.

Em face dessa situação, veio a mencionada Lei n. 8.560/92 dar efetividade ao princípio da isonomia entre os filhos – pois não vale grande coisa a Constituição garantir a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, se não se fizerem esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação.

Considerando que o titular do bem jurídico indisponível, no estabelecimento da paternidade, é o menor e não sua genitora, estabeleceu a nova lei o denominado *procedimento de averiguação oficiosa*, a fim de se determinar a paternidade de toda criança registrada somente com a maternidade estabelecida, além de conferir ao Ministério Público legitimidade para propor ação de *investigação de paternidade*.

A Lei n. 8.560/92 foi buscar no Código Civil português inspiração para criar o procedimento de *averiguação oficiosa*.

O art. 1.864 do Código Civil português estabelece:

“Sempre que seja lavrado registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registro, a fim de se verificar officiosamente a identidade do pai.”

A ação de investigação de paternidade, quando interposta pela parte, segue o rito ordinário estabelecido nos arts. 282 e seguintes do CPC. Entretanto, pela aplicação da Lei n. 8.560/92, tem sido, nas disposições desta, dado um caráter administrativo, assim entendido pela faculdade outorgada ao suposto pai, sendo este inclusive notificado ao invés de citado da designação de audiência.

O procedimento da *averiguação oficiosa* é o mais singelo possível, para que não se transforme em uma verdadeira ação, com amplo contraditório.

Contudo, deve respeitar o mandamento constitucional do art. 5º, LV, que dispõe:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.”

Não pode ser aplicado, no caso, irrestritamente, o procedimento especial de jurisdição voluntária previsto no art. 1.103 e seguintes do CPC, visto que o art. 1.105 determina a citação de todos os interessados sob pena de nulidade, o que não se aplica no caso da *averiguação oficiosa*, visto que a oitiva da mãe do menor, que evidentemente é interessada, só será efetivada se possível.

Também não se aplica o procedimento previsto no art. 109 da Lei de Registro Públicos, para as retificações, restaurações e suprimentos de registro civil.

Outra questão de alta indagação quanto ao procedimento de *averiguação oficiosa* é se cabe a oitiva de testemunhas, quer da mãe do menor, quer do suposto pai.

A oitiva de testemunhas não serviria ao juiz que, em caso de negativa por parte do suposto pai, está limitada à remessa dos autos de averiguação ao Ministério Público. Entretanto, a oitiva de testemunhas poderá servir de elemento ao Ministério Público, como legitimado extraordinariamente para intentar a ação de investigação de paternidade.

Portanto, e como tem a *averiguação oficiosa* como finalidade fornecer elementos ao Ministério Público para que possa este intentar a ação, não vemos inconveniente na oitiva de testemunhas. Dispensável, entretanto, será tal oitiva quando o órgão do Ministério Público dispensar tais depoimentos, por entender que já possui elementos para intentar a ação de investigação de paternidade.

Se nessa fase a mãe e o suposto pai requererem o exame de DNA, também não vemos inconveniente em tal produção de prova.

Ocorre que, em se consumando a necessidade do Ministério Público em ajuizar a ação de investigação de paternidade (art. 2º, § 4º da Lei n. 8.560/92), pelo não-comparecimento do suposto pai, apesar de notificado, à audiência designada ou pela negativa deste à paternidade que lhe é atribuída, sendo o procedimento *administrativo*, ensejaria o arquivamento do feito, com a conseqüente remessa dos autos ao Promotor de Justiça.

Com o ajuizamento da ação, nova distribuição seria feita e um processo seria instaurado, este, sim, nos termos do Código de Processo Civil, pelo procedimento ordinário, em contencioso, contra o suposto pai, o que poderia acarretar um problema de sustentação nas comarcas onde existem mais de uma Vara Cível, pois assim poderia, pela distribuição, a ação por um Promotor ajuizada ter que ser sustentada por outro Promotor de Justiça, com atribuição daquela Vara para a qual foi a ação distribuída.

Embora seja o Ministério Público uno e indivisível, geraria dificuldades, se não constrangimento, quando um Promotor entendesse falta de elementos para a proposição e sustentação diferentemente daquele que interpôs a ação.

Entendemos que a Lei n. 8.560/92, teve como fim, dar às mães solteiras mais uma chance e maior facilidade para ver o direito de seus filhos à uma paternidade reconhecido e também a finalidade de reunir elementos para que, sendo necessário, possa o Ministério Público, em nome do investigador, assumir a iniciativa da propositura da ação.

Uma vez que se destina a referida lei a subsidiar elementos para a propositura da ação pelo Ministério Público, entendemos que deva o procedimento inicial (*averiguação oficiosa*), disposto por esta lei, fixar a competência por prevenção e ter prosseguimento, continuando nos mesmos autos, obviamente que pelo *rito ordinário* previsto pela lei adjetiva civil, após a interposição da ação pelo *Parquet*.

Não só facilitaria o acompanhamento pelo Promotor de Justiça que propôs a ação, como tornaria o processo mais célere, além de deixar o julgamento com o juiz que tem maior conhecimento do caso específico, visto que já ouviu a mãe e o suposto pai, estando, portanto, mais inteirado dos fatos.

3 CONCLUSÃO

1. No procedimento de averiguação oficiosa regulada pela Lei n. 8.560/92, impõe-se a participação efetiva do Ministério Público, o que compreende a possibilidade de o Promotor de Justiça inquirir a mãe e o suposto pai do investigante, bem como produzir prova testemunhal e pericial.

2. A competência do juízo para a ação de investigação de paternidade de que cuida a Lei n. 8.560/92 será fixada pela distribuição por prevenção do expediente vindo do Cartório do Registro Civil.

Referências bibliográficas

ALVES FELIPE, Jorge Franklin. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Forense.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2.

NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *A nova lei de investigação de paternidade – Lei n. 8.560/92*. Lumen Juris.

MOÇÕES

1

Os Promotores de Justiça abaixo-assinados, com fulcro no art. 31 do Regimento Interno do 2º Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, tendo em vista a aprovação da *Tese* sobre a inconstitucionalidade da cobrança de “taxa” de iluminação pública, freqüentemente exigida pela grande maioria dos municípios mineiros e por ser atribuição exclusiva, no âmbito ministerial, do Procurador-Geral de Justiça ajuizar *ação direta de inconstitucionalidade*, vêm apresentar moção no sentido de que seja expedido aviso aos Promotores de Justiça do Estado a fim de que sejam enviadas cópias das leis instituidoras da referida exação, para ajuizamento da competente *ação direta*.

Poços de Caldas, 4 de junho de 1994.

2

Os membros do Ministério Público infra-assinados vêm apresentar a Vossa Excelência a seguinte moção:

Decreto recente do Excelentíssimo Senhor Doutor Hélio Garcia, DD. Governador do Estado de Minas Gerais, desapropriou imóvel na cidade de Belo Horizonte para sede da Procuradoria-Geral de Justiça.

Diante desse fato, propomos que seja dado o nome do Doutor Castellar Mendoço Guimarães ao edifício que será a “casa” do Ministério Público.

Essa homenagem se justifica tendo em vista que esse ilustre homem público foi Presidente de nossa Associação, Deputado Estadual, autor da Lei n. 616, que organizou pela primeira vez a Instituição em nosso Estado, e ainda Corregedor do Ministério Público.

Belo Horizonte, 4 de junho de 1994.