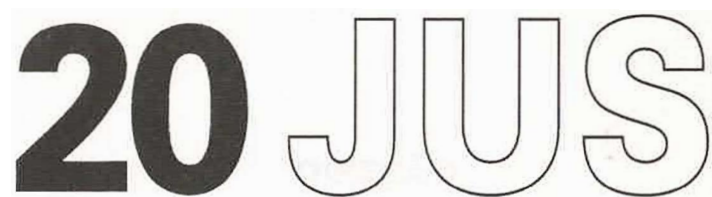


JUS — Belo Horizonte — VOL. 20 — 1996



REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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

ANAIS DO III CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

REALIZADO EM BELO HORIZONTE / MG

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

Presidente: Amando Prates

Membros: Bertoldo Mateus de Oliveira Filho
Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha
Fernando Rodrigues Martins
Hermano da Costa Val Filho
Regina Belgo Fonseca

Presidente de Honra: Joaquim Cabral Netto

REDAÇÃO

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rua Timbiras, 2.928 – Tel. 295-4878

30140-062 – BELO HORIZONTE – MG

Apresentação

Com muita honra, a Diretoria da Associação Mineira do Ministério Público e seu Conselho Editorial lançam a revista *JUS* n. 20. Trata-se de uma edição especial, vez que apresenta as teses aprovadas no *III Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, realizado no período de 26 a 29 de junho do corrente ano, cujo tema central foi *O Ministério Público do Terceiro Milênio*, além de alguns outros artigos anteriormente catalogados para publicação.

Gostaríamos, neste momento, de tecer alguns poucos comentários sobre o novo milênio que se aproxima célere.

Vivemos uma realidade que, ante a enorme gama de informações sobre os mais diversos assuntos e o violento avanço tecnológico, faz com que o tempo pareça transcorrer numa rapidez muitas vezes assustadora. Dessa forma, nossas vidas se transformam numa avalanche de acontecimentos, individuais e coletivos, gerando responsabilidades para as quais não nos preparamos devidamente e, por isso mesmo, encontramos enormes dificuldades em assumi-las e por elas responder.

Se assim ocorre em todos os níveis da sociedade mundial, o que dizer daqueles que têm o dever, a responsabilidade, de guardar e defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

O que dizer daqueles que, homens comuns, têm que – sem vestimentas de super-heróis, sem superpoderes –, salvaguardar a sociedade de um Estado em desenvolvimento? O que dizer daqueles que têm, por dever, que responder não só pelo respeito, mas também pelo cumprimento estrito das normas constitucionais de um Estado? Daqueles que têm que cuidar para que o patrimônio público não seja malbaratado e que seja realmente destinado ao atendimento da coletividade, para que ocupem cargos públicos

etivos apenas aqueles que honraram e dignificaram o serviço público? Daqueles que, diante de tragédias sociais, as causadas pelos conflitos da sociedade, como algumas recentemente por nós vividas, ou as causadas pela negligência humana, devem acionar os meios necessários à punição dos responsáveis? Ainda, daqueles que precisam responder a todos e, principalmente, a si mesmos pelo cumprimento das funções cometidas pela Constituição Federal de 1988 e, ainda, a defesa do consumidor, do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, infância e juventude...

Não enumeraremos todas as áreas afetas ao Ministério Público, apenas diremos que é preciso preparar o futuro, definir prioridades, estabelecer metas, programas de trabalho. É preciso que não nos descuremos de nossos conhecimentos, que acompanhem a evolução do mundo o mais proximamente possível, pois, só assim, seremos verdadeiros guardiães da sociedade.

Agradecemos sinceramente a todos que participaram do *III Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, seja na apresentação de teses, ou com a presença, apoio e colaboração. Agradecemos, principalmente, aos colegas que compuseram a Comissão Organizadora, sem os quais não haveríamos como realizar evento de tal monta; àqueles que compuseram as mesas diretoras nas Comissões Temáticas; ao deputado e Secretário-Geral da Fundação Giovanni e Francesca Falcone, *Giannicola Sinisi*, Procurador italiano, que se deslocou de seu País para abrilhantar nossas atividades com suas palavras sábias e experientes sobre *O Crime Organizado*, bem como aos Doutores *Getúlio Bezerra*, *Antônio Carlos Silva Biscaia* e *Aristides Junqueira Alvarenga*, participantes do painel desenvolvido sobre o mesmo tema.

Por fim, esperamos que este exemplar da *JUS* leve a cada um momentos de reflexão e aprendizado.

Amando Prates
Presidente

Sumário

III CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Temário	7
Presidências	8
Comissão Organizadora	9
Comissões Temáticas	10

COMISSÕES TEMÁTICAS

Comissão I – CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVA E PENAL

ANTÔNIO SÉRGIO TONET

Da propaganda oficial com promoção pessoal como prática reveladora de ato de improbidade administrativa	12
---	----

ANTÔNIO SÉRGIO TONET

Promotor substituto – Estágio probatório – Impossibilidade de promoção ou remoção – Inconstitucionalidade	17
---	----

FÁBIO TAVARES RIBEIRO

Escutas telefônicas por determinação judicial – Estudo sobre legitimidade	21
---	----

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA

Suspensão condicional do processo e reparação de danos	27
--	----

Comissão II NÃO-PENAL

ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA Da Improbidade do oferecimento do parecer recursal pelo Promotor de Justiça	34
AMAUURI ARTIMOS DA MATTA Dever judiciário de participação	41
ANTÔNIO JOAQUIM FERNANDES NETO e GERALDO DE FARIA MARTINS DA COSTA O Ministério Público do terceiro milênio – Preparando a instituição para um mundo em transformação	49
CÉSAR ANTÔNIO COSSI Considerações sobre a execução acidentária	56
EPAMINONDAS DA COSTA Defesa do patrimônio público, sigilo bancário/fiscal e autonomia administrativa do Ministério Público	67
EPAMINONDAS DA COSTA Plano de ação institucional: um imperativo para a sobrevivência política do Ministério Público nacional	73
FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA Reintegração de posse, reforma agrária e Ministério Público	77
FERNANDO RODRIGUES MARTINS A (in)justiça no terceiro milênio. Soluções práticas para o amanhã	83
GISELA POTÉRIO SANTOS VIEIRA DO PRADO Da inexistência do casamento do louco de todo gênero e a legitimidade do Ministério Público para requerer	93
JOSÉ JAIRO GOMES Ação declaratória de tempo de trabalho rural – Competência	96

MOÇÕES

Emissão de parecer recursal pelo Promotor de Justiça	103
Patrimônio público	104

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



* Auditório da sede da Associação Mineira do Ministério Público – Belo Horizonte, 26 a 29 de julho de 1996.

TEMÁRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TERCEIRO MILÊNIO ÁREAS

1. Constitucional e Administrativa
2. Penal
3. Não-penal

PRESIDÊNCIAS

Presidente Executivo: Presidente da Associação Mineira do Ministério Público – Amando Prates

Presidência de Honra: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais – Epaminondas Fulgêncio Neto

Presidiu a Sessão Plenária o Procurador de Justiça e Presidente da Associação Mineira do Ministério Público – Amando Prates

Foi Vice-Presidente da Sessão Plenária a Procuradora de Justiça e Vice-Presidente da Associação Mineira do Ministério Público Regina Belgo Fonseca

Secretariou a Sessão Plenária a Promotora de Justiça – Najla Naira Corrêa

COMISSÃO ORGANIZADORA

Coordenação Geral: Américo Caixeta Santana e Regina Belgo Fonseca
Coordenação de Finanças: Flodesmidt Riani e Olavo Antônio de Moraes Freire
Coordenação Técnico-Operacional: Castellar M. Guimarães Filho e Vagner Vartuli
Coordenação de Teses e Publicações: Carlos Henrique Fleming Ceccon e Sérgio Parreiras Abritta
Coordenação de Promoção Social: Humberto Salerno Lisboa e Neila do Carmo Fanuchi

COMISSÕES TEMÁTICAS

ÁREAS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVA E PENAL

Presidentes: Márcio Heli de Andrade e Neila do Carmo Fanuchi
Vice-Presidentes: Antônio Dias Maia e Evaristo Soares Moreira Júnior
Secretários: Cláudia Spranger e S. L. Motta, Lilian Maria Ferreira Marotta Moreira e Maria Regina Cappelli Pinto

ÁREA NÃO-PENAL

Presidentes: Antônio José Leal e Mauro Flávio Ferreira Brandão
Vice-Presidentes: Marco Túlio Coimbra Silva e Najla Naira Corrêa
Secretários: Adélia Lage de Oliveira e Najla Naira Corrêa

COMISSÕES TEMÁTICAS

Comissão Temática I

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TERCEIRO MILÊNIO
ÁREAS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVA E PENAL**

DA PROPAGANDA OFICIAL COM PROMOÇÃO PESSOAL COMO PRÁTICA REVELADORA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*

ANTÔNIO SÉRGIO TONET**

O Ministério Público do terceiro milênio não poderá conviver, muito menos tolerar, a prática de atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito de servidores e terceiros, dano à coisa pública ou ofensa aos princípios retores da Administração, não importando a graduação da autoridade ímproba ou o órgão a que pertença.

A hodierna realidade, em função de uma gama complexa e multivariada de fatores, ainda convive com essas práticas.

Em primeiro lugar, cite-se a própria cultura como fator inibitório para ações mais concretas, realidade essa que aos poucos vai sendo rompida por uma série de ações civis e criminais propostas pelo Ministério Público contra agentes públicos, que não primam pela retidão de conduta.

A ausência, no âmbito das instituições, de uma infra-estrutura dotada de recursos materiais e humanos, aliada à cultura de impunidade, tem se mostrado como outro aspecto importante a ser destacado nesse contexto.

Outro dado, que até há bem pouco tempo se antepunha como óbice para mudança desta realidade de inércia, situava-se na própria ausência de uma legislação que conferisse ao Ministério Público eficazes instrumentos processuais para buscar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, formalizados por atos administrativos obscuros.

* Tese aprovada na íntegra, por unanimidade.

** Promotor de Justiça em Belo Horizonte

Com o advento da Lei n. 7.347/85, que dispôs sobre a legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública, visando ao resguardo de interesses difusos e coletivos; a edição da Constituição de 1988, que ampliou ainda mais o campo de atuação do *Parquet*; e, finalmente, com a publicação da Lei n. 8.429/92, tratando dos atos de improbidade administrativa, cremos que a realidade legislativa foi sensivelmente alterada e, não obstante existir ainda certa resistência na jurisprudência, o fato é que hoje a Instituição dispõe de uma legislação apta a lhe embasar o desejado e necessário planejamento institucional para ações mais abrangentes.

Se o Ministério Público pretende ingressar no século seguinte com agentes públicos obedecendo aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros, deverá começar, agora, a adotar posturas mais concretas e transparentes na apuração dos atos de improbidade administrativa, bem como quanto à respectiva responsabilização civil e criminal.

A atual Constituição procurou estabelecer diversos parâmetros para atuação do administrador público. Assim o fez porque o modelo anterior permitia interpretações abusivas em favor de uma elite cada vez menos preocupada com valores pertinentes à indisponibilidade da coisa pública e com noções de cidadania plena.

Com este trabalho, tencionamos trazer ao debate o tormentoso problema relacionado com a chamada veiculação de *propaganda oficial* e suas implicações no campo da improbidade administrativa.

Assim é que o art. 37, *caput*, da Carta Política estabelece que:

“Art. 37. A Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e, também, ao seguinte:

§ 1º A publicidade dos atos, propagandas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

Anote-se, primeiramente, que a Constituição, ao valer-se da expressão “órgãos públicos”, procurou estender ao máximo, quanto aos destinatários, a incidência do comando emanado do § 1º do art. 37. Assim, toda a administração pública, direta, indireta, fundacional, incluindo o Judiciário, Legislativo e o próprio Ministério Público, deverá observar os limites constitucionais para divulgação de atos oficiais, sob pena de punição civil e criminal dos agentes responsáveis.

Por outro lado o § 4º, do art. 37, estabelece que

“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Como prefacial deste trabalho, faz-se necessário estabelecer uma *correspondência entre o § 1º com o § 4º*, do art. 37 e, a partir desse elo, afirmar que a veiculação de atos oficiais, *cuja publicidade seja obrigatória ou não*, em desrespeito à Constituição, configura ato de improbidade administrativa na medida em que esta prática de *promoção pessoal* de agentes públicos gera indubitavelmente um dano material e moral para a Administração, ambos indenizáveis no âmbito de ação civil pública ou popular, conforme seja o titular ativo.

Dois requisitos devem ser observados para que a propaganda oficial seja válida. A publicidade deve possuir um nítido e incontestável caráter informativo, educativo ou de orientação social. E mais, desprovida de nomes, símbolos ou imagens caracterizadores de promoção pessoal.

Não raro, observamos que, em função da matéria veiculada, certas divulgações de atos, campanhas, programas e serviços de órgãos públicos até possuem aquele caráter pedagógico exigido pela Constituição mas, estereotipada com fotos, nomes ou *slogans* de grupo ou partido político, desviam-se para via ímproba e inconfessável da promoção pessoal.

Noutras vezes, o agente público, sendo mais discreto, não insere fotos, símbolos ou *slogans* na matéria de modo a caracterizar imediatamente o ato de promoção pessoal, mas, analisando-se o seu conteúdo, pode-se extrair a ausência total e absoluta do caráter informativo, educativo ou de orientação social prescrito pela Lei Maior.

Em ambos os casos há desrespeito aos princípios constitucionais da *impessoalidade e moralidade* com manifesto *desvio de finalidade* do ato administrativo.

Fazendo agora uma incursão pela *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis, encontramos na *Seção III, do Capítulo II*, a conformação dos “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública”, dispondo o seu art. 11, I, que:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão

que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;”

Nesse contexto, para que qualquer ato administrativo seja inserido no rol dos atos de improbidade administrativa, basta que ofenda a pelo menos um dos princípios constitucionais da Administração (art. 11, *caput*) ou que seja praticado com desvio de finalidade (art. 11, I).

Ora, sendo o ato administrativo editado com desvio de finalidade e ofendendo a propaganda oficial com promoção pessoal aos princípios da *impessoalidade e moralidade*, como se verá adiante, é evidente que sua prática constitui ato de improbidade administrativa.

A administrativista *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, em sua consagrada obra *Direito administrativo*,¹ ao doutrinar sobre o princípio da impessoalidade, procura estabelecer que tanto os administrados quanto os administradores são atingidos por tal princípio.

Com relação ao primeiro aspecto, salienta que “o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.

Sob o ponto de vista da obrigatoriedade da observância do princípio pela Administração, com apoio em lições de *José Afonso da Silva* e *Gordilho*, assinala que:

“os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. Acrescenta o autor que, em consequência, *as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade*, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, *proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pesso-*

al de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.”²

O renomado e saudoso publicista *Hely Lopes Meirelles*, sobre o princípio da impessoalidade escreveu que “Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º)”.³

No mesmo sentido confira: *Kildare Gonçalves Carvalho*,⁴ e *José Afonso da Silva*.⁵

A *promoção pessoal*, através de propaganda oficial, faz *tábula rasa* ainda do princípio constitucional da *moralidade*.

Hely Lopes Meirelles especifica que

“...a moralidade do ato administrativo juntamente com sua *legalidade* e *finalidade* constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.” [...] “À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os atos são inífeis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-se no fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum”.⁶

Em notas de rodapé, *Hely Lopes*⁷ destacou que: “O TJSP, em decisão recente, deixou claro que a conduta do agente que se vale de publicidade oficial para realizar promoção pessoal fere a moralidade administrativa (5ª C., Ap. Civil 243.246-1, J. 13/6/91)”.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 61-62.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, p. 85.

⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 275.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 570.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 84-85.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 85.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1992.

No mesmo sentido é a lição do ilustre Promotor de Justiça *Márcio Luis Chilla Freyesleben* inserta em sua excelente e pioneira monografia intitulada *A improbidade administrativa*, publicada na *JUS* 94/17, p. 347.

Sob outra ótica, a do inciso I, do art. 11, da Lei n. 8.429/92, a propaganda oficial com promoção pessoal desnuda incontestemente *desvio de finalidade* da prática administrativa, afastando-se do necessário interesse público que deve nortear a proba administração.

O egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, analisando matéria análoga, no parecer prévio sobre as contas do ex-Governador Newton Cardoso, referente ao ano de 1990, Processo n. 19.431-0/91, relator Conselheiro *Maurício Aleixo*, fez as seguintes considerações:

“E mesmo as hipóteses em que a Publicidade com caráter não obrigatório é permitida, ainda assim tal divulgação deverá, necessariamente, ter ‘*caráter educativo, informativo ou de orientação*’, não podendo em nenhuma hipótese ser desvirtuada desses parâmetros, sob pena de caracterizar-se o *vício do desvio de finalidade, e à responsabilidade de quem o ordenou.*”

“Parece importante lembrar, no que tange ao vício cominado pela lei, que o desvio de finalidade a ser caracterizado sempre que a publicidade desdobrar dos lindes constitucionais é *vício de caráter objetivo, pouco importando, pois, a intenção do agente, se agiu de boa ou má-fé* porquanto a invalidade se insere sempre que o agente, ‘servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público’. ”

A propósito, esse entendimento foi consolidado pela Corte de Contas do Estado de Minas Gerais, através da *Instrução n. 1/92*.

Em recente obra de *Marcelo Figueiredo*, foi acentuado que

“O agente público deve atender aos interesses públicos, ao bem-estar da comunidade. Sob o rótulo ‘desvio de poder’, ‘desvio de finalidade’, ‘ausência de motivos’ revelam-se todas as formas de condutas contrárias ao Direito, prejudiciais ao administrado e violadoras, às vezes, da própria Constituição. Há, em síntese, comportamento ilegal e ilegítimo”.⁸

Por outro lado, é certo que a Administração deve atender ao *princípio constitucional* da *publicidade* de seus atos oficiais, podendo a publicidade ser obrigatória – não como elemento integrante do ato, mas como requisito de sua eficácia e moralidade – ou não obrigatória, caso em que deverá possuir caráter informativo, educativo ou de orientação social.

Contudo, não menos correto advertir que, como fez *Diógenes Gasparini*, em sua obra *Direito administrativo*:

“...a pretexto de atender a este princípio não se podem mencionar nomes nem veicular símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou de servidor público, consoante prescreve o § 1º, do art. 37 da Constituição Federal. Essa disposição é de aplicação imediata, isto é, não necessita, para sua observância, de qualquer regulamentação”.⁹

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, enfrentando um caso concreto, decidiu que:

“Ação Civil Pública – Criação de jornal semanário pelo município – Publicidade de atos, programas, obras e serviços – Inadmissibilidade – Necessidade de lei específica para criação de prestação de serviço público de informação, bem como de previsão orçamentária – Recurso não provido”.¹⁰

Destaque do acórdão:

“O Município pode – e até deve – ter órgão oficial para prestação de serviço público de divulgação de atos oficiais e atividades administrativas de caráter informativo, educativo e de orientação social, mas deve abster-se de, a pretexto da publicidade, usurpar a moralidade e a impessoalidade servindo de palanque à promoção pessoal deste ou daquele administrador público.

Por isso, bem decretada a obrigação de não fazer à Municipalidade para que se abstenha de fazer propaganda pessoal do Alcaide, seus auxiliares e sua corrente político-partidária, que em nada interessam à administração”.

8 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62.

9 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 8.

10 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Civil, Ap. Cível 253.437-1/9, São Vicente, rel. Des. *Álvaro Lazzarini*, v. u., 10/11/95.

Compilando a doutrina e jurisprudência ainda não encontramos lições estabelecendo um elo direto e claro entre o art. 37 e seus §§ 1º e 4º com o art. 11, I, da Lei n. 8.429/92.

Os tribunais têm se limitado a asseverar que a propaganda oficial com promoção pessoal ofende os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, bem como denotam desvio de finalidade do ato administrativo, notadamente em matéria afeta à Justiça Eleitoral.

Mesmo assim, não constitui trabalho de esforço cerebrino concluir que, se a matéria jornalística veiculadora de ato, programa, campanha, obra ou serviço público, porta no seu conteúdo promoção pessoal e, sendo a promoção pessoal ofensiva aos princípios constitucionais pertinentes à impessoalidade e moralidade administrativa e, considerando que esses atos são emanados com desvio de finalidade, torna-se evidente o liame existente entre os §§ 1º e 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 com o art. 1º, I, da Lei n. 8.429/92.

Compete, pois, diante desta realidade, ao Ministério Público, como guardião dos direitos decorrentes da cidadania plena, incluindo-se aí o de ter uma administração séria, proba e voltada para a consecução dos verdadeiros interesses sociais, aparelhar-se de uma estrutura de recursos materiais e humanos e, sobretudo, instituir uma política institucional para efetiva atuação nesta área.

CONCLUSÃO

Nos termos da Lei n. 8.429/92, a veiculação de propaganda oficial fora dos parâmetros estabelecidos pela Constituição no § 1º, do art. 37, constitui prática reveladora de ato de improbidade administrativa por implicar em desvio de finalidade do ato e atentar contra os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativas, estando os responsáveis sujeitos à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, cabendo ao Ministério Público a adoção das medidas cabíveis à espécie.

BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 3. ed., revista e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1992.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chilla. A improbidade administrativa. *JUS* 94-17.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed., 1992.

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, processo n. 19.431-0/91.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Civil, Apelação Cível 253.437-1/9, São Vicente, rel. Des. Álvaro Lazzarini, v. u., 10/11/95.

**PROMOTOR SUBSTITUTO – ESTÁGIO PROBATÓRIO –
IMPOSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO OU REMOÇÃO –
INCONSTITUCIONALIDADE***

ANTÔNIO SÉRGIO TONET**

A estrita observância dos princípios institucionais, caracterizados pela independência funcional, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, deverá ser a tônica básica, normal, rotineira e sem atropelos do Ministério Público do terceiro milênio.

Esses princípios não têm como destinatários imediatos os membros da Instituição mas, sobretudo, a sociedade, destinatária única e razão de existir do *Parquet*.

Toda vez que a Administração do Ministério Público posterga, em princípio estar-se-á, em verdade, atingindo em primeiro lugar a coletividade que depende de uma atuação isenta, livre de pressões políticas ou vicissitudes comprometedoras da atuação da Instituição.

O objeto do presente trabalho, cinge-se na discussão sobre a constitucionalidade da proibição de o Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, em estágio probatório, obter promoção ou remoção.

Esta malsinada proibição advém do parágrafo único do art. 181 da Lei Complementar Estadual n. 34/94:

“Art. 181. *Omissis*

Parágrafo único. Para efeito de promoção, por antigüidade ou merecimento, do Promotor de Justiça em estágio probatório, somente

* Tese aprovada por unanimidade, obedecida a emenda sugerida e aprovada pela Comissão Temática.

** Promotor de Justiça em Belo Horizonte.

considerar-se-ão preenchidas as condições previstas no *caput* deste artigo e no art. 169 se, até o trimestre que anteceder o vitaliciamento, não houver impugnação e se o Conselheiro designado propuser a confirmação na carreira.”

Na prática, com a sistemática criada pelo dispositivo supra, enquanto o Promotor de Justiça não se tornar vitalício não poderá progredir na carreira ou remover-se de comarca.

Esta realidade força o membro do Ministério Público em estágio probatório a permanecer, obrigatoriamente, na frágil condição de substituto durante, pelo menos, dois anos, situação tremendamente incômoda, na medida em que, em tese, pode ser objeto de movimentação de uma comarca para outra sem qualquer motivação, por um simples ato singular do Procurador-Geral de Justiça.

Esta proibição se nos apresenta manifestamente inconstitucional.

A regra básica e retora da ascendência vertical na carreira do Ministério Público é evidenciada pelo art. 93, II, **b**, da Constituição, isto por força do art. 129, § 4º.

Vejamo-lo:

“Art. 93. *Omissis*

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

.....
b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago.”

O art. 93, II, **b**, é disposição constitucional inserta no capítulo do Poder Judiciário que rege a promoção por merecimento ou antigüidade dos Magistrados que, no entanto, também é aplicável ao Ministério Público, em razão do teor do § 4º, do art. 129: “Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e IV.”

Pelo regime constitucional vigente, a promoção ou remoção de membro do Ministério Público pressupõe a verificação de *dois requisitos objetivos*: que o interessado integre a primeira quinta parte da lista de antigüidade e que esteja em exercício há mais de dois anos na entrância.

Contudo, segundo a Constituição, poderá o membro da Instituição, mesmo sem ser portador desses requisitos, obter promoção ou remoção caso não exista candidato inscrito com aquelas condições.

Comentando as regras objetivas para promoção, *Hugo Nigro Mazzilli* dissecou que:

“Em primeiro lugar, a *mens legis* é impedir promoções, ainda que por merecimento, de candidatos extremamente mal situados na classificação geral de antigüidade. Assim, toma-se a lista de antigüidade da carreira e, na entrância ou categoria, examinam-se *quantos cargos estão preenchidos efetivamente*, no momento do encerramento da inscrição dos candidatos. Só os candidatos que, nesse momento, estejam na primeira quinta parte desse rol concreto é que podem ser promovidos ou removidos, *salvo se não houver nenhum candidato nessa situação*”¹ (destacamos).

A *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (Lei. 8.625/93), explicitando o comando constitucional e *balizando regras de observância obrigatória* para confecção das leis orgânicas estaduais, estabeleceu no art. 61, IV, o seguinte:

“Art. 61. A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios:

IV – a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância ou categoria e integrar o Promotor de Justiça a primeira quinta parte da lista de antigüidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago, ou quando o número limitado de membros do Ministério Público inviabilizar a formação de lista tríplice”.

Observe-se que a Lei Orgânica Nacional, como não poderia deixar de ser, não ampliou as restrições objetivas para promoção ou remoção. Além de reafirmar a necessidade de integrar o “quinto” e estar em exercício há mais de dois anos na entrância, criou uma hipótese em que o Promotor de Justiça, mesmo não sendo portador daqueles requisitos, poderá integrar a lista tríplice formada para fins de promoção ou remoção: “quando o número limitado de membros do Ministério Público inviabilizar a formação de lista tríplice”.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 366.

Comentando a inovação, *Hugo Nigro Mazzilli* salienta que:

“Embora a Lei Orgânica Estadual do Ministério Público – LOEMP só permita *indicação* de quem preencha os dois requisitos mencionados, na verdade a Constituição e a LOEMP somente impedem a *promoção*, não a mera indicação. Por esta razão, o Conselho Superior paulista tem feito as indicações dos que têm os requisitos da lei e, *para completar a lista*, indica mesmo quem não tenha todos os requisitos; entretanto, as *promoções ou remoções* desses últimos não podem ser feitas se na mesma lista tríplice houver candidato com estágio ou que esteja no primeiro quinto da lista de antigüidade.

Poder-se-ia indagar, então, qual a vantagem de indicar à promoção ou remoção quem não pode ser removido ou promovido. A resposta é simples: candidatos que ganham a indicação, mesmo sem terem todos os requisitos, a ninguém prejudicam, pois que não podem ser nem são efetivamente promovidos ou removidos em preterição a quem sobre eles tem precedência; apenas somam uma indicação, que mais tarde lhes pode valer para fins de consecutividade”.²

Pelo sistema da Constituição e da Lei Orgânica Nacional, o membro do Ministério Público em estágio probatório poderá, indubitavelmente, promover-se ou remover-se, desde que não haja candidato com aqueles requisitos. Poderá, ainda, figurar em lista diante da inexistência de mais de dois candidatos com tais requisitos.

Não poderia, então, como fez a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ampliar as limitações de modo a praticamente proibir, através das regras insertas no parágrafo único do art. 181, que Promotor de Justiça em estágio probatório adquira titularidade.

Na prática, pela sistemática introduzida pelo dispositivo em comento, somente a partir do 21º mês de efetivo exercício (*trimestre que anteceder o vitaliciamento*) é que o Promotor de Justiça em estágio probatório poderá requerer promoção ou remoção.

É evidente que não se questiona a constitucionalidade da existência do cargo de Promotor de Justiça Substituto. O uso indiscriminado e abusivo desses cargos até que poderia ser objeto de outra tese. O que não se pode aceitar é que a lei proíba a promoção ou remoção de Promotor de Justiça em estágio probatório, mesmo diante da ausência de candidato

outro que integre a primeira quinta parte da lista de antigüidade ou por sua estágio na comarca.

Interpretando-se o art. 93, II, b, em consonância com o § 4º, do art. 129 e com o inciso IV, do art. 61, da Lei n. 8.625/93, conclui-se que estes textos maiores não fizeram ressalva quando da utilização das expressões “Promotor de Justiça” ou “membros do Ministério Público”, para fins de promoção ou remoção diante da ausência de candidatos constitucionalmente qualificados.

Nestas expressões estão abrangidas todas as categorias de Promotores de Justiça: em estágio probatório, substitutos, titulares ou vitalícios. Caso fosse pretensão da Constituição restringir, teria dito *Promotor de Justiça vitalício, membro do Ministério Público titular* ou coisa que o valha.

O regime de promoção e remoção anterior, além de legal e consentâneo com a Carta Magna, era melhor sob todos os aspectos. Observada a ausência de candidato com os requisitos reclamados, promovia-se ou removia-se o Promotor de Justiça em estágio probatório.

Centenas de membros da Instituição fizeram suas carreiras em função desta possibilidade sem qualquer prejuízo para quem quer que seja. Pelo contrário, acentuamos que a situação de permanente instabilidade que se abate sobre o Promotor de Justiça em estágio probatório é altamente prejudicial não apenas para si, mas para todo o contexto social.

A real possibilidade de ser *removido compulsoriamente* a qualquer momento; os transtornos próprios de mudanças repentinas e não programadas, caracterizados pela dificuldade em se conseguir nova residência, escolas para filhos, distância da família, dentre outros aspectos, podem prejudicar a atuação do Promotor de Justiça, inclusive com reflexos em sua independência funcional.

Observe-se que esta proibição vulnera de morte o princípio do *Promotor Natural*, cuja existência legal foi recentemente confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 67.759-2-RJ, j. 6/8/1992-101V, 1º jul., 1993 – JSTF 180/255.

Encontramos nas lições de *Hugo Nigro Mazzilli* que:

“O *promotor natural* é o reverso do chamado *promotor de encomenda*, contra o qual há muito nos temos posicionado. Esses *promotores de encomenda*, longe de serem prévia e abstratamente eleitos pela lei, são de livre escolha pelo Procurador-Geral de Justiça, que os designa e afasta *ad nutum*. Na verdade, a verdadeira *inamovibilidade* do Ministério Público não teria o menor sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se remover o promotor do cargo: é mis-

ter agregar-lhe as *respectivas funções*: esse é o fundamento maior da garantia constitucional.”³

Sobre o princípio, escreveu, ainda, *Mazzilli* que:

“Os agentes do Ministério Público não são meros funcionários públicos hierarquizados, que possam ser por ele substituídos livremente. A isso se opõem as garantias de inamovibilidade, inafastabilidade das funções e independência funcional, que, somadas, constituem o chamado *princípio do promotor natural*, iluminam toda a atuação institucional.”⁴

No mesmo sentido são as lições de *Paulo César Pinheiro Carneiro*⁵ em sua consagrada obra *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural – Atribuição e Conflito – Com base na Constituição Federal de 1988*.

Esta proibição, ainda resquício de indesejável, anacrônico e vetusto autoritarismo é, em tese, atacável por mandado de segurança, por ferir direitos líquidos e certos em determinados casos concretos, constituindo o debate outro importante caminho para extirpamos de uma vez por todas os efeitos maléficos e inconstitucionais do § 1º do art. 181 da Lei Complementar n. 34/94.

O Ministério Público para se fazer integralmente *respeitado* no iminente *terceiro milênio* deverá não apenas exigir que terceiros cumpram a Constituição, mas também cumpri-la agora, notadamente em relação aos direitos institucionais de Promotores de Justiça em início de carreira, cujos ideais, objetivos e aspirações legítimos não podem ser frustrados.

Para finalizar, sendo a regra constitucional clara e bastante em si mesma, a única restrição imposta como óbice à promoção ou remoção de Promotor de Justiça em estágio probatório é a existência de candidato inscrito que esteja no “quinto” ou possua estágio na comarca. Qualquer outra restrição, *será de manifesta inconstitucionalidade*.

CONCLUSÃO

O parágrafo único do art. 181 da Lei Complementar n. 34/94 é inconstitucional, porque ofende o art. 93, II, b, combinado com o § 4º do art. 129 da Constituição Federal, tratando-se de inconstitucionalidade material.

BIBLIOGRAFIA

- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal – Promotor natural – Atribuição e conflito*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- Supremo Tribunal Federal. *JSTF* 180-255.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 82.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 269.

⁵ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal – Promotor natural – Atribuição e conflito – com base na Constituição Federal de 1988*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 50-51.

ESCUTAS TELEFÔNICAS POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL ESTUDO SOBRE LEGALIDADE*

FÁBIO TAVARES RIBEIRO**

Sumário

1. Breve histórico. 2. Do texto atual. 3. Requisitos. 4. Da analogia. 5. Do procedimento. 6. Aspectos práticos. 7. Conclusões.

1 BREVE HISTÓRICO

Entre as inúmeras garantias constitucionais advindas com a Carta Constitucional de 1988 veio a relativa à inviolabilidade de correspondência e comunicações telefônicas. Tal garantia constitucional é fruto de uma elaborada evolução que teve como primeiro diploma a Constituição Política Imperial.

De início, os diplomas prendiam-se simplesmente à correspondência escrita, então o mais difundido meio de comunicação a distância. Vejamos:

- 1824. “O segredo das cartas é inviolável. A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo” (Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, 27).

* Tese aprovada por unanimidade, obedecidas as emendas sugeridas e aprovadas na Comissão Temática.

** Promotor de Justiça em Ipatinga.

- 1891. “É inviolável o sigilo da correspondência:” (Constituição, art. 72, § 18).
- 1934. “É inviolável o sigilo da correspondência:” (Constituição, art. 113, § 8º).
- 1937. “A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei” (Constituição, art. 122, § 6º).
- 1946. “É inviolável o sigilo da correspondência:” (Constituição, art. 141, § 6º).
- 1969. “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas” (Constituição, art. 153, § 9º).

O atual texto é o mais abrangente da história, fazendo alusão até aos casos em que pode a garantia sofrer restrições...

- 1988. “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (Constituição, art. 5º, XII).

É bem verdade que o mundo já convivia com o telégrafo na época das primeiras constituições¹ e, conseqüentemente, com a quebra do sigilo de suas mensagens, mas a carência de meios de reprodução fonográfica dos caracteres telegráficos tornou essa possibilidade remota e, se ocorrida, de difícil prova. Por tal motivo é plenamente compreensível que à época da entrada em vigência do Código Civil, não tenha tal importante lei feito qualquer ressalva quanto ao tema.

Em 1917, recém-iniciado o século, as reproduções fonográficas já existiam, mas somente através de disco, oferecendo pouca qualidade de som. Tal precariedade tecnológica fez com que os primeiros julgados conhecidos, baseados em provas fonográficas, somente ocorressem na década de 40, quando acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, rejeitaram as fitas magnéticas como meio de prova, dadas as dificuldades de compreensão da fala.

A atual Carta Constitucional é a primeira que menciona o sigilo das comunicações telefônicas, o que é compreensível se verificarmos que somente em 1977, com a evolução tecnológica dos meios de comunicação em plena efervescência, foi submetido ao Supremo Tribunal Federal um caso em

que a prova gravada de uma ligação telefônica era colocada como ponto principal da discussão. Nessa época, a 2ª Câmara daquela egrégia Corte inquiriu de ilegal e mesmo imoral o meio de prova de que se utilizou um cônjuge contra o outro, cassando assim a decisão da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2 DO TEXTO ATUAL

Ao remeter à lei ordinária criou-se o impasse de precisar se o ordenamento legal preexistente era compatível com o novo ordenamento constitucional.

O brilhante *Luiz Francisco Torquato Avolio*, Procurador do Estado de São Paulo, é enfático e categórico, em sua obra *Provas Ilícitas*, da RT:

“A nova ordem constitucional brasileira importou na ineficácia das exceções legais ao sigilo de correspondência e das comunicações, dada a previsão de exceção única do texto do inciso XII, do art. 5º, que se refere às comunicações telefônicas [...]. O dispositivo citado não é auto-aplicável, pois prevê a edição de lei que defina as hipóteses e estabeleça a forma das interceptações, para fins de investigação policial ou instrução processual [...]. *A disciplina contida no Código de Telecomunicações não satisfaz às exigências previstas na CF/88 e, portanto, não pode ser recepcionada pela ordem constitucional [...]. Enquanto não for editada lei regulamentadora, nos moldes do Projeto de Lei 3.514/89, as interceptações ou escutas telefônicas ou ambientais, ainda que autorizadas pelo juiz competente, não podem ser realizadas licitamente*, e, conseqüentemente, o seu resultado não será admissível no processo [...]. As únicas exceções decorrem da aplicação do princípio da proporcionalidade: a) prova ilícita *pro reo*; e b) escuta telefônica realizada pela polícia, comumente nos casos de seqüestro, para resguardo do valor vida ou outros, cuja relevância imponha o sacrifício da *privacy* de terceiros...”² Grifo nosso

Ousamos discordar. Em realidade a Lei de Telecomunicações, a despeito de sua idade, foi recepcionada pela atual Carta Constitucional. Sobre a receptividade, discorrem os doutrinadores:

(1) telégrafo foi inventado em 1792 pelo francês Miot. Foi popularizado mais tarde com o sistema criado pelo norte-americano Morse.

2 TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 155 e 156.

“Face ao princípio da hierarquia das leis a Constituição é o diploma fundamental. Emanada da soberania nacional, submete ao seu império todos os órgãos do Estado, discrimina as atribuições dos seus poderes, delinea todas as peças do Organismo estatal.

Seu efeito imediato sobre todo o complexo normativo que compõe a legislatura do país, nas três ordens (federal, estadual e municipal), impõe a perda automática de eficácia da mesma. Não se dirá que a Nova Constituição “revoga” as leis vigentes, uma vez que, na conformidade do princípio da continuidade da ordem jurídica, a que já me referi acima, a norma de direito objetivo perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência [...]. Com a promulgação de uma nova Constituição, o fenômeno é de maior profundidade. Sendo a Constituição caduca, o fundamento da validade da legislação que vicejara à sua sombra, e perdendo esta égide a que se acostava, perece sua eficácia. *Todas as normas que eram plenamente constitucionais e, portanto, válidas, deixam de o ser quando à antiga Constituição outra lhe substitui, cujos textos contrariam as disposições daquelas leis.*”³ Grifo nosso

“...O primeiro critério para a convivência entre o direito anterior e o direito atual é o representado pelo princípio da recepção.

Por esse princípio todas as leis do direito anterior que não se chocam com o direito atual são por este direito recepcionadas.

Por tal princípio, elimina-se o risco de, sempre que um país passe a viver com uma nova ordem constitucional, tenha que regular por inteiro sua estrutura legislativa. Seria, em verdade, ilógico que leis anteriores, cujo conteúdo permanecesse inalterado em face da nova ordem, tivessem que ser recriadas para continuarem a obrigar.

Em Direito Constitucional, o princípio da recepção é admitido em todos os países, sendo hoje matéria incontroversa, em face de sua finalidade estabilizadora do Direito. A própria Lei de introdução ao Código Civil, ao cuidar das revogações, faz menção a que as leis anteriores são consideradas revogadas tacitamente na medida em que impliquem tratamento diferencial, de tal forma que, no conflito, há de prevalecer, não o velho comando, mas o novo, que tratou da matéria diversamente. É esta, pois, a proposta exegética do nosso direito, de resto, na mesma linha das ordens jurídicas dos países mais civilizados.”⁴

Pelos posicionamentos acima, ressalta claro que aproveitam-se as leis que não apresentem pontos de discordância com a Carta atual, ou, se apresentam, tais pontos não comprometem o ordenamento como um todo, havendo, nesse caso, perda de eficácia das questões inconciliáveis. Tal princípio, chamado o da recepção compatível, há que ser aplicado à Lei n. 4.117.

*Damásio de Jesus*⁵ menciona que o art. 5º, XII da Constituição Federal, permite a violação por ordem judicial da comunicação telefônica e, nesse particular, remete às observações que fez na mesma obra sobre o que ocorria antes de 1988, quando era indubitável a aplicação do Código de Telecomunicações. Por tal enunciado verificamos que o brilhante doutrinador não se aprofundou na questão, mas deixou clara a possibilidade de uma recepção compatível, quando disse “vide no que couber, o que dissemos no item anterior”.

O item mencionado por *Damásio* era aquele em que discorria sobre toda a processualística da escuta telefônica legal antes da atual Constituição. Por ele, verificamos que a lei ordinária em questão disciplina que:

“Art. 57 – Não constitui violação de Telecomunicação:

I – a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II – o conhecimento dado:

a) ao destinatário da telecomunicação ou ao seu representante legal;

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.”

A admissível limitação ao direito de sigilo das telecomunicações, só seria, mesmo pela lei, concedida desde que atendidas circunstâncias especiais...

Antes, como hoje, era *indispensável uma ordem do juiz competente*, pois somente ao magistrado foi deferido o poder de verificar a *necessidade e utilidade* da invasão da privacidade do agente que usa o serviço telefônico.

Sobre a interceptação telefônica, *Ada Pellegrini Grinover* a considera um meio de apreensão imprópria de prova, uma vez que configura operação técnica através da qual se permite a apreensão, não de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica. Ainda assim a festejada doutrinadora ressalta o valor da apreensão e seu requisito primordial...

“Assim o resultado da interceptação, i.e., a conversa telefônica deve ser considerada fonte de prova, cuja busca e apreensão sujeitam-se à autorização judicial”.⁶

³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 14. ed., v. 1, p. 95.

⁴ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *A constituição aplicada*. Belém: CEJUP, v. 1, p. 28.

⁵ JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal anotado*. 9. ed., p. 507.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas*, p. 204-5, n. 3.2.2.

Analisando os textos verificamos que a tese de incompatibilidade entre a lei e a Constituição, resume-se, verdadeiramente, na imposição constitucional de que as escutas somente podem ser feitas em benefício da investigação criminal ou da instrução processual penal. Essa conclusão é facilmente constatada, porquanto essa limitação ao âmbito criminal é o único ponto de divergência entre os diplomas.

Ora, em assim sendo, deve-se entender que o art. 57 da Lei n. 4.117 passa a ter eficácia com o mesmo enunciado, só que, agora, condicionando a requisição do juiz à circunstância de ser feita somente em interesse de investigação ou instrução criminal, limitando-se, de tal forma, a imensa área antes atingível pelo mencionado diploma. Antes poderia, em tese, o magistrado determinar uma escuta telefônica requerida por uma parte para comprovar, p. ex., a existência de um contrato verbal, o que, hoje, é inadmissível por atentar à privacidade, que foi elevada à condição de garantia constitucional.

Essa espécie de recepção parcial do ordenamento antigo é frequentemente observada no dia-a-dia dos fóruns, especialmente em matéria processual penal quando temos uma Constituição que determinou a exclusividade do júri nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida. No mencionado caso não foi necessário fazer-se novo Código de Processo Penal, pois que as disposições eram plenamente compatíveis com o texto constitucional. Em pequenos detalhes como a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, por ocasião da pronúncia, como houve colidência com o princípio da presunção de inocência, a lei simplesmente perdeu sua eficácia. Em outras palavras o procedimento de julgamento dos crimes afetos ao Tribunal do Júri foi parcialmente recepcionado pela atual Carta. Da mesma forma o art. 57 do Código de Telecomunicações. Nem seria razoável entender-se o contrário.

Não entender possível tal forma de recepção parcial é relegar a Constituição Federal a uma posição inferior em relação às leis ordinárias. Nestas, a possibilidade de revogação parcial de uma lei, ainda que tacitamente, é indiscutível e a ela denomina a doutrina de derrogação.

Limitar a utilização da escuta telefônica a casos de estado de necessidade que deveriam ser avaliados pela autoridade policial por sua conta e risco, ou admitir a prova ainda que ilícita em favor do réu é contra-senso ao fundamento dessa corrente. Aqueles que repelem totalmente a aceitação das provas ditas ilícitas, o fazem por valorá-las não sob o critério da verdade real, que segundo *Torquato Avolio*, já se encontra ultrapassado, mas sim sob o pálio da verdade judiciária. Nesse ponto, é o doutrinador mencionado que esclarece:

VERDADE REAL

1. Encontra-se superada, no atual estágio de evolução das liberdades públicas, a visão do processo penal como instrumento voltado à busca da verdade real ou material. 2. A verdade a ser alcançada é a verdade judiciária, que pressupõe a observância do contraditório, baseado em critérios de admissibilidade de provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana”.⁷

Se as liberdades públicas tivessem repudiado a prova ilícita da forma mencionada, superando o próprio conceito de verdade real, não poderia, igualmente, ser admitida a apresentação de semelhante prova em favor do réu, uma vez que ela teria, da mesma forma que outra, agredido o conjunto das liberdades públicas. Ora, por que outro motivo consagra-se em todo o mundo o princípio da verdade real senão como forma de garantia da ampla defesa na grave sede criminal?!

Ademais, impedir o Judiciário de autorizar uma medida que deveria ser tomada obrigatoriamente pela polícia em certos casos é inverter os valores, dando ao corpo policial poder acima do Judiciário na valoração dos bens em jogo. Em verdade este último entendimento incidiria em uma *flagrante inconstitucionalidade*, porquanto, segundo o artigo constitucional, *mesmo durante a investigação criminal, só o juiz pode determinar a escuta telefônica*.

Neste sentido, as palavras de *Damásio E. de Jesus*, na obra já citada:

“Não se exige que a interceptação se faça durante a ação penal, podendo ser autorizada na fase do inquérito policial ou mesmo antes de sua instauração, desde que razões a justifiquem. Pode ocorrer também na fase de execução da sentença, ordenada pelo juiz da execução (ex.: para impedir uma fuga de presos).”

3 REQUISITOS

Vencida a discussão sobre a recepção compatível da Lei n. 4.117 (Código de Telecomunicações), é imperioso examinar quais os pressupostos para a instalação de uma escuta telefônica por ordem do juiz competente.

Ada Pellegrini Grinover poupou-nos esse trabalho, demonstrando os passos a serem seguidos na concessão de tal medida:

7 TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. *Op. cit.*, p. 153.

“1. Conformidade da investigação com as finalidades da instrução criminal.

2. Ocorrência de fundado motivo pelo qual se repute que a interceptação possa propiciar elementos úteis para o desenvolvimento das atividades instrutórias.

3. Avaliação da oportunidade de permitir tão grave ingerência na intimidade alheia, com relação à provável obtenção de tais elementos.”

Cabe pois, ao magistrado competente a tarefa de verificar primeiramente se o atendimento do pedido de escuta vem como efetiva salvaguarda dos interesses. Essa verificação não é tão simples quanto pode parecer, porquanto não raro pode a autorização judicial atacar bens juridicamente tutelados de terceiros, estranhos ao fato em apuração. Por vezes a interceptação de conversa telefônica realizada por suspeita de um elemento da família pode deixar exposta faceta de outrem que deveria ser resguardada por força do constitucional direito de privacidade, consubstanciado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Pode ocorrer, por exemplo, que venha à tona um relacionamento homossexual de membro da família ou do próprio investigado. Tal informação, uma vez colhida, por ser alheia à investigação e perfeitamente lícita, deve ser resguardada, da forma como indicaremos adiante.

Ada Pellegrini Grinover adverte que, na motivação da diligência, deverá o magistrado citar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

4 DA ANALOGIA

Como se pode ver dos requisitos apontados pela insigne *Ada Pellegrini Grinover* a medida tem caráter manifestamente acautelatória. Em assim sendo, ressalta clara a semelhança entre a escuta telefônica e a busca e apreensão de coisas, que tem o fim específico de evitar o desaparecimento de provas do crime, dificultando a instrução criminal. A semelhança não pára aí. A definição de busca e apreensão ministrada pelo douto *Mirabete* cai como luva para a apreensão dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica. Ei-la:

“A busca é diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue. Para nossa lei, é ela meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciada no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda com a prática criminosa que tenha deixado vestígios. Entretanto, embora a busca e a apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a

doutrina considera mais como *medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.*”⁸ Grifo nosso

Gritantes, pois, as semelhanças entre os dois institutos. *O que é o chamado grampo judicial, que não o apossamento de elementos instrutórios?* Em verdade, a determinação judicial da escuta não escapa da idéia de uma busca e apreensão imprópria (que tem como fim apreender conversas em fitas magnéticas). Não há diferença prática alguma entre esse procedimento e o disciplinado no art. 240, § 1º, f, do Código de Processo Penal. Diz o diploma:

“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

[...]

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.”

Por força de identidade de objetos e profunda semelhança entre a busca e apreensão propriamente dita e a busca e apreensão de elementos fonéticos (dita escuta), há de ser aplicada a analogia, como determina o art. 3º do Código de Processo Penal. A aplicação analógica encharca de limites e vida o instituto da escuta judicial, porquanto faz com que a ele se aplique grande parte dos dispositivos relativos à busca e apreensão.

5. DO PROCEDIMENTO

Ante à inegável identidade entre a busca e apreensão e a escuta judicial (em especial quanto à violação de correspondência ainda não aberta), surge, por analogia para a última, os seguintes ditames procedimentais:

- NECESSIDADE DE MANDADO (ART. 241) – que deverá conter motivação, como alertam *Damásio* e *Ada Pellegrini* (vide estudo sobre os requisitos da diligência, acima).

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, p. 306.

- DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DE QUALQUER PARTE (ART. 242) – note-se que mesmo os tribunais superiores, no curso de processos de competência originária, poderiam determinar a escuta, consoante o artigo abaixo.

“Art. 560. Não sendo vencedora a opinião do relator, ou se ele não se utilizar da faculdade que lhe confere o artigo antecedente, proceder-se-á à instrução do processo, na forma dos Capítulos I e III, Título I, deste Livro, e do Regimento Interno do Tribunal.

Parágrafo único. O relator poderá determinar que os juízes locais procedam a inquirições e outras diligências.” (Grifamos)

- COMPETÊNCIA DO JUIZ PARA A CAUSA – somente será competente para determinar a escuta o juiz que o for para julgamento da causa, seguindo a regra processual penal.

Muito embora não haja imperativo legal, determina a cautela que se proceda também à...

- LAVRATURA DE AUTO CIRCUNSTANCIADO DA DILIGÊNCIA, COM ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS – estas providências são obrigatórias para busca e apreensão domiciliar, o que não é o caso da escuta, mas sua adoção por parte dos magistrados seria de grande valia como forma de garantir a lisura das interceptações e prevenir quaisquer alegações de ilegalidade.
- DOCUMENTAÇÃO DO CONTEÚDO DA GRAVAÇÃO EM AUTO CIRCUNSTANCIADO – nesse ponto completa a narrativa *Ada Pellegrini*, na obra já mencionada, alertando que a comunicação interceptada e gravada deve ser documentada, lavrando-se auto circunstanciado da diligência contendo a conversa. É neste momento que o juiz terá a função de salvaguardar a privacidade alheia, porquanto, segundo a doutrinadora, poderá o magistrado determinar que sejam desprezadas as partes da conversação que não interessem à finalidade da diligência.

6 ASPECTOS PRÁTICOS

Com a revogação do Decreto n. 57.611/66 (que regulamentava o Código de Telecomunicações), excluiu-se do ordenamento a necessidade de feitura das escutas somente pelas estações oficiais. Assim é possível a determinação da

dita escuta residencial. A situação anterior era pouco prática, porque, mesmo no curso de uma investigação criminal, a interceptação e gravação de comunicação telefônica não poderia ser realizada pela polícia judiciária.

O sistema de telecomunicações adotado no Estado envolve centrais regionais, em cujas sedes repousam os distribuidores gerais (equipamentos que permitem a conexão das linhas para a conversação). Nos distribuidores gerais repousam terminais de todas as linhas telefônicas da região, sendo divididos em blocos e subdivididos em pinos, sendo que a interceptação da comunicação é feita através da conexão de aparelhos de gravação nestes últimos.

Em termos administrativos, as centrais regionais subdividem-se em três gerências distintas:

1. Gerência de Manutenção de Equipamentos;
2. Gerência de Manutenção de Rede Externa;
3. Gerência de Negócios.

Esta última é a responsável pelo atendimento de requisições judiciais. Caberá à Gerência de Negócios encaminhar à de Manutenção de Equipamentos o portador do mandado, para que este execute, sob o auxílio técnico da empresa, a interceptação.

A política interna da Telemig determina que os funcionários da Gerência de Manutenção de Equipamentos somente dêem suporte técnico, deixando a escuta propriamente dita a cargo da polícia.

Outro ponto de ordem técnica é o fato de não possuir a Telemig equipamento finalisticamente destinado à interceptação. A Polícia Civil de Minas Gerais dispõe do equipamento, mas sua utilização fora dos grandes centros pode demandar alguns dias.

A necessidade de auto circunstanciado resulta, como demonstrado acima, da analogia com a busca e apreensão. Como nesta o auto é feito pelos executores, a mesma indicação se impõe quanto à escuta.

7 CONCLUSÕES*

1. Encontra-se em vigor, por força de recepção compatível do art. 5º, XII, da Constituição Federal, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei

* Posteriormente, sobre o tema, foi publicada a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.

n. 4.117/62, no que tange a escutas telefônicas judicialmente determinadas, desde que para fins de instrução ou investigação criminal, tão-somente).

2. Por força de analogia, indicada no art. 3º do Código de Processo Penal, aplicam-se disposições relativas à busca e apreensão à interceptação e gravação de comunicação telefônica por ordem judicial (no que couberem).

3. A requisição terá de ser motivada.

4. A medida pode ser tomada de ofício ou a requerimento das partes, mas sempre como medida acauteladora, não prescindindo de *fumus bonus iuris e periculum in mora*.

5. Em se tratando de processos de competência originária dos tribunais superiores, estes poderão, por meio dos ilustres relatores, determinar que juízes locais procedam à escuta.

6. A medida só pode ser determinada pelo magistrado competente para julgamento da causa.

7. É aconselhável a lavratura de autos circunstanciados das diligências.

8. A transcrição do conteúdo da gravação em auto circunstanciado é aconselhável, sendo lícito ao magistrado omitir da transcrição, na presença do membro do Ministério Público, e ouvido este, os pontos alheios à investigação, resguardando o direito constitucional de privacidade.

9. A Conamp deve ser instada a envidar esforços junto ao Congresso Nacional, no sentido de que o mesmo, com urgência, regulamente as escutas telefônicas e similares, apresentando àquela Casa proposta de emenda à Constituição Federal, de forma a proporcionar também ao Ministério Público a determinação de escuta.

10. Sugerir à Conamp o envio de Projeto de Lei ao Congresso Nacional, com o posicionamento do Ministério Público sobre a questão.

11. Pleitear à Conamp ação junto ao Congresso Nacional, para que se crie a figura de mandado oral ratificável em prazo posterior, por escrito.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E REPARAÇÃO DE DANOS*

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA**

*A prisão não se destina a suprimir as infrações, mas antes a distingui-las, a diferenciá-las. Contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada; desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que, na verdade, deixa na sombra aquelas ilegalidades que se quer ou que se deve tolerar. A penalidade de detenção fabrica uma ilegalidade fechada, separada e politicamente útil.****

Sumário

1. Introdução. 2. Reparação dos danos: condição para a suspensão do processo. 3. Como reparar os danos. 4. Controle ministerial sobre o valor da reparação. 5. Conclusões. *

1 INTRODUÇÃO

A justiça criminal brasileira, ao final do século XX, mostrou-se incapaz de realizar a justiça material que a sociedade espera, dado ao elevado

* Tese aprovada por maioria de votos. obedecidas as emendas sugeridas e aprovadas na Comissão Temática.

** Promotor de Justiça em Viçosa.

*** HERKENHOFF, João Batista. *Crime – Tratamento sem prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 39.

número de processos pendentes de julgamento. A multiplicação dos conflitos sociais, própria dos nossos tempos, faz crer que a solução de todos os problemas exige a intervenção do Direito Penal e o resultado dessa equação é a imensa demora na entrega da prestação jurisdicional.

A partir de 1990, verificou-se no Brasil a atuação de uma dura política criminal, tendente a estabelecer novos tipos penais, elevar as penas, restringir garantias fundamentais e agravar a execução penal. Como frutos dessa política destacam-se as Leis de Crimes Hediondos e do Crime Organizado. Com a criminalização excessiva, o sistema criminal deixa de ser subsidiário na proteção do bem jurídico e as manipulações da opinião pública contribuem para a construção de um Direito Penal promocional e excessivamente intervencionista, cuja eficácia no combate à criminalidade é apenas simbólica. Observou-se que a eficácia da multiplicação das penas é uma falácia. Não se pode resolver problemas sociais complexos pela simples multiplicação das normas penais incriminadoras. O máximo que esta estratégia consegue é criar novos problemas, para os quais se cogita a criação de outras normas e, assim, tautologicamente, prossegue-se rumo ao infinito.¹

Implantando um novo paradigma, baseado na idéia do consenso, a Lei n. 9.099/95 tenta superar os problemas advindos da saturação de feitos e do descrédito do aparelho judiciário, através de institutos despenalizados² que trabalham exceções aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal condenatória.

Posicionando-se contra os rumos que o processo penal moderno vem trilhando, *Winfried Hassemer* assevera que “os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal em processar maior número de casos”.³ Entende o renomado professor que os acordos processuais violam o conteúdo do direito material aplicável ao caso concreto e conferem tratamento desigual aos autores de fato-crime, já que serão as avaliações oportunistas de desfecho do pro-

cesso que guiarão as partes ao acordo. Certamente, a observação é válida para ressaltar que, ao se estabelecer uma Justiça consensuada, não se poderá utilizar de institutos que promovam a institucionalização da injustiça.

O processo, no Estado Democrático de Direito, é caracterizado pela garantia à liberdade e igualdade dos litigantes. O processo não pode mais ser entendido como técnica neutra. O sistema processual é, antes de tudo, instrumento de realização de escopos sociais, políticos e jurídicos. “A técnica processual, como predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais, compete ditar soluções capazes de compatibilizar a busca dos diversos escopos reconhecidos e propiciar a obtenção de cada um deles, dando preponderância ao aspecto mais relevante e conveniente em cada caso”.⁴ Em contexto de crise de legitimidade dos mecanismos formais de solução dos conflitos, a instrumentalidade do processo deve se colocar à disposição da busca de rápida pacificação social, sem prejuízo à qualidade da decisão.

Poder-se-ia pensar que, como a prisão tradicionalmente é instrumento de repressão reservado aos pobres, a suspensão condicional do processo realizará verdadeira justiça distributiva, ao procurar corrigir as práticas delitivas através de alternativas à pena privativa de liberdade. Mas, na verdade, os casos em que é cabível a suspensão do processo são aqueles em que comportam a suspensão condicional da pena. Com o novo instituto, o controle social aposta na força intimidativa da ameaça de retorno ao processo, em detrimento da ameaça de execução de uma pena já aplicada. Entendeu o legislador que a ameaça de retorno ao processo é suficiente para prevenção de novos delitos e a celeridade da solução ao conflito restaurará a confiança na justiça criminal.

No espaço de consenso estabelecido pela Lei n. 9.099/95, a suspensão do processo ganhou especial destaque. Apesar de sua grande repercussão na administração da justiça criminal, a suspensão condicional do processo é prevista em um único artigo da nova lei. Certamente, teremos que encontrar solução para uma série de dificuldades que se apresentarão nos casos concretos. Dentre as várias questões pertinentes à suspensão condicional do processo, que avultam em importância, pretendo enfrentar apenas algumas ligadas ao requisito da reparação do dano.

1 SILVA, Juacy C. *Macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 259.

2 CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.75. Esclarece o autor que a despenalização significa o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, ou seja, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Neste conceito se inclui todas as formas possíveis de atenuação e alternativas penais, como a prestação de serviços de final de semana, a multa reparatória, a indenização à vítima, a prisão domiciliar, etc.

3 HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 49.

4 DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 317.

2 REPARAÇÃO DOS DANOS: CONDIÇÃO PARA A SUSPENSÃO DO PROCESSO

O art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95 diz que o juiz submeterá o acusado a um período de prova, que está sujeito as condições que enumera, sendo a primeira delas a reparação dos danos. O dispositivo é bastante claro ao estabelecer a reparação dos danos como *condição* para o *início* do período de prova, embora permita que o processo seja suspenso sem reparação, quando o acusado não tiver capacidade financeira suficiente. Certamente, o dispositivo que permite a suspensão do processo, diante da impossibilidade de reparar os danos, não impede que se faça novas avaliações sobre a capacidade financeira do acusado, enquanto não estiver extinta a punibilidade.

Festejados doutrinadores defendem que a reparação dos danos não é condição para a suspensão, mas sim para a extinção da punibilidade.⁵ A questão não está bem colocada, pois, conforme o § 5º do art. 89, a extinção da punibilidade ocorrerá se expirado o período de prova, sem revogação. Assim, a única condição para a extinção da punibilidade é o decurso do período de prova, sem revogação do benefício. A reparação dos danos é, efetivamente, condição para o *início* do período de prova. Se o acusado não dispuser de meios para reparar os danos o processo poderá ser suspenso, mesmo assim, pois do contrário haveria distinção entre acusados pelo critério de suas capacidades econômicas. Mas não existe justificativa para que o acusado se negue a reparar os danos de imediato, sendo-lhe possível tal reparação.

Quando o acusado puder reparar os danos de imediato deve fazê-lo; se só possuir capacidade para reparar os danos em parte, também deve promover imediatamente a reparação parcial; se somente for possível reparar os danos em prestações mensais e sucessivas, assim deverá fazê-lo. Como afirmam estes mesmos doutrinadores, não se pode permitir que o instituto da suspensão condicional do processo induza à sensação de impunidade ou se transforme em algo socialmente inútil.⁶

O § 3º, do art. 89 da Lei n. 9.099/95, prevê a revogação obrigatória do benefício se, no curso do período de prova, o beneficiário, sem motivo justificado, não efetuar a reparação do dano. Tal previsão não permite que

o acusado *escolha* o momento de reparar os danos, tendo aplicação somente para os casos em que seja impossível ao acusado promover a reparação dos danos de imediato. Possuindo capacidade financeira para reparar os danos, o acusado deve fazê-lo logo, não havendo justificativas para o adiamento. Outro não poderia ser o entendimento diante da clara preocupação em reparar os danos sofridos pela vítima, explícita no art. 62 da referida lei. Caso fosse possível ao acusado *optar* por reparar os danos somente ao final do período, correria-se o risco de que mudanças em sua fortuna inviabilizassem a reparação. Se a preocupação para com a vítima está em primeiro lugar,⁷ a reparação de seus danos deve merecer prioridade sobre qualquer outro projeto financeiro do acusado.

3 COMO REPARAR O DANO

Um exame superficial da Lei n. 9.099/95 faz perceber que ela é bastante pretensiosa. Pretende reunir, num só processo e julgamento, a discussão sobre duas pretensões distintas: a pretensão de ressarcimento, própria ao juízo cível, e a pretensão punitiva, satisfeita através de ação penal.

No campo do Direito Civil, a apuração do *quantum* devido pelo causador do dano é, certamente, tarefa menos árdua do que a determinação de um valor que se preste a reparar um fato de natureza penal. É que o Direito Penal, como ramo de Direito Público, considera não apenas as relações entre ofensor e ofendido, como também as relações que o crime produz entre o ofensor e toda a sociedade na qual o fato punível se verificou. Nesse sentido, *Giorgio Del Vecchio* leciona que

“O que distingue a ofensa civil da penal é justamente o fato de esta não lesar apenas interesses privados, mas vulnerar ou pôr em perigo a segurança de toda a ordem social. Daí que a reintegração do Direito exige um ressarcimento não só do dano causado ao indivíduo singular, mas também do dano infligido à sociedade ou ao Estado”.⁸

5 GOMES, Luís Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 186. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 230.

6 GOMES, Luís Flávio. *Op. cit.*, p. 183.; e GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Op. cit.*, p. 228.

7 GOMES, Luís Flávio. *Op. cit.*, p. 112. De modo contraditório com a afirmativa de que a reparação dos danos é mera condição para a extinção da punibilidade, o autor reconhece que a Lei 9.099/95 deu “relevo ao atendimento primeiro da vítima”.

8 DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 196. No mesmo sentido: CINTRA, Antônio C. A., GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 10.

Sem dúvida, não é somente o particular que sofre danos com a ação delituosa, e até mesmo existem ações criminosas que não identificam sujeito passivo determinado. O ilícito de natureza penal traz a peculiaridade de, em qualquer caso, sempre ofender a sociedade como um todo. Resta, então, uma dificuldade até o momento não superada nos termos da Lei n. 9.099/95: como promover a reparação dos danos que o ato delituoso impõe à sociedade?

Não existindo meios científicos capazes de quantificar o dano social advindo do fato-crime, só resta reconhecer a impossibilidade de sua reparação e conceder a suspensão condicional do processo apenas discutindo-se a reparação dos danos causados ao particular, eventualmente, lesado pela prática delitiva.

No campo do Direito Civil, a prática de ato ilícito gera a obrigação de reparar os danos.⁹ Conforme os termos da legislação civil, essa obrigação pressupõe a verificação da existência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo, bem como a constatação do dolo ou culpa por parte do agente causador.¹⁰ Na suspensão condicional do processo penal, no entanto, não há espaços para a discussão desses pressupostos, nem tampouco para o contraditório que envolva o valor da reparação. Sequer chegue-se a discutir se o ato praticado pelo acusado é ilícito, pois o processo é suspenso logo após o recebimento da denúncia, quando ainda não teve início a fase instrutória. Se é certo que o acusado poderá não aceitar a suspensão, também é correto concluir que acusados inocentes irão aceitar os termos da suspensão para não enfrentar o processo.

A reparação dos danos, que se afigura como condição do período de prova da suspensão do processo, está menos vinculada às tradicionais noções de responsabilidade, do que a um direito de crédito do lesado, agora reconhecido. Note-se que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, e o órgão julgador, ao recebê-la, trabalham unicamente com indícios mínimos que indicam a probabilidade de ocorrência de fato típico, ilícito e culpável. Quando do oferecimento e recebimento da denúncia, qualquer dúvida se resolve em favor da sociedade, ou seja, em desfavor do acusado.

⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 19.

¹⁰ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49.

Como o juízo sobre a reparação é instrumental em relação ao escopo de suspensão do processo, o juiz, para suspender o processo, deve estabelecer um valor mínimo para a reparação do dano.¹¹ Deve o julgador materializar a vontade do legislador em proteger os interesses do particular ofendido pela prática delitiva. Do contrário, permanecendo ilíquida, a reparação será sempre impossível. Exigir que a vítima, ou sua família, provoquem a jurisdição civil para apurar o valor da reparação é um contra-senso que prejudica os interesses que a Lei n. 9.099/95 explicitamente quer proteger. Certamente, não é esse o espírito da lei. Não se pode imaginar que o acusado da prática de homicídio culposo, por exemplo, tenha seu processo suspenso sem qualquer atenção à família da vítima.

A vontade da vítima, manifestada através da assistência ou não, pode servir de base para a definição do valor necessário à reparação dos danos, mas a decisão do órgão julgador e atuação do Ministério Público não lhes são vinculadas. Por outro lado, será sempre possível rediscutir o valor da reparação no juízo cível, pois a suspensão do processo penal não constitui título executivo para a esfera civil.

4 CONTROLE MINISTERIAL SOBRE O VALOR DA REPARAÇÃO

Afirmam os primeiros comentadores da Lei n. 9.099/95¹² que “se presentes todos os requisitos legais da suspensão do processo, deve o Ministério Público formular a proposta respectiva.” Alguns chegam a defender a existência de direito subjetivo público do acusado à suspensão do processo.¹³

À luz do sistema processual penal vigente, entretanto, a questão não está bem colocada. É verdade que os poderes conferidos ao Ministério Público estão vinculados aos fins de proteção aos interesses públicos, mas, se

¹¹ ANDRADA, Doogal G. B. de. *A suspensão condicional do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 66. Em sentido contrário: GOMES, Luís Flávio. *Op. cit.*, p. 186; e GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Op. cit.*, p. 231. Segundo os autores, o juiz não deve fixar valor nenhum para a reparação.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Op. cit.*, p. 211.

¹³ FIGUEIRA JR., Joel Dias e LOPES, Maurício Antonio R. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 394. No mesmo sentido: ANDRADA, Doogal G. B. de. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 171.

o princípio da indisponibilidade da ação penal, corolário do princípio da obrigatoriedade, dirige-se ao Ministério Público,¹⁴ a *discrecionalidade regrada*¹⁵ a que se referiu a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 1.480/89 há de ser um poder conferido unicamente ao Ministério Público.¹⁶ Dessa forma, o juízo sobre o prosseguimento da ação penal é privativo do Ministério Público, que analisará se estão presentes os requisitos necessários à formulação da proposta de suspensão condicional do processo, pois a ele cabe promover a ação penal condenatória, conforme o art. 129, I, da Constituição da República. Caberá ao Ministério Público, ainda, exercer o juízo de oportunidade e conveniência sobre a disposição da ação penal, pois, afinal, *discrecionalidade* é justamente o poder de escolha exercido nos limites impostos pela lei.¹⁷

Para decidir pela formulação da proposta, o Ministério Público deve considerar os requisitos estabelecidos por lei. O art. 89 da Lei n. 9.099/95 impõe sua combinação com o art. 77 do Código Penal para a definição dos requisitos necessários à formulação da proposta de suspensão condicional do processo. Tem-se, então, que são requisitos para a proposta que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício e, ainda, que seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal. Certamente, a avaliação sobre esses requisitos, especialmente quanto aos motivos e circunstâncias que venham a autorizar a concessão do benefício, envolve certa dose de subjetivismo. Nada que se deva estranhar, pois o subjetivismo é próprio ao poder *discrecional*.

Não é realmente possível aceitar que o próprio acusado formule juízo sobre a satisfação de requisitos que dizem respeito à sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, bem como sobre os motivos e as circunstâncias do crime. Se assim o fosse, todos os acusados mereceriam a suspensão de seus processos.

O juiz, do mesmo modo, não pode provocar sua própria jurisdição, formulando a proposta,¹⁸ pois haveria grave violação ao sistema acusatório e prejuízos à indispensável neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário.¹⁹ A impossibilidade de a suspensão condicional do processo ser formulada pelo órgão julgador se mostra ainda mais evidente quando se considera o princípio da indeclinabilidade, pelo qual o juiz não pode negar-se a julgar a lide que lhe é deduzida. *Joaquim Canuto Mendes de Almeida* já observou que à margem da ação acusatória existe a *ação jurisdicional* que é, de mesma forma, obrigatória e deve satisfazer o direito à prestação jurisdicional penal.²⁰

No entanto, vale notar que os requisitos que possibilitam a formulação da proposta de suspensão não se confundem com as condições impostas para o período de prova. Se cabe ao Ministério Público analisar a satisfação dos requisitos necessários à formulação da proposta, a imposição das condições para o início do período de prova é tarefa do órgão julgador, que as estabelece no momento da decisão que suspende o processo. É certo que a reparação dos danos é condição obrigatória para a suspensão, prevista no § 1º, I, do art. 89, mas, formulada a proposta, o Ministério Público não poderá simplesmente retirá-la, pois a imposição da condição ocorre através da decisão judicial que resolveu o incidente processual.

Assim, se o juiz deferir a suspensão do processo sem especificar o valor mínimo para a reparação ou especificar valor diverso do que se apresente justo, só cabe ao Ministério Público interpor recurso contra a decisão que suspendeu o processo. A impugnação não poderá sustentar mudança no juízo de oportunidade e conveniência próprio à suspensão, pois a situação do acusado não se alterou. O recurso deve buscar alterar as condições estabelecidas para a suspensão, de modo que ocorra efetivamente a reparação dos danos sofridos pela vítima.

A decisão que suspende o processo não possui a natureza de sentença, pois não põe termo ao processo. Solucionando uma questão incidental, a decisão de suspensão do processo é interlocutória simples,²¹ para a qual a Lei n. 9.099/95 não prevê recurso apto a sua impugnação. Ao instituir o rito sumaríssimo para os crimes da competência dos juizados especiais criminais, a Lei n. 9.099/95 só previu os recursos de apelação e embargos de

15 GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Op. cit.*, p. 190. A expressão é dada por Ada P. Grinover. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 403.

16 PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 94-95.

17 JARDIM, Afrânio Silva. Juizados especiais criminais. In: *Juizados especiais*. Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público, 1996, p. 80. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 103.

18 GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Op. cit.*, p. 211.

19 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. *Op. Cit.*, p. 281-282.

20 ALMEIDA, J. C. Mendes de. *Processo penal – Ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 16/17.

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3, p. 79. No mesmo sentido: GOMES, Luís Flávio. *Op. cit.*, p. 179.

declaração. No entanto, a suspensão condicional do processo é instituto que também abrange crimes não considerados de pequeno potencial ofensivo e, portanto, não sujeitos ao novo rito processual. A decisão interlocutória que suspende o processo não pode ser irrecurável, devendo ser atacada pelo recurso previsto no Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente, como determina o art. 92 da Lei n. 9.099/95.

Mas, qual será o recurso a ser interposto? Alguns autores defendem o cabimento do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581 do CPP, seja adequando-se ao inciso XVI,²² que se refere à suspensão condicional da pena; ou ao inciso XVII,²³ que se refere à hipótese de suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial. Outros entendem que a solução está em considerar a suspensão como proveniente de uma “decisão com força de definitiva” e, conforme o previsto no art. 593 do CPP, cabível seria a apelação.²⁴

Considerando que o art. 3º do CPP esclarece que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, o mais correto é concluir que, se a suspensão do processo decorrente da análise de questão prejudicial enseja recurso em sentido estrito, este também será o recurso cabível para a suspensão decorrente de ato de disposição da ação penal, pelo Ministério Público.

No caso do juiz não especificar o valor mínimo para a reparação, não caberá embargos de declaração,²⁵ pois o art. 83 da Lei n. 9.099/95 se refere à sentença ou acórdão, do mesmo modo que os arts. 382 e 619 do Código de Processo Penal.

5 CONCLUSÕES

1. A reparação dos danos é condição para o início do período de prova, sendo que apenas diante da total impossibilidade financeira do acusado o processo poderá ser suspenso sem tal reparação.

2. Se o acusado só possuir condições para reparar os danos em parte ou em parcelas mensais e sucessivas, o período de prova somente começa a correr após a reparação parcial ou o início do pagamento das parcelas mensais.

3. Cabe privativamente ao Ministério Público analisar a satisfação dos requisitos necessários à formulação da proposta de suspensão condicional do processo, no caso concreto, constantes do art. 89, *caput* da Lei n. 9.099/95 e art. 77 do Código Penal.

4. Para que o juiz decrete a suspensão, deverá ser definido o valor necessário à reparação dos danos, se o acusado possui capacidade financeira para repará-lo integralmente, bem como o modo pelo qual se dará a reparação.

5. Se o juiz suspender o processo sem especificar o valor mínimo para a reparação ou especificar valor diverso do que se apresente justo, o Ministério Público deverá interpor recurso em sentido estrito, visando alterar os termos da condição estabelecida.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, J. C. Mendes de. *Processo penal – Ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ANDRADA, Doogal G. B. de. *A suspensão condicional do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antônio C. A., GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIRA JR., Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio R. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luís Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

²² ANDRADA, Doogal G. B. de. *Op. cit.*, p. 112.

²³ FIGUEIRA, JR., Joel Dias e LOPES, Maurício Antonio R. *Op. cit.*, p. 394.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Op. cit.*, p. 224. No mesmo sentido: GOMES, Luís Flávio. *Op. cit.*, p. 179 e PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Op. cit.*, p. 73.

²⁵ Neste sentido: PGJ-SP. Estudos Referentes aos Juizados Especiais Criminais. In: *Juizados especiais*. Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público, 1996, p. 68.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. Juizados especiais criminais. In: *Juizados Especiais*. Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1996.
- SILVA, Juacy C. *Macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1990.

Comissão temática II

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TERCEIRO MILÊNIO ÁREA NÃO-PENAL

DA IMPROPRIEDADE DO OFERECIMENTO DO PARECER RECURSAL PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA*

ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO
ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA**

Sumário

1. Atuação do Ministério Público no processo civil. 2. A lei processual civil. 3. Aspectos de ordem institucional. 4. Precedentes administrativos. 5. Posição em outros Estados. 6. Posições da jurisprudência. 7. Síntese. 8. Conclusão.

1 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

O Ministério Público, no processo civil, age como parte (CPC, art. 81) quando legitimado por um texto legal, v.g. ação de nulidade de casamento (art. 208, p.u., do CC), propositura de ação rescisória (art. 487, III, do CPC), abertura de inventário (art. 988, III, do CPC), nos casos de ação civil pública (meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos), ou como fiscal da lei (CPC, art. 82), na defesa do interesse público, promovendo a aplicação da lei, atuação explicitada, na acertada síntese de *Enrico Tullio Liebman, verbis*:

* Tese aprovada por unanimidade, obedecidas as emendas sugeridas e aprovadas na Comissão Temática.

** Promotores de Justiça em Belo Horizonte.

“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.”¹

Interesse público que não se confunde com o da própria parte, nem com vantagem individual destinada a beneficiar o órgão, mas sim com a correta aplicação do direito objetivo, consubstanciado nas normas de ordem pública, ao caso concreto, como bem define *Calamandrei*:

*“Parte, en causa es, pues, el Ministerio Público, y, através de el Estado, pero en sentido puramente processual, no en sentido substancial: organo da legalidad, no organo de tutela social. El unico interés que mueve el Estado, personificado el Ministerio Público, a participar en los juicios civiles, es el de controlar que se observe la ley en sentido puramente objetivo, no el de hacer valer en causa, como materia del juicio, derechos subjetivos y otros intereses de orden social, acerca de los cuales deba luego formarse la coza juzgada”.*²

Como *l’organo dell’interesse pubblico a ll’attuazione della legge*,³ como diz *Chiovenda*, o Ministério Público detém importante função na tutela dos interesses indisponíveis, devendo, portanto, ter atuação essencialmente dinâmica, em todos os graus de jurisdição, manifestando-se nas várias fases do processo, participando da produção das provas, juntando documentos, certidões, arrolando testemunhas, enfim, requerendo todas as diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83), velando, ainda, pela intimação pessoal de todos os atos processuais, recorrendo das decisões, sempre pugnando por uma sentença justa em defesa da ordem jurídica.

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

² CALAMANDREI. *Instituciones*. Par. 123, p. 441. RF 259/313.

³ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. Apud PRATA, Edson. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 1, p. 272.

Na atuação como *custos legis*, dúvidas têm surgido sobre a propriedade, ou não, do Promotor de Justiça que oficia no feito, de oferecer parecer após a sentença, se houver recurso das partes.

Será que existe, no âmbito processual, o denominado parecer recursal pelo órgão ministerial de primeiro grau?

Esse é o tema objeto do presente estudo.

2 A LEI PROCESSUAL CIVIL

Diz o art. 83, I, do CPC que “intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo”.

Mais à frente, prevê o legislador que, se obrigatória a intervenção, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo (CPC, arts. 84 e 246), que pode ser reconhecida durante o trâmite da ação ou até mesmo através de ação rescisória, ajuizada pelo próprio órgão ministerial (CPC, art. 487, III, a).

Interpretando o citado art. 83, I, do CPC, alguns membros da Instituição têm entendido que, nas hipóteses de intervenção obrigatória, deve o Ministério Público, em primeiro grau, após as razões ou contra-razões, lançar parecer enfrentando as questões ventiladas no recurso, porque “...estando o Promotor de Justiça vivendo o dia-a-dia das pessoas, conhecendo geralmente as partes e as testemunhas do processo, poderá analisar com mais autoridade os fatos levantados pelas partes, muitas vezes invocados nas razões e contra-razões de apelação apresentadas”⁴ e, além disso, argumentam que essa manifestação, existente há décadas em todo o Brasil, não traz qualquer prejuízo às partes e contribui para uma decisão mais justa.

Esse posicionamento, embora respeitável, além de não encontrar respaldo legal, em nada contribui para o andamento célere e eficaz do processo, ao contrário, gera duplicidade de manifestações na mesma fase processual, por dois órgãos de execução que, muitas vezes, assumem posições antagônicas, o que abala a uniformidade da posição institucional do *Parquet* perante o Tribunal.

Com efeito, como guardião dos interesses indisponíveis no primeiro grau, o Promotor de Justiça, na qualidade de *custos legis*, esgota suas atri-

⁴ Parecer PGJ na Ac. 630-4-MG, comarca de Juiz de Fora. Procurador de Justiça Antônio Lopes Neto. JUS 15/259.

buições quando, conformando-se com a sentença, deixou de interpor qualquer recurso.

Conclusão lógica que se extrai da vinculação existente entre as atribuições ministeriais e a competência jurisdicional *a quo*.

É que “ao publicar a sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba ofício jurisdicional...” (art. 463, do CPC), não mais podendo inovar no processo (CPC, art. 521), “a sentença é o ato culminante do processo. Proferindo-a, o Juiz dá cumprimento à obrigação jurisdicional do Estado. Por ela se esgota a função do Juiz”,⁵ como bem lembra *Moacyr Amaral Santos* e essa idéia – di-lo – *Ovidio A. Baptista da Silva* “...de que a sentença seja o ato de encerramento da relação processual é universalmente aceita no direito moderno [...] tendo sido proclamada por *Chiovenda* (*Instituições*, I, 36), *Carnelutti* (*Istituzioni*, II, 480), *Liebman* (*Embargos do executado*, n. 70, *Processo de execução*, n. 18; e *Manuale*, I, n. 106) e *Rosenberg* (*Tratado*, II, § 129), para citar apenas os processualistas de maior renome”.⁶

Exaurido o ofício jurisdicional, ressalvadas as hipóteses de correção de inexatidões materiais e apreciação de embargos declaratórios (CPC, arts. 463, I, e 464), é vedado ao Juiz qualquer inovação *a posteriori*, passando o magistrado, caso interposto recurso pelas partes, a exercer função de natureza meramente administrativa, nas palavras de *Giuseppe Chiovenda*,⁷ visando a dar processamento ao inconformismo manifestado, praticando atos de simples atividade material, decorrente de seu poder de polícia.

Constituindo a decisão de recebimento do recurso, agora com possibilidade de retratação (art. 518, do CPC com a nova redação dada pela Lei 8.950, de 13/12/94), em simples atividade de aferição da admissibilidade do apelo, “trata-se de saber se é possível dar atenção ao que o recorrente pleiteia, seja para acolher, seja para rejeitar a impugnação feita à decisão contra a qual se recorre”, como leciona *José Carlos Barbosa Moreira*,⁸ ato sem qualquer conteúdo de reapreciação do mérito, mesmo porque o recurso produz o efeito de liberar a competência do tribunal, retirando, em consequência, à do Juízo *a quo* para novo exame da matéria.

O mesmo ocorre com o Promotor de Justiça. Proferida a sentença, ausente o recurso ministerial, a atribuição opinativa do *custos legis* se en-

cerrou com a elaboração do conhecido parecer final, já que, manifestado o inconformismo, transmuda-se a competência funcional, porquanto o conhecimento da matéria foi devolvido à instância superior.

Vale lembrar que os critérios de definição de competência funcional do Juiz são de ordem pública e inderrogáveis, o mesmo ocorrendo com as atribuições do Ministério Público, o que é suficiente para afastar a alegação de ausência de prejuízo em razão da duplicidade de manifestações.

Ao contrário, essa praxe em nada contribui para a boa administração da Justiça, quer por desobediência de norma legal, quer por provocar insegurança jurídica, na medida em que dois órgãos da mesma instituição, reputada essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, da CF/88), no mesmo momento processual, podem divergir em seus posicionamentos e, além disso, a prática vai de encontro a própria idéia de simplificação do processo, com supressão de atividade prescindível, que norteou a recente reforma do Código de Processo Civil.

O prejuízo é, pois, evidente.

E, além disso, o argumento de que o Promotor de Justiça, por participar da prova, teria melhores condições de analisar os fundamentos do recurso, na verdade, nega, por completo, não só a necessidade de existência do próprio órgão de segunda instância, mas também o princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado desde a Revolução Francesa, que exige, como regra, julgamento por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierárquico superior ao primeiro, “a possibilidade do reexame recomenda ao Juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua maior experiência, acha-se mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir”,⁹ para lembrar as lições de *Moacyr Amaral Santos*.

Muito embora o órgão *ad quem* não tenha participado diretamente da colheita da prova, esta vem documentada nos autos, assim, o reexame da matéria, através do duplo grau, sem dúvida, contribui para um julgamento mais justo, porquanto a sentença é proferida pelo Juiz, o qual, como criatura humana, é falível, podendo engendrar decisões equivocadas ou injustas, por erro, ignorância ou má-fé.

5 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, v. 3, p. 3.

6 BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Curso de processo civil*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991, v. 1, p. 336.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1969, v. 2, p. 88.

8 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Que significa “não conhecer” de um recurso? *Journal Síntese*, Ano I, n. 2, p. 3, abril/96.

9 SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 84.

A esse respeito *Fenech*, citado por *Hélio Mariante da Fonseca*, assim se exprime: “A valoração da forma e conteúdo da decisão judicial pode ser afetada por algum vício ou erro, real ou hipotético; o órgão jurisdicional é constituído por seres humanos, sujeitos a errar na difícil tarefa de concretizar a vontade da lei, ao aplicá-la ao caso concreto, máxime quando a determinação dos fatos é matéria suscetível de possíveis interpretações e valorações; por outro lado, há que levar também em conta a possibilidade de uma transgressão de deveres dos componentes dos órgãos jurisdicionais, no desempenho de seus atos decisórios, por culpa, negligência, ignorância ou malícia”,¹⁰ lições inteiramente aplicáveis ao órgão ministerial de primeiro grau.

Poder-se-ia, ainda, argumentar que ao Promotor de Justiça deveria ser dada a oportunidade de se pronunciar sobre o regular processamento do recurso, como resquício da atribuição de fiscalização.

Contudo, nunca é demais lembrar que o juízo de admissibilidade proferido pelo julgador *a quo* não possui efeito preclusivo, porque “composto por matérias de ordem pública, devendo o Juiz e o tribunal examiná-las de ofício, independentemente de requerimento da parte ou interessado,” como assevera *Nelson Nery Júnior*,¹¹ podendo o tribunal revê-lo, haja vista, deter o poder de decisão sobre o mérito do recurso interposto.

Assim, analogicamente, é o Procurador de Justiça quem deverá analisar a existência dos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso, sendo desnecessária a intervenção do órgão de primeiro grau.

3 ASPECTOS DE ORDEM INSTITUCIONAL

O Ministério Público é uno e indivisível (art. 127, § 1º, da CF/88), unidade no sentido de que seus membros integram um só órgão sob única direção, “indivisibilidade significa que os membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei”.¹²

A lei deverá regular as atribuições específicas de cada órgão e as hipóteses de substituição, para que um não exerça função do outro.

E assim o faz. Senão vejamos.

Os Promotores e Procuradores de Justiça são órgãos de execução do Ministério Público (art. 7º, III e IV, da Lei 8.625, de 12/2/93), dispondo, ainda, a Lei Orgânica Nacional que “cabe aos Procuradores exercer as atribuições junto aos Tribunais” (art. 31), excetuadas, evidentemente, às pertinentes ao Tribunal do Júri.¹³

A Lei Complementar Estadual contém disposições em idêntico sentido: “compete aos Procuradores de Justiça o exercício das atribuições do Ministério Público junto aos Tribunais de Justiça, Alçada, de Contas e Militar...” (art. 71, da LC 34/94), com os deveres de “oficiar e emitir parecer escrito e fundamentado nos processos cíveis, criminais e administrativos...”, participar das sessões dos tribunais, interpor recursos e ações pertinentes (art. 72, II, III, IV e VI da LC 34/94), tudo relacionado com a atividade de segundo grau.¹⁴

Está evidente, portanto, que a lei fixa atribuições distintas a cada órgão de execução, de forma que um não invada a esfera do outro, sem que isso retire a característica orgânica da instituição. O Procurador atua com exclusividade no segundo grau e o Promotor no primeiro, sem qualquer possibilidade de duplicidade de atuação.

Não se pode esquecer que, embora exerça exclusivamente as atribuições no primeiro grau, ao Promotor de Justiça é facultado a interposição de recurso (art. 499, § 2º, do CPC), a impetração de *habeas corpus* e mandado de segurança, o requerimento de correição parcial (art. 32, I, da Lei 8.625, de 12/2/93), porém, quando assim o faz, não está o órgão atuando no ou *perante* o tribunal, e sim postulando ao tribunal, tanto que, solicitada a providência, o processamento, participação no julgamento e interposição de eventual recurso estarão a cargo do Procurador de Justiça.

Matéria, inclusive, muito bem apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 1.719-9-SP, rel. Min. *Vicente Cernicchiaro*, 6ª T., j. em 4/5/93, em aresto assim ementado:

“RMS – MINISTÉRIO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO. O Ministério Público é uno e indivisível. A pluralidade de órgãos não afeta a característica orgânica da instituição. Ao membro do Ministério Público, como ao Juiz, é vedado atuar fora dos limites de

10 FENECH. *Repertório Enciclopédia do Direito Brasileiro*, 45-121. *Apud* CUNHA CAMPOS, Ana Maria B. *Digesto de processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 5, p. 57.

11 NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995, p. 88.

12 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 80. Citando o autor em nota de rodapé os seguintes arestos nesse sentido: *Rcrim* 128.587-SP, TJSP, rel. Mendes Pereira; cf. *RT*, 494, 269 e 271.

13 A Lei Orgânica anterior LC 40/81 continha dispositivos semelhantes (cf. arts. 10, 14 e 15).

14 Cf. arts. 29, II, III, XI, 30, II, III, da Lei 8.222, de 2/6/82 (Lei Orgânica anterior).

sua designação. Há, por isso, órgãos que atuam em 1ª Instância e outros em 2ª Instância. O Promotor não atropela o Procurador. O órgão que atua em 1ª Instância pode solicitar prestação jurisprudencial em 2º grau. Exemplificadamente, a interposição de apelação, no Juízo em que atua. O recurso especial, porém, no mesmo processo, será manifestado pelo órgão que oficia junto ao Tribunal. Distingue-se, pois, postular ao Tribunal do postular no Tribunal. O Promotor tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, descrevendo, na causa de pedir, ilegalidade ou abuso de poder do Juiz de Direito”.¹⁵

E, mais à frente, arremata o relator dizendo que “as atribuições da Promotoria, em 1ª Instância, não se repartem com os Procuradores que atuam em 2ª Instância. Caso contrário, ter-se-ia atuação dúplice, ou seja, pluralidade de órgãos, com igual atribuição, na mesma Instância”,¹⁶ lição, também, aplicável quando da intervenção como fiscal da lei.

4 PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

A impropriedade da manifestação recursal pelo Promotor de Justiça foi reconhecida pela Corregedoria Geral do Ministério Público, através da edição do Aviso 01/92, de 13/2/92, cujo item I estabelecia que “fica o Promotor de Justiça, nos processos cíveis, em que oficia como *custos legis*, dispensado de oferecer parecer recursal, no que tange às apelações interpostas pelas partes”.

Não obstante as razões citadas no ato, foram suscitadas diversas questões de interpretação, o que motivou nova nota do Corregedor, Dr. *Euler Luiz de Castro Araújo*, publicada no *DJ* de 20/2/92, com substancial análise da matéria, concluindo que o referido aviso tencionava cessar a duplicidade de manifestações, o que, muitas vezes, acarretava pareceres contraditórios, abalando a uniformidade da posição institucional nos Pretórios. “Ao revés do pensado por alguns, este pensamento propicia o fortalecimento do Ministério Público, porquanto sedimenta a atuação de cada órgão em sua esfera específica de atividade. 2 – É absolutamente importante frisar que esta providência visa agilizar os serviços afetos ao Ministério Público de primeiro grau, ensejando, à luz dos princípios de eco-

nomia e celeridade processuais, a obtenção do maior resultado com o mínimo de emprego de atividades prescindíveis, inadequadas em virtude da lei, provenientes de praxes viciosas...”.¹⁷

5 POSIÇÃO EM OUTROS ESTADOS

O Ministério Público paulista editou inicialmente o Ato 14/92-PGJ- (SMP-CGMP, assegurando ao Promotor a faculdade de reiterar suas alegações anteriores, mas, surgido fundamento novo no recurso, o parecer seria obrigatório.

A norma mereceu crítica contundente da Promotora de Justiça, *Inês do Amaral Buschel*:

“Está se exigindo do Promotor de Justiça, mais do que a lei lhe atribui. O argumento de que a Jurisdição de primeira instância finda apenas para o Juiz, além de risível é injurídico. A questão não é essa. Se a jurisdição perante a qual o Promotor de Justiça tem atribuição legal para atuar terminou, estará por consequência terminada sua atribuição”.

Indagava, ainda, a articulista:

“Se ao Promotor de Justiça na função de *custos legis* – é permitido apreciar as razões de recurso das partes após o esgotamento da jurisdição de primeira instância, então por que a existência do órgão de segunda instância?”¹⁸

Já na vigência da nova Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, nova norma de racionalização de serviços foi editada (Ato 32/94 de 16/9/94¹⁹) dispensando, em definitivo, o Promotor da elaboração do parecer recursal, “...consignando que o posicionamento do Ministério Público será o do seu órgão de segunda instância” (art. 4º, I).²⁰

15 RSTJ 51/479. Cf. também em idêntico sentido: RMS 5.753-SP, rel. Min. *Luiz Vicente Cernicchiaro*, DJ 6/5/96, p. 14.357-494.

16 RSTJ 51/482.

17 A Câmara dos Procuradores editou a Resolução 08/93, publicada em 19/2/93, obrigando a elaboração do parecer recursal pelo Promotor de Justiça. Foi interposto recurso, suscitado por 64 (sessenta e quatro) Promotores da Capital, com pedido de reexame da resolução, por incompatibilidade com o princípio da independência funcional, que impede a edição de norma de caráter funcional, com cunho normativo (arts. 10, XII, 15, X e 17, IV, da Lei 8.625, de 12/2/93, apelo desprovido, vencidos os Procuradores *Ivam Sérgio Tavares Merhi* e *Nedens Ulisses Freire Vieira* (cf. ata publicada em 26/1/95).

18 BUSCHEL, Inês do Amaral. Reflexões sobre a elaboração de parecer pelo órgão de primeira instância do Ministério Público... RT 699/241-243.

19 ADV 39/94.

20 Essa norma foi inexplicavelmente revogada pelo Ato 83/96-PGJ, de 22/2/96, com a alegação de que sua aplicação estava gerando “... sérios inconvenientes para a Instituição”.

Orientação idêntica adotou o Ministério Público de Santa Catarina (Ato 318, de 8/11/94 – art. 1º, I).²¹

E, no Rio Grande do Sul, o Procurador de Justiça, *Cláudio Barros Silva*, no III Congresso Estadual do Ministério Público, Canela, 1994, foi autor de tese, aprovada por unanimidade, no sentido da desnecessidade do referido parecer, oportunidade em que foi ressaltado que “...de fato, não há como se pensar como correto que, após o recurso, o membro do Ministério Público de primeiro grau tenha que repetir, nova e enfadonhamente, os posicionamentos trazidos ao processo antes do julgamento de primeiro grau. Se o Juiz esgotou a jurisdição, por certo não tem o Promotor de Justiça mais atribuições no primeiro grau. A fiscalização ficará, sempre, a cargo do Procurador de Justiça que atuará em segundo grau e que, através do parecer, deverá enfrentar todas as questões trazidas no recurso”.²²

6 POSIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA

A dissensão entre órgãos do Ministério Público em Minas Gerais contribuiu para que a matéria merecesse apreciação pelo tribunal, porquanto foram formulados pela Procuradoria diversos pedidos de retorno dos autos à primeira instância, para que o Promotor de Justiça ofertasse o parecer recursal, contudo, a maioria restou indeferida, consolidando o Tribunal de Justiça interativa jurisprudência, no sentido da desnecessidade do parecer recursal pelo órgão de primeiro grau. Senão vejamos:

“O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do recurso do Município. Requer diligência à instância de primeiro grau, para colheita de parecer recursal do Promotor de Justiça.

Entendi desnecessária a diligência porque, no caso, a intervenção da douta PGJ dispensa a atuação do Promotor de Justiça no processo, *bis in idem* que o próprio órgão cuidou de evitar, oficialmente provendo a respeito, para tornar uniforme o procedimento que seria objeto da diligência.” (AC 715-3/90.747-2, Comarca de Belo Horizonte, 2ª CC, rel. Des. *Bernardino Godinho*, unânime, TJMG, j. 24/11/92).

“...sendo una e indivisível, a própria instituição relegou para o 2º grau a manifestação sobre os recursos.

No caso, o Dr. Procurador se recusa a oferecer seu parecer sobre o mérito, sem antes colher o pronunciamento do Dr. Promotor de Justiça, em 1º grau. Chega, até, a requerer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, citando os arts. 126 do CPC e 28 do CPP.

Ora, em processo civil, respeitosamente, não se aplicam, nem subsidiariamente as disposições do processo penal. Por outro lado, o invocado art. 126 do CPC se refere à imposição de se proceder em julgamento, mesmo na obscuridade ou lacuna da lei.

Não vejo como determinar a remessa dos autos ao Chefe do Ministério Público, quando o Dr. Procurador foi convocado para emitir seu parecer, deixando de fazê-lo quanto ao mérito, em face de divergências internas, que não competem ao Judiciário dirimi-las.

Com estas razões, com a mais respeitosa vênia, indeferindo o pedido de remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, rejeito a preliminar de conversão do julgamento em diligências. E como já houve a efetiva intervenção do Dr. Procurador de Justiça, nesta instância, entendendo que se deve prosseguir no julgamento”. (Ac 3.234-2/90.330-3 – Comarca de Belo Horizonte, 3ª CC, rel. Des. *Hugo Bengtsson*, unânime, TJMG, j. 12/11/92).

“*Data venia*, improcede o pedido de diligência. O Ministério Público é uno e indivisível, cabendo às Promotorias de Justiça atuarem no processo como *custos legis* até o esgotamento da jurisdição de primeira instância e à Procuradoria de Justiça exercer as mesmas funções em segundo grau. *In casu*, ao prolatar a sentença o órgão judicante de primeiro grau esgotou a sua jurisdição, quanto ao poder a ela inerente de conhecer, prover, recolher os elementos de prova e decidir. Com a interposição do recurso restou-lhe o poder de processar o recurso e remetê-lo ao órgão de devolução. Com a sentença, outrossim, se esgotou a função da Promotoria de Justiça de Primeira Instância, cabendo à Procuradoria de Justiça fiscalizar todos os atos praticados a partir do afluxamento da jurisdição de segundo grau com a petição recursal.

Em sendo assim, o parecer recursal do Promotor de Justiça é desnecessário na espécie, sendo suprido pelo parecer da douta Procuradoria de Justiça, já emitido.

Rejeito, pois, a preliminar de conversão do julgamento em diligência suscitada pela douta Procuradoria de Justiça” (Ac 2.972/8 – Comarca de Juiz de Fora, 1ª CC, rel. Des. *Orlando Carvalho*, unânime, TJMG, j. 9/9/93).

“Desnecessário o retorno dos autos à Vara de origem, na fase recursal, para manifestação do Promotor de Justiça”. (AC 5.657-2/90.486-1 –

²¹ ADV 46/94.

²² Anais. III CONGRESSO MP RIO GRANDE DO SUL, p. 232-233.

Comarca de Belo Horizonte, 1ª CC, rel. Des. *Paulo Tinoco*, unânime, TJMG, j. 15/12/92).²³

Cite-se, ainda, a AC 9.879/8 – Comarca de Belo Horizonte, 5ª CC, rel. Des. *Cláudio Costa*, TJMG, j. 11/11/93 em que o julgamento foi feito sem a manifestação recursal, consignando o relator que “...o MP de primeiro grau escusou-se de emitir parecer, com invocação de Instrução Superior, o mesmo sucedendo com o órgão ministerial de segundo grau, ambos devidamente intimados para esse mister”.

E, finalmente, nota-se tendência da 1ª Câmara Cível do TJMG, no sentido de não se remeter os autos à Procuradoria de Justiça para parecer, nas hipóteses em que o Promotor de Justiça ofereceu parecer recursal (AC 58-080-3-BH, j. em 7/11/95; AC 46.167/3-BH, j. em 20/6/95; AC 48.364/4-BH, j. 13/6/95), todas relatadas pelo Des. *Antônio Hélio Silva* e AC 60.306/8-BH, j. em 13/2/96, rel. Des. *José Brandão Resende*), fato que preocupa por representar o esvaziamento das importantes funções ministeriais de segundo grau.

7 SÍNTESE

Assim, o presente estudo tem por objeto a supressão de atividade prescindível do órgão ministerial de primeiro grau, o que, além de contribuir para a celeridade e economia processuais, uniformizará o posicionamento do Ministério Público perante o segundo grau, resultando, ainda, no aperfeiçoamento da participação do Promotor de Justiça nos feitos de primeira instância, importando em substancial acréscimo da qualidade de seus trabalhos, posto que liberado da imprópria tarefa em que estava incumbido.

8 CONCLUSÃO

1. O membro do Ministério Público, como o Juiz, não pode officiar fora dos limites de suas atribuições. Os órgãos de execução têm atribuições distintas, de maneira que o Promotor não pode atropelar o Procurador de Justiça.

2. Na atuação como fiscal da lei, é imprópria a manifestação do Promotor de Justiça sobre o recurso interposto pois, se com a sentença, o Juiz

esgotou a jurisdição, cessaram, para o Ministério Público, em primeiro grau, suas atribuições, cabendo ao Procurador de Justiça, órgão que officia no segundo grau, a elaboração do parecer recursal.

3. Quando o Promotor de Justiça, na qualidade de *custos legis*, não é intimado para intervir no feito e o Procurador de Justiça constatando a irregularidade devolve os autos à 1ª instância para a necessária cientificação ao órgão do *Parquet* oficiante em 1º grau, a este cabe, em se conformando com a sentença, exarar sua ciência sobre os termos do processo; caso venha a discordar da sentença, deve interpor o necessário recurso.

BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991, v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Que significa “não conhecer” de um recurso? *Jornal Síntese*, Ano I, n. 2, abr./96.
- BUSCHEL, Inês do Amaral. Reflexões sobre a elaboração de parecer pelo órgão de primeira instância do Ministério Público. *RT* 699/241-243.
- CALAMANDREI. *Instituciones*. Par. 123. *RF* 259/313.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1969, v. 2.
- FENECH. *Repertório Enciclopédia do Direito Brasileiro*.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- NERI JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, v. 3.

23 Acórdão muito bem fundamentado publicado na íntegra no *Minas Gerais* de 5/3/94, p. 1-2.

DEVER JUDICIÁRIO DE PARTICIPAÇÃO*

AMAURO ARTIMOS DA MATTA**

Sumário

1. Introdução. 2. Poder Judiciário e participação. 2.1. Aceitando a contribuição da parte. 2.2. Praticando ideais ligados ao bem comum. 3. A ação tecnicamente reconhecida pelo Direito. 4. Poder Judiciário e educação. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Esta tese representa uma crítica ao Poder Judiciário. Não a todo o Poder Judiciário, mas tão-somente àqueles juízes que insistem em dizer que a sua condição de cidadão não pode ser confundida com a sua posição de órgão estatal. E que assim agindo deixam de ver a ação judicial como instrumento do exercício da cidadania, e, ao revés, passam a tratá-la a partir de limitações doutrinárias e jurisprudenciais não admitidas pelo Direito, gerando uma série de obstáculos à participação ampla que os cidadãos devem ter na discussão de seus interesses junto ao Poder Judiciário. Interesses estes, diga-se de passagem, dos quais todos nós somos os únicos titulares, já que o Estado – e nele se inclui o Poder Judiciário – nada mais é do que um instrumento

* Tese aprovada por unanimidade.

** Promotor de Justiça em Sete Lagoas.

posto a favor das aspirações da pessoa humana.¹ Essa participação do cidadão (ou de órgãos públicos ou particulares compostos de cidadãos), pode ser encarada de duas formas bem definidas, sendo, a primeira, pela busca da paz social por intermédio do exercício do direito de ação clássico, individual, já que a decisão judicial sempre conduzirá a população a uma teórica submissão ao ordenamento jurídico, pela intimidação que representa, e, a segunda, numa luta direta contra o próprio Estado administrador, para que da correção de suas falhas seja gerado o seu permanente aprimoramento, naqueles casos em que ele estiver sendo utilizado como instrumento de violação dos direitos individuais ou coletivos.

Assim, falaremos sobre a esperada conduta dos juízes a respeito da aplicação prática do instituto processual da *legitimação para agir*, cujo propósito não pode ser outro senão o de confirmar o seu papel de guardião dos direitos fundamentais da pessoa humana, hoje também encarados em nível coletivo (art. 5º, CF).

Também criticaremos a posição daqueles que vêem o *divorciamento* do Poder Judiciário em relação à sociedade como um mal necessário, a justificar, principalmente, a errônea interpretação que se tem de como preservar a exigência da imparcialidade do Juiz de Direito.

Logo, são quatro os aspectos que pretendemos debater dentro do direito genérico de participação, ligado que está também ao Poder Judiciário: 1º) o respeito à participação do ofendido nos destinos da sociedade, pela ação;

É muito importante não perdermos de vista o sentido da *teoria mecanicista da sociedade*, na qual os cidadãos sobressaem como fim básico de proteção social, ao contrário da *teoria organicista da sociedade*, onde o Estado tem um outro fim em si mesmo, embora com objetivos voltados ao bem comum. A propósito, vejamos as palavras de *Del Vecchio*, citado por *Paulo Bonavides*: “Situou *Del Vecchio* muito bem o problema. Dizer que o homem é social ou precisa da sociedade para viver não significa que já se haja caracterizado uma posição organicista ou mecanicista. Esta posição só se define quando o pensador inquire da maneira por que se deve organizar ou governar a Sociedade. Se a Sociedade é o valor primário ou fundamental, se a sua existência importa numa realidade nova e superior, subsistente por si mesma, temos o organicismo. Aliás, de organicismo *Del Vecchio* nos dá o seguinte conceito: ‘Reunião de várias partes, que preenchem funções distintas e que, por sua ação combinada, concorrem para manter a vida do todo’. Se, ao contrário, o indivíduo é a unidade embriogênica, o centro irredutível a toda assimilação coletiva, o sujeito da ordem social, a unidade que não criou nem há de criar nenhuma realidade mais, que lhe seja superior, o ponto primário e básico que vale por si mesmo e do qual todos os ordenamentos sociais emanam como derivações secundárias, como variações que podem reconduzir-se sempre ao ponto de partida: a ele, ao indivíduo, aqui estamos fora de toda a dúvida em presença de uma posição mecanicista” (*Ciência política*, p. 55).

2º) a participação da Justiça no processo de desenvolvimento do Estado, pelas decisões judiciais, que também têm natureza política; 3º) o cumprimento prático das normas jurídicas que facilitam o acesso à Justiça; 4º) a busca da eficiência do Direito pela participação permanente da Justiça no processo educativo da comunidade.

Tudo de forma bem simples, pois não contamos com o tempo integral de nossas atividades para a elaboração da tese perfeita e nem o tempo de sua exposição, apenas vinte minutos, nos permite um aprofundamento de nossas ideias e as dos participantes.

Mas não só ao Poder Judiciário podem ser dirigidas as nossas palavras. Elas devem ser, tanto quanto possível, estendidas aos promotores de Justiça, advogados, defensores públicos, devedores também que são da população em geral por exercerem atividades essenciais à realização da Justiça (arts. 127 a 135, CF).² Isso porque muitas vezes colaboramos e nos deixamos levar para que esse estado de coisas possa estar se difundindo no meio forense, trazendo sensíveis prejuízos à população. O excesso de serviço, dentre outras causas, não pode ser justificativa a qualquer comportamento contra a cidadania.

2 PODER JUDICIÁRIO E PARTICIPAÇÃO

2.1 Aceitando a contribuição da parte

Está provado, ao menos doutrinariamente, que o Poder Judiciário só se justifica, como divisão do poder estatal, dotado de nome próprio, na medida em que ele precisa ser diferenciado de seus outros co-irmãos, os Poderes Legislativo e o Executivo. O que se divide, na realidade, são apenas as funções principais do Estado, mesmo porque elas não são absolutamente distintas, sobretudo as do Poder Judiciário e as do Poder Executivo.³ Tal fator, inclusive, serve de crítica à teoria da separação dos Poderes, na lição sempre

- 2 Note bem que tais funções são auxiliares da *Justiça* e não do Poder Judiciário, no que são titulares de deveres distintos e até certo ponto mais amplos que os do Poder Judiciário, já que nem sempre a noção do justo se confunde com o direito legislativo.
- 3 *Moacyr Amaral Santos* justifica a dificuldade em dar uma distinção precisa entre as funções do Poder Judiciário e as do Poder Executivo, explicando que elas são bastante comuns na medida em que ambas “fazem atuar o direito preexistente a casos concretos”. Como critério diferenciador, adotou o entendimento de *Chiovenda*, para o qual a atividade jurisdicional seria secundária ou substitutiva, quer dizer, resultante da atuação de um ter-

lembrada pelo Prof. Dalmo de Abreu Dallari.⁴ Logo, a conclusão a que podemos chegar é que todos os Poderes, em sua essência, significam a mesma coisa: apenas o Estado, uno e indivisível.⁵ O Estado, diga-se de passagem, cuja finalidade só pode estar ligada a um único propósito: realizar o bem comum.⁶ Nesse sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil nada mais fez senão reconhecer essa verdade ao dispor que *na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, ao que Vicente Rao chamou de processo sociológico de interpretação da lei, de modo harmonioso e sem excluir os outros métodos de interpretação que se lhe antecedem, como são, v.g., o gramatical, o lógico e o histórico.⁷ Assim, não existe, ao menos dentro da concepção finalística do Estado, principalmente pela unidade e indivisibilidade do poder, uma diferença entre os princípios que devem nortear a atuação do Poder Judiciário ou a atuação dos outros dois Poderes. Mas quais são eles, na realidade?

Partindo desse pressuposto, é a própria Constituição Federal que tempera a atuação do Poder Judiciário com uma certa dose de inspiração política, pois que a política nada mais é do que a arte de bem comandar os destinos do povo, administrando a Justiça e os interesses dos cidadãos com sensibilidade. Compondo a República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário não pode desprezar valores como o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, obrigado que está, igualmente, a respeitar, entre outros, o direito de

ceiro interessado na solução dos conflitos de interesses, substituindo o próprio interesse das partes, enquanto a atividade do Poder Executivo seria primária ou originária, na qual seus agentes públicos agiriam no interesse da própria parte interessada, no caso a administração pública (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. I, p. 69-70).

- 4 Juntamente com outro argumento: o de que a separação dos Poderes não conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos, ou o caráter democrático do Estado (*Elementos de teoria geral do estado*, p. 185). Talvez esteja nessas duas críticas depositada toda a força com que deve agir o Poder Judiciário.
- 5 Conforme ensina Paulo Bonavides: “A indivisibilidade do poder configura outra nota característica do poder estatal. Significa que somente pode haver um único titular desse poder, que será sempre o Estado como pessoa jurídica ou aquele poder social que em última instância se exprime, segundo querem alguns publicistas, pela vontade do monarca, da classe ou do povo. (...) O poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal (*Ciência política*, p. 109). No mesmo sentido: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 181, 21ª a 22ª linhas.
- 6 Ressalte-se, neste instante, a célebre definição de bem comum dada pelo papa João XXIII: “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 19).
- 7 *O direito e a vida dos direitos*, v. I, p. 449.

cidadania, entendido este como a mais ampla participação possível do cidadão nos negócios do Estado (art. 1º, II, CF).

Realmente, conforme leciona José Afonso da Silva, a cidadania de que nos fala o art. 1º, II, da Constituição Federal, ali inserida como fundamento a ser observado por todos os Poderes da República, nada mais representa do que um conceito amplo de participação da sociedade perante os destinos da Nação, ao contrário da cidadania ativa e passiva, ligadas que estão especificamente aos direitos políticos.⁸

Não vem de nós, portanto, a exigência de que o Poder Judiciário deve respeitar o direito de participação do indivíduo perante a Justiça, entendido este como a contribuição popular para uma tentativa de aprimoramento do Estado por intermédio da ação. Vem da Constituição Federal, da obrigação de que o Estado, como um todo, respeite o direito de cidadania (art. 1º, II, CF).

O direito de participação, assim enfocado, poderia ser conceituado como o direito do cidadão em tentar modificar algo que é pernicioso para a sociedade, pois partimos do pressuposto de que ninguém discute o direito pensando somente em si, mas sempre busca, de alguma forma, punir aquilo que entende errado. O que importa, muitas vezes, para o indivíduo, é protestar, junto ao Poder Judiciário, contra o ato violador de seu direito, embora o valor do prejuízo seja pequeno, prática esta que não pode ser de todo reprovável. É nesse sentido, a nosso ver, que reside uma das propostas externadas pela doutrina de Rudolf von Ihering no livro *Der Kampf um's Recht*, quando diz que da luta pelo direito está condicionada à própria existência da sociedade.⁹ Aliás, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099, de 26/9/95), com suas decisões rápidas, além de todas as outras alternativas postas à disposição do indivíduo para ter solucionado o seu problema (art. 585, II, 3ª parte, CPC), estão aí para comprovar a nossa afirmação.¹⁰

- 8 “A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 92 e 93).
- 9 Daí resulta o grande pensamento do jurista alemão ao dizer que a essência do sentimento de justiça é a ação e, sempre que não se possa contar com a mesma, ele aos poucos vai atingindo um estado de total atrofia e embotamento, a ponto de mal sentir a dor (*A luta pelo direito*, p. 42).
- 10 Defendemos a participação política do cidadão como parte ativa processual, o que deve ser, na medida do possível, facilitado pelo Poder Judiciário, com base no princípio do

2.2 Praticando ideais ligados ao bem comum

Quanto a nós, conscientes ou não, ao propormos uma ação individual ou coletiva, não agimos senão motivados em colaborar com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF). Pensemos em todas as ações civis, criminais e administrativas possíveis de pôr fim às relações trabalhistas escravocratas a que menores e adultos vêm sendo submetidos no norte de Minas e em outros locais do Brasil. Ou na vontade de podermos participar, a partir do debate judicial, com as nossas idéias, do desenvolvimento nacional buscado por todos. Pensemos, da mesma forma, em todas as medidas que podem ser tomadas em prol das relações de consumo e da ordem econômica, cujas decisões judiciais, se justas, certamente irão refletir no progresso de nosso País (art. 3º, II, CF). A propósito, poderíamos refletir sobre as questões envolvendo os menores de rua, e toda a sorte de medidas que o Poder Judiciário pode determinar para diminuir, ao menos indiretamente, a pobreza, a marginalização das pessoas e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF). E, por fim, na seara dos direitos humanos, lembrando o triste exemplo do massacre dos sem-terra, no intuito de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF).

Todas essas indagações comportam discussões das quais o Poder Judiciário não pode se afastar, pois que estão intimamente ligadas aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, *caput*, CF). Nem mesmo se escorando no princípio da separação dos poderes, quando o réu seja o Estado Executivo ou Legislativo, pois como sabido, a separação surgiu, antes de tudo, na célebre imaginação de *Montesquieu*, como forma de controle recíproco das atividades do Estado, nas faculdades de estatuir

(*faculté de statuer*) e de impedir (*faculté d'empêcher*) a ofensa ao interesse público, sendo o Judiciário, pela posição estratégica que ocupa, o Poder que fala em último lugar.¹¹ Para garantia do cidadão e não contra ele. E sempre contra os desmandos do Estado.

Somente a uma limitação deve estar sujeito o julgador: à lei. Mas sem deixar de abdicar ou refletir, como dito acima, sobre todos os fundamentos e objetivos buscados pela República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º, CF).

Não se pode negar, assim, diante dos valores que o Estado organizado constitucionalmente teve a preocupação de defender, também o caráter político das decisões do Poder Judiciário. Pela característica básica de estarem, todas elas, ligadas ao bem comum como qualquer ato de Estado, embora mitigado pelo Direito.

Tal pensamento também é o de *Scarpelli*, a partir da citação do mestre *Baracho*, como podemos ver ao lado: “*Scarpelli*, referindo-se ao *novo Juiz italiano*, afirma que ele deve ser fiel à Constituição e aos valores políticos desta. Deve estar preocupado em realizar da melhor maneira possível e com a melhor eficácia o serviço social do direito, disposto a assumir um lugar de destaque em prol da liberdade e da paz entre os homens e a sociedade. Critica o ‘jurista formalisticamente racional’ e o ‘ideológico’, que acaba por sufocar (*sic*) o jurista, tornando-o incapaz de atuar para a função racionalizadora do direito.”¹²

De tudo o que foi dito resulta a participação popular que a Constituição Federal está a exigir dos cidadãos em relação aos conflitos de interesses que possam estar ocorrendo no meio social. Extirpá-los a partir da utilização do Poder Judiciário, de cujas forças não se pode prescindir a soberania estatal. E também a aceitação, pelo Poder Judiciário, da participação popular por meio do exercício de um direito geral de cidadania, tal como formulado por *José Afonso da Silva*. E mais: a constatação de que o Poder Judiciário não pode ser encarado como um formal instrumento da técnica do Direito, tão-somente.

3 A AÇÃO TECNICAMENTE RECONHECIDA PELO DIREITO

Inicialmente, o conceito de ação estava diretamente ligado ao direito que o indivíduo pudesse ter, o que evidentemente restringia o seu uso, pois não se aceitava a existência da ação sem direito ou direito sem ação, pois ela seguia a sorte do direito que o autor pudesse ter. Logo, seria a ação “o direito de pedir

devido acesso à Justiça. Buscando a mesma participação política do cidadão, mas na administração da Justiça, está o Prof. *Ernesto Pedraz Penalva*, citado por *José Alfredo de Oliveira Baracho*: “Ernesto Pedraz Penalva, com acerto, afirma que, como o cidadão tem direito de participação política, deve intervir na aplicação da lei ao caso em concreto. É daí que a administração da Justiça é uma das mais significativas atividades do Estado: “*La jurisdicción como tal garantiza precisamente a la imparcialidad, es decir, el carácter del Derecho; la objetividad de la decisión a través de un proceso que aísle la consideración del interés de cualquier estímulo o influencia que no sean las propias jurídicas y de la obligada actividad del juez* (imparcialmente por tanto). *En este sentido el juez, aunque desde presupuestos jurídico-formales, constituye la realidad jurídico-material de similar manera que el legislador, se bien con diverso nivel general y particular pese a que la jurisprudencia puede tener: y de hecho tiene, importancia constituyente social como la legislativa*” (*Op. cit.*, p. 12).

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 140.

¹² *Op. cit.*, p. 14.

em juízo o que nos é devido (*ius quod sibi debeatur in indicio persequendi*), estando, entre os seguidores deste pensamento, Savigny.¹³ Nesse sentido, a finalidade básica da ação seria o direito que o indivíduo, credor de algum direito, tinha para exigir do réu, teoricamente devedor de alguma obrigação não cumprida, a entrega de um produto, a realização de um serviço ou o pagamento de determinada quantia. Está posto, assim, o conceito de ação, levando-se em conta os interesses privados que existem dentro da sociedade. É a teoria civilista da ação. Nesse sentido, está correto dizer-se que “fulano” entrou com uma ação contra “sicrano”, ou a de que o autor “perdeu” a ação.

Entretanto, diante de uma análise mais aprofundada da questão, agora também dando importância à atividade do Poder Judiciário, que detém o monopólio da Justiça,¹⁴ não poderíamos dizer a mesma coisa. Ao contrário, diríamos que a ação é dirigida *contra* o Estado e simplesmente *em face* do réu, pois ele somente seria atingido indiretamente por este direito. E que ninguém perde ou ganha a ação, pois todos têm sempre ação, seja vencedor ou perdedor na discussão da relação material discutida no caso em concreto. Isto, porque o Poder Judiciário é o principal interessado na solução dos conflitos de interesses, não admitindo possam os cidadãos resolverem, pela força, os seus problemas. Daí porque na estrutura atual do Direito Processual Civil temos a conceituação do *pedido imediato*, quer dizer, a providência jurisdicional requerida ao Juiz de Direito, seja de natureza preventiva, de conhecimento (constitutiva, declaratória ou condenatória) ou executiva, ao lado do *pedido mediato*,¹⁵ representado pelo dinheiro, a mercadoria ou o serviço pretendido pelo autor.

Colocados nesses termos, não temos dúvida de que o direito brasileiro, passando a adotar a teoria publicista do direito da ação, ao menos de modo preponderante, ampliou o seu exercício, uma vez que a fundamentação teórica da participação do Estado na condução desses negócios foi tida como essencial para a resolução dos conflitos, mais importante que o próprio direito que o autor pretende proteger com a ação. Só mais importante, ressalte-se, pois que ao Estado também não é dado o direito de desconhecê-lo, quer dizer, deve, pela sua obrigação, efetivá-lo na prática. Não é por coincidência que o Poder Judiciário, após constatar a sua deficiência em tornar efetivo o direito daqueles que têm direito, por intermédio de seus mais esclarecidos

elementos, em parceria com o Poder Legislativo, vem aparelhando a Justiça de instrumentos ágeis para a resolução dos conflitos de interesses, em atenção principalmente ao seu dever judiciário, embora com igual respeito ao direito do indivíduo considerado isoladamente.

Fazendo uma breve análise da Constituição Federal, podemos ver, estampado no seu texto, uma tentativa explícita de tornar legítima a atuação do Poder Judiciário, ao não se permitir, por exemplo, que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça¹⁶ a direito (art. 5º, XXXV, CF). Ou, então, quando ela expressa a necessidade de todos os litigantes, sejam eles autores ou réus, em processo judicial ou administrativo, terem assegurados o direito da ampla defesa de suas teses, bem como o contraditório, isto é, a possibilidade de serem informados e poderem participar de todas as questões suscitadas na discussão da causa (art. 5º, LV, CF).

E a legitimidade da atuação do Poder Judiciário vai alcançar o seu ápice, a nosso ver, exatamente numa das condições da ação. Referimo-nos ao instituto da *legitimidade para agir da parte*, que tem a ver com tudo o que falamos acima, principalmente no ponto principal de participação do cidadão ou grupo de cidadãos nas coisas da Justiça e do Estado.

O Código de Processo Civil, assim, de modo democrático, não permitiu que o Juiz de Direito pudesse indeferir a petição inicial quando lhe ocorresse qualquer dúvida sobre a legitimidade para agir da parte, mas tão-somente quando essa falta de legitimidade para agir fosse *manifesta*, quer dizer, suficientemente clara (art. 295, II, CPC).

E nesta questão o Ministério Público está diretamente envolvido, pois é uma instituição talhada constitucionalmente para defender o interesse público, social ou coletivo, nas suas mais precisas distinções. Como órgão de apoio à Justiça, a que o legislador constituinte elevou à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, dando-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF). E que, nesse sentido, recebeu amplas funções na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF). Com nítido

13 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 250.

14 Ao menos a justiça contenciosa, pois sempre se admitiu que os interessados no litígio se compusessem, resolvendo amigavelmente os seus conflitos de interesses.

15 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, p. 12.

16 É importante informarmos, nesse instante, que o Poder Judiciário tem a obrigação constitucional de evitar a violação do direito e não somente aguardar o momento de sua ocorrência para reprimir o infrator. Ao Juiz de Direito não se admite o descuido, consciente ou não, em analisar o pedido de providências de quem se sinta ameaçado em seu direito, embora a ameaça e o próprio direito devam ser justificados e razoavelmente comprovados pela parte. Em resumo, é isto o que diz o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

posicionamento voltado para a defesa da sociedade e seus valores mais caros. Ou, como nos fala o ilustre Desembargador goiano *José Soares de Castro*, considerando-o um *ente eminente social, atuante, destemido, com um comprometimento funcional com a Justiça e com o Estado de Direito*.¹⁷

Assim, e considerando todos os deveres constitucionais que o Ministério Público hoje possui, não podemos entender o posicionamento de alguns juízes no sentido de limitarem a atuação do órgão ministerial a partir de uma restrição doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua legitimidade para agir não contida em qualquer lei infraconstitucional.

Se está na norma constitucional que o interesse individual indisponível deve ser defendido judicialmente pelo Ministério Público, inclusive dentro da legitimação que possa lhe ser dada pela lei (arts. 127, *caput*, e 129, IX, CF), não podemos entender como o Poder Judiciário possa estar contribuindo para o aprimoramento do Estado e da ordem jurídica, especialmente para a defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, CF), ao ter o *Parquet* como parte *manifestamente* ilegítima para a propositura da ação de investigação de paternidade, sabido que a paternidade é um dos atributos da personalidade humana e portanto um bem irrenunciável.¹⁸

Ou então prejudicarem a defesa do patrimônio público, a partir de nosso dever constitucional (art. 129, III, CF), entendendo que o Ministério Público deve descer de suas elevadas funções constitucionais e contratar um advogado para a propositura da competente ação popular, já que ao menos temporariamente o seu titular está licenciado da advocacia, se ação popular não pode ser vista como limitadora da atuação em prol do patrimônio, mas tão-somente como mais uma garantia constitucional do cidadão. Desconhecendo até que a ação popular e a ação civil pública são instrumentos que não se podem excluir.¹⁹

Como, então, defender o posicionamento de alguns juízes que dizem ser *manifesta* a ilegitimidade para agir do Ministério Público na defesa de milhares de contribuintes violados em seus direitos frente ao IPTU, ao tê-lo calculado com base em percentuais bastante superiores àquele estabelecido em decreto e publicado na imprensa local, por não vislumbrar um interesse coletivo ou que devesse ser protegido pelo *Parquet* (art. 1º, IV, LACP)?²⁰

Ou também dizerem, após a constatação de um erro material em planilha de custos elaborada pelo Poder Executivo, há quase cinco anos atrás, cujo percentual (33,67%) vem trazendo sensíveis prejuízos à coletividade dos consumidores que se servem do transporte coletivo, sem que tal erro fosse corrigido ou ao menos constatado formalmente, que só a Administração Pública poderia resolvê-lo, sob pena do Judiciário estar invadindo a esfera de atribuições do outro Poder?²¹

Mas o que nos importa, nesse instante, é constatar que variadas são as decisões no sentido contrário, justificando a inexistência da manifesta e propalada ilegitimidade do órgão ministerial e o descumprimento constante do art. 295, II, do Código de Processo Civil.

Poderíamos citar, como prova do que afirmamos, uma série de julgados que homenageiam a atuação do Ministério Público na defesa dos contribuintes,²² dos estudantes de um colégio,²³ dos direitos de vizinhança contra a poluição sonora,²⁴ do patrimônio cultural,²⁵ do patrimônio público,²⁶ da ordem econômica contra a irregular criação das sociedades anônimas,²⁷ entre outros.

Nada há, pois, de manifestamente ilegítimo na atuação do Ministério Público. Antes de qualquer coisa, há sempre um pensamento voltado para a sociedade, fim único de sua ação.

Ao contrário, existe um mal que precisa ser erradicado da jurisprudência pátria. Referimo-nos ao comportamento de alguns juízes, que extinguem, sem maiores considerações, várias iniciais do Ministério Público sob o argumento de sua manifesta ilegitimidade para agir, quando o enfrentamento do mérito poderia gerar decisões justas para toda a sociedade, principalmente quando as violações de direito partem do próprio Estado.

Parece mesmo que o Código de Processo Civil, nos casos em que a legitimidade para agir não seja manifesta, procurou dar à questão um tratamento de mérito, diante da dificuldade que pode apresentar, e isso é muito intuitivo pela simples análise da redação legal (art. 295, II, CPC).

Esperar que o Ministério Público recorra de uma sentença terminativa, para depois, anos após, em caso de vitória recursal, retomar o seu mérito,

17 Ap. n. 32.488-0/188, RT 707/125.

18 Vide, a propósito, na Revista *JUS*, v. 19, p. 45, o artigo *Da legitimidade do Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade*, de autoria do Dr. Dimas Mesias de Carvalho, membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

19 Ap. 10.061/0, RT 716/253.

20 Proc. n. 7.786-3/95, 1ª Vara Cível, comarca de Sete Lagoas.

21 Proc. n. 4.386/93, 1ª Vara Cível, comarca de Sete Lagoas. Decisão confirmada na Ap. n. 16.400/4, da 4ª CCTJMG.

22 Recurso Especial n. 49.272-6/RS, 1ª Turma do STJ, sendo relator o Ministro *Demócrito Reinaldo*.

23 RT 707/124.

24 RT 687/76.

25 RT 689/157.

26 RT 694/88.

27 RT 690/65.

não pode ser aceito pelos que têm o Poder Judiciário como um órgão estatal garantidor do Estado Democrático de Direito, com todas as consequências advindas dos valores que a Constituição Federal pretende preservar.

E a nossa tese, de modo simples, pretende despertar a atenção para esse estado de coisas, já que a questão da legitimidade para agir do Ministério Público deve ser resolvida de modo técnico, sem grandes paixões, com o Código de Processo Civil, que, segundo nos parece, nesse ponto, é altamente democrático.

A não ser assim, o resultado prático só podem ser as críticas, devido à morosidade da prestação jurisdicional que este comportamento acarreta.

4 PODER JUDICIÁRIO E EDUCAÇÃO

E isso não ocorrendo, surge o inconformismo das partes e o que é pior, a crítica da opinião pública. Aliás, ninguém desconhece a influência da opinião pública em relação ao poder estatal, seja ela real ou traduzida ficticiamente pelos governantes ou pelos meios de comunicação. Na história recente do Brasil isso está muito claro com o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Melo. Para alguns, fruto de perseguição política, para outros uma imposição da opinião pública. *Paulo Bonavides*, citando *Bauer*, informa que “*Mercier de la Rivière* expunha, no século XVIII, a surpreendente tese de que o absolutismo não se regia pelo trono, mas pelo povo, através da opinião pública. Abrira-se assim uma fenda nos alicerces da realeza do direito divino e o absolutismo iluminista, abraçando-se à majestade do poder popular, fazia-lhe as primeiras concessões de ordem doutrinária”. E prossegue dizendo que na antevéspera da Revolução Francesa “os cortesãos e ministros preferiam correr o risco de desgostar o soberano a comprometer sua posição nos salões, que eram os lugares onde se desenrolava a função mais importante no processo de formação da opinião pública”.²⁸ Já o Prof. *José Alfredo de Oliveira Baracho* conta, em sua *Teoria geral da cidadania*, o controle sofrido pelo Judiciário alemão pela crítica popular, dizendo: “No Parlamento Federal aparece uma nova *forma de controle dos juízes*, exercido diretamente pela *cidadania*, através do exercício do direito da livre crítica às decisões judiciais. Para favorecer a transparência do Poder Judiciário, surge o *controle da opinião pública* sobre seus julgadores. É nesse sentido que os meios de comunicação exercem, também, esse papel. Convém lembrar *Couture*, quando disse: “o povo é o Juiz dos juízes”.²⁹

Logo, também com a opinião pública o Poder Judiciário deve se preocupar, respondendo-lhe até, pois vivemos uma época de crítica generalizada aos Poderes constituídos, e entre eles não se salva a Justiça. E essa resposta, como a réplica do Júri, não pode ser dada senão pela educação. Não a educação formal, mas precisamente a informal, permanente e de índole duradoura, voltada para a comunidade onde cada Juiz de Direito exerce as suas funções.

O papel educador do Juiz de Direito, e aí mais uma vez incluímos os promotores de Justiça, os advogados, os defensores públicos, todos, enfim, responsáveis por funções essenciais da Justiça, é muito importante na sociedade em que estamos inseridos, pois não se pode conceber a boa aplicação do Direito a pessoas que não estejam devidamente educadas para suportar os rigores do ordenamento jurídico. O povo brasileiro, e todos nós sabemos que não existem dúvidas sobre isso, vive afundado na mais completa ignorância, sobre todos os aspectos. E será na educação informal organizada, do contato missionário e compromissado dos partícipes da Justiça com a sociedade é que conseguiremos debelar várias doenças sociais e fazer com que os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito possam ser atingidos, tal como deseja a Constituição Federal.

Não existe Justiça legítima que tenha um povo que ignora os mínimos princípios de boa convivência, embora a falta de cultura não seja tecnicamente um entrave à aplicação do Direito, salvo raríssimas exceções. Dar ao povo o poder de distinguir entre o certo e o errado, já que vivemos numa sociedade onde tudo é certo e tudo também pode ser errado. Como já dito em outra oportunidade, a matéria do Direito não pode ficar excluída do conhecimento popular, pois que o seu fundamento básico está ligado à regra geral de que todos conhecem a lei e a ninguém é dado o direito de alegar o seu desconhecimento (art. 3º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4/9/42). Sabemos, por isso, que o Direito não pode se afastar da teoria do “dever-ser”. Não pode ficar em cima do muro, pois nos conflitos de interesses sempre dirá quem é o culpado e quem é o inocente. Para sermos mais claros, identifica a Justiça a figura daquele professor que já no primeiro dia de aula decide aplicar uma rigorosa prova em seus alunos, a respeito de matéria que ele ainda não ensinou, e sob a ameaça de expulsão do colégio a todos aqueles que não atingirem a média exigida. Os alunos reprovados são os réus. Entendido como Justiça teoricamente organizada em benefício da própria sociedade, sua existência não depende do grau de cultura do povo. Contudo, dela não pode se afastar, pois será mais democrático a partir do momento em que a sociedade puder entender o Direito de modo claro, com suas perfeições e imperfeições. Devemos lutar, assim, todos nós, por uma crescente legitimidade do exercício do Direito a partir de seu conhecimento pelos indivíduos, sejam ricos ou pobres. A

28 *Op. cit.*, p. 448.

29 COUTURE, p. 28.

sobrevivência do Direito depende, na verdade, da cultura de seu povo, pois as leis divorciadas de seu espírito ficam congeladas e não têm vida.³⁰

Buscar a participação do povo a partir da cultura, eis a grande questão que deve ser enfrentada por todos nós, mas com os olhos sempre voltados para a função da Justiça. Sabendo levar à população os anseios do povo que são também os da Justiça, às vezes amordaçada dentro de suas próprias normas, que muitas vezes trabalham contra os seus próprios ideais. E isso é muito importante que seja externado para a população. Estamos convencidos que será assim que o Poder Judiciário e a Justiça serão respeitados.

E respeitando-os, ele certamente saberá cumprir as suas determinações e não voltará a ser um instrumento da violação ou ameaça de direito, no que contribuirá para a paz social que o direito tenta atingir. Conforme leciona *De Plácido e Silva*, com a precisão dos sábios, não existe respeito com a ordem pública, identificada por seus agentes públicos dotados da mais alta responsabilidade e liderança no meio social, se houver protestos ou constrangimento em se cumprir as decisões públicas pelos administrados. E o que é pior, se a desobediência do povo for compreensível, ao menos se for ocasionada pela falta de informação ou explicação sobre fatos que estão sendo decididos na Justiça, levando-os a uma incompreensão de fato ou de direito sobre as justificativas do que vem sendo normalmente decidido pelos juízes de Direito, promotores de Justiça, advogados e defensores públicos.

5 CONCLUSÃO

Essas são apenas algumas reflexões pelas quais certamente passam todos aqueles que querem colaborar com a Justiça.

³⁰ Conforme *conclusão* contida no *Manual do Consumidor*, obra de nossa autoria que está sendo utilizada num projeto educativo permanente junto à sociedade sete-lagoana, intitulado “Venha Conhecer os seus Direitos e Ganhe um Manual do Consumidor”, dirigido pela 4ª Promotoria de Justiça e Curadoria de Defesa do Consumidor. Para execução do projeto, lançamos a referida obra, proferimos palestras semanais para os diversos setores da sociedade e ao final de cada evento entregamos o certificado de conclusão do Curso de Direito do Consumidor, confeccionado pelo SENAC, e um exemplar da obra, gratuitamente, sendo essa tarefa possível pela ajuda financeira obtida junto à própria sociedade. Tal projeto tem o propósito de editar 45.000 exemplares do *Manual do Consumidor*, com trezentas e quatro páginas, no valor de R\$1,32 (um real e trinta e dois centavos), e entregá-lo a cada família sete-lagoana para que seja utilizado como instrumento de luta pelos direitos e exercício da cidadania.

Não são profundas a ponto de serem incontestáveis, mas nos balizam para procurar entender cinco verdades que ao menos de maneira complementar devem, na medida do possível, ser buscadas por todos os aplicadores do Direito, as quais externamos como conclusões de nossa tese:

1. o Poder Judiciário, por representar o próprio Estado, não pode ser visto como órgão apolítico, mas tem o dever de respeitar o direito de ação como uma das consequências legais do direito geral de cidadania (art. 1º, II, CF);

2. nesse sentido, suas decisões não podem se afastar, tanto quanto possível, dos valores e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, todos conduzindo, em última análise, ao bem comum (arts. 1º e 3º, CF);

3. na dúvida sobre a legitimidade para agir do órgão ministerial, fundada em face das decisões conflitantes, o Ministério Público deve ser admitido na discussão da causa, como parte legítima, a partir da interpretação cidadã do art. 295, II, do Código de Processo Civil, para, somente ao final, no mérito, firmar o seu posicionamento jurídico, com o que estará defendendo o princípio do acesso à Justiça;

4. entendida a legitimidade para agir como questão de mérito, deve, o julgador, também se definir sobre o pedido do Ministério Público, a fim de que o Tribunal possa, vencida a questão da legitimidade para agir, se posicionar-se sobre a sua pretensão;

5. o Poder Judiciário e os órgãos essenciais da Justiça devem oferecer, junto à sociedade de que participam, contribuições educativas das mais variadas formas, se possível de modo permanente e regular, para o aprimoramento da própria Justiça.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, 498p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995, 67p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, 259p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, 364p.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. de Richard Paul Neto, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, 98p.

- HARBOZA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, 373p.
- RACI, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v. 1, 476p.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, 389p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 752p.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TERCEIRO MILÊNIO* PREPARANDO A INSTITUIÇÃO PARA UM MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO

ANTÔNIO JOAQUIM FERNANDES NETO
E GERALDO DE FARIA MARTINS DA COSTA**

Sumário

1. A missão institucional do Ministério Público. 2. O passado e o presente. 2.1. O Ministério Público evolui. 2.2. A divisão no sistema judiciário. 2.3. Motivação: o motor da mudança. 3. A nova ordem mundial. 3.1. A instituição e seu contexto. 3.2. Poder econômico e poder político. 3.3. Direito comunitário. 3.4. Contexto de mudança. 4. Qualidade e produtividade. 4.1. Algumas dificuldades. 5. Definindo prioridades. 5.1. A tutela da vida humana. 5.2. Proteção econômica. 5.3. Maior eficiência aos órgãos do Ministério Público. 6. O terceiro milênio. 7. Conclusões.

1 A MISSÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Na estimulante “busca do futuro”, proposta pelos organizadores deste Congresso Estadual do Ministério Público, o exame do passado e do presente, em um contexto global, apontam para uma tendência crescente: a so-

* Tese aprovada por unanimidade, observadas as alterações sugeridas e aprovadas pela Comissão Temática.

** Promotores de Justiça em Belo Horizonte.

cidade exige do *Parquet* a efetiva tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tal qual inúmeras outras instituições, também o Ministério Público deve repensar o seu papel.¹ Adequar-se às novas realidades para cumprir, com maior eficiência, sua função social.

Daí a idéia de preparar os membros do Ministério Público para atuar em um mundo que rapidamente se transforma. Além disso, é necessário que se definam prioridades e objetivos² em face de uma realidade que se modifica a cada instante.

O zelo pelo efetivo respeito, por parte dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos assegurados na Constituição Federal constitui função institucional do Ministério Público.

2 O PASSADO E O PRESENTE

2.1 O Ministério Público evolui

Deixando de lado a “história” do Ministério Público, fixamos como premissa às idéias aqui expostas a significativa evolução experimentada pelo Ministério Público nos últimos quinze anos.

Antes da Lei Complementar n. 40, de 1981, o Ministério Público atuava preponderantemente na área penal, promovendo a Ação Penal Pública. Faltavam à Instituição instrumentos jurídicos e recursos materiais necessários à efetiva proteção da sociedade.

Depois, especialmente a partir de 1985, com a Lei da Ação Civil Pública, cresceu a atuação na esfera cível.

Com as ações coletivas e a tutela de interesses e direitos difusos e coletivos, a atuação do Ministério Público passou a apresentar maior conteúdo político e a Instituição ganhou grande força,³ passando a atuar efetivamente na defesa do patrimônio público e cultural, do meio ambiente, dos direitos do consumidor etc.

A Constituição de 1988 referendou as novas conquistas e desenhou uma nova Instituição. Com autonomia e independência. Com importantes funções.

2.2 A divisão no sistema judiciário

As conquistas do Ministério Público causaram incômodo a alguns setores. O sistema judiciário, a exemplo de outras estruturas governamentais no Brasil, enfrenta o sério problema da divisão: magistrados, membros do Ministério Público, da Polícia Judiciária e da Polícia Militar não formam um corpo único. Há, pois, disputa entre as instituições, com evidentes prejuízos ao sistema e, principalmente, ao cidadão.

Num segundo momento, passaram a sentir-se também incomodados alguns setores políticos: a atuação em defesa do patrimônio público tem gerado ações contra prefeitos e administradores públicos.

Aproveitando-se do fato de que as funções do Ministério Público são desconhecidas pela maior parte da população, os setores mais conservadores da política brasileira começam a “plantar” na opinião pública a idéia de que a Instituição precisa “despolitizar-se”...

2.3 Motivação: o motor da mudança

Nos últimos anos, o Ministério Público de Minas Gerais conquistou sua efetiva autonomia administrativa e financeira. Obteve, depois, os recursos materiais necessários ao cumprimento das responsabilidades impostas, desde os anos 80, pelo constituinte e pelo legislador.

1 “Entre as mais recentes funções do Ministério Público, nos vários continentes, estão as de resguardar interesses supra-individuais típicos do Estado Providência, como os ambientais e do consumidor. Assim é porque, na transição do liberalismo para o welfarismo, sucede substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade”. BENJAMIM, Antonio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 1995, p. 138.

2 “[...] é mister também que sejam eleitas prioridades, já que os recursos tanto materiais como humanos são restritos, sem falar-se, repita-se, na gama formidável de novas atribuições com que se defronta atualmente o Ministério Público. [...] As prioridades dependem basicamente de pesquisa ou oitiva dos promotores de Justiça das diversas regiões de cada Estado, que certamente terão peculiaridades próprias.” FILOMENO, José Geraldo Brito. *Promotorias de justiça do consumidor. Evolução, metas e prioridades. Justitia*. São Paulo 1992, v. 160, p. 214.

3 “Foi com a ampliação do âmbito de sua atuação na órbita civil, para abarcar a defesa do meio ambiente e do consumidor, em primeiro lugar, e, depois, de outros interesses difusos e coletivos, que se assistiu ao desabrochar e ao florescer da verdadeira personalidade e identidade do Ministério Público. Assume ele, então, e finalmente, o papel que lhe é próprio, de órgão agente, de defensor (ativo e espontâneo) do interesse social, promovendo as medidas para tanto necessárias.” CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello de. *O delineamento constitucional de um novo Ministério Público. Justitia*. São Paulo: 1993, v. 161, p. 12.

A Procuradoria Geral de Justiça e as Promotorias de Justiça dispõem hoje de estrutura de equipamentos mínimos, necessários ao desempenho das funções institucionais.

Apesar disso, a melhoria das condições materiais não correspondeu o equivalente aumento na produtividade dos órgãos de execução. O entusiasmo e a motivação que, há pouco mais de dois anos, criaram condições para que se apresentasse uma única candidatura ao cargo de Procurador-Geral de Justiça já não se fazem presentes no seio da Instituição. Por quê?

As respostas possíveis são muitas. Limito-me a apontar uma: a falta de motivação se deve ao fato de que, embora tenham sido providas as necessidades materiais, os membros do Ministério Público não têm alcançado efetiva realização profissional no exercício do seu trabalho.

Tal teoria tem respaldo das idéias de *Abraham H. Maslow (The Farther Reaches of Human Nature)* sobre a hierarquia das necessidades humanas. Na base da pirâmide, estão as necessidades fisiológicas, que, quando satisfeitas, permitem que a pessoa deseje, consecutivamente, a satisfação de seus anseios por segurança, convivência social, estima e, afinal, auto-realização. Quem alcança o *status* de Promotor de Justiça e tem satisfeitas suas necessidades básicas deseja, naturalmente, reconhecimento social, estima e auto-realização.

A criminalidade e a violência estão sendo contidas?

Os danos ao meio ambiente e ao consumidor têm sido evitados?

Diminuiu a corrupção?

As crianças e adolescentes têm seus direitos respeitados?

Quais são nossos indicadores de produtividade? De que maneira podemos provar à sociedade que o nosso trabalho tornou o hoje melhor que o ontem, e pode tornar o amanhã melhor do que o hoje?

3 A NOVA ORDEM MUNDIAL

3.1 A Instituição e seu contexto

Um trabalho de *future search* do Ministério Público deve procurar situar a Instituição em um contexto global.

Difere, pois, da maior parte das análises conhecidas, que procuram situar o Ministério Público em um contexto bem mais restrito: a ordem constitucional, os poderes do Estado ou o sistema judiciário.⁴

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

O texto constitucional pode sofrer mudanças. A médio e a longo prazo, a manutenção do atual perfil (funções, atribuições e autonomia) depende do desempenho da Instituição e de seus membros. Dependem da eficiência social e econômica da atuação do Ministério Público.

Todo o sistema judiciário enfrenta o desafio da transformação, da adequação de suas estruturas. Dificilmente, chegará ao século XXI com o perfil que ostenta agora. Ao clamar por “controle externo”, a sociedade quer, na verdade, uma Justiça que funcione.⁵ Que cumpra sua função.

3.2 Poder econômico e poder político

Quando nos referimos à inserção do Ministério Público em um contexto global não estamos nos referindo a Minas Gerais ou ao Brasil. Estamos nos referindo ao mundo. Um mundo em que o poder econômico se sobrepõe cada vez mais ao poder político.

Em função dos interesses econômicos, os estados estão perdendo grandes parcelas de sua soberania interna e, através de tratados e convenções, vêm-se formando novos grandes blocos econômicos.⁶

5 “O surgimento em tantos países do ‘enfoque do acesso à justiça’ é uma razão para que se encare com otimismo a capacidade de nossos sistemas jurídicos modernos em atender às necessidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram possibilidade de reivindicar seus direitos. Reformas sofisticadas e inter-relacionadas, tais como as que caracterizam o sistema sueco de proteção ao consumidor, revelam o grande potencial dessa abordagem. O potencial, no entanto, precisa ser traduzido em realidade, mas não é fácil vencer a oposição tradicional à inovação. É necessário enfatizar que, embora realizações notáveis já tenham sido alcançadas, ainda estamos apenas no começo. Muito trabalho resta a ser feito, para que os direitos das pessoas comuns sejam efetivamente respeitados.” CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 161.

6 “O surgimento e desenvolvimento das ordens econômicas internacionais, com mais profundidade e eficácia, a partir da Segunda Guerra Mundial, vem comprovar a importância da vida de inter-relação econômica a fundamentar a convivência das nações. A convicção de que todos os confrontos bélicos tiveram por base e origem dissensões de caráter econômico levou os países a procurar uma solução radical, no exato sentido do termo, ou seja, procurar curar o mal pela raiz. [...] A meta de um equilibrado desenvolvimento econômico impôs a adoção de medidas que propiciassem e incentivassem a criação de áreas economicamente homogêneas, aceitando-se o princípio de que é difícil a convivência e a inter-relação no plano econômico entre países cujo nível de desenvolvimento econômico seja gravemente desigual. E como a convivência se concretiza primeiramente pela proximidade geográfica, necessário se fez criar mecanismos de homogeneização das relações econômicas regionais.” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 130.

A experiência européia, com a formação de um mercado comum, contagiou as nações do Norte e do Sul, que já se organizam em grandes blocos. A previsão é de que em menos de dez anos⁷ o mundo esteja completamente dividido em grandes blocos econômicos.

Como consequência, os estados continuarão perdendo sua soberania.

No Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em maio de 95, no Canadá, em Toronto, a formação dos mercados transnacionais foi o tema de diversas exposições. Constatou-se que as barreiras físicas (fronteiras, mares, montanhas) estão sendo derrubadas pelas novas vias de comunicação⁸ que tornam disponíveis serviços como DDD, DDI, TV a cabo etc.

3.3 Direito comunitário

O Ministério Público é responsável pela defesa da ordem jurídica. Tem, portanto, como instrumento de trabalho, o direito legislado. O direito interno, que rege as relações ocorridas no território brasileiro. Raros são os casos, hoje, em que o Promotor de Justiça ou o Procurador de Justiça recorre a normas e tratados internacionais ou ao direito estrangeiro.

Tal situação deve mudar radicalmente, a curto prazo.

Como já salientado, os estados estão perdendo sua soberania. E as transações – as trocas econômicas – já não se situam no espaço, em tempo real: os modernos meios de comunicação permitem que várias pessoas, situ-

adas em países diversos, pratiquem negócios jurídicos. Em casos que tais, qual o direito aplicável? E se um crime for cometido (um crime econômico, por exemplo), qual a autoridade competente para o processo e julgamento?

Na Europa, já se trabalha intensamente com o chamado direito comunitário, o direito comum a todos os países que integram uma região onde há integração econômica. A União Européia possui organismos que se assemelham aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Há, portanto, um órgão que produz atos normativos, as chamadas diretivas.

O Direito Comunitário está ganhando importância muito rapidamente. Sabe-se, por exemplo, que o Legislativo alemão, hoje, somente “cria” 30% das leis que são promulgadas naquele País. Atualmente, 70% dos atos normativos emanados do Parlamento alemão simplesmente repetem (homologam, referendam) os textos de diretivas da Comunidade Européia.

É a chamada crise do Estado soberano. A virada do milênio está sendo marcada pelo fim do modelo de Estado estabelecido no século XIX, em decorrência do surgimento de grandes blocos. Onde existiam países, passam a identificar-se mercados. Grandes mercados.

O nosso Mercosul ainda ensaia seus primeiros passos. Não dispõe, ainda, dos órgãos encarregados de funções legislativas e judiciárias, cuja necessidade já começa a se fazer sentir. Paralelamente com a liberdade humana correm inevitáveis os conflitos de interesses.

As mudanças estão acontecendo. Muito rapidamente.

3.4 Contexto de mudança

Tudo isso mostra que devemos nos posicionar em um contexto de mudança. Rápida e radicalmente o ambiente em que atua o Ministério Público tem-se modificado. Assim, ao planejar o futuro da Instituição é preciso estar atento às mudanças.

É urgente a necessidade de preparar a Instituição para um mundo em constante mutação, dando-lhe a agilidade necessária para responder rapidamente às necessidades da sociedade.

4 QUALIDADE E PRODUTIVIDADE

4.1 Algumas dificuldades

O Ministério Público possui vantagens e desvantagens na corrida pela adequação às novas realidades.

7 O comunicado final do Encontro de Ministros do Hemisfério Ocidental, divulgado em Nova Orleans, no dia 18/5/96, afirma que a Área de Livre Comércio das Américas “está agendada para eliminar as barreiras ao comércio e investimento até 2005”. BITTENCOURT, Getúlio. *Gazeta Mercantil*, Belo Horizonte, ed. de 20/5/96, p. 1.

8 “Por razões ditas de segurança, os governos foram estimulados a criar complexas redes de ligação interurbana e interestadual, cruzando e interligando seus territórios, de ponta a ponta. Foi a carta de alforria que levou à implantação da nossa atual civilização do carro. Com ela vieram a degradação das cidades, a vida em apartamentos, o surgimento dos condomínios suburbanos fechados, dos *shopping centers*, dos hipermercados e do turismo compulsório. Em sua crítica pioneira, *Godard (Alphaville)* apontava o que esse processo acarreta em perda de valores humanos: o individual se torna mais importante que o social, o privilégio prevalece sobre a equidade, os valores técnicos se sobrepõem aos culturais e a exclusividade descarta a convivência e a partilha comunitária. A evocação desse antigo diretor ocorre-me em vista de estarmos vivendo um novo *boom* de autopistas, só que em território fluido do espaço virtual. A primeira reação, uma vez mais, só pode ser eufórica. Criado e educado no clima repressivo da ditadura militar, eu me vejo de repente com acesso às melhores bibliotecas, arquivos e acervos do mundo. E não é só o alcance, é também a rapidez assombrosa. [...] Não convém, porém, que a euforia ofusque nossa sensibilidade. A presente transformação é de tal vulto que requer ponderação.” SEVCENKO, Nicolau. Divagando em Omegaville. São Paulo: Revista Carta Capital, maio de 1996, n. 24, p. 85.

As vantagens são: quadro de pessoal reduzido, qualificado e bem remunerado; estrutura legal moderna (na Lei n. 8.625/93).

Entre as desvantagens, assinalamos a falta de um eficiente sistema de informações e a própria “cultura institucional”, pouco aberta ao necessário diálogo com setores externos, especialmente no próprio sistema judiciário.

A própria idéia de “autonomia funcional”, levada ao extremo, acabou transformando-se em obstáculo ao livre fluxo de informações entre os órgãos do Ministério Público.

Cada Promotor é hoje uma ilha. Trabalha de maneira isolada.

As Promotorias não existem de fato.⁹ A Lei, por si só, não modifica a cultura instalada durante décadas. É necessário que especialistas em recursos humanos, especialistas em cultura organizacional, entreguem-se logo à elaboração de um projeto que conduza à efetiva mudança cultural.

Urge que todos trabalhemos, juntos, em um projeto de renovação da mentalidade, capaz de integrar as células (membros) em órgãos (as promotorias e as procuradorias), transformando-as em equipes de trabalho. A troca de informações deve ser estimulada e organizada.

Criadas as Promotorias, o segundo momento deverá ser o de integração destas à administração central, através dos centros de apoio operacional. Nascerão, desta forma, os sistemas específicos, nos quais deve circular toda a informação relativa a cada setor de atividade.¹⁰

A alta administração deve saber, em tempo real, tudo o que acontece nos órgãos de execução.

O acompanhamento das atividades dos órgãos de execução pela administração superior não visa ao cerceamento de iniciativas (limitação à

autonomia funcional). Ao revés, pretende-se permitir que o Ministério Público (uno e indivisível), com descrição e segurança, possa caminhar coeso em direção a objetivos claros e conhecidos por toda a classe. Deseja-se permitir que a Instituição possa movimentar-se, no tecido social, provocando as esperadas mudanças (reduzindo a criminalidade, promovendo a efetiva tutela dos incapazes, protegendo os interesses sociais, os bens ambientais, os direitos do consumidor etc.).

5 DEFININDO PRIORIDADES

5.1 A tutela da vida humana

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis em um ambiente de mudanças exige que a Instituição defina suas prioridades e identifique, no ambiente social, quais devem ser seus “parceiros”.

A tutela da vida e da integridade corporal tem sido, sempre, atividade prioritária dos órgãos do Ministério Público. Não há quem desconheça a atuação do Promotor de Justiça perante os Tribunais do Júri.

No atual contexto, não há motivos para que se modifique tal prioridade. Apenas, em face do próprio desenvolvimento da sociedade, faz-se necessária uma tutela mais abrangente e efetiva.

Os bens jurídicos – vida e integridade física – merecem maior atenção do sistema judiciário no que diz respeito a seus aspectos constitucionais (CF, arts. 5º, *caput*, 6º, 129, II, 193, 194, 196 e 197, entre outros), civis¹¹ e administrativos. E, mesmo do ponto de vista penal, a tutela coletiva carece de maior atenção (crimes contra a saúde pública).

9 “Hoje, o Promotor, individualmente considerado, é a própria Promotoria. Isso faz com que o atual Promotor seja estanque, porque acaba isolado dos colegas e alheio a importantes problemas da comunidade, que não estejam noticiados nos autos. [...] O Promotor atualmente trabalha sob forma estritamente individual e, no mais das vezes, age apenas em resposta aos impulsos que lhe chegam por meio das violações à ordem jurídica noticiadas nos processos. Não tem ele, pois, um plano de trabalho elaborado a partir da constatação dos problemas comunitários, não produz, igualmente, um trabalho finalisticamente orientado para atingir objetivos específicos de atuação. Inexiste uma busca de metas de efetiva importância para o meio social e que sejam independentes ou mais abrangentes que a resposta que o Promotor deve dar, caso a caso, nos processos em que intervenha.” DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. *O plano de implantação das promotorias de Justiça. Justitia*. São Paulo: 1991, v. 154, p. 193.

10 No PROCON-MG, mantido pelo Ministério Público de Minas Gerais, o projeto de informatização de todos os órgãos e a constituição de um Sistema Estadual de Defesa do Consumidor encontra-se em fase adiantada. Os Procons das grandes cidades já estão começando a utilizar o Sistema Procon.

11 O estudo dos direitos da personalidade no Brasil tem avançado sensivelmente, nos últimos anos, com a publicação de dissertações e teses sobre o assunto. Os anteprojetos de Código Civil cuidam do tema. A partir da Constituição de 1988 é possível sustentar-se a definitiva consagração legislativa da doutrina do direito geral da personalidade (art. 5º, *caput*, diversos incisos e § 2º). Embora seja certo tratar-se de direitos bastante assemelhados aos direitos reais (em especial, a propriedade), seu caráter personalíssimo constitui obstáculo natural à sua circulação. Esta circunstância faz com que expressiva corrente doutrinária inclua-lhes a *indisponibilidade* entre os principais atributos: Cf. MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade, aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (Coord.) *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 113. Em sentido diverso, Walter Moraes, sustenta ser “improcedente a posição de alguns autores que dizem indisponíveis os direitos da personalidade, como se a idéia de dispor induzisse necessariamente a de privar-se”. MORAES, Walter. *Direito à própria ima-*

Por outro lado, a realidade mostra que a tutela do meio ambiente,¹² essencial à manutenção da vida no planeta, exige também atenção priorizada.

Nesse sentido, é necessário ampliar a parceria do Ministério Público com todos os órgãos que se dedicam à fiscalização e controle das ações e serviços de saúde e à proteção do meio ambiente.

5.2 Proteção econômica

Embora secundária em relação à proteção da vida e da saúde individuais e coletivas, a proteção econômica dos cidadãos também deve continuar merecendo destaque no planejamento estratégico do Ministério Público.

Sugere-se porém, que a prioridade recaia sobre a criminalidade econômica¹³ e a defesa do patrimônio público. Em recente artigo publicado na *Folha de São Paulo*, o jornalista *Clóvis Rossi* mostra que a soma dos prejuízos causados por autores de furtos (os clientes do sistema penitenciário) está muito aquém da soma dos causados pelos criminosos do sistema financeiro (bancos e administradoras de consórcios, para citarmos apenas os mais visíveis).

gem. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 443-80. Em estudos não publicados, relativos ao direito ao corpo, *Walter Moraes* coloca como questão fundamental “*se há um ius disponendi, sujeito embora a graves limitações, ou se na verdade o princípio é o da indisponibilidade do corpo ou da integridade física, ocorrendo exceções a tal princípio, as quais façam a exata matéria do regime legal.*”

- 12 “O planeta Terra está sitiado... pelo homem? De um lado não conseguimos conter o assalto à atmosfera – com o efeito estufa, a diminuição da camada de ozônio e a poluição do ar; de outro lado, ameaçamos a vida na terra e nos oceanos – com o despejo de resíduos tóxicos e perigosos, a contaminação por agrotóxicos e a destruição de nossas florestas tropicais, ao ritmo de uma Áustria por ano, apagando para sempre mais de uma centena de espécies de plantas e animais por dia. A crise ambiental – o sítio ao planeta terra –, que hoje ocupa a agenda dos políticos, dos economistas, dos juristas, dos meios de comunicação e principalmente da opinião pública, é fruto da revolução industrial, revolução esta que surgiu com a promessa de unidade universal, de paz e de bem-estar para todos, sem se preocupar, contudo, com os seus efeitos no meio ambiente. De um lado, apesar de inegável crescimento econômico (desigual) e do progresso tecnológico que trouxe, não cumpriu aquilo que prometeu; do outro, nos deixou um débito ambiental que dificilmente conseguiremos resgatar.” BENJAMIM, Antonio Herman. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, n. zero, São Paulo: RT, 1995, p. 83.

- 13 “A mácula da vida econômica, uma de suas mais graves doenças, é aquilo que se denomina de crimes econômicos, contra os quais a Carta Constitucional Federal de 1988 autoriza a repressão do Estado (art. 173 e seus parágrafos). A criminalidade econômica está hoje dentre aquilo que *Winfried Hassemer* denominou de “criminalidade moderna”, muito diferente da criminalidade clássica, porque transcende os direitos individuais universais, atacando bens jurídicos supra-individuais e genéricos.” FONSECA, Antonio Cezar Lima. *Direito penal do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 20.

Neste caso, há necessidade de intensificar-se a parceria com os órgãos encarregados da política econômica (Banco Central, CADE, SDE, SUNAB) e Tributária (Fazenda).

5.3 Maior eficiência aos órgãos do Ministério Público

Além da definição de objetivos e prioridades, e a consolidação das parcerias, a própria Instituição deve modernizar-se, adequando seus órgãos de execução às necessidades da sociedade.

Conforme a proposta do Prof. *Mário Frola*¹⁴ sugerimos a adoção de um modelo apoiado no tripé: formação-informação-proteção.

O Ministério Público, seguindo o exemplo de todas as instituições que têm conseguido sobreviver neste final de século, deve dedicar especial atenção às atividades de formação de recursos humanos. Hoje, a eficiência nas atividades de seleção (concursos públicos), não é suficiente para garantir a qualidade e a eficiência dos serviços. As mudanças na sociedade, na economia e no direito legislado são cada vez mais velozes. Sem atualização, sem a formação permanente, não há como corresponder às expectativas dos cidadãos.

A informação constitui o segundo esteio do nosso tripé. Vivemos na sociedade da informação. É indispensável que a administração superior saiba, a cada momento, em tempo real, sobre aquilo que acontece em cada órgão de execução. Da mesma forma, é indispensável que cada órgão de execução tenha acesso às informações necessárias ao desempenho de suas funções.

Para isso, já dispomos da tecnologia necessária. Cada vez mais, os computadores se transformam em veículos de comunicação, facilitando a troca de informações em todos os níveis.

Por derradeiro, a proteção. Proteção dos direitos do cidadão. Que será tanto mais efetiva quanto puderem ser oferecidas, aos membros da Instituição, as possibilidades de formação e informação.

6 O TERCEIRO MILÊNIO

Extremamente oportuna a escolha do tema deste Congresso Estadual do Ministério Público. A busca do futuro é essencial para que possamos bem definir nossos próximos passos na tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

14 Presidente da Associação Internacional de Direito do Consumo e Professor da Universidade Lusíada do Porto – Portugal.

Ao rever estas linhas, buscando dar-lhes uma conclusão, fica-nos a impressão de que nada de novo temos a dizer-lhes. A necessidade de olharmos para fora, de adequarmos o Ministério Público às realidades econômicas e sociais, de investirmos em formação e informação, tem estado presente em todos os nossos congressos.

Se há algo de novo, ao menos para nós, é a constatação de que tudo no mundo tem mudado, muito rapidamente. E só têm sido capazes de permanecer vivos aqueles que aprendem a adaptar-se às mudanças e que redescobrem, a cada instante, sua própria função social.

7 CONCLUSÕES

1. O Ministério Público deve estar atento às mudanças econômicas e sociais e preparar-se para atender, com rapidez e eficiência, às necessidades da sociedade.

2. A motivação dos membros de Ministério Público será estimulada com a definição de objetivos e prioridades e de indicadores de qualidade e de produtividade, especialmente indicadores sociais, aptos a demonstrar os resultados da atuação ministerial em benefício da sociedade.

3. A globalização da economia reflete-se no Direito Positivo, acelerando o processo de revisão e harmonização legislativas.

4. O Ministério Público deve buscar especialistas em recursos humanos e cultura organizacional com a finalidade de facilitar a implementação das Promotorias e das Procuradorias.

5. A troca de informações entre os membros do Ministério Público deve ser estimulada e organizada pela Administração Superior.

6. A Instituição deve definir seus objetivos e prioridades.

7. A tutela da vida e da saúde, especialmente através da busca do consumo sustentável, deve ser o primeiro dos objetivos da Instituição.

8. Na proteção econômica, é preciso priorizar a tutela do patrimônio público e a repressão à criminalidade econômica.

9. As atividades de formação, voltadas ao desenvolvimento de recursos humanos, devem ser intensificadas.

BIBLIOGRAFIA

BENJAMIM, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Ação civil pública – Lei 7.347/85. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.* Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 1995.

_____. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 1995, n. zero.

BITTENCOURT, Getúlio. *Gazeta Mercantil*. Belo Horizonte, ed. de 20/5/96.

BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. *O delineamento constitucional de um novo Ministério Público*. São Paulo: Justitia, 1993, v. 161.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. *O plano de implantação das promotorias de justiça*. São Paulo: Revista Justitia, 1991, v. 154.

DILOMENO, José Geraldo Brito. *Promotorias de justiça do consumidor: Evolução, metas e prioridades*. São Paulo: Revista Justitia, 1992, v. 160.

FONSECA, Antônio César Lima. *Direito penal do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade, aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SLVCENKO, Nicolau. Divagando em Omegaville. São Paulo: *Revista Carta Capital*, maio 1996, n. 24.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXECUÇÃO ACIDENTÁRIA*

CÉSAR ANTÔNIO COSSI**

Sumário

1. Proposição. 2. Equacionamento. 3. As várias tendências. 3.1. Considerações gerais. 3.2. Exclusão do precatório e reflexos procedimentais. 3.2.1. Posição doutrinária. 3.2.2. Posição jurisprudencial. 3.3. Imprescindibilidade do precatório – Rito. 3.3.1. Base doutrinária oposta. 3.3.2. Jurisprudência contrária à primeira corrente. Posições do STF e do STJ. 3.3.3. Legislação. 4. Crítica à prescindibilidade do precatório. 5. Projeção da tese da dispensa de precatório sobre o procedimento. 5.1. Aspectos gerais. 5.2. Crítica às tendências fragmentárias. 5.2.1. Introdução. 5.2.2. Procedimento misto. 5.2.3. Requisição direta – Ausência de prazo para embargar. 5.2.4. Rito de execução alimentar. 6. Conclusão.

1 PROPOSIÇÃO

Pretende-se com este trabalho solucionar o problema do rito processual aplicável às execuções de sentenças proferidas em ações de acidente de trabalho.

* Tese aprovada por unanimidade.

** Promotor de Justiça em Belo Horizonte.

A tese consiste em negar parcialmente incidência a dispositivo contido na lei acidentária, no que pertine ao afastamento do procedimento previsto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, por vício de parcial inconstitucionalidade.

2 EQUACIONAMENTO

Dispõe o art. 128 da Lei n. 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei n. 9.032/95, que quando o valor da execução não for superior a R\$ 4.988,57 (quatro mil novecentos e oitenta e oito reais e cinquenta e sete centavos), deixa-se de seguir o procedimento da execução contra a Fazenda Pública, contido na codificação processual civil.

A primeira pergunta que salta aos olhos do intérprete ao ler o art. 128 da Lei de Plano de Benefícios da Previdência Social (LPBPS) é a seguinte: se não há como aplicar a Seção III do Capítulo IV do Título II do Livro II da Lei Processual, o que se aplica então?

3 AS VÁRIAS TENDÊNCIAS

3.1 Considerações gerais

A fim de responder ao questionamento supra, múltiplas soluções foram apresentadas. Algumas, embora não tenham como escopo o exame da execução acidentária individualmente considerada, visualizam o problema da satisfação do crédito alimentar quando devedora a Fazenda Pública, questão mais ampla em que a ação de acidente de trabalho se insere pelo caráter alimentar da dívida conjugado com a posição da autarquia federal no pólo passivo. Sob esse primeiro prisma, de mais largo espectro, duas ordens de pensamento se colocam:

1ª conclui pela dispensa de precatório, através da exegese do art. 100 da Constituição;

2ª reputa a existência de duas classes distintas de precatórios, uma para créditos de natureza alimentar, outra para créditos de natureza diversa da alimentar.

Como se verá, a fixação do ponto pertinente à utilização ou não do precatório terá reflexos na proposta que os diversos intérpretes apresentam para a execução de débito alimentar oposto à Fazenda.

3.2 Exclusão do precatório e reflexos procedimentais

3.2.1 Posição doutrinária

Dentro da primeira corrente estão inseridas lições merecedoras de exame. Partem elas da premissa de que o crédito alimentar recebeu nova disciplina a partir da nova ordem constitucional (art. 100 e §§). *José Augusto Delgado* sintetiza a tendência:

“Quanto mais me inclino sobre o texto constitucional mais convicto fico de que essa é a vontade expressa na Carta Maior.

Não me filio aos que pensam que, na atualidade, o precatório judiciário é a única forma de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Entendo que o legislador constituinte excepcionou de tal forma de pagamento os créditos de natureza alimentícia, sem, porém, deixá-los à mercê da boa-vontade do Executivo e do Legislativo. Não visualizo, também, na expressão constitucional – ‘À excessão dos créditos de natureza alimentícia...’ colocada logo no início do art. 100 da Carta Magna, a possibilidade de se interpretar que o ‘objetivo foi o de se estabelecer duas classes de precatórios, cada qual com sua dotação orçamentária própria: a dos vinculados a obrigações de natureza alimentícia e a dos vinculados a obrigações de outra natureza. Na medida em que forem sendo liberadas as quantias correspondentes, o credor receberá consoante a ordem de precedência na sua respectiva classe’. *MILTON FLACKS*, *Precatório Judiciário na Constituição de 1988*, Rev. de Processo, RT, nº 58, págs. 85 e segs.). Não posso alargar o texto constitucional para nele colocar expressões não utilizadas pelo legislador constituinte, especialmente, quando não se trata de direitos implícitos. Estes mesmos são assegurados porque se encontram implantados no sistema democrático vivido pela Nação e acobertados pela Declaração de Direitos do Homem. Não é o caso, nem de longe, da duplicidade de precatórios como defende determinada corrente da doutrina. O sentido do legislador constituinte foi, como afirma, o de excepcionar do sistema de precatório o crédito de natureza alimentar, isto é, de determinar que ele seja pago imediatamente em razão de sua própria função de propiciar melhores condições de vida para o titular do direito. O sistema, que ao meu ver decorre da Carta Magna, não leva a gerar qualquer privilégio, nem a provocar a prática de atos que atentem contra o funcionamento da administração pública. Acode-se, simplesmente, com a sua instituição, ao direito maior da cidadania,

que é o de receber do Estado o seu crédito de natureza alimentícia que foi reconhecido pelo Poder Judiciário.”¹

Como consequência lógica dessa postura, o articulista aconselha um procedimento executivo misto, utilizando-se parcialmente da linha traçada nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, substituindo o precatório por requisição direta, após decurso de prazo a ser fixado pelo juiz como se procedesse à execução de obrigação de fazer. Acresce, ainda, a possibilidade de seqüestro, incriminação do administrador por desobediência e até intervenção federal:

“O crédito de natureza alimentícia, após devidamente apurado, isto é, liquidado por artigos, por cálculos ou por arbitramento, com sentença transitada em julgado, passa a se constituir de quantia certa e com condições de ser exigido do devedor solvente. Daí a aplicação ao mesmo art. 646, do CPC: ‘A execução por quantia certa tem por objetivo expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).’ Por expropriação, entende-se a alienação de bens do devedor para o patrimônio do credor (art. 647, I, do CPC). Tratando-se da Fazenda Pública, esta será citada para opor embargos no prazo de (10) dez dias (art. 730, CPC). Se tais embargos forem apresentados, passa-se aos demais atos necessários ao seu julgamento (arts. 736 e seguintes do CPC) até alcançar a fase final. Considerados improcedentes ou procedentes em parte, por decisão definitiva, o Juiz requisitará o pagamento ao ordenador de despesa competente da repartição junto à qual está subordinado o servidor. Em caso de pensão paga diretamente pelo Tesouro Nacional, a requisição deve ser dirigida ao Delegado da Fazenda Nacional no Estado, em se tratando de servidor do Executivo, ou ao Poder Judiciário ou Legislativo, conforme o caso. Do mesmo modo proceder-se-á se, após dez dias, a contar da citação acima referida, embargos não forem interpostos.

Em que prazo deverá o ordenador de despesa cumprir a decisão? Não há, em nosso sistema processual civil, regras específicas para tal tipo de execução. Tal decorre da nova fisionomia instalada pela CF, o que exigirá, com certeza, legislação apropriada. Deve o juiz, então, atuar como se legislador fosse, não só porque o art. 100 da CF é de

aplicabilidade imediata, mas, também, por lhe permitir, quando essa situação lacunosa ocorre, o art. 126 do CPC, em combinação com o art. 4º, da LICC. O referido dispositivo processual determina que ‘O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito’. Na espécie enfocada, deve o juiz, por interpretação analógica, adotar as regras dispostas no CPC que conduzam à satisfação do julgado. Assim, o cumprimento da decisão pelo ordenador da despesa deve se concretizar em prazo razoável, assinalado pela autoridade judiciária, da mesma forma que o faz quando da execução da obrigação de fazer (art. 632, CPC). O ordenador da despesa, no prazo fixado, que deve ser suficiente para o atendimento da medida, adotará providências cabíveis para atender à execução, utilizando-se, para tanto, da dotação orçamentária destinada ao pagamento do pessoal, no exercício em que a obrigação tornou-se exigível. Salienta-se que não há de ser adotado procedimento semelhante ao precatório requisitório, como, por exemplo, o da requisição do pagamento ser feito por intermédio do Presidente do Tribunal. A dotação orçamentária a ser utilizada é a destinada para a rubrica do Pessoal ou de Benefícios para o exercício em curso, efetuando-se o pagamento como se vencimentos normais fossem, porque na realidade, o são, sem, também, ser necessário pedido de crédito especial para tal fim. Esta última medida só será tomada, como se faz todos os anos quando se finda a dotação orçamentária para atender à determinada rubrica, se os recursos orçamentários se tornarem insuficientes como um todo. Há de se fazer cumprir, na espécie, o dispositivo constitucional que não estabeleceu qualquer restrição ao pagamento dos créditos de natureza alimentícia por parte da Fazenda Pública. Em consequência, ilegal será a resistência oferecida pela autoridade competente (o ordenador da despesa) que não liberar os valores devidos, após empenhá-los, no prazo exigido pelo juiz. Caso ocorra a preterição do direito do exequente, deve o juiz, depois de ouvido o MP, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito, bloqueando a conta bancária do órgão respectivo e expedindo o competente alvará no limite do crédito. O seqüestro deverá recair em dotação financeira destinada de modo global sobre a rubrica de pagamento do pessoal, isto é, vencimentos. Em nenhuma hipótese a execução do crédito de natureza alimentícia depende da dotação orçamentária que é colocada à disposição do Presidente do Tribunal para o pagamento dos demais créditos de natureza não alimentícia.

O não cumprimento da ordem emanada pelo juiz da execução, no prazo determinado, além de permitir o seqüestro de quantia necessária à satisfação do julgado, pode conduzir a se apurar a responsabilidade penal do agente administrativo responsável para ordenar a despesa, em caso de atuação dolosa, ou até mesmo a prática do crime de responsabilidade, dependendo da autoridade que praticar o impedimento ou frustração do pagamento determinado pela sentença judiciária, a teor do que especifica a Lei nº 1.079, de 10.04.50, artigo 12. Em casos mais graves, há condições de haver até intervenção nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios, desde de que se configurem as hipóteses previstas nos arts. 34, VI e 35, IV, da CF, respectivamente.”²

Com algumas oscilações, *Edilson Pereira Nobre Júnior*,³ *Paulo Afonso Brum Vaz*,⁴ e *Francisco Dias Teixeira*,⁵ adotam a mesma tese.

Interessante solução é dada por *Oswaldo Flávio Degrazia*, para quem a execução dos títulos de natureza alimentar (excepcionados do regime de precatório pelo art. 100 da CF) segue o rito dos arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil.⁶

Por fim, *Jorge Luiz Souto Maior*⁷ e *José de Oliveira*⁸ fundamentam a requisição direta seguida de prisão no caráter contratual da atividade desenvolvida pela Previdência Social:

“Ocorre que o sistema previdenciário foi instituído com base no sistema de seguro, onde as fontes de custeio, destinado ao pagamento dos benefícios, são previamente estabelecidas.

Há, portanto, mediante cálculos atuariais, uma pre-fixação dos valores dos benefícios, em correspondência às quantias arrecadadas e que constituem a receita do Instituto.

O orçamento do INSS, para cumprir o compromisso do pagamento dos benefícios que assegura, antecede à constituição do crédito previdenciário, que se dá pelo preenchimento dos requisitos exigidos em lei para a aquisição do benefício.”⁹

3.2.2 Posição jurisprudencial

Sob o prisma pretoriano, em que pese se encontrarem na primeira faixa supracitada, vislumbram-se variações próprias de um tema rico. O pilar fundamental, contudo, permanece o mesmo: inaplicabilidade do regime de precatório à dívida alimentar, por força do art. 100 da Constituição Federal, afastando também os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. Nesse sentido: RJ 175/85, RT 679/151, 690/133, 698/130 e 701/114. Res-salve-se apenas que o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁰ parece restringir a dispensa aos créditos abaixo do teto do art. 128 da Lei n. 8.213/91, o que também ocorre com parte da doutrina.

Quanto a aplicabilidade do art. 4º da Lei n. 8.197/91, negam-na taxativamente: RJ 175/85; RT 679/151 e 690/133. O Tribunal de Alçada Cível de São Paulo ainda vai mais longe: inquina de inconstitucional o dispositivo.¹¹

Também por aqui transparece a teoria da atividade eminentemente privada da autarquia, dando ensejo à satisfação do crédito mediante arrecadação de valores que, em verdade, pertencem ao segurado, porém, sob gestão autárquica:

“A ação acidentária visa à indenização decorrente de seguro, ou seja, de contrato, no caso, estabelecido por lei, pelo qual uma das partes, a seguradora, se obriga, mediante cobrança de prêmio, a indenizar a outra dos prejuízos decorrentes de infortúnio, sem delongas capazes de frustrar os efeitos desejados.”¹²

“Ademais, o montante arrecadado pelo INSS não lhe pertence, nem ao Estado. O Instituto é mero gestor dos fundos depositados em suas mãos, para garantia dos interesses dos trabalhadores. A circunstância de que lhe cumpre a arrecadação, incluindo as medidas coercitivas que visem à sua materialização, não modifica o quadro, porque sempre o fará como gestor, na forma da lei.”¹³

“Recaindo a execução sobre obrigação decorrente de fonte de custeio formada por contribuição cuja natureza tem destinação específica, inquestionável a legalidade do seqüestro imposta sobre patrimônio não

2 DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*

3 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. RT 707/14.

4 VAZ, Paulo Afonso Brum. RPS 177/539.

5 TEIXEIRA, Francisco Dias. RPS 178/643.

6 DEGRAZIA, Oswaldo Flávio. RT 666/242.

7 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. RT 696/278.

8 OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 215-216.

9 RT 696/279.

10 RJ 175/85.

11 RT 693/177.

12 RT 698/131.

13 RT 701/114.

institucional da autarquia decretado como medida cautelar atípica visando a assegurar efetividade ao julgado executando.”¹⁴

Os ritos executivos sugeridos pela corrente ora analisada guardam razoável concordância com os pareceres já dissecados no subitem 3.2.1.

Há quem não indique nenhum caminho a seguir,¹⁵ limitando-se a rejeitar o procedimento específico do Código de Processo Civil relativo à Fazenda Pública.

Já outros, misturam preceitos processuais e constitucionais. A 7ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo aconselha seqüestro sobre o “patrimônio não institucional da autarquia”;¹⁶ a 4ª Câmara aponta para a requisição direta do juiz da execução (diversa do precatório), acrescida dos meios necessários, em especial o seqüestro,¹⁷ no que é seguida pela 3ª Câmara,¹⁸ também do mesmo Tribunal de Alçada. Outro acórdão, no entanto, aponta para a incidência do art. 730, excluído o precatório, incriminando o não-cumprimento à requisição, sem embargo de intervenção na autarquia nos termos do art. 34, VI, da Carta Política.¹⁹

Encerra aqui a análise objetiva da primeira corrente que, em suma, traduz duas características essenciais:

1. desnecessidade de precatório para satisfação de créditos alimentícios devidos pelo Poder Público;

2. decorrente da primeira, consistente no amálgama de princípios de origens diversas (processuais, substanciais de ordem privada e constitucionais), ensejadores de um rito peculiar, alheio ao previsto no Código de Processo Civil para satisfação daquela espécie de dívida.

3.3 Imprescindibilidade do Precatório – Rito

3.3.1 Base doutrinária oposta

A segunda corrente em estudo parte do pressuposto da impenhorabilidade dos bens públicos, imprimindo exegese diferente ao art. 100 da Constituição.

*Milton Flaks*²⁰ analisa de modo minudente o instituto. Segundo ele, a impenhorabilidade estende-se às rendas administradas pela Fazenda, sendo, a necessidade de expedição de precatório, inclusive para pagamento do *quantum* alimentício, corolário da separação de poderes. Extrai do art. 100 da Constituição Federal a ilação de que o precatório continua imprescindível, observada categoria especial para o crédito alimentar. Faz, ainda, considerações a respeito do seqüestro de assento constitucional.

*Celso Agrícola Barbi*²¹ atesta a dificuldade, mencionando o conflito que se instaurou ante a falta de regulamentação satisfatória. Após apontar os riscos da ausência de precatório, sugere a manutenção do sistema com inserção no orçamento de verba para pagamento dos requisitos apresentados durante o ano de vigência e, se esgotada esta, abertura de crédito suplementar. Tece comentários sobre a possibilidade de seqüestro.

*Sérgio Roberto Leal dos Santos*²² bate-se pela existência de ordens paralelas de precatórios à vista do caráter público de que se reveste a Previdência Social. Nega que o constituinte tenha excepcionado os princípios orçamentários gerais em favor do crédito alimentar. Partindo de uma interpretação publicista e da impenhorabilidade de bens de que goza a autarquia, afasta a incidência de execução por quantia certa contra devedor solvente para aplicar o rito dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

No que tange ao seqüestro, argumenta ser de competência do Presidente do Tribunal exclusivamente para casos de preterição do direito de precedência, incidindo a medida sobre o patrimônio do credor beneficiado.

Por último, *Hugo Nigro Mazzilli*²³ assevera que a nova Constituição da República criou tratamento diferenciado, mais benéfico, para os créditos de origem alimentar sem, porém, isentá-los da exigência de precatório, tornando necessário o estabelecimento de duas ordens cronológicas distintas de pagamentos. Para este escritor o seqüestro, de natureza político-administrativa, obedece a dadas condições legais: a possibilidade de o pagamento ser atendido pelo valor do depósito e a inversão da ordem de preferência, não perdendo de vista a competência do Presidente do Tribunal.

¹⁴ RT 690/135.

¹⁵ RJ 175/85 e RT 679/151.

¹⁶ RT 690, *Loc. cit.*

¹⁷ RT 698/131.

¹⁸ RT 701/114.

¹⁹ RT 693/179.

²⁰ *Precatório judiciário na Constituição de 1988*. RF 306/107.

²¹ RT 701/17.

²² RPS 174/306.

²³ *Notas sobre o pedido de seqüestro contra a Fazenda Pública*. RT 673/237.

3.3.2 Jurisprudência contrária à primeira corrente. Posições do STF e do STJ

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em variados precedentes, demonstra a necessidade do precatório. Julgado constante da RT 693/210, da 3ª Câmara, atesta tal imprescindibilidade sem considerar, entretanto, a natureza autenticamente alimentar do crédito apurado em liquidação de acidente de trabalho. Leia-se a ementa:

“ACIDENTE DO TRABALHO – Liquidação de sentença – Precatório Judicial – Indispensabilidade – Crédito de natureza não alimentícia, embora possa servir para tal – Aplicação do art. 100 da CF.

Ementa oficial: Acidente do trabalho. Liquidação de sentença. Pagamento do débito. Necessidade de precatório. Art. 100 da CF. O crédito apurado em liquidação de ação de acidente do trabalho não tem natureza alimentícia, embora possa servir para tal, devendo, na forma do art. 100 da CF, expedir-se o competente precatório, para liquidação do débito.”²⁴

Em outro acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, agora através da 5ª Câmara, não titubearam os juizes em afirmar o caráter alimentar do débito previdenciário e, depois de apontar os riscos de se comprometer o funcionamento da autarquia pela falta de recursos, bem como citar doutrina e jurisprudência dos TRF (1ª e 5ª regiões), STJ e STF, optam pela manutenção do instituto, dispensada tão-somente a ordem cronológica.²⁵

Indo um pouco além, a 3ª Câmara do Tribunal de Alçada mineiro, assim se manifestou:

“EXECUÇÃO – PREVIDÊNCIA SOCIAL – PENHORA.

– A execução contra o INSS rege-se pelas normas processuais relativas ao processo de Execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC comb. c/ art. 8º da Lei 8.620/93), não estando portanto sujeitos os bens do executado a qualquer constrição judicial. O pagamento de crédito previdenciário sujeita-se à apresentação de precatórios na forma do art. 100 da Const. Federal.”²⁶

²⁴ MS 120.415-9, 3ª C., j. 22/10/91, rel. Juiz Abreu Leite.

²⁵ Decisão colegiada unânime de 5/10/95, proferida na AI n. 191.535-1, relator Brandão Teixeira, publicada na íntegra no *Diário Oficial de Minas Gerais*, em 16/12/95, seção do Judiciário, p. 8.

²⁶ MS n. 184.129-2, acórdão de 15/3/95, rel. Abreu Leite.

Há aqui uma indicação de que procedimento executivo deve-se seguir.

Interessante notar que, apesar da aparente unanimidade de votos, o 1º vogal, *Ximenes Carneiro*, pugna pela prescindibilidade do precatório, substituindo-o pela requisição direta, pena de caracterizar-se desobediência, caindo o julgador na tese contrária.

No mesmo sentido, reconhecendo a duplicidade de espécies de precatórios, existem precedentes dos tribunais de São Paulo.²⁷

O Tribunal Regional Federal da 3ª região assim já se manifestou:

“9840 – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – Cálculo do contador. Lei 8.898/94. Execução contra a Fazenda Pública. Obrigatoriedade da expedição de precatório. Com as alterações introduzidas pela L. 8.898/94, que deu nova redação ao art. 604 do CPC, aboliu-se a modalidade de liquidação da sentença por cálculo do contador. A exceção estabelecida na primeira parte do art. 100 da CF, não derogou os princípios orçamentários inerentes à Fazenda Pública, limitando-se a isentar os créditos de natureza alimentar, como aqueles de ora se trata, da observância da ordem cronológica em relação aos de natureza geral. Precedente do STF na ADIn. 47. Agravo parcialmente provido para determinar-se que a execução em causa se faça nos moldes do art. 730 e ss. do CPC, com a regular expedição do precatório. (TRF 3ª R – AI 95.03.027478-8 – SP – 1ª T – rel. Juiz *Theotônio Costa* – DJU 11/07/95).”²⁸

No STJ, o problema foi objeto da Súmula n. 144, *verbis*:

“Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.”

Insere-se ainda na tendência ora exposta a jurisprudência do STF, cuja ementa é a seguinte:

“PRECATÓRIO JUDICIAL – Crédito de natureza alimentar – Indispensabilidade – Isenção, porém, da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas – Inteligência do art. 100, *caput*, da CF.

Ementa oficial: Precatório. Prestações de natureza alimentícia. Art. 100, *caput*, da CF. O Plenário desta Corte, ao julgar a ADInconst 47, decidiu,

²⁷ RT 665/83, 674/92, 675/138 e 662/81.

²⁸ RT 216/78.

por maioria de votos, que a exceção estabelecida no art. 100, *caput*, da CF, em favor dos denominados créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas. Recurso extraordinário conhecido e provido.”²⁹

Outro acórdão da Suprema Corte, em linha idêntica, foi proferido no RE 184.280-6-SP, relator Ministro *Celso de Mello*.³⁰

3.3.3 Legislação

Encerrando a parte expositiva deste trabalho, não é demais transcrever o art. 4º da Lei n. 8.197/91 que, dentre outras providências, regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública:

“Art. 4º Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciais e à conta do respectivo crédito.

Parágrafo único. É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de natureza alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais.”

Como visto linhas atrás, alguns inquinam o dispositivo de inconstitucional, sendo razoável destacar que a *ratio legis* da norma encaixa-se com a base teórica da segunda tendência, favorável ao precatório, inclusive para satisfação de crédito alimentar.

4 CRÍTICA À PRESCINDIBILIDADE DO PRECATÓRIO

O primeiro óbice intransponível à dispensa de precatório reside na separação das funções, princípio inserto na Constituição Federal (art. 2º), protegido por cláusula de pedra (art. 60, § 4º, III, da CF). O princípio, óbvio, não é absoluto, mas indica de modo claro a necessidade de disciplinar as intervenções recíprocas entre poderes.

Exemplo típico dessas interpenetrações encontra-se na atividade executiva, a cargo do Judiciário, quando ré a Fazenda Pública. A satisfação do julgado requer procedimento especial, sob pena de gerar superposição incompatível com tal estrutura e, por extensão, arbítrio.

Deduz-se, assim, que toda exegese a ser feita neste particular não pode perder de vista a noção fundamental de equilíbrio entre poderes. Leia-se a advertência de *Milton Flaks*:

“Não obstante tais progressos, continua a desafiar a criatividade de juristas e legisladores o modo de tornar efetivas as sentenças judiciais que imponham uma obrigação de pagamento ao Estado, isto é, de executá-las coativamente sem quebra do princípio da independência e harmonia entre os Poderes.”

O Texto Maior, tencionando garantir aquele princípio básico, concede à Fazenda Pública a garantia de inalienabilidade, que envolve a impenhorabilidade, colocando seus bens a salvo de usucapião e de execução forçada (arts. 100, 183, § 3º e 191, parágrafo único, todos da CF). Tal se reflete na legislação infraconstitucional: art. 67 do Código Civil.

Oportuno o comentário de *Seabra Fagundes*:

“Tendo tal circunstância em vista, cabe indagar: é possível conceber a execução forçada contra a Administração Pública? Como regra se impõe a resposta negativa, isto é, que não tem lugar execução forçada contra a Administração Pública. Esta norma assenta na inalienabilidade dos bens públicos, inalienabilidade ‘que lhes é peculiar’, segundo o Código Civil, só admitindo as exceções prescritas pela lei. Da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade, e, como consequência, a impossibilidade de execução forçada exercida por tais bens? Se esta se consuma, enfim, pela conversão, em dinheiro, da coisa penhorada ao obrigado faltoso, pela venda judicial, ou, excepcionalmente, pela entrega da própria coisa em adjudicação, e se o bem é intransferível, não pode ter lugar no momento culminante da execução forçada, que é a ‘providência traslativa’.

[...]

A regra da impenhorabilidade dos bens públicos, se, por um lado, exprime a sobrevivência dos arraigados privilégios fiscais do Estado absolutista, por outro lado, é explicável por relevantes razões de ordem política. Com efeito. Deixar o patrimônio público à mercê de execuções ilimitadas seria abstrair, no seu emprego, do critério de oportuni-

²⁹ RT 693/271.

³⁰ *Diário Oficial de Minas Gerais*. Seção do Judiciário de 22/3/96, p. 2.

dade e conveniência, a cargo do Poder Legislativo e da Administração, para aceitar o critério puramente jurídico, do Poder Judiciário. Chegar-se-ia ao absurdo de tolher e até paralisar as atividades administrativas pela falta de meios pecuniários.”³¹

Fixados esses pontos, dá-se o passo seguinte, no sentido de procurar a correta interpretação a ser dada ao art. 100 da Carta Política. No acórdão publicado *in* RT 693/271, que posicionou o STF em favor da necessidade de precatório até para dívidas de natureza alimentar, a Procuradoria da República, através de parecer da lavra de *Anadyr de Mendonça Rodrigues*, faz a exegese do dispositivo:

“Ora, a forma de se legitimar a interpretação encontrada pelo v. acórdão recorrido, para o *caput* do art. 100 da Carta de 1988, estaria no reconhecimento de que o *caput* do art. 117 da Emenda 1/69 disposição constitucional que lhe é precedente constituía preceito *instituidor* da exigência de utilização de *precatórios* para o pagamento das dívidas da Fazenda Pública: assim, seria possível entender que a inserção da ressalva ‘à exceção dos créditos de natureza alimentícia’ pôs tais créditos de natureza alimentícia a salvo da exigência de serem pagos mediante precatório judiciário.

Não tem sentido jurídico tal exegese, todavia, porque, manifestamente, o referido art. 117 não teve por escopo a instituição da exigência de processamento dos pagamentos pela Fazenda Pública mediante precatórios e, sim, propôs-se a fixar as condições do processamento de tais precatórios, pelo que essa disposição poderia, perfeitamente – sem comprometimento de seu efetivo sentido –, ser lida da seguinte forma: ‘Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão: a) na ordem de apresentação dos precatórios; e b) à conta dos créditos respectivos; c) proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extraorçamentários abertos para esse fim’.

Por isso, a inserção da ressalva ‘à exceção dos créditos de natureza alimentícia’, no texto de 1988 – que praticamente reproduz o texto de 1969 –, só pode ser entendida como referindo-se à cláusula pertinente à *ordem* (que a atualmente vigente Carta Magna explicitou ser cronológica) de *apresentação dos precatórios*.

Não bastassem os argumentos até aqui expendidos, para sustentar que os créditos de natureza alimentícia só estão forrados da sujeição à ordem cronológica – *submetendo-se, sempre, ao pagamento mediante expedição de precatórios* – dever-se-ia ainda considerar que a melhor demonstração de não ser a mais correta, a interpretação adotada pelo v. acórdão impugnado, está na distinção que um dos doutos votos vencedores se viu forçado a fazer, para poder chegar à conclusão que esposou: [...]

Bem por isso é que não se revela razoável a interpretação adotada pelo v. acórdão recorrido, pois não se faz crível que o constituinte de 1988 pretendesse retirar, aos credores de prestações de natureza alimentícia – exatamente os presumivelmente mais necessitados –, a proteção maior que o art. 100 da Constituição Federal lhes outorga, que é a pertinente à *efetiva possibilidade do pagamento, pela Fazenda Pública, para deixá-los tão-só, frente aos demais credores, com a vazia vantagem de não ver submetido ao processamento de precatório o pagamento do que lhes for devido*”. (grifamos)

Ainda em matéria de hermenêutica, vale citar princípio interpretativo mencionado por *J. J. Gomes Canotilho*:

“4. O princípio da “justeza” ou da conformidade funcional

O princípio da conformidade constitucional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE). É um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional (cfr. *infra*, Parte IV, Cap. 30°), nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da Constituição.”³²

31 SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 164/166.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 227-228.

A ilação que se tira é de que a supressão do instituto agride a Constituição, seja através de norma legal como a do art. 128 da Lei n, 8.213/91, ou mesmo por via de decisões judiciais.

5 PROJEÇÃO DA TESE DA DISPENSA DE PRECATÓRIO SOBRE O PROCEDIMENTO

5.1 Aspectos gerais

Até aqui ficou bastante claro que o requisitório está umbilicalmente unido ao modo de satisfazer o valor devido pela Fazenda. Seu afastamento, como querem alguns, causa dificuldades na concretização de um rito ao mesmo tempo justo e eficaz. Mesmo sem esposar a interpretação exposta linhas atrás, muitos não conseguem conceber a dispensa à vista das dificuldades práticas e riscos de fazê-lo.³³ Chegaram esses a idêntico resultado por via transversal, o que não deixa de ser um dado de relevo. Os procedimentos judiciais criados em lei levam em conta as condições especiais de seu objeto. Não podem consistir em maquinações abstratas e arbitrárias, sob pena de se tornarem inúteis ao fim a que se destinam. É como utilizar um garfo para tomar sopa.

Leciona *Humberto Theodoro Júnior*:

“Em razão de vários fatores, como o valor da causa, a natureza do direito material controvertido, a pretensão da parte etc., a forma com que o processo se desenvolve assume feições diferentes.

Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser.

A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimentos.

Procedimento é, destarte, sinônimo de rito do processo, ou seja, ‘o modo e a forma por que se movem os atos no processo’.”³⁴

E prossegue o autor no tocante à indisponibilidade do rito:

“Não pode o autor, nem mesmo com o assentimento do réu, substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário naqueles casos em que a lei manda observar o primeiro.

‘A forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas da Justiça.’ A não ser nas hipóteses de pedidos cumulados (art. 292, § 2º), ‘a parte não tem a disponibilidade de escolha do rito da causa’.”³⁵

A bem da verdade, nem sempre se decreta a nulidade por falta de prejuízo, existindo casos em que a adaptação é necessária por falta de maiores elementos que deveriam ter fonte legal. Tais hipóteses, no entanto, são excepcionais e não a regra geral. Impõe-se, antes de tudo, visualizar se os microssistemas já existentes na estrutura processual vigente podem acolher dada situação de fato, evitando a utilização de pedaços de procedimentos diversos, porque cada um é regido por vetor próprio, guardando maior consistência lógico-jurídica. O somatório pode ter resultante equivalente a de um *Frankenstein*.

5.2 Crítica às tendências fragmentárias

5.2.1 Introdução

A primeira oposição que se faz ao que se pode chamar de tendências fragmentárias, expostas no subitem 3.2, já foi feita quando da crítica à teoria da dispensabilidade do requisitório – item 4. Demonstrou-se que a Carta Política exige expedição de precatório também para os créditos alimentares devidos pela Fazenda.

Seguir-se-á então um exame analítico dos ritos propostos por quem supõe ter o art. 100 da Constituição Federal suprimido o instituto do precatório para débitos alimentares.

5.2.2 Procedimento misto

O mais comum é aplicar o art. 730 do Código de Processo Civil parcialmente, ou seja, citar a devedora para opor embargos em 10 dias; decididos estes ou decorrido o prazo, requisita-se diretamente ao ordenador da despesa. O não-cumprimento acarretará seqüestro dos valores e até, para alguns, prisão do administrador por desobediência.

³³ RT 701/17.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I, p. 358.

³⁵ *Op. cit.*, p. 369.

O posicionamento, ressalvadas sempre algumas peculiaridades, é bem visto nas seguintes publicações: RJ 197/17, RPS 177/542, RT 693/179 e 707/17. Diga-se em favor desta tendência existir a preocupação em possibilitar a oportunidade de oposição de embargos ou, como quer o articulista da RT 707/17, oferta de prazo para contestar o *quantum* apresentado *ab initio* pelo exequente, cabendo, da decisão, recurso de apelação.

Ocorre que mesmo dando azo à manifestação de insurgência por parte do devedor, a seqüência dos atos executivos merece reparos.

Primeiro, por ordenar o seqüestro fora da hipótese prevista no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, medida de caráter administrativo e da competência do Presidente do Tribunal, não do Juiz da execução.³⁶ Ademais, a medida pressupõe a existência de precatório e deve recair sobre o patrimônio do credor indevidamente beneficiado.

Segundo, por praticamente aparelhar tal espécie de execução com tipo penal de razoável amplitude, como o de desobediência, sem levar em conta a provável inexistência de dolo na conduta do ordenador, à vista da complexidade organizacional da administração pública e o fato de ele pertencer a outro Poder. Sob esse ângulo, aproxima-se da Lei das Doze Tábuas.

Tampouco se diga que no tocante à execução em face da Previdência Social agride-se o patrimônio não institucional da autarquia que não passa de mera companhia seguradora revestida da roupagem de entidade pública.³⁷

A Lei n. 8.620/93, em seu art. 8º, refletindo melhores interpretações, é clara: outorga ao INSS condição idêntica à da administração direta.

Quanto às contribuições arrecadadas é elucidativo o seguinte ponto de vista de *Milton Flaks*, citando *Seabra Fagundes*:

“Esfêrecendo porque a impenhorabilidade se estende às rendas do erário, sublinha: ‘A sua finalidade genérica é a satisfação dos diversos compromissos do Estado, mas o seu destino, como *resultado da arrecadação*, vem especializado nas *verbas orçamentárias*. Por isso, as rendas, uma vez postas em mãos da autoridade administrativa pela arrecadação, participam da categoria de *bens de uso especial*’.”³⁸ (grifamos)

Vê-se assim que os valores arrecadados assumem feição pública e não podem ser tratados de modo destacado do ente que os gere. A visão privatista é inconcebível. Ademais, olvida-se da neblina política que envolve a instituição e, por extensão, seus recursos.

Portanto, o procedimento sugerido por esta fração da doutrina e jurisprudência baseia-se em autêntica constrição de bens públicos, impenhoráveis por força da Constituição e de lei ordinária, acrescido ainda de medidas drásticas e inaplicáveis.

5.2.3 Requisição direta. Ausência de prazo para embargar

De outras manifestações sequer se entrevê a possibilidade de ataque por meio de embargos.³⁹ Tal trilha não se configura tecnicamente como defesa, mas como ação incidental que, em sentido *lato*, guarda concordância com o caráter defensivo (leia-se contraditório).

Segundo *José Carlos Barbosa Moreira*:

“De um lado, porém, não deve a execução ter curso, se o crédito atribuído ao exequente no título porventura não subsiste; e, de outro, fica a sua realização, em qualquer caso, sujeita a minuciosa disciplina, da qual não se há de afastar. Cuida o ordenamento de dispensar ao executado a proteção imprescindível, resguardando o seu legítimo interesse de não se submeter à atividade executiva, quando tenha deixado de haver razão para que ela se desenvolva, ou quando o seu desenvolvimento, porventura/transborde os estritos limites em que deve conter-se. É natural que se abra ao executado, em semelhantes hipóteses, o ensejo de *impugnar* a execução; não propriamente *defendendo-se*, mas *contra-atacando*, com o fito de tirar eficácia ao título, e portanto deter a atividade executiva, desfazendo a que já se houver realizado, ou, pelo menos, reduzi-la às justas proporções. A via própria ao exercício dessa pretensão é, na linguagem do Código, a dos ‘embargos do devedor’.

2. Não constituem tais embargos, conforme se vê, um meio de defesa, assimilável à resposta (ou, em termos específicos, à *contestação*) do réu no processo de conhecimento. Neste, o contraditório é instaurado por iniciativa de quem vai a juízo; no de execução, verifica-se o contrário: ao sujeito passivo é que toca o ônus de tomar, eventualmente, aquela iniciativa. Têm os embargos, pois, a natureza de *ação*, distinta da que se está exercitando no processo executivo, embora intuitivamente conexa (em sentido *lato*) com ela, e tendente a destruir o aludido processo, ou a cortar-lhe os excessos. Como se verá oportunamente

36 No mesmo sentido: RT 673/237 e 701/17; RF 306/107; RPS 174/306.

37 OLIVEIRA, José de. *Op. cit.*, p. 216 e RT 698/131; 690/133; 701/116; 696/278.

38 RF 306/108.

39 RT 698/130, 690/132, 679/151 e 696/278.

(*infra*, § 19, n. II, 1), num caso excepcional, podem visar os embargos à invalidação do próprio processo de conhecimento onde se proferiu a sentença que serve de título à execução.”⁴⁰

A oportunidade para o devedor embargar, regulada em todas as espécies de execução previstas no Código de Processo Civil, consiste em exigência do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF). O dispositivo constitucional em foco deve ser interpretado com o auxílio do princípio da *máxima efetividade*, assim definido por J. J. Gomes Canotilho:

“Este princípio, também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”⁴¹

Destarte, a linha sugerida por aqueles estudiosos, ou pelo menos a linha que foi factível de visualização, não pode ser seguida. A exigência de pagamento imediato decorrente do art. 128 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social e o afastamento dos arts. 730 e 731, retiram a faculdade de propor a oposição, o que se torna mais grave com a nova redação dada aos arts. 603 e seguintes da Codificação Instrumental pela Lei n. 8.898/94. Agora os cálculos são ofertados pelo exequente, de maneira unilateral, e sequer cancelados judicialmente, sendo que a discussão quanto à sua correção ou não só pode ocorrer por via da ação incidental. Destaque-se, ainda, que se se reputar ínsito a esta espécie de dívida alimentar o carácter da irrepetibilidade, em que pese não derivar de laços familiares, a corrente sob crítica tende a causar dano irreparável.

5.2.4 Rito da execução alimentar

Por fim, analise-se a potencial incidência dos arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil. Citados dispositivos relacionam-se com a dívida

alimentar, nascida das obrigações de família, daí a previsão de prisão do devedor (art. 733, § 1º, do CPC).

O próprio articulista que propõe essa modalidade executiva (RT 666/242) é obrigado a condicioná-la, suprimindo do mandado a cominação de prisão ao agente público.

Também por aqui é fácil observar o descompasso entre o instrumento que o aplicador pretende adaptar e o objeto a que ele se direciona.

6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, retira-se que:

1. O precatório é exigível para toda e qualquer execução em face da Fazenda Pública, incluídas também as autarquias.
2. O art. 100 da Constituição Federal não excepciona o crédito de origem alimentar, senão para autorizar ordem especial diversa da dos precatórios de origem não alimentar.
3. É inconstitucional o art. 128 da Lei n. 8.213/91 no tocante a seguinte expressão: “e quitadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil”.
4. A inconstitucionalidade do dispositivo (art. 128 da Lei Previdenciária) se manifesta também pela circunstância de afastar os embargos do devedor como forma de impugnação, contrastando com o contraditório (devido processo legal).
5. O art. 4º e parágrafo único da Lei n. 8.197/91 está de acordo com o Texto Político.
6. Às execuções propostas em face da Previdência Social incidem os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- OLIVEIRA, José de. *Op. cit.*, p. 216 e RT 698/131; 690/133; 701/116; 696/278.
- Precatório judiciário na Constituição de 1988*. RF 306/107.

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 352.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 227.

RF 306/107-108.

RJ 175/85.

RPS 174/306.

RT 216/78.

RT 662/81.

RT 665/83.

RT 673/237.

RT 674/92.

RT 675/138.

RT 679/151.

RT 690/132-135.

RT 693/179-271.

RT 696/278.

RT 698/130-131.

RT 701/17-114.

SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I.

DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO*

EPAMINONDAS DA COSTA**

Sumário

1. Introdução. 2. Discussão da matéria de fundo do ponto de vista teórico e prático. 3. Doutrina, fonte histórica, interpretação exegética e jurisprudência sobre o assunto. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A defesa do patrimônio público é, a meu ver, um dos temas mais efervescentes da atualidade que, com certeza, merecerá enfoque privilegiado na atuação do Ministério Público do Terceiro Milênio. Isto porque grande parte dos problemas que afligem o povo, especialmente nos países em desenvolvimento, está ligada aos investimentos em proporções sempre reduzidas nas áreas de habitação, saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, por causa da malversação do dinheiro público e da corrupção administrativa.

Daí que a Constituição do Estado de Minas Gerais consagra em seu texto norma programática revolucionária, a saber: “A sociedade tem direito

* Tese aprovada por unanimidade, observadas as alterações sugeridas pelo próprio autor e aprovadas pela Comissão Temática.

** Promotor de Justiça em Araguari.

a governo honesto, obediente à lei e eficaz” (cf. art. 73, *caput*), o que se traduz na concepção de inovador postulado político para o novo milênio que se nos avizinha.

Por outro lado, o ilustre e culto colega do Ministério Público do Distrito Federal, *Antônio Ezequiel de Araújo Neto*, ao focar a Instituição na era pós-moderna, concluiu, em palavras lapidares que:

“...forçoso é constatar-se que o espaço indicado ao Ministério Público na Carta Fundamental não foi plenamente ocupado, e, por isso mesmo, a defesa da ordem jurídica e dos interesses e direitos difusos e coletivos da sociedade estão, ainda, ao desamparo, num contexto nacional. A defesa do patrimônio público, por sua vez, vem sendo omitida, sistematicamente, pelo Ministério Público, salvo procedimentos e ações isoladas, aqui e acolá. Freqüentes, na mídia, os gravíssimos escândalos consistentes em sonegação fiscal, crimes contra o sistema financeiro nacional, violência contra os ‘sem-terra’, corrupção e outros, sem que o Ministério Público atue, com objetividade e firmeza.”¹

Neste sentido, deverá haver a adoção de política institucional específica capaz de articular as várias iniciativas até então isoladas dos vários órgãos de execução espalhados pelo Estado. Além do mais, há que se lhes ministrarem os recursos técnicos e humanos adequados à consecução dos objetivos que foram colimados pelo legislador constituinte. Esta providência, a meu sentir impõe-se com extrema urgência.

Contudo, há a questão precedente à que se suscita acima, qual seja, a salvaguarda efetiva da autonomia administrativa do Ministério Público na Presidência e na condução de seus procedimentos administrativos, sem quaisquer ingerências dos Poderes Estatais, inclusive deliberando sobre a necessidade, oportunidade e conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal dos envolvidos em investigação, que tenha por objeto a apuração do desvio dos recursos e bens públicos.

A matéria em apreço é deveras inquietante, gerando opiniões as mais desconstruídas até entre membros do Ministério Público nacional, entre magistrados individualizados e tribunais: donde a razão do debate ora proposto por mim.

2 DISCUSSÃO DA MATÉRIA DE FUNDO DO PONTO DE VISTA TEÓRICO E PRÁTICO

Os argumentos que compõem a presente tese derivaram-se em grande parte de resposta minha, em sede de ação de mandado de segurança impetrada contra requisição ministerial, então endereçada a estabelecimento bancário privado, visando a obtenção dos nomes de certos correntistas, cujas contas figuravam em documentos da investigada (Câmara Municipal).

Assim, feita a requisição, vários bancos atenderam-na prontamente, tendo havido a recalcitrância apenas de dois deles, salvo engano: um deles optou pelo *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça, apontando-me como autoridade coatora, em face da minha advertência expressa a prepostos seus, no sentido de que o não-atendimento àquele ato, que fora reiterado após a primeira recusa, implicaria em inquérito policial e/ou ação penal diretamente. Já o segundo banco ajuizou a ação de mandado de segurança e, em ambos os casos, não lograram êxito em seu intento, isto é, a autorização para desobedecer à requisição ministerial.

Ressalte-se, por oportuno, que dito ato requisitório tem o seu fundamento de validade na norma insculpida no art. 129, VI, *in fine*, da atual Lei Maior, donde ressaí a ausência de restrição à matéria em estudo, relativamente ao órgão de execução da Instituição em causa, na forma da respectiva Lei Orgânica. E mais, a única ressalva feita pelo legislador constituinte a este respeito encontra-se claramente definida no art. 5º, XII, da Constituição Federal, e se refere tão-somente ao sigilo das comunicações telefônicas, cuja violação só pode ocorrer mediante requisição judicial.

A par disso, alguns estabelecimentos ainda insistem em buscar socorro, desesperadamente, na legislação outrora vigente (Lei Complementar n. 40/81) e em decisões inspiradas na ordem jurídica anterior, embora sejam julgados em princípio recente.

Logo, outra não poderia ser a interpretação senão a vedação da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, pelo Promotor de Justiça, por expressa previsão legal, isto é, art. 15 da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que ressalvava das requisições da Instituição as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional. E nela se inspiraram os julgados e a doutrina comumente invocados ainda hoje. Só que a mencionada lei foi abrogada pela nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Vê-se, pois, que os opositores do *Parquet*, em questões sigilosas, apenas estão disfarçando a sua recusa a ato de ofício legítimo, pretextando, regra geral, a inviolabilidade do segredo bancário, contemplado no art. 38 da Lei n. 4.595/64, olvidando, *data venia*, os mais elementares princípios

ARAÚJO NETO, Antônio Ezequiel de. O Ministério Público na era pós-moderna. *Correio Brasiliense*, Caderno Direito & Justiça, p. 5, 1º abr. 1996.

jurídicos, segundo os quais a *lei posterior revoga tácita ou explicitamente a anterior*, quando, v.g., seja com ela *incompatível* (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657/42).

Citam-se a esse propósito as Leis n. 8.625/1993 (*posterior* à Lei n. 4.595/1964) e Complementar Federal n. 75/93: a primeira conferindo o poder de acesso à informação sigilosa sob forma negativa, no dizer do eminente doutrinador *Hugo Nigro Mazzilli*,² e a segunda o fazendo de igual modo, mas de maneira clara e direta.³ Elas seguiram as pegadas do legislador constituinte, estabelecendo, ademais, a responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, *inclusive nas hipóteses legais de sigilo* (palavras do legislador! art. 26, § 2º, da Lei 8.625/93).

Conclui-se, deste modo, que a minha tese se assenta na constatação segundo a qual alguns doutrinadores, pareceristas e magistrados vêm entendendo, por ortodoxia ou inspirados em sofismas, que o art. 192 da Constituição Federal emprestou *status* de Lei Complementar à Lei n. 4.595/64, à medida que ali ficou consignado que o sistema tributário nacional *será* regulado por Lei Complementar. Isto conduziu a que se negasse eficácia ao respectivo artigo da Lei n. 8.625/93 que, sob forma negativa, autoriza ao Promotor de Justiça determinar diretamente a quebra do segredo nas informações reservadas. Porém, fazem-no sob o frágil argumento de que aquela lei do ano de 1964 é hierarquicamente superior à nova lei.

A rigor, o legislador constituinte, em momento algum, externou a sua vontade em recepcionar provisoriamente a referida lei com essa coloração jurídica; e, se o quisesse, fã-lo-ia com certeza nas chamadas Disposições Finais Transitórias como sói acontecer em hipóteses tais ou semelhantes.

Por conseguinte, na interpretação do aludido art. 192 não se pode prescindir jamais dos recursos de hermenêutica jurídica, com destaque aqui para o método da interpretação gramatical.

Ora, o *tempo verbal* ali empregado de maneira deliberada pelo legislador foi o *futuro do presente*.

Basta, pois, buscarmos no próprio *Dicionário Aurélio* o alcance dessa locução, para quem ela se traduz em situar a ação ou mudança de estado (Lei Ordinária para Lei Complementar) em momento posterior àquele da

edição da norma supra-referida. Quer dizer: as mudanças no sistema financeiro nacional, que foram ditadas pela nova realidade jurídica do País, haverá de ser normatizadas doravante em Lei Complementar e, enquanto esta não existir, elas continuarão sendo reguladas pela Lei Ordinária anterior, recepcionada com as limitações de praxe. E mais, em momento algum aparece no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que ela terá caráter de Lei Complementar.

Por consequência, resta patente que, do ponto de vista formal, a Lei n. 4.595/64 é tão Ordinária quanto a Lei n. 8.625/93, não passando de um simples dogma, *permissa venia*, a concepção doutrinária que a equipara à Lei Complementar, através da conferência, em última análise, do efeito *extunc* à norma do supra-referido art. 192.

Demais disso, se essa lei foi elevada à categoria de Lei Complementar pela simples dicção do art. 192 da Constituição Federal, o mesmo se diga a respeito da Lei n. 8.625/93, já que os arts. 129, VI, *in fine*, e 29, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também falam em Lei Complementar, para regular a atuação do Ministério Público nacional.

A conclusão inelutável é, pois, a de que numa situação ou noutra elas estariam no mesmo nível hierárquico e, sendo uma posterior à outra, a norma incompatível com a superveniente careceria de eficácia jurídica.

E, para espancar a recalcitrância dos conservadores, que invocavam a condição “subalterna” da Lei n. 8.625/93, em relação à Lei n. 4.595/64, tida por Complementar, adveio então, meses depois, a Lei Complementar Federal n. 75/95 que, de maneira incisiva, positivou em nosso ordenamento jurídico, doravante:

“Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido (art. 8º, § 2º).

A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa (§ 3º)”.

A aplicação dessa norma, que provém do Estatuto do Ministério Público da União, aos dos Estados, decorre do disposto no art. 80 das Disposições Finais e Transitórias da já citada Lei federal n. 8.625/93.

No mesmo sentido, manifesta-se o legislador mineiro, através da Lei Complementar n. 34/94, fazendo remissão a uma lei e outra.

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 408.

3 *Ibidem*, p. 407.

De resto, não se pode argüir que, aquele comando se volta exclusivamente à autoridade pública, haja vista que é a própria Carta Política pátria, secundada pela legislação infraconstitucional, quem sujeita tanto a autoridade pública, quanto o particular às requisições do Ministério Público, não fazendo nenhuma distinção neste sentido (cf. arts. 129, VI, CF; 26, II, Lei n. 8.625/93; 8º, IV, LC n. 75/93).

Com efeito, a última barricada levantada pelos pensadores anacrônicos, argüindo com o conceito de autoridade, pode ser enfrentada com os ditames do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n. 4.657/42, segundo os quais quando a lei for omissa, aplica-se a analogia, por exemplo. E se aqui ela é omissa quanto ao particular, estende-se a ele o comando legal voltado para a autoridade, em situação idêntica à daquele.

Portanto, a “interpretação” hermenêutica que vem sendo adotada pela corrente oposta à que me filio, quanto ao alcance teleológico da recepção da Lei n. 4.595/64 pela Constituição da República, afigura-se-me um tanto quanto conservadora e reacionária, diante das novas responsabilidades outorgadas ao Ministério Público pelo legislador constituinte de 1988, em defesa do regime democrático e dos interesses coletivos e difusos da sociedade.

Donde a reação dos poderosos, que temem a independência desta importante Instituição jurídica nacional e, por isto, procuram atrelá-la, como no passado, ao Poder Judiciário, a fim de retardar a sua iniciativa, senão inviabilizá-la concretamente, pelo excesso de formalismos do procedimento judicial, ao contrário do procedimento administrativo que, por ser de índole mais informal, permite maior rapidez na consecução de seus objetivos.

Para tanto, basta lembrar-se que o fenômeno da recepção legislativa das normas jurídicas anteriores a 5 de outubro de 1988, segundo as disposições da atual Constituição Federal, ocorrerá somente relativamente àquelas que não forem incompatíveis com a nova ordem jurídica então instaurada (art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). É o que nos assevera a doutrina, em uníssono.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência “mais recentes”, acerca desta matéria, vêm se inspirando na antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei complementar n. 40/81 – que, em seu art. 15, excluía expressamente das requisições dos membros da Instituição as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, conforme alhures sublinhado.

Daí que, o eminente Ministro *Assis Toledo* do Superior Tribunal de Justiça, numa de suas manifestações como relator, referindo-se ao art. 129, VI, acaba por admitir *subjacentemente* que o Ministério Público possa determinar a quebra do sigilo bancário, na forma da respectiva Lei Complementar, hoje existente neste sentido.

3 DOUTRINA, FONTE HISTÓRICA, INTERPRETAÇÃO EXEGÉTICA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO

O eminente Prof. *Hugo Nigro Mazzilli* juntamente com o seu colega Procurador de Justiça no Estado de São Paulo, *Munir Cury*, foi o *autor intelectual da redação final dos arts. 26, § 2º, da Lei n. 8.625/93; 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 75/93; e 201, § 4º, da Lei n. 8.069/90*, segundo o que se infere das p. 407/409 de sua obra *Regime Jurídico do Ministério Público*, já referida anteriormente.

Eles são, portanto, uma espécie de *porta-vozes* do legislador ordinário, na regulamentação do art. 129, VI, da Constituição da República.

Assim sendo, estes doutrinadores podem afirmar com autoridade incontestável o verdadeiro alcance fático-jurídico da *mens legis*. E a assertiva do Prof. *Mazzilli*, na citada obra, é uma só: o legislador agora quis incluir o órgão do Ministério Público no restrito rol de autoridades que podem determinar *diretamente* a quebra do sigilo bancário, no curso de um procedimento investigatório sob a sua Presidência.

Aliás, não se tem chegado a um entendimento, na interpretação do § 2º do art. 26 da Lei n. 8.625/93, exatamente porque até aqui ele tem sido visto em sua aparente literalidade.

Contudo, a interpretação autêntica, por assim dizer, do citado artigo de lei se exprime através das lições doutrinárias do mesmo Prof. *Mazzilli*, que preleciona tratar-se ali de *autorização sob a forma negativa de acesso à informação sigilosa* (*Ib.*, p. 407/408). E afirmo que a interpretação é autêntica, posto que ela encerra palavras de *porta-voz* do legislador, a saber:

“A LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União –, é clara em estabelecer que o Ministério Público terá acesso mesmo à informação sigilosa. Ainda que haja dispositivos legais que imponham o sigilo, como a Lei da Reforma Bancária (Lei n. 4.595/64, art. 38), ou o CPC (feitos que correm em segredo de Justiça, como os processos de família – art. 155), o Ministério Público terá acesso à informação. Só que caberá ao agente que teve acesso a essa informação sigilosa, zelar pelo seu uso lícito, bem como para que seja preservado o caráter sigiloso da informação recebida. A própria LOMPU assegura a responsabilidade civil e criminal do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação que requisitar.

Cabe aqui um pequeno parêntese para invocar a origem da idéia que levou ao dispositivo do § 1º do art. 8º da Lei Complementar n. 75/93: o princípio ali inserido advém do Estatuto da Criança e do Adolescente [ECA art. 201, § 4º]. No Congresso Nacional, durante a tramitação do projeto de lei

de que originou o Estatuto, houve grande esforço para melhor instrumentalizar o trabalho do Ministério Público nessa área. Entretanto diversas objeções surgiram no Congresso, ainda na fase em que o projeto do Estatuto tramitava perante as comissões legislativas, contra a pretensão de dar acesso à instituição em matérias sobre as quais recaísse sigilo legal. Argumentava-se no sentido de que o Ministério Público não podia ter um acesso muito amplo; deveria dirigir-se ao juiz. Acompanhava os trabalhos legislativos pertinentes ao projeto o Procurador de Justiça *Munir Cury* Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude no Estado de São Paulo – personalidade de projeção nacional na defesa de crianças e adolescentes. Consultado sobre as dificuldades encontradas, antecipou que, pela sua avaliação, o Ministério Público não iria obter acesso às informações sobre as quais recaísse alguma forma de sigilo legal; entretanto, entendia possível estudar a redação de um dispositivo que parecesse menos ousado aos congressistas. Ocorreu-nos, então, que a solução talvez fosse conferir ao Ministério Público o poder de acesso sob forma negativa. Em outras palavras, não se diria que o Ministério Público tem acesso a informações sigilosas, mas, sim, que será responsável pelo acesso obtido a informações sigilosas; ou seja, estaríamos criando-lhe um dever negativo, de não usar de modo leviano a informação sigilosa obtida. Cogitou-se, pois, da responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação. O princípio foi admitido.

A mesma fórmula do Estatuto da Criança e do Adolescente foi repetida tanto na LONMP como na LOMPU [Lei n. 8.625/93, art. 26, § 2º; LC n. 75/93, art. 8º, § 1º]. Trata-se de solução adequada, porque não só garante o acesso à informação, ainda que sigilosa, como ainda torna o membro do Ministério Público responsável pela preservação ou correto uso da informação que obteve.

Assim, a informação, ainda que sigilosa, deverá ser-lhe fornecida, por força da disciplina da Lei Complementar n. 75/93. Não mais é possível objetar ao Ministério Público o sigilo bancário, o sigilo em matéria de família e em outras questões análogas; nem mesmo se lhe poderá exigir, nesses casos, requeira o acesso à informação por meio do Poder Judiciário: o Ministério Público terá acesso direto a ela. O acesso a dados sigilosos não alcança, porém, informações para cujo acesso a própria Constituição tenha exigido ordem judicial, pois nessa matéria a Lei Complementar Federal obviamente não poderia excepcionar [Cf. art. 5º, XII, da CR/sem grifos no original].”⁴

Neste diapasão, há lúcidos e atuais pronunciamentos pretorianos, dentre os quais destacam-se os seguintes:

“A Constituição Federal de 1988, na salvaguarda do livre Estado de Direito, cujo pressuposto incondicional é a moralidade pública, equipou o Ministério Público de forma condizente para com a defesa desses valores inalienáveis. Percebe-se nitidamente que tal aparelhamento ministerial diverge, e muito, do clima político emanado das restrições do art. 38 da Lei 4.595.

Basta dizer que a referida Lei foi editada em 1964. Tempos outros, incompatíveis com as conquistas nacionais.

O Suplicante atribui, grotescamente, amarras, vendas e mordaças àquele a quem a Constituição Federal outorgou o poder-dever que dimana, *in casu*, do art. 129, III e VI;

Não quer entender, *permissa venia*, que a decantada, mas não existente limitação, seria o mesmo que entregar a um soldado fuzil, porém sem munição, e dele esperar sucesso na guerra... .

Ora, como bem disse o impetrado, a Lei Complementar Federal n. 75/95, aplicável aos Estados por força do art. 80 da Lei 8.625/93, em seu art. 8º, § 2º, determina: ‘Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido’. E o § 3º: ‘A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

E quanto à expressão autoridade, é mesmo por analogia que se estende a aplicação do texto legal ao particular, dada a omissão da lei para este último caso.

O sigilo bancário, obviamente merecedor da proteção que tem, não pode acobertar-se do próprio ordenamento jurídico pátrio para, num jogo de palavras, desvirtuar o cunho ético que há de inspirar toda e qualquer lei.

Não pode, o paciente, na qualidade de presidente de uma instituição financeira, se recusar a prestar as informações requisitadas – pelo Ministério Público –. Ou as presta, ou está sujeito a responder a processo por crime de desobediência’.” (TRF, HC N. 93.01.02047-5 – relator: Juiz *Tourinho Neto*). (Processo n. 19.292 – Espécie: Mandado de Segurança – Impetrante: Banco Itaú S/A – Autoridade dita coatora: Dr. *Epaminondas da Costa*, RMP – Decisão de 1ª Instância com trânsito em julgado – Araguari, 27 de Julho de 1995 – *Vera Vasconcelos Barbo-*

⁴ *Op. cit.*, p. 407/409.

sa Juíza Plantonista Publicada no *Minas Gerais* de sábado, 30 de dezembro de 1995 – Parte II – Caderno do Ministério Público).

Ou, ainda:

“Ministério Público – Sigilo Bancário – Lei n. 4.595/64.
– A Constituição Federal alterou a Lei n. 4.595/64, ampliando as funções do Ministério Público, derogados os dispositivos que o impediam de agir com liberdade na defesa dos interesses sociais.
– É defeso às instituições financeiras negar informações ao Ministério Público sob a alegação de sigilo bancário, respondendo o Promotor em havendo uso indevido do material requisitado.” (*Habeas Corpus* n. 110.164-4, Comarca de Uberlândia – MG – relator: Juiz *Francisco Brito* – Decisão unânime denegando a ordem de 18 de dezembro de 1990 – RJTAMG 44/306).

Pois bem, não se pode ignorar que a quebra do sigilo bancário e/ou fiscal se constitui em destacado instrumento norteador da atividade investigatória interna do Ministério Público, com vistas a defesa do patrimônio público.

De fato, a experiência tem me mostrado que, com o rompimento deste segredo, é possível desvendar, não raro, o enriquecimento ilícito de agente público, especialmente na hipótese concreta em que o servidor deposite em sua conta bancária cheques de fornecedores da repartição pública, na qual ele trabalhe. E neste sentido já tive um caso real, onde tais depósitos se referiam ao pagamento de propinas, sem o correspondente lançamento na contabilidade da empresa.

Destarte, não se pode conceber a autonomia administrativa da Instituição se ela não puder diretamente deliberar sobre a oportunidade e conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, como atividade inerente às suas próprias funções institucionais, como quis o legislador constituinte do ano de 1988.

4 CONCLUSÃO

A quebra do sigilo bancário e/ou fiscal insere-se no âmbito do poder discricionário do membro do Ministério Público, no universo dos procedimentos administrativos de sua competência, não se tolerando a ingerência de quaisquer Poderes Estatais, haja vista tratar-se de destacado instrumento de investigação da Instituição.

5 BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO NETO, Antônio Ezequiel de. O Ministério Público na era pós-moderna. *Correio Brasiliense*, Caderno Direito & Justiça, 1º abr. 1996.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

PLANO DE AÇÃO INSTITUCIONAL – UM IMPERATIVO PARA A SOBREVIVÊNCIA POLÍTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NACIONAL*

EPAMINONDAS DA COSTA**

Sumário

1. Introdução. 2. Exame da questão de fundo. 3. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como é de nosso conhecimento, as reformas constitucionais estão, no momento, na ordem do dia, trazendo-nos a todos muita preocupação e insegurança.

E mais, há um sentimento generalizado no Congresso Nacional, no sentido de que o Ministério Público nacional detém, na atualidade, um poder, por assim dizer, ilimitado, graças ao qual muitos de seus membros vêm trazendo desassossego para a classe política, em face da pressão crescente de suas bases eleitorais.

É preciso, portanto, que deixemos de lado a ortodoxia com relação ao princípio da independência funcional, e também do promotor natural, mitigando-os em face da classe política, através de mecanismos democráticos preestabelecidos.

* Tese aprovada por maioria de votos, obedecidas as emendas sugeridas e aprovadas na Comissão Temática e Sessão Plenária.

** Promotor de Justiça em Araguari.

Aliás, não se pode confundir manifestação processual, que é livre, com manifestação funcional, esta obrigatória por se tratar de dever legal, nos casos em que a Instituição deva intervir. Esta distinção claríssima fora feita pelo eminente Procurador de Justiça Dr. *Joaquim Cabral Netto*, em conversa amistosa com o autor desta tese.

Neste contexto, é que se insere a presente proposta das chamadas políticas institucionais, por parte do Ministério Público nacional, sob pena de a instituição não ingressar no próximo milênio com a devida pujança. No Estado de Minas Gerais, chegou-se a conceber o denominado *Plano Geral de Atuação* (art. 19 da LC 34/94).

2 EXAME DA QUESTÃO DE FUNDO

Urge discutir, delimitar e mitigar democraticamente o princípio da independência funcional, conjugado com o princípio do promotor natural.

É que, em nome da independência funcional, inúmeras iniciativas têm sido empreendidas pelos vários órgãos de execução da Instituição, de maneira às vezes atabalhoada ou então discrepantes demais umas das outras, em casos semelhantes.

Isto vem despertando preocupação e insegurança junto às bases eleitorais de Governadores, Deputados e Senadores, que então passam a ver essas iniciativas como mero ato de “perseguição” política ou de suposta imaturidade do agente público.

A crença imediatista que então eles vêm de alimentar, é a de que o Promotor de Justiça passou a deter um poder ilimitado, e por isto impõe-se sem tardança limitá-lo, direta e indiretamente, quer seja através do cerceamento de suas atribuições, prerrogativas e garantias, quer seja através de sua remuneração.

Este é o sentimento generalizado hoje presente no Congresso Nacional, conforme confidências do eminente Deputado Federal *Raul Belém*, pessoa muito influente na vida política nacional e profundo conhecedor das aspirações de seus pares no momento atual.

Ora, o desencontro de atuação ministerial acaba gerando incompreensões várias, desde aquelas de que o Promotor de Justiça seja supostamente imaturo ou apegado demais ao seu mister, até aquelas de que a autoridade age por simples “perseguição” política.

A rigor, não se tem um parâmetro positivo de atuação da Instituição, o que induz a medo e a insegurança na classe política nacional, por pressão de suas bases eleitorais.

Além do mais, a ação isolada de cada um de nós passa a ter conotação pessoal, tornando-nos vulneráveis aos ataques daqueles que se

opõem ao nosso agir. Isto não ocorreria se houvesse o citado plano de ação, que se encarregaria de dar aparência de impessoalidade às nossas iniciativas, colocando-nos, em consequência, a salvo das querelas domésticas. Sem contar que, aí então, sobressairia o trabalho coletivo, o que de forma alguma prejudica as iniciativas de cada um de nós, principalmente a concepção intelectual de soluções adequadas.

Pois bem, tem-se presentemente a omissão sistemática por parte das cúpulas do Ministério Público brasileiro, preferindo a posição cômoda do não-enfrentamento da ortodoxia à busca de adoção de um plano de ação institucional, mitigando-se a independência funcional. Esta postura até então vigente acabará, fatalmente, conduzindo-nos a todos à situação de inexpressividade social, jurídica e institucional, em que a chamada independência funcional não passará de figura de retórica.

Está patente, hoje, que há premente e inarredável necessidade de uma garantia plausível à classe política, no sentido de que o Ministério Público nacional agirá com comedimento e com habilidade política. Sem isto, nós corremos sério risco de perdermos as conquistas mais importantes positivadas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, o que *não se confunde* com a transigência e falta de firmeza em nosso agir. Não basta, a nosso ver, gestões políticas por parte de nossas lideranças classistas, o que poderá se revelar no futuro como simples crença ingênua, ou seja, a de que os Deputados Federais e Senadores atenderão piedosos ao nosso apelo.

Neste sentido, penso que a garantia mais plausível que podemos oferecer à classe política – que tem o poder de aumentar e de diminuir as nossas prerrogativas e garantias – consistirá na apresentação àquela, com urgência, de um plano de ação institucional, nas questões que lhe tocam mais de perto: meio ambiente, patrimônio público e combate à sonegação fiscal. Ou então a sugestão de emenda constitucional, em que esse plano fosse obrigatório, para delimitar a ação do Promotor de Justiça.

É preciso também estabelecer e executar política de execução penal, como forma de se minimizarem motins e rebeliões em presídios, bem como para a salvaguarda da legalidade no cumprimento da pena e do tratamento interno democrático, quanto ao sentenciado.

Tenho a mais plena convicção que todos nós ganharíamos com isto, por sabermos que a nossa ação estaria alicerçada em parâmetros objetivos e preestabelecidos, impessoais e globais: eis, pois, a nossa segurança maior consubstanciada num agir coletivo e institucionalizado.

Para tanto, proponho que seja estabelecido internamente o arcabouço deste plano de ação institucional, através de seminários setoriais, ou mesmo em nossos congressos estaduais e nacionais. E, na prestação do relatório anual pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça à As-

sembléia Legislativa do Estado, conforme previsto no art. 18, X, da Lei Complementar n. 34/94 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – ficariam explicitados os objetivos genéricos e im pessoais da instituição perante a sociedade.

Com isto, criar-se-ia a vinculação política dos Deputados aos compromissos da Instituição perante a sociedade, implicando em aperfeiçoamentos constantes do plano na proporção das exigências sociais.

Teríamos assim o chamado poder discricionário limitado, como convém ao Estado de Direito, e cujos parâmetros estariam no aludido plano.

Para exemplificarmos esta questão: o Egrégio Tribunal de Justiça, através de uma de suas Câmaras, decidiu, por unanimidade, que a ação civil pública não é meio idôneo a compelir Prefeito a aplicar no desenvolvimento e manutenção do ensino o percentual mínimo previsto em lei. Noutras palavras, estabeleceu que essa atribuição em nível do Ministério Público compete ao Procurador-Geral de Justiça, mediante representação para intervenção no respectivo município. Vejamos alguns aspectos do citado acórdão:

“Ação Civil Pública – Objeto – Ministério Público – Titularidade – Intervenção em Município

– A ação civil pública não se presta para obrigar o Município a cumprir obrigação constitucional, cuja inobservância encontra remédio sanativo na própria Carta Maior. (Apelação Cível n. 46.730/8 – Comarca de Barbacena – Relator: Des. *Bady Curi* – “Jurisprudência Mineira” publicada no órgão Oficial dos Poderes do Estado, no dia 27 de abril de 1996 – Parte II – p. 1/2).

[...]

No caso, *sub judice* a ação visa a compelir o Município de Antônio Carlos a incluir no orçamento o percentual devido na manutenção e desenvolvimento do ensino, que, segundo disposto no art. 212 da Constituição Federal, é de 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos.

Do exposto, forçoso concluir que, constatada a não-observância do preceito constitucional erigido no art. 212, o remédio sanativo não está na via da ação civil pública, mas na comunicação do fato, pela Câmara ou pelo Tribunal de Contas, ao Governador para a medida interventiva direta.

[...]

Quanto muito poder-se-ia admitir – em obediência ao princípio de que não há como afastar de apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), e considerando que a própria CF prevê, no item IV do art. 35, excepcionalmente, que o Estado intervirá no Município quando ‘o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de

decisão judicial’ – a representação a ser feita pelo Procurador-Geral de Justiça, em face do descumprimento do disposto no art. 184, inciso III, da Constituição do Estado de Minas Gerais, repetitivo do preceito contido na CF sobre o percentual obrigatório de 25% da receita resultante de impostos para o ensino.

[...]

Merece transcrição outra vez a opinião de *José Afonso da Silva*:

[...]

‘Acrescente-se apenas que a representação ao Tribunal de Justiça, como peça inicial da ação interventiva no Município, cabe ao Procurador-Geral de Justiça que funcione junto ao Tribunal de Justiça competente para conhecer da representação, seja na intervenção promovida por Estado, seja na promovida pela União em Municípios de Território Federal’ (*op. cit.*, p. 465).

[...]

O Município, ao deixar de aplicar o percentual mínimo devido na manutenção do ensino, viola princípio estabelecido na Constituição Estadual (repetitivo de determinação da Constituição Federal – enfatize-se). E, se a representação interventiva pode ser validamente manejada para prover a execução de lei, parece-me intuitivo que possa também ser validamente manejada para assegurar o cumprimento de preceito da própria Carta Maior.

[...]

Dois são, pois, os caminhos para a garantia do resguardo nos orçamentos municipais do percentual mínimo para a manutenção e desenvolvimento do ensino: um, a via interventiva direta, levada a efeito por ato do Governador, em face de comunicação feita pela Câmara Municipal ou pelo Tribunal de Contas; outro, a representação do Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça.

[...]

Destarte, a meu aviso, a ação civil pública não se presta para a finalidade buscada na presente ação, já que não pode ser objeto desta via a intervenção em Município.

[...]

Seria homenagear o esforço processual inútil pretender a condenação do Município, em ação civil pública, na obrigação em cumprir comando emergente da própria Constituição, para depois, se não atendido o comando judicial, buscar a medida interventiva, quando esta já está, pela simples constatação da falta, à disponibilidade de quem de direito.”

Por conseguinte, se tivéssemos hoje o citado plano de ação, essa situação seria resolvida de pronto por Sua Excelência de forma global e im-

soal e, oxalá, através de solução política adequada, responsável e transparente, numa esfera mais elevada e institucionalizada, bastando que, a juízo do Promotor de Justiça com atribuição para o caso, fosse o mesmo encaminhado ao chefe da Instituição; este, concordando que a hipótese concreta de fato seria concorrentemente de sua alçada, poderia então tomar as medidas pertinentes.

O mesmo se diga a respeito da dispensa irregular de licitação, sem se comprovar o prejuízo concreto ao erário conforme já decidiu também o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e que não se tem notícias de oposição formal por parte da Procuradoria Geral de Justiça. Aquele acórdão é do seguinte teor:

“Contrato Administrativo – Ação Ordinária de Nulidade de Ato Administrativo – Rescisão de Contrato – Alegação de Nulidade – Dispensa de Licitação – Interesse Público – Benefício Coletivo – Geração de Novos Tributos – Não-interferência do Judiciário – Contratos de Concessão – Prazo Final – Concessões por Tempo Indeterminado – Objeto da Concessão assumido pela Administração – Ônus Decorrentes.

– A conclusão pela nulidade do contrato celebrado, por falta de licitação, não pode se dar, porque, na presença de justificável interesse público, a lei, doutrina e jurisprudência admitem a dispensa da licitação para a celebração de contratos, que, em si mesmos, evidenciam o benefício coletivo deles decorrentes até pela maior celeridade na ocupação do espaço e no mais pronto retorno do empreendimento através da geração de impostos para os cofres municipais, sem se falar na de emprego efetivo para enorme número de pessoas...” (Apelação Cível n. 34.796/3 – Comarca de Candeias – relator: Des. *Sérgio Santiago* – Jurisprudência Mineira de 29/06/95 – *Minas Gerais* do dia 30 de junho de 1995).

Fim do documento.

Estas questões todas vêm incomodando a classe política, por pressão de suas bases eleitorais, provocando um desgaste muitas vezes desnecessário para a Instituição, a exemplo do que ocorreu com a polícia que quis se imiscuir em tudo, acabando por cair no descrédito.

Para tanto, buscar-se-ia a resolução das questões mais simples e de menor alcance através de uma política preestabelecida, com vistas à solução doméstica mediante mecanismos semelhantes àqueles concebidos pela Lei federal n. 9.099/95 (dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

3 CONCLUSÃO

1. Urge a adoção do plano anual de ação institucional por parte do Ministério Público nacional, com o qual dar-se-ia garantia plausível à classe política, no sentido de que o nosso poder discricionário terá limites no próprio plano, sob pena de ficar seriamente comprometida a sobrevivência política da Instituição.

2. O arcabouço desse plano resultar-se-ia de reuniões setoriais internas ou de nossos congressos estaduais e nacionais.

3. Esse plano teria por objeto, dentre outras coisas, a retirada do universo individual e pessoal do Promotor de Justiça, a seu critério, das providências que pudessem ser adotadas mais eficazmente pelo chefe da Instituição, por exemplo, nos casos em que a solução estivesse na ação interventiva no Município ou no Estado, ou mesmo em gestões junto ao Tribunal de Contas do Estado, para a adoção das medidas pertinentes por ele próprio.

4. O plano em questão buscaria, ainda, a adoção de solução doméstica nos casos de menor complexidade e de menor alcance social, extraindo os subsídios necessários da Lei Federal n. 9.099/95 (dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

5. O exercício da independência funcional, que se traduz em poder discricionário limitado pela própria lei, como convém ao Estado de Direito, ocorreria livremente nos limites do citado plano de ação.

6. O plano em causa seria inserido na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como parâmetro de atuação do Ministério Público.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE, REFORMA AGRÁRIA E MINISTÉRIO PÚBLICO*

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA**

“Recolhidos num posto do Instituto Médico-Legal de Marabá, os corpos de Eldorado dos Carajás trazem as marcas de um massacre. Manchas roxas informam que tomaram chutes e pontapés, enormes buracos de bala e manchas de pólvora comprovam que foram dados tiros à queima-roupa, membros mutilados e cabeças arrebitadas denunciam uma selvageria além de qualquer razão ou limite.” ***

Sumário

1. Introdução. 2. Visão positiva da questão. 3. Visão Sistêmica. 4. Licitude das invasões. 5. A intervenção do Ministério Público nas ações de reintegração de posse. 6. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Após décadas de discurso estéril sobre reforma agrária, trabalhadores sem-terra se conscientizam, se organizam e se preparam para enfrentar o

* Tese aprovada por unanimidade, obedecidas as alterações sugeridas e aprovadas na Comissão Temática.

** Promotor de Justiça em Viçosa.

** VEJA, 24 de abril de 1996, p. 34.

conflito estabelecido com os proprietários de latifúndios improdutivos. A disputa possui nuances políticas, sociais e jurídicas. Às portas do terceiro milênio, a comunidade jurídica brasileira não pode mais continuar alheia aos problemas que atormentam os homens no campo. As ocupações de terras proliferam e a violência contra os miseráveis, que vagueiam pelas estradas de todo o País, cresce em proporção direta.

A solução indicada pelos discursos institucionais assusta pela barbárie dos resultados produzidos. Famílias de trabalhadores são violentamente retiradas das áreas ocupadas, sob o manto protetor de mandados judiciais, proferidos em ações de reintegração de posse. As operações policiais que executam tais retiradas deixam um rastro de morte e indignação.

É necessário perceber que o discurso institucional espelha a racionalização do poder atuante em trabalho de justificação/legitimação.¹ Modernamente, o poder político não se fundamenta unicamente na força física, mas na manipulação ideológico-simbólica, na organização do consentimento que proporciona a aceitação da repressão. O Estado detém o monopólio da repressão física organizada e busca sua legitimação ao apresentá-lo como decorrência do interesse geral do povo.² Através da institucionalização, o poder se estabiliza nas sociedades hodiernas, e o direito, como seu terminal normativo, o solidifica. Quando a legitimidade do poder é questionada, o uso da força é justificado pela ideologia. A estruturação ideológica possui importante papel no trabalho de convencimento dos segmentos socialmente submetidos, no sentido da aceitação dos padrões impostos pela dominação, e de justificação do emprego da força necessária à manutenção desta mesma dominação.³ Fundamentando a violência na necessidade de manter a paz social, o Estado encobre o desvio de finalidade que conserva a injustiça social.

No entanto, os operadores do Direito, no cotidiano de suas atividades profissionais, deparam-se com a concreta injustiça social. A excessiva abstração dos conceitos e métodos do Direito produz seu afastamento da realidade social e estabelece ligação da jurisprudência ao mundo dos conceitos abstratos.⁴ O estudioso do Direito, no alvorecer do século XXI, não pode

descuidar-se da constante crítica aos dogmas, que com tanta força o impede de repensar os fundamentos sociais das elaborações teóricas e o faz inocente útil a um sistema de dominação desumano. A experiência crítica do Direito induz a novas maneiras de interpretá-lo e aplicá-lo. A dinâmica da realização do justo não pode ser determinada unicamente pela lógica formal, que se apresenta indiferente às lições da experiência e do bom senso. Para além das especulações sobre determinada norma jurídica, a crítica deve analisar as causas do aparecimento e do funcionamento dessa mesma norma na sociedade. A tarefa de desvendar o caráter ideológico da norma jurídica cabe, mais do que aos teóricos, aos aplicadores dessa norma.

2 A VISÃO POSITIVISTA DA QUESTÃO

O tema da invasão de terras, públicas ou particulares, aparentemente, é de solução fácil. Com a ocupação da propriedade, lastreado nos arts. 499 do Código Civil e 926 a 931 do Código de Processo Civil, o proprietário-possuidor propõe ação de reintegração de posse. Tendo o esbulho ocorrido a menos de ano e dia, conforme os arts. 924 e 928 do CPC, o juiz pode determinar, liminarmente, a reintegração da posse. Como as invasões promovidas pelo movimento dos sem-terra são amplamente divulgadas pelos meios de comunicação, os magistrados são, de certa forma, pressionados a deferir a medida liminar de reintegração. No exame do mérito, o ordenamento jurídico parece não oferecer outra alternativa senão o deferimento do pedido possessório.

O pensamento positivista no campo do Direito apresenta três enfoques distintos, de modo que se pode falar em *positivismo jurídico* como modo de encarar o estudo do Direito, como particular concepção do próprio Direito ou como determinada ideologia sobre a Justiça. Todas essas abordagens são autônomas e a aceitação de um desses aspectos não significa, necessariamente, aprovação do positivismo em seus demais sentidos.⁵

Como teoria do Direito, o positivismo pode apresentar um significado restrito, identificado como “codicismo” ou teoria de interpretação mecânica da lei, e outro amplo, referido ao aperfeiçoamento das formas de interpretação e de reforma da norma jurídica. No sentido restrito, de culto irrefletido pela letra da lei, o positivismo jurídico tanto se presta aos interesses ideológicos de *direita* como de *esquerda*, posto que será sempre uma reverência ao Estado e ao

TELLES JR., Alcides. *Discurso, linguagem e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 113.

2 POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 220-223. No mesmo sentido: TELLES Jr., Alcides. *Op. cit.*, p. 110.

3 THOMPSON, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 54-55.

4 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 75.

5 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p. 39-41.

Poder e terá como pressuposto uma concepção instrumental do ser humano.⁶ É capaz de legitimar a postura ideológica liberal, que prega a defesa das liberdades individuais contra o arbítrio dos poderes públicos, ou as ideologias totalitárias, que se fundamentam no respeito e obediência à autoridade. Por isso, é possível vislumbrar vertentes absolutamente antagônicas do pensamento positivista, existindo, assim, um positivismo reacionário e outro liberal.⁷

Segundo uma visão orientada pelo jurisdicismo de cunho liberal, todas as dimensões do poder do Estado encontram-se diluídas na lei, que se afirma como expressão da *vontade geral*. O ordenamento jurídico presta-se a garantir a igualdade e liberdade dos indivíduos, que pactuam para o nascimento do ente estatal. O Estado de Direito apresenta-se como o fundamento de contenção da tirania e do despotismo, pois sua característica mais marcante encontra-se na submissão de governantes e governados ao ordenamento jurídico instituído.⁸ No entanto, o posicionamento jurídico positivista-dogmático não questiona a racionalidade ou justiça da ordem legal, desconsidera as reais finalidades que se encontram embutidas nas normas jurídico-repressivas e em suas práticas, e, na realidade, presta-se com eficiência ao importante papel político de legitimação e justificação da ordem estabelecida.

O Estado Liberal, com o discurso da neutralidade de suas instituições, sustenta o dogma da igualdade de todos perante a lei. Desde a contra-revolução francesa, a doutrina liberal possui objetivos explícitos de restaurar o poder político da burguesia. Um Estado que garanta uma liberdade abstrata a todos os indivíduos, certamente, permitirá que os economicamente poderosos conquistem o poder político. Nesse sentido, *Antônio Carlos Wolkmer* sustenta que a ideologia do positivismo jurídico é o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada, e presta-se a esconder as origens sociais e econômicas da estruturação do poder.⁹

3 VISÃO SISTÊMICA

O curso da história está a impor a passagem do Estado de Direito, tão decantado pelas classes dominantes, ao Estado Social, que deverá promover as transformações necessárias à justiça social, nos estreitos limites da legalidade.¹⁰ A história do Direito retrata contínuo processo de acomodação dos conflitos sociais. Com a superação da democracia liberal, que estabelece a prevalência dos princípios individualistas, a democracia social, contestando o dogma de que o pluralismo social é redutível a uma unidade formal capaz de equilibrar seus antagonismos, fez desvendar a ideologia que está oculta nos postulados jurídicos tradicionais e considerar a existência de inúmeros e distintos grupos sociais que se interpõem entre o indivíduo e o Estado.

O Estado Social não deve ser confundido com o Estado Socialista, ou com qualquer socialização necessariamente esquerdista. O Estado Social representa uma transformação superestrutural por que passou o Estado Liberal, e revela-se como um Estado conciliador, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital, conservando, contudo, irrenunciável adesão à ordem capitalista. Assim, o Estado Social deve ser vislumbrado nos estreitos limites de um constitucionalismo democrático.¹¹

O positivismo jurídico, no sentido estrito de teoria geral do Direito, é uma concepção conservadora que induz o jurista a interpretar e aplicar o direito sem se preocupar com suas causas e conseqüências. Impedir o intérprete de valorar os interesses e os fins sociais da norma jurídica significa garantir a estabilidade social em prejuízo da justiça material.¹² O direito, nesta ótica, perde sua essência filosófica e a especialização, cada vez maior, de seus operadores impede a consciência sobre a adequação valorativa e a unidade interior que são fundamentos do sistema jurídico.

Para superar as limitações impostas pela visão positivista, é necessário compreender o ordenamento jurídico como sistema, cujas características fundamentais são a ordenação e unidade. Mais do que premissas teórico-científicas, a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico são premissas inafastáveis do trabalho hermenêutico, já que impedem a dispersão gerada por uma multiplicidade de valorações singulares e desconexas. Conceber a ordem jurídica como sistema é conseqüência natural dos mais elevados valores do

6 GENRO, Tarso Fernando. Os juizes contra a lei. In: *Lições de direito alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 19.

7 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Cit., p. 9.

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 148; GOMEZ, José Maria. Surpresas de uma crítica a propósito de juristas repensando as relações entre Direito e Estado. In: *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 105/106.

9 WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: *Lições de direito alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 29-30.

10 PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 83.

11 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 205-210.

12 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Cit., p. 34.

direito, como o princípio de justiça e igualdade, em sua atuação generalizadora.¹³ Certamente, a realização desses princípios exige que o direito se apresente adequadamente ordenado e o correto entendimento da Constituição pressupõe percebê-la como sistema interno de articulação de princípios fundamentais.¹⁴

Também é importante frisar que o sistema jurídico não é lógico-formal, não pode ser comparado ao sistema matemático, mas sim axiológico, pois apenas um sistema valorativo pode equacionar soluções capazes de restaurar as desigualdades naturais aos homens. Nesse sentido, *Wilhelm Canaris* esclarece que “os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por consequência, a adequação de vários valores entre si e sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica ou teleologicamente”.¹⁵

Assim, para compreender com exatidão a questão que envolve a ocupação de terras improdutivas pelos trabalhadores ligados ao movimento dos sem-terra, é necessário conhecer os valores em conflito e o posicionamento que o legislador adotou em relação a eles.

4 LICITUDE DAS INVASÕES

A legitimidade do ordenamento jurídico advém dos sentimentos e valores predominantes no povo. Nesse sentido, o art. XXXV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, afirma que “quando o governo viola os direitos do povo, a revolta é, para o povo e para cada grupamento de povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”. Não é oportuno aprofundar discussão sobre a antiga polêmica entre positivismo e jusnaturalismo, mas vale lembrar que, como modos diversos de avaliar a experiência jurídica, jusnaturalismo e positivismo são posicionamentos perfeitamente conciliáveis, já que, nesse sentido, operam sobre planos diversos.¹⁶ Por um lado, a valoração da justiça da lei, visando sua reforma, por outro, a interpretação das leis voltada para uma melhor sistematização teórica e, conseqüentemente, melhor aplicação prática.

Mas a questão que envolve a licitude da ocupação de terras pelos trabalhadores do movimento dos sem-terra não se detém em especulações jusnaturalistas. Como se sabe, ilicitude é a qualidade que determinada conduta adquire ao se contrapor ao ordenamento jurídico, em seu conjunto. Muito embora seja comum a referência às específicas manifestações dessa contrariedade, já que os diversos ramos do direito estabelecem matérias de proibição, a ilicitude é una, como contrariedade ao direito.¹⁷ Assim, quando uma conduta é amparada por excludente legal de ilicitude não subsiste contrariedade com o ordenamento jurídico, em seu aspecto civil ou penal.

Os tipos permissivos, na prática, permitem uma agressão ao bem jurídico. Correlato a esse direito, verifica-se presente o dever de tolerância daquele indivíduo que teve um bem jurídico violado pela conduta justificada. Disto resulta que o estudo de todas as causas de justificação implica na aplicação de um princípio de ponderação dos valores e interesses envolvidos no conflito. A exclusão da ilicitude se opera quando a colisão se resolve de modo que o bem jurídico protegido seja de maior valor que o bem jurídico sacrificado.

O fundamento da ilicitude reside no princípio de que a lesão ao bem jurídico produz um dano social que justifica a qualificação do comportamento socialmente danoso como criminoso.¹⁸ As excludentes de ilicitude, ao contrário, trabalham sob a premissa de que, dada a excepcionalidade da situação fática que envolveu a lesão ao bem jurídico, a ordem social não foi significativamente violada.

No Direito Penal, a preocupação do legislador para com as situações excepcionais de justificação da conduta lesiva ao bem jurídico produziu a excludente de ilicitude do *estado de necessidade*, cujo conceito vem muito bem definido no art. 24 do Código Penal. Como a ilicitude é una, essa excludente produz seus efeitos tanto sobre a esfera penal como civil. Mas o legislador civil não foi despreocupado para com a questão e, no art. 160, inciso II, e parágrafo único do Código Civil, dispôs que não constituem atos ilícitos a deteriorização ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. No caso de destruição da coisa, ressalva o parágrafo único, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Considerando a caracterização do *estado de necessidade*, pode-se concluir que a ocupação de terras improdutivas por trabalhadores e suas famílias

13 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 14, 20-22. Esclarece o autor, ainda, que “uma eventual adequação lógico-formal das normas jurídicas singulares não implica a unidade de sentido especificamente jurídica de um ordenamento”.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 186.

15 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 31.

16 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. *Cit.*, p. 87.

17 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 78.

18 JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 316.

que não possuem meios de prover a própria subsistência é ato lícito. Nesse sentido, *Amilton Bueno de Carvalho* indaga: “Como é possível exigir que a fome aguarde indefinidamente a solução política? Já se admite o furto famélico, por que não a invasão famélica?”¹⁹

Sobre a ponderação de bens envolvidos na hipótese de ocupação de terras improdutivas, vale observar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade impõe que esta deva atender à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). A função social da propriedade é considerada pela Constituição de 1988 como princípio fundamental da ordem econômica, art. 170, III, sendo que esta também se baseia na valorização do trabalho humano e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Certamente, os dispositivos constitucionais que vinculam o direito de propriedade à observância de sua função social representam uma concessão à democracia social. Se a propriedade é improdutiva, não atendendo à sua função social, o interesse da coletividade de trabalhadores sem-terra deve prevalecer sobre o interesse individual do proprietário-possuidor, e o sacrifício do interesse de menor valor é legitimado pela necessidade de proteção ao interesse preponderante. O art. 184 da Constituição determina que União deve atender ao interesse social, desapropriando o imóvel improdutivo e promovendo a reforma agrária. É que o direito de propriedade não é absoluto. Esclarece *José Afonso da Silva* que “a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.²⁰ E arremata *Eros Roberto Grau*: “Se a propriedade dotada de função social não estiver sendo atuada de modo que essa função seja atendida, teremos que o detentor de propriedade como tal já não será mais titular de direito (de propriedade) sobre ela”.²¹ É que, “diferentemente da posse civil, a posse agrária se vê absolutamente comprometida com o alcance da finalidade social dos bens e com o bem-estar e o progresso econômico do possuidor e da coletividade, excluindo o caráter privatístico da posse civil”.²²

A licitude da ocupação, por outro lado, não impede ao proprietário o direito de indenização contra o poder público, que tem o dever de entregar a terra aos que dela necessitem.

No caso da ocupação de terras produtivas, que atendam à sua função social, não se poderá reconhecer a preponderância do interesse da coletividade dos trabalhadores sem-terra, e a ocupação constitui verdadeiro abuso de direito.

A questão dos trabalhadores sem-terra é complexa e não pode ser entendida unicamente pela consideração de seus efeitos sobre o direito de propriedade. Cabe ao Poder Judiciário fazer valer a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como preservar o valor social do trabalho que, conforme o art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, são considerados fundamentos da República Federativa do Brasil. Na aplicação da lei, conforme dispõe o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige. Assim, a decisão que manda reintegrar a posse de terras improdutivas, ocupadas por trabalhadores do movimento dos sem-terra e suas famílias, rompe a estrutura sistêmica do ordenamento jurídico, pois trabalha sob a mais estreita das premissas do *codicismo*, que não considera o instituto legal do *estado de necessidade* e desrespeita os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

5 A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 716/95 pretende dar nova redação ao inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil, de modo a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público “em todas as fases processuais que envolvam litígios coletivos pela posse da terra urbana e rural”. O projeto é de autoria do deputado Domingos Dutra, que justifica sua iniciativa com a necessidade da atuação de um órgão fiscalizador da lei, que trabalhe para impedir a ocorrência de atos de extrema violência quando no cumprimento dos mandados de reintegração de posse.

No entanto, a intervenção do Ministério Público nestes feitos prescindir de qualquer alteração legislativa. Com efeito, o projeto pretende alterar o dispositivo legal para esclarecer que os litígios coletivos pela posse da terra urbana ou rural são de interesse público. Tanto é assim que a redação do mencionado dispositivo prossegue afirmando a necessidade de intervenção do Ministério Público “nas demais causas em que há interesse público...” Então, se as causas que envolvam disputas coletivas pela posse da terra se en-

19 CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 51.

20 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 256.

21 GRAU, Eros Roberto. A propriedade na nova Constituição. In: *O patrimônio imobiliário do poder público*. São Paulo: Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1989, p. 111.

22 LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 111.

quadram na fórmula geral, não é necessário esperar qualquer alteração legislativa para a intervenção ministerial.

As ocupações promovidas pelo movimento dos sem-terra não tem por finalidade violar o direito de propriedade de pessoas determinadas, mas antes pressionar o governo para realizar a reforma agrária, instrumento necessário à realização da justiça social. É um instrumento de pressão tão legítimo como as greves. O efetivo atendimento da função social da propriedade é um interesse social indisponível e, conforme o art. 127 da Constituição, sua defesa cabe ao Ministério Público.

Ainda vale notar que as ocupações envolvem a participação de famílias inteiras que, desabrigadas e na miséria, merecem atenção especial do Estado, como determina a Constituição, em seu art. 226.

Assim, independentemente da alteração legislativa que se pretende realizar, o Ministério Público deve intervir nas causas que envolvam conflitos coletivos sobre a propriedade urbana ou rural.

6 CONCLUSÃO

O Ministério Público deve intervir nas ações de reintegração de posse, sempre que o pedido envolver a retirada de trabalhadores participantes de ocupações coletivas, tendo em vista a existência de interesse público de proteção à dignidade da pessoa humana, da entidade familiar e da função social da propriedade.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In: *Lições de direito alternativo I*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

- GIOMEZ, José Maria. Surpresas de uma crítica a propósito de juristas repensando as relações entre direito e estado. In: *Crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- GRAU, Eros Roberto. A propriedade na nova constituição. In: *O patrimônio imobiliário do poder público*, São Paulo: Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1989.
- IESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981.
- ILMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Sarai-va, 1992.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- TELLES Jr., Alcides. *Discurso, linguagem e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- THOMPSON, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: *Lições de direito alternativo I*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

A (IN)JUSTIÇA NO TERCEIRO MILÊNIO. SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA O AMANHÃ.*

FERNANDO RODRIGUES MARTINS**

*Quando fui a Brasília, ouvi grandes líderes
e suas magníficas idéias...*

Sumário

1. Introdução – Breve esboço histórico. 2. Reforma processual e efetividade do processo. Acesso. Juizados Especiais Cíveis. 3. Poder Judiciário X Ministério Público. 4. Evolução e autonomia. 5. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO – BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Outro dia, ouvi de um renomado magistrado, que os juizados especiais cíveis não necessitam de intervenção ministerial, posto que no processo civil a atuação do “Promotor Público” era de pouca importância.

O processo, em sua universalidade, alcançou etapas que merecem ser consignadas, dada a importância do passado para melhor se vislumbrar – até empiricamente – o futuro. Três fases distintas fizeram (e fazem) do processo

* Tese aprovada por unanimidade.

** Promotor de Justiça em Uberlândia.

um meio de edificar e justificar a importância da tutela jurisdicional do Estado, em suas constantes investidas perante seus jurisdicionados na tentativa de solução de conflitos.

Na primeira fase, caracterizada pela ausência de linhas gerais de procedimentos, vigorava o período *sincretista* do processo. O direito material era utilizado como forma única para deslindar os interesses e a ação estatal tornava-se disposta em segundo plano, já que o autor manejava seu pedido diretamente em face do réu. Exemplo desse pleito é a *actio* romana, onde o campo era *mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais* –, *que são direitos descendentes jurídicos do liberalismo então vigorante (laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même)*.¹

No final do século XIX, que a teoria *sincretista* começou a ruir. A confusão entre as ordens substanciais e processuais fez gerar nova tendência científica, até o ponto de nascerem idéias favoráveis à independência processual, como seara autônoma com seus próprios princípios. Fez-se então, o grande passo da teoria processual, representada pelo raciocínio *autonomista* do processo. Nesta fase, o processo atinge o grau de independência, distinguindo da relação material pelos sujeitos, objetos e pressupostos. O Estado passa a ter função precípua de tutelar os conflitos diversos, com o advento da própria ação. Era de conflitos, todo o autonomismo tem fundamentos nas obras de *Von Büllow* e na famosa polêmica criada nas obras de *Bernhard Windscheid* e *Theodor Muther*.²

Não fosse a busca constante de mudanças – o que é *natural do homem* –, já que o correto seria a criação de uma disciplina própria, a ciência processual alcançou vocação catastrófica com consequências incontroláveis. O processo tornou-se um fim em si mesmo, preferindo diversos aplicadores da lei decidirem conforme as regras procedimentais, do que utilizá-las de forma a buscar uma ordem jurídica mais justa. Em tal fase imperava o formalismo e o direito individual, ao revés do coletivo. No Brasil ainda consta do art. 75 do Código Civil que “*a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*” ou o ridículo art. 76 do mesmo Estatuto onde está consagrado que “*para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral*”. E ainda, conforme se vê da Carta Magna e autoritária de 1969 os direitos do homem se inscrevem no distante art. 153, sob o título “Dos Direitos e Garantias Indi-

viduais”, ao passo que hoje o Capítulo I do Título II da Constituição Federal trata dos “*Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”.³

Por fim, chegou-se a uma fase *instrumentalista* do processo. Nesta última etapa, não se justifica mais utilizar o processo como um catálogo de exposições de idéias formais. Deve-se buscar o escopo natural do processo que é o acesso do cidadão a uma ordem jurídica mais justa e eficaz, ao contrário em delongar o tempo da parte com o narcisismo natural dos julgadores (seres que tentam se igualar aos primores máximos de Deus: a onipotência e a onipresença). Se há substância maior que a coisa julgada é o *sentido social de que a sentença é injusta*.⁴

O *instrumentalismo* consiste na idéia de tornar o processo apenas um meio de busca da sentença parcimoniosa, enfim, justa. Nesta última fase, com consistência, são de proveitos inigualáveis as teorias do jurista italiano *Mauro Cappelletti* ⁵ sobre o acesso do cidadão à Justiça. Não existem os atropelos científicos em face da necessidade do social. Assim, no fórum, lugar-tenente do povo, tem-se priorizado três principais escopos do processo, a saber: o *escopo social*, que traz à população, *paz social* e a *educação* do comportamento em massa; o *escopo político*, no sentido de que o *poder* demonstra a legitimidade da decisão, que a *liberdade* é a dignidade de cada postulante e na *participação* incluem-se os destinos dos cidadãos quanto ao futuro da ordem política; e, finalmente, o *escopo jurídico*, que traduz a idéia da interação entre o direito substantivo e o processo, ou seja, a lei, o juiz e as partes constroem a própria jurisdição.

A par dessa saga da ciência processual, que consolida o *instrumentalismo* como resposta hábil à evolução social, imperativo restou a criação de uma teoria geral do processo que garanta a natureza pública do processo, desvinculado, em parte, do conceito privado da ação.⁶

3 Hoje, algumas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ainda carregam como razões de decidir estas ultrapassadas estultícias, mormente aquelas que negam legitimidade do Ministério Público em manejar ação civil pública para a proteção do patrimônio público (art. 129, III, CF), bem como outras que buscam a declaração de paternidade (art. 127, caput, CF e Lei n. 8.560/92).

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 21. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo.

5 CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris Editor. Nesta obra os autores identificam as três principais ondas de acesso à Justiça: a assistência judiciária aos necessitados; a ótica dos direitos e interesses difusos; e o acesso a uma nova representação em juízo quanto aos interesses individuais e difusos.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 313.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, p. 18.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 18.

É mister, ainda, focar a existência de preceitos constitucionais que outorgam nova visão sobre o processo. Destarte, sob o ângulo de nossa Constituição Federal, pode-se dizer sobre a existência de um Direito Constitucional Processual e de um Direito Processual Constitucional. O primeiro, regula o conjunto de normas atinentes ao processo em qualquer seara (*due process of law*). Já o segundo, ilustra os princípios da denominada jurisdição constitucional (*mandado de segurança, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade*).⁷

A Constituição Federal em seu art. 5º e nos desdobramentos de seus incisos fez garantir ao cidadão moderno, como princípio magno a ser observado em qualquer relação jurídica ou extrajurídica, o *due process of law*. Neste aspecto, cumpre, antes de mais nada, tecer breve comentário sobre o tema.

Referido princípio ganhou forma e fundamento na *Carta Magna* de João Sem Terra, no Reino Unido. Posteriormente, consagrou-se de vez na Carta de Filadélfia, Confederação Norte-Americana. Em ambas utilizações do postulado, buscaram seus idealizadores definir suas premissas básicas assentadas no direito à *vida, propriedade e liberdade*.

O renomado jurista e membro do Ministério Público paulista, *Nelson Nery Junior*, identificou que:

“A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.” (Grifamos)⁸

Tais premissas também foram observadas por nossa Constituição Federal. Daí, correto dizer que o princípio *due process of law* não se refere somente às prerrogativas promulgadas às partes quando em esfera de procedimento contencioso (administrativo ou judicial). Cediço deste posicionamento, os doutrinadores pátrios ou os cientistas do direito comparado, subdividiram o consagrado postulado em duas nuances.

A primeira, adstrita a parte material dos direitos, ou seja, o *substantive due process*, prevista em nossa Constituição Federal no art. 5º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, etc.

A segunda nuance relativa aos *direitos processuais* do cidadão, quando situado nas órbitas de processos judiciais e administrativos, denominada, agora, como *procedural due process*. Tais prerrogativas também estão insertas em nossa Carta Magna em idêntico artigo e foram diretamente dirigidas ao nosso Código de Processo Civil da seguinte forma: a) *princípio da isonomia* (art. 5º, caput); b) *princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário* (inc. XXXV); c) *princípio do juiz e promotor natural e proibição de juízos de exceção* (incs. LIII e XXXVII respectivamente); d) *princípio do contraditório* (inc. LV); e) *princípio da proibição de provas ilícitas* (inc. LVI); e f) *princípio do acesso à justiça* (inc. LXXIV).

Sobre esses enfoques, apresentam-se algumas considerações.

2 REFORMA PROCESSUAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO. ACESSO. JUIZADOS ESPECIAIS

De nada adianta um sistema judicial em que o sagrado *dever* de justiça ou é posto tardia ou injustamente. Senão à altura dessa inelutável conclusão, já batia quanto a crítica o advogado italiano *Piero Calamandrei*, sobre a efetividade do processo *si è rápido non è sicuro, si è sicuro non è rápido*.

O sistema processual anterior já estava aquém dos destinos da nação e dos consumidores da Justiça. Em primeiro plano, o direito processual brasileiro foi regido pelo Regulamento 737, modelo totalmente superado pelas idéias autonomistas de *Von Büllow*.⁹ A tentar aperfeiçoar esse modelo seguiram-se os códigos estaduais. Posteriormente, adveio a reforma de 1939, caracterizada não só pelas tendências modernas da época, mas também por equívocos técnicos respeitantes às questões relativas à competência, recursos, execuções.¹⁰ Finalmente, o *Código Buzaid*, cujo espírito inovador cuidou apenas de acertar os equívocos lamentáveis da compilação anterior, assentou o caráter individualista sem eficácia às defesas de massa.

Todo esse cenáculo processual já não serve mais ao País. O Brasil, mesmo sendo reconhecidamente uma república em fase de desenvolvimento (para não falar subdesenvolvida!) necessitava de uma ordem jurídica eficaz, com instrumentos adequados à satisfação da ordem coletiva. Neste sentido, alguns passos emergentes foram dados nas veredas de melhor tutelar a coletividade.

A ação civil pública, em vigor a partir de 1985, foi um feliz instrumento de natureza processual posto à disposição da Justiça. O pioneiro quanto ao

7 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed., São Paulo: RT, p. 20.

8 NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, n. 7, p. 33.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed., São Paulo. Malheiros, p. 21.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, n. 9, p. 21.

tema foi o Prof. *José Carlos Barbosa Moreira*,¹¹ quando criticou que a postura processual brasileira era voltada aos conflitos de interesses individuais. Em segundo passo, desenvolveram o tema o Prof. *Waldemar Mariz*¹² e a Prof. *Ada Pellegrini Grinover*.¹³ Formou-se, então, a partir destes estudos um notável grupo constituído pela Prof. *Ada Pellegrini Grinover*, *Waldemar Mariz de Oliveira Júnior*, *Cândido Rangel Dinamarco* e *Kazuo Watanabe*, responsável pela apresentação de um projeto que, posteriormente, seria alcunhado de projeto *Bierrenbach*.¹⁴ Por fim, o Ministério Público paulista, através dos ilustrados membros *Nelson Nery Júnior*, *Édis Milaré* e *Antônio Augusto Mello de Camargo e Ferraz*, deu o toque final ao que viria a ser a LACP.¹⁵

Não seria outra a alternativa para a sistemática processual, já que o crescimento das relações jurídicas envolviam coletividades e, neste aspecto, difícil tornar-se-ia um pedido para cada cidadão prejudicado. O próprio princípio da economia processual, já tão decantado à época, impedia na utilização de apenas um único instrumento para a defesa de todos os lesados, a ACP.

Outro, então, seria um diploma consagrado internacionalmente para a proteção e defesa¹⁶ do cidadão: o *Código de Defesa do Consumidor*.

Consoante se vê do disposto no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal “impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Pois bem, ao encerrar no texto maior que essa defesa é papel obrigatório e intangível do Estado, desejou o legislador constituinte estabelecer, antes de mais nada, que o respeito ao consumidor se deve ao fato de ser impossível a sua distinção com a do próprio cidadão.

A assertiva acima tanto ecoa como verdadeira que o comando constitucional de tutela do consumidor está disposto no Título II da Carta Magna, ou seja, “Dos direitos e garantias fundamentais”. E nem poderia ser outra exegese: basta, para tanto, lembrar que em “priscas eras”, quando ainda fora de uma

sociedade industrializada e tecnológica, nosso sistema jurídico pré-capitalista não dispunha de qualquer efetivo e eficaz diploma legal para a proteção dos consumidores, com exceção, é claro, da desatualizada e inútil Lei n. 1.521/50, consubstanciada em norma penal em branco.

A par dessa irrefutável realidade, não poderia o legislador contemporâneo deixar de estabelecer, dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, medidas legais que identificassem a vulnerabilidade dos consumidores frente aos verdadeiros cartéis e monopólios, os quais por toda sorte de atos – *publicidade enganosa, contratos de adesão, práticas abusivas, concorrência desleal, etc.* – pulverizavam os multifários interesses do cidadão moderno quanto a esse aspecto: *o direito de escolha, o acesso à Justiça, a boa-fé nas relações de consumo, a informação clara do produto ou serviço, garantia da adequação (dentro do binômio qualidade/segurança) e a repressão ao abuso do poder econômico*.¹⁷

Senão urgente tal necessidade, notória era sua preeminência. Veja-se que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs de forma categórica que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Esta demonstração, agora de força, às vulneráveis pessoas expostas aos riscos do mercado hodierno, foi tão feliz que, além de delimitar prazo constitucional, exíguo para a elaboração da norma protetiva, ainda optou em alcunhá-la de *Código* e não apenas *Lei*.

Mas não se limitou o constituinte, nesta efetiva proteção, somente a estes dois artigos. Pudera, outros dispositivos magnos (mais precisamente o art. 170, V, bem como o art. 150, § 5º) a exemplo dos já mencionados, passaram, igualmente, a indicar como princípio maior, axiologicamente, a defesa do cidadão consumidor.

Todo esse esforço nacional tem nascedouro implacável: o *movimento consumerista brasileiro*, influenciado pela magnífica obra *Acesso à Justiça*, de autoria de *Mauro Cappelletti* e *Bryant Garth* que, ineditamente, identificou as três principais ondas de revolução da justiça popular, dentre elas os interesses e direitos difusos, correlacionados na defesa do consumidor.¹⁸

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) tornou-se mais precisa e adequada a tutela do cidadão, vista tanto do ponto de vista individual como coletivo. Contudo, avanço inquestionável da norma em comento advém de sua própria natureza. De observar-se que seu art. 1º restou em tratá-la como *de ordem pública e de interesse social*. Ora, isto quer dizer,

11 *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, preparado em Florença e publicado no Brasil em 1977.

12 Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. *Estudos sobre o Amanhã*.

13 A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979.

14 O projeto *Bierrenbach*, a despeito de ser o marco para a tutela dos interesses difusos e coletivos, apresentava aspectos incompletos. Por exemplo, falta de foro competente para julgar as ações civis públicas, assistência processual penal, não havia previsão de medida cautelar etc.

15 *Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

16 Proteção nada mais é que a verificação das normas de conduta postas ao consumidor. Defesa é a efetiva tutela do consumidor em juízo.

17 Esses são os princípios básicos da defesa do consumidor, tidos como parte introdutória ao CDC, insitos no art. 6º do citado diploma legal.

18 *Op. cit.*, n. 5.

que não é dado às partes a possibilidade de afastar sua incidência, ou mesmo convencionarem neste sentido.¹⁹

De lege lata, portanto, impossível a discricionariedade em aplicá-la ou não: *seu comando é cogente*.

Com tais avanços, em nível de tutela de massa, não poderia o Código de Processo Civil permanecer na era paleolítica. Daí, com razão, seguiram-se as reformas, alterando seguidamente alguns tópicos, a saber: **a)** dispositivos referentes à prova pericial;²⁰ **b)** dispositivos referentes ao princípio da identidade física do juiz;²¹ **c)** dispositivos referentes às citações e intimações;²² **d)** dispositivo quanto ao aditamento da inicial;²³ **e)** dispositivos relativos à liquidação da sentença;²⁴ **f)** dispositivos em matéria de recursos;²⁵ **g)** dispositivos quanto a ações de consignação em pagamento e usucapião;²⁶ **h)** dispositivos referentes ao processo de conhecimento e cautela;²⁷ **i)** dispositivos atinentes à execução;²⁸ **j)** dispositivos quanto ao pedido monitório;²⁹ **k)** dispositivo quanto ao agravo;³⁰ **l)** modifica o procedimento sumaríssimo, tornando-o sumário.³¹

A reforma processual, traz em seu bojo a preocupação maior da efetividade do processo, da prestação jurisdicional. Aliás esta foi a posição,

digna de aplauso, do Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, ao transcrever as diretrizes reformistas.³²

Interessa notar que, em primeiro avanço, as leis de tutela de massas foram sendo inscritas no cenário nacional, até que o Código de Processo Civil passou a aproveitá-las. Prova patente dessa assertiva tangencia a respeito dos arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, com a nova redação dada ao art. 461 do Código de Processo Civil. Veja-se que a tutela antecipada quanto as obrigações de fazer ou não fazer do código de formas tomou os mesmos critérios circunscritos no Código de Defesa do Consumidor, *a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final (dano de difícil reparação)*.

Outra situação encontra relevo na própria experiência da Justiça do Trabalho: as citações e intimações via postal. Esse avanço, guardadas as proporções quanto à indisponibilidade de direitos, demonstra que a Justiça torna-se mais célere e mais barata, pois evita a procrastinação por parte de quem deve ser citado, bem como descarrega os serviços dos oficiais de Justiça.

Nem se diga de outros tópicos relativos à celeridade do processo, notadamente aqueles relativos à prova pericial, pois decota-se do processo o imprestável compromisso de perito – *já que a falsa perícia é crime* –, bem como admite os pareceres técnicos para melhor entendimento e distribuição da prova, podendo a prova pericial, neste caso, ser dispensada pelo Magistrado.

Na mesma linha acompanham as reformas atinentes aos atos processuais, posto serem criadas as audiências preliminares para tentativa de conciliação e saneamento do processo. Com isso, firma-se a tendência mundial da conciliação ou transação em juízo (autocomposição total ou parcial).³³ E em caso de frustração dessas, o saneamento do processo que passa a ser obriga-

19 É no dizer dos ilustres Prof. paulistas *Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins*, na clássica obra *Código do Consumidor anotado* (2. ed., São Paulo: RT, p. 16), a ilustração doutrinária do tema: “Em decorrência do estabelecimento no art. 1º, a normatização tratada no presente Código do Consumidor é de ordem pública e interesse social, de onde se infere que os comandos dele constantes são de natureza cogente, ou seja, não é facultado às partes a possibilidade de optar pela aplicação ou não de seus dispositivos, que, portanto, não podem ser afastados pela simples convenção dos interessados, exceto havendo autorização legal expressa. Tais normas de ordem pública, em função de sua inerente cogência, portanto “incidirão até mesmo e apesar da vontade contrária dos interessados”. O *ius cogens* é forma de proteção do interesse social porque tutela “instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz e pelas partes por deverem ter certa duração.” (Grifo dos autores)

20 Lei n. 8.455/92.

21 Lei n. 8.637/93.

22 Lei n. 8.710/93. Neste caso há uma aproximação com a legislação trabalhista.

23 Lei n. 8.718/93.

24 Lei n. 8.898/94. Elimina a liquidação por cálculo do contador.

25 Lei n. 8.950/94.

26 Lei n. 8.951/94.

27 Lei n. 8.952/94. Institui a tutela antecipada, conciliação, reforma atos processuais.

28 Lei n. 8.953/94.

29 Lei n. 9.079/95.

30 Lei n. 9.139/95.

31 Lei n. 9.245/95.

32 “a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixando de lado as divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário (v.g., arts. 272, 273, 478, 479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo uma reforma não uma manifestação isolada da Magistratura, mas uma reivindicação uníssona *de todos os segmentos interessados, nela integrando o foro e Universidade, professores e profissionais, juizes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público*”, in *A efetividade do processo e a reforma processual*.

33 A conciliação pode atingir objeto além do processo. A motivação é única: evitar novas demandas sobre assunto não julgado.

tório por parte do Magistrado, quer analisando as condições da ação e os pressupostos de existência e validade do processo e, principalmente, quer fixando os pontos controvertidos da lide.

Sem qualquer tergiversação, porém, as modificações respeitantes ao agora chamado recurso de agravo merecem toda consideração pelos aplicadores da lei, já que o extinto agravo de instrumento a nada prestava, senão em retirar o tempo precioso dos profissionais do Direito.

O processo monitorio caracterizou de melhor maneira o tema da efetividade, pois conferiu a possibilidade de execução aos documentos sem eficácia de título de crédito quando não haja manifestação do requerido.

Tais reformas, ao que se vê, contribuem para tornar o processo mais efetivo (presto e célere).

De nada, todavia, aproveitam as reformas processuais se as portas da Justiça não estão abertas à população. O acesso à Justiça é determinação cogente da Constituição Federal, *ex vi*, art. 5º, XXXV e LXXIV, e foi conseguido a duras penas. Veja-se que, anteriormente, na Carta de 69 os direitos fundamentais do homem se inscreviam no distante art. 153, sob o título *Dos Direitos e Garantias Individuais*. Isso demonstra como era visto o acesso ao tempo dos militares e tecnocratas. Na atual, por denotar a importância do Estado de Direito Democrático, foi a matéria transferida para o início da Carta Magna, agora com o título *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*. Outros dispositivos, ainda insertos no ordenamento pátrio traduzem a idéia de uma cultura jurídica totalmente individualista.³⁴ Entrementes, conforme já alhures foi dito, “as exigências da vida moderna foram rompendo as barreiras do conservadorismo jurídico”.³⁵

Neste aspecto, cabe um breve fôlego, talvez até elucidativo. Muitos doutrinadores e operadores do Direito afirmam que as *class actions* têm nascedouro implacável nas *Federal Rules*, de 1966, através da regra n. 23. Contudo, interessa notar que, no Brasil, mesmo não dispondo do *nomen juris* ações coletivas, desde 1943, o ordenamento contava com um instituto semelhante às ações coletivas, conforme estatui o art. 872 da Consolidação das Leis Trabalhistas.³⁶

34 O art. 76 do Código Civil aponta que “para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse econômico ou moral”. Já o art. 6º do Código de Processo Civil determina que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

35 LACERDA, Galeno. *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. Eficácia da prestação jurisdicional, atendimento às demandas sociais*. Editor dos Juristas, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 230.

36 “Art. 872. Celebrando o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Retornando ao acesso, acrescenta-se que sua possível efetivação, nos moldes da Constituição Federal,³⁷ dar-se-á com a implantação dos Juizados Especiais, conforme dispõe a Lei n. 9.099/95. Os microsistemas de há muito reclamados pelos operadores do Direito. Apesar de todos os comentários destrutivos feitos aos microsistemas, outra não seria a solução senão enfrentar o tema do acesso com uma legislação que, a despeito de causar divergência entre a doutrina, busca, além da efetividade do processo, a abertura do sistema judiciário.

Sua característica primaz realça na *jurisdição por equidade*, já prevista e pouco utilizada no Código de Processo Civil.³⁸ Neste sentido, aqueles que discordam da *justiça alternativa* o fazem sem razão, pois na ausência de mandamentos legais que indiquem o caminho de distribuição da Justiça, acerta o Magistrado que utiliza os instrumentos também legais (ou supralegais) para proferir sua decisão.³⁹ Outros aspectos peculiares da lei em breve comentário demonstram os princípios dos microsistemas, tais como a *oralidade*, *simplicidade* (*dentro do binômio economia processual/celeridade*), *transação* (*negócio bilateral onde há renúncia de direito*) e *conciliação* (*composição amigável sem renúncia de direito*).⁴⁰

Todavia, três questões notadamente vinculadas aos microsistemas cíveis desnudam o sentimento de alguns doutrinadores. A primeira, relacionada à opção pelo microsistema. Alguns autores há, que discordam do sistema ser opcional, utilizando para tanto a *competência* como matéria de ordem pú-

Parágrafo único. Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão”.

37 Art. 98, I, da Constituição Federal.

38 Arts. 126 e 127 do Código de Processo Civil e arts. 4º e 5º do CCR.

39 Nelson Nery Junior assenta que: “o que existe de real e concreto nesse movimento da justiça alternativa, é nada mais nada menos do que a implementação de instrumentos que a própria lei colocou à disposição do magistrado, para mitigar os rigores da norma: a) o controle in concreto da constitucionalidade das leis, podendo o juiz, deixar de aplicar norma legal que considere inconstitucional; b) a interpretação da lei no sentido de atender aos fins sociais a que se dirige essa mesma lei e às exigências do bem comum, autorizado que está o magistrado, no particular, pelo art. 5º da LICC”. *Op. cit.*, nota n. 7.

40 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45/55.

blica, impassível, pois, de escolha por parte do consumidor da Justiça.⁴¹ Outros defendem a idéia de que sendo apenas um *procedimento* pode haver a escolha ou que, sendo um *processo especialíssimo*, também pode haver a opção.

Se levado a efeito o pensamento de que a competência é matéria exclusiva de ordem pública, não haveria razão para sua modificação, especialmente nos casos de competência relativa, *ex vi*, art. 102 do Código de Processo Civil.

Em outra linha de raciocínio tendo os Juizados Especiais natureza jurídica híbrida, ou seja, um misto de juízo e procedimento, pode a parte optar pelo microssistema ou pelo juízo comum, notadamente o sumário, conforme lhe faculta os incs. II e III dos §§ 1º e 2º do art. 292 do Código de Processo Civil. Quanto ao tema:

“Frise-se que, a entender-se que o ajuizamento das ações previstas no LJE 3º é obrigatório perante o juizado especial, é, a um só tempo: a) apenar-se o jurisdicionado, que ao invés de ter mais uma alternativa para buscar a aplicação da atividade jurisdicional do Estado, tem retirada sua disponibilidade a utilização de meios processuais adequados, existentes no ordenamento processual, frustrando-se a finalidade da criação dos juizados especiais; b) esvaziar-se quase que completamente o procedimento sumário no sistema do CPC, que teria aplicação residual às pessoas que não podem ser parte e às matérias que não podem ser submetidas ao julgamento dos juizados especiais. Isto quer significar que o entendimento restrito só conspiraria contra o acesso à justiça, porque se restringiria o direito de ação do autor, ao passo que se entender que o ajuizamento das ações perante os juizados especiais é facultativo, opção do autor, estariam sendo atendidos os princípios constitucionais do direito de ação (CF, 5º, XXXV), da ampla defesa (CF, 5º, LV), bem como proporcionando ao autor mais um meio alternativo de acesso à justiça”.⁴²

Em outro levante, nunca se pode afastar do nosso ordenamento a existência das vias ordinárias para a solução dos conflitos. Assim, sendo os Juizados Especiais Cíveis um *processo especialíssimo – pois marcante seu traço de tutela jurisdicional diferenciada* –, à parte é facultada sua utilização.⁴³

Destarte, posição que merece destaque e parece ser melhor esposada é aquela que admite o sistema opcional. Veja-se que, caso assim não fosse, ou seja, caso permanecesse como um sistema jurisdicional fixo, *pelo argumento de norma de ordem pública*, como quer Theotônio Negrão, não haveria razão para a possibilidade de prorrogação de sua competência, conforme admite o inc. II do art. 51 da Lei dos Juizados Especiais. Essa posição é a mais acertada, mesmo porque encontra ressonância no inc. I do art. 98 da Constituição Federal, que trata das causas de *menor complexidade*.⁴⁴ Não fosse isso, para estar concretizada a teoria do renomado autor processualista, a Lei deveria ter em seu corpo a impossibilidade de prorrogação da competência. A ordem pública, quanto ao processo, não tem o caráter sacrossanto de imutabilidade, mas de acessibilidade do consumidor da Justiça, ou seja, são diversas “as portas e janelas” abertas ao cidadão, conforme a terceira onda renovatória do acesso à Justiça.

Mesmo sendo norma de ordem pública, podem as partes optar por outro procedimento ou processo, a exemplo do sumário, onde está garantido, inclusive, o recurso especial que encontra-se mitigado no texto da Lei n. 9.099/95, em face do art. 105, III, da Constituição Federal.⁴⁵

43 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, p. 259. “Vias ordinárias, na linguagem usual, são os processos e procedimentos normais estabelecidos em princípio pelo Código de Processo Civil, dos quais se distinguem aqueles preordenados a alguma tutela jurisdicional diferenciada (mandado de segurança, processo monitório, processo das pequenas causas). Tanto os procedimentos comuns integram tais vias ordinárias (procedimento ordinário ou sumário), como os especiais *que não estejam qualificados como meio de tutela diferenciada*.”

44 Joel Dias Figueira Júnior adverte que: “Contudo, não há que se confundir pequeno valor com reduzida complexidade, seja em termos fáticos ou jurídicos. Nada obsta que estejamos diante de uma ação que não ultrapasse quarenta salários mínimos mas que, em contrapartida, apresente questões jurídicas de alta indagação, não raras vezes acrescida da necessidade de produção de intrínseca produção de prova pericial”. *Op. cit.*, nota n. 40, p. 59.

45 O Recurso Especial não pode ser manejado em face das decisões proferidas no microssistema, uma vez que o art. 105, III, da Constituição Federal trata da competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar em única ou última instância as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça do Estado e Distrito Federal. O microssistema não é tribunal. Contudo, cabível o Recurso Extraordinário, posto que o art. 102, III, da Constituição Federal autoriza sua postulação nas causas de última ou única instância, sem especificação de tribunais e desde que a sentença recorrida julgar lei federal inconstitucional ou julgar válida lei estadual em face da Constituição Federal.

41 NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, p. 250. “É verdade que, no momento, há uma forte e prestigiosa corrente entendendo que o Juizado Especial é sempre opcional, podendo, em todos os casos, ser adotado ou não pelo autor. Entendemos, com a devida vênia, de maneira diferente (v. LJE, 3º, nota 1), porque competência é matéria de ordem pública, somente se admitindo que a parte escolha a jurisdição ou o foro se houver permissão expressa em lei; e essa permissão genérica não existe na Lei dos Juizados Especiais. A disposição art. 3, § 3º da LJE permitiu a opção apenas para um caso especial, o que firma a regra geral de que em todos os outros não se admite tal opção. *Positio unius, exclusio alterius*.”

42 NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 81.

Outra tendência afigura-se importante quando o art. 59 deixa de admitir a ação rescisória. Mister ressaltar que houve um equívoco do legislador quanto ao tema, posto que possibilidades existem de ocorrer em órbita de qualquer julgamento condicionado ao microssistema as hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil (*as quais vão desde a prevaricação, concussão ou corrupção do Juiz até sentença fundada em erro de fato*). Acredita-se, pois, que essa proibição fere frontalmente o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal e por isso é *inconstitucional*.

Por fim, o fenômeno da *litigiosidade contida* com certeza, a curto prazo, esgotará todos os meandros dos microssistemas. Hodiernamente, muitos interessados não ingressam com seus pedidos, haja vista o caráter delongado das demandas e o pequeno valor de seus créditos. Todavia, o advento da instalação dos microssistemas e a resolução das primeiras querelas importará na busca incessante do juizado especial cível, que, por certo, sem que haja a prudência dos órgãos controladores, tornar-se-á tão abarrotado como as demais serventias judiciais.

A efetividade do processo e o acesso à Justiça ainda necessitam de plenas discussões.

3 PODER JUDICIÁRIO X MINISTÉRIO PÚBLICO

Não obstante, conforme se viu alhures, as leis que cuidam dos interesses de massa contribuirão basicamente para a efetividade do processo, bem como para o acesso à Justiça e sendo certa que a atuação do Ministério Público a esse mister foi imprescindível, o Poder Judiciário, e em especial o mineiro, ainda navega em águas mais rasas que a do *Parquet*.

Seguidas estão sendo as decisões dos tribunais, negando legitimidade ao Ministério Público para aforar ações civis públicas concernentes à defesa do patrimônio público ou aquelas que tratam da investigação de paternidade. Surrado, já foi o presente refrão.

Todavia, pontos merecem ser melhor analisados.

Em primeiro lugar, não é só o Poder Judiciário responsável por uma ordem jurídica mais justa. Já se disse inclusive que as próprias partes, os advogados e o Ministério Público são figuras essenciais ao escopo jurídico do processo. Aliás, o atendimento ao público eficazmente levado a efeito pelo Ministério Público dá mostras de que, até mesmo sem processo, é possível chegar-se a uma ordem jurídica mais justa. Tanto é assim, que a própria lei do microssistema cuida de dar poderes ao Ministério Público em referendar os acordos e composições extrajudiciais, *ex vi*, parágrafo único do art. 57. Ora, *se a compo-*

sição é forma de solução de conflitos, ou seja, de jurisdição, o Ministério Público também tem o poder de dizer o Direito.

De outro lado, os procedimentos administrativos e inquéritos civis públicos,⁴⁶ com o devido ajustamento de conduta, após ouvido o Conselho Superior do Ministério Público, na hipótese do § 6º do art. 5º da LACP, são casos típicos de resolução de conflitos e pacificação social, *objetos da jurisdição*.

Em segundo lugar, a legitimidade do Ministério Público em aforar tais pedidos não advém da obscura figura da legitimação extraordinária.⁴⁷ A circunstância é diversa. A legitimidade do Ministério Público para aforar tais pedidos tem nascedouro na própria Constituição Federal (art. 129, III) e, portanto, sua legitimação não é extraordinária, *mas autônoma*.⁴⁸

O Poder Judiciário, quanto ao aspecto da eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais, tem-se mostrado omissos. Malgrado as decisões que refutam a legitimidade ministerial, ao que parece equivocadas ou inquinadas ao egoísmo,⁴⁹ o que se vê, na prática, é um Judiciário ainda não comprometido com o cidadão, com o povo. Conforme lecionou, *Kazuo Watanabe*:

“Outro ponto de vital importância é o recrutamento mais aprimorado de juízes e seu permanente aperfeiçoamento cultural, face à crescente complexidade das relações sociais, transformações sociais rápidas e profundas, criação assistemática de leis que privilegiam mais a eficácia dos planos econômicos do que a equidade e a justiça das relações jurídicas, a crescente administrativização do direito que é utilizado

⁴⁶ Art. 26, I da Lei n. 8.625/93 e arts. 8º, § 1º, e 9º da LACP.

⁴⁷ Quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo.

⁴⁸ “Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como extraordinária, identificando-a como o fenômeno da substituição processual. Na verdade, o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de Legitimação Autônoma para a Condução do Processo (*Selbständige Prozeßführungsbefugnis*), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação”. NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, nota n. 7, p. 109.

⁴⁹ “A custódia da lei, deferida ao Ministério Público, não pode sofrer restrições, na exegese de norma processual, coarctando-lhe pleno desempenho do ofício”. STF. RE 92656-9, RJ, Min. *Nery da Silveira*.

como instrumento de governo, economia de massa a gerar intensa conflituosidade, configuração coletiva dos conflitos de interesses relativos a relevantes valores da comunidade, como o meio ambiente e outros interesses difusos.

[...]

No que toca a tutela jurisdicional do meio ambiente e outros interesses difusos, além desse aperfeiçoamento dos juízes, faz-se necessário um apoio decisivo aos juízes pelos Órgãos Superiores da Justiça, de tal modo que disponham eles, à semelhança do que ocorre no Ministério Público, de órgãos de pesquisa permanente, de orientação e de apoio material. Os membros do Ministério Público contam, hoje, inclusive com peritos especializados que possibilitam o melhor entendimento das complexas causas que têm aparecido ultimamente, cuja instrução reclama, não raro até testes e exames técnicos realizados no exterior”.⁵⁰

É como diz Nelson Nery Júnior:

“Deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa a vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos, é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial”.⁵¹

Para que o Judiciário passe a ter o compromisso com o cidadão consumidor da Justiça, torna-se necessária sua efetiva democratização, nos moldes do Ministério Público dos Estados e, também, sua transparência a partir de audiências públicas e criação de varas especializadas na defesa dos conteúdos de massa, conforme já previsto em lei.⁵² De longa data remonta a crítica que a maioria dos juízes brasileiros não mais *judgam* demandas, apenas as *decidem*.

De nosso lado, dois temas nevrálgicos necessitam de melhor elucidação. Os Promotores de Justiça devem deixar de ser subservientes aos Magistrados, nas causas em que oficiam como *custos legis*, posto que sua participação na lide não é secundária, mas primária. Enquanto o Magistrado julga, o Ministério Público fiscaliza a prestação da tutela jurisdicional.

Em segundo plano, torna-se evidente que a ação civil pública não pode ser utilizada levemente, sob pena do próprio enfraquecimento da instituição. O lugar do Promotor de Justiça não é frente à mídia, mas frente ao processo que tutela as massas.

Por derradeiro, enquanto no Congresso Nacional tramita propostas de emendas à Constituição Federal, tentando engendrar um controle jurisdicional nos inquéritos civis públicos, notório seria outro diploma legal, no sentido de criar as *Promotorias de Instrução*.

4 EVOLUÇÕES E AUTONOMIA

Todas as evoluções demonstradas com o advento da reforma processual e a criação dos microssistemas, as quais tentam pôr termo às questões atinentes à efetividade do processo e acesso à Justiça, não alcançarão o resultado esperado pelos operadores do Direito, na medida em que não haja independência nem autonomia das instituições.

Para a existência do Estado Democrático, urge o controle de todos os poderes. Logo, não se pode pretender *liberdade* se não há *direito*. Assim, chega-se a inelutável conclusão de que a sociedade necessita de instituições *totalmente* independentes para a sua proteção. Com isso, antes de pretextar controlar outros poderes, devem, o Judiciário e o Ministério Público, conquistar suas próprias liberdades.

E para que haja essa liberdade (*não pseudo*), a independência econômica, ou seja, a autonomia das instituições do Direito, torna-se essencial, de modo a conferir ao cidadão uma ordem jurídica mais justa. De nada valem as reformas, sem a construção de um Judiciário e um Ministério Público independentes e autônomos. É preciso investir na indústria da Justiça (criação de mais cargos, mais tribunais por Estado, etc.).

5 CONCLUSÕES

A par desse pequeno estudo, conclui-se:

1. As ações coletivas (*class actions*) buscadas no direito comparado norte-americano, já possuíam instrumento semelhante no Brasil, desde 1943 (ações de cumprimento), conforme a Consolidação das Leis Trabalhistas 872.
2. Os microssistemas previstos nos Juizados Especiais Cíveis não são

50 *Ação Civil Pública*. Lei n. 7.347/85. *Reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*. Diversos autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 327-328.

51 *Op. cit.*, nota n. 7, p. 110-111.

52 Última parte do inciso IV, art. 5º do Código de Defesa do Consumidor.

de competência obrigatória à parte, mas sua utilização pelo consumidor da Justiça é opcional.

3. Os microssistemas não se englobam entre os procedimentos previstos nas vias ordinárias, caracterizando-se como tutela jurisdicional diferenciada.

4. O art. 59 da Lei n. 9.099/95 é inconstitucional, pois fere o princípio do acesso à Justiça, conforme prevê o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

5. O fenômeno da litigiosidade contida poderá tumultuar os juizados especiais, dada a quantidade de pretensões ainda não postas em juízo.

6. O Ministério Público também é órgão de solução de conflitos, portanto, responsável pela jurisdição na medida em que referenda composições ou preside ajustamentos de condutas.

7. A legitimação do Ministério Público para as ações de que trata o art. 129, III, da Constituição Federal não é extraordinária, mas autônoma.

8. Negar legitimidade ao Ministério Público na causas respeitantes aos arts. 127, *caput* e 129, III, da Constituição Federal é negar acesso à Justiça.

9. O Poder Judiciário para atendimento às demandas coletivas, necessita de aprimoramento de seus quadros, democratização de suas bases e criação de varas especializadas para julgamento das tutelas de massa.

10. É necessária a criação das Promotorias de Justiça de Instrução, como meio hábil para a investigação dos diversos tipos de ilícitos que alcançam a coletividade.

11. As reformas não alcançarão os resultados práticos a que foram propostas, se o Poder Judiciário e Ministério Público não conquistarem sua autonomia financeira.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* *Código do Consumidor anotado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris Editor.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed., São Paulo, Malheiros.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. e 3. ed., São Paulo, Malheiros.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

LACERDA, Galeno. *Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. Eficiência da prestação jurisdicional, atendimento às demandas sociais. Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEGRÃO, Teothonio. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

DA INEXISTÊNCIA DO CASAMENTO DO LOUCO DE TODO O GÊNERO E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER*

GISELA POTÉRIO SANTOS VIEIRA DO PRADO**

Sumário

1. Introdução: jurisprudência. 2. Disposições legais. 3. Manifestações doutrinárias sobre a questão. 4. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO: JURISPRUDÊNCIA

“Os loucos não podem convolar núpcias, ante a falta de seu consentimento – embora não se afirme a herança das enfermidades mentais a não ser nos casos graves de oligofrenia e epilepsia – ainda que não tenham sofrido processo de interdição, porque a incapacidade de consentir decorre de suas condições pessoais e não do decreto judicial. Nem mesmo se pode afirmar que podem casar nos intervalos de lucidez porque quem é louco é incapaz a qualquer tempo e para todos os efeitos” (RT 135/601).

2 DISPOSIÇÕES LEGAIS

Em nossa legislação vigente o casamento do incapaz de consentir é considerado dentre os impedimentos dirimentes relativos (inciso IX do art.

* Tese aprovada por unanimidade.

** Promotora de Justiça em Belo Horizonte.

183 CC), portanto anulável, passível de ratificação, submetido a prescrição de seis meses para a propositura da ação de anulação do casamento, conforme dispõe o art. 178, § 5º, inciso II, CC.

Da mesma forma o legislador refere-se ao interdito (inciso XI art. 183 CC), portanto, reconhecida judicialmente ou não a incapacidade de consentir, aceita como válido o casamento desde que não for requerida sua anulação.

Os incapazes para o Código Civil dividem-se em *absolutamente*: relacionando-se os menores de dezesseis anos; os *loucos de todo o gênero*; os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados por ato judicial (art. 5º) e *relativamente*, sendo os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos; os pródigos e os silvícolas (art. 6º).

Os indivíduos sujeitos à curatela são incapazes de reger a própria pessoa e seus bens, sendo o membro do *Parquet* legitimado para requerer a interdição (art. 447, III CC).

Ainda nestas preliminares considerações, temos a manifestação de vontade livre e espontânea dos nubentes para que o casamento possa realizar-se (art. 194 CC).

3 MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A QUESTÃO

Clóvis Bevilacqua, com indiscutível clareza, leciona sob o tema, assim dissertando:

“Se alguém casar durante o estado de insanidade mental não manifesta, não tendo, por esse motivo, reconhecido, desde logo, a autoridade celebrante, que se achava diante de quem não podia responder satisfatoriamente se queria casar-se por *sua livre e espontânea vontade*, como pede a lei? Não obstante, o casamento será mantido até que a ação de anulação seja proposta pelo próprio enfermo de espírito, depois de recuperado o uso da razão, ou pelos representantes legais, nos seis meses seguintes ao casamento ou pelos herdeiros depois da morte. Não parece mais lógico e mais justo que seja um tal casamento julgado nulo, inexistente, por conter um vício essencial, uma irreparável mácula na ausência absoluta do consentimento?”¹

Aliados do questionamento, encontramos amparo no próprio Código Civil, o qual determina ser nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 145, I).

A doutrina atual desautoriza a utilização da teoria geral das nulidades no Direito matrimonial, vez que, a nulidade do casamento não poderá ser reconhecido *ex officio*, sendo necessário a provocação judicial através de ação ordinária, produzindo efeitos quanto à legitimidade dos filhos havidos na constância do casamento e oriundos do pátrio poder, impede o casamento da mulher nos trezentos dias subsequentes à decretação da anulabilidade e mantém o impedimento de afinidade.

Superadas estas especialidades e sendo questão de ordem pública, por haver além da manifestação de vontade a necessária da proclamação pelo Estado através de um celebrante, entendemos que embora não havendo sido elencados como geradores de nulidades, mas sim de anulação, quis o legislador referir-se às incapacidades passíveis de ratificação, como é o caso dos menores de 16 anos sem o consentimento de seus representantes legais, ou mesmo do suprimento judicial que *in casu* se requer, bem como os surdos-mudos que possam exprimir sua vontade, celebrando-se o casamento através de pergunta escrita ao nubente. De mesma forma as incapacidades relativas, desde que o incapaz tenha consciência de seus atos e possa manifestar sua vontade sem qualquer vício, estes sim são anuláveis.

Para Orlando Gomes o casamento celebrado com falta de consentimento, inocorrendo portanto um dos elementos necessários à sua constituição, trata-se, em verdade, de casamento inexistente, pois efeito nenhum poderia ele gerar, entretanto, se diz forçado a reconhecer dentro do sistema de nulidades o princípio emanado do Direito francês que *en matiere de mariage, pas de nullité sans texte*, rejeita-a, admitindo tal ausência de consentimento válido como ajustado ao sistema de nulidades, ao invés de manter o argumento da invalidade pela inexistência, sustentando ainda que

“Maior é o interesse em conservar do que dissolver família fundada sobre ato nulo, devendo o legislador tudo fazer para salvar o casamento, facilitando sua validade posterior, se a infração cometida pelos que o realizaram não constitui atentado repugnante à consciência moral.”²

Discordamos do referido enquadramento, muito embora reconheçamos as especialidades do Direito matrimonial, mas imoral por certo é admi-

1 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1904.

2 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

tir-se a possibilidade do casamento do *louco de todo o gênero*, pois, o casamento envolve também o patrimônio do indivíduo que, sem consciência de seus próprios atos, deverá optar por um regime de bens.

Não podemos esquecer, a fim de reforçar o raciocínio, que em sendo o casamento uma instituição, os nubentes são, na verdade, aderentes às normas legais preestabelecidas pelo legislador, onde se descreve direitos e obrigações, estas últimas por certo de difícil cumprimento pelo incapaz.

Hoje doutrina e jurisprudência, bem como a própria psiquiatria, entendem impossível a ocorrência dos lúcidos intervalos, como aceitava *Pontes de Miranda* para reconhecer alguma validade ao ato praticado.

Também superada encontra-se a alegação de que apenas quando possa transmitir doença grave deve o casamento ser dissolvido. “O louco não pode e não deve constituir família, embora não possa afirmar a herança das enfermidades mentais, salvo nos casos mais graves de oligofrenia e epilepsia. A hereditariedade não desfruta hoje do mesmo favor de outrora”,³ afirma *Washington de Barros Monteiro*.

Então, obviamente não podemos aceitar o casamento de um indivíduo *louco de todo o gênero*, mesmo que compareça seu curador ao ato de celebração, como forma de suprir o consentimento consciente do nubente em questão. Daí concluímos que o legislador quer fazer referência àqueles cuja vontade pode ser manifesta livre e consciente, porém necessitando da presença de seu curador como é o caso do pródigo, pois, evidente é sua capacidade mental para manifestar validamente a vontade de casar-se.

Entretanto, ausente o discernimento que o ato da celebração exige, inexistente é o casamento, vez que, trata-se de manifestação pessoal do nubente, aceitando-se tão-somente a substituição de sua confirmação pessoal através de Procurador constituído por escritura pública, desde que constante o nome da pessoa com quem o nubente pretende casar-se.

Finalizando, afirma *Carvalho Santos*, citado por *Washington de Barros Monteiro*, que, para a declaração da inexistência do casamento, observando as exigências e efeitos que o Direito matrimonial contém, “se o fato alegado depende de provas, como por exemplo, a ausência do consentimento de um dos nubentes, tornar-se-á então imprescindível o processo judicial”.

Havendo interesse de incapaz, em razão de questão de estado de pessoa, norma de ordem pública e interesse social legitimado encontra-se o Ministério

Público para requerer a decretação da inexistência do casamento celebrado, sendo um dos cônjuges *louco de todo o gênero*, ao tempo da celebração.

Acrescenta ainda *Maria Helena Diniz* que, a jurisprudência pátria confirma o disposto no art. 208 do CC, quando já falecido um dos cônjuges, “em que cessa o interesse social de obter declaração de invalidade do ato nupcial.”⁴

4 CONCLUSÃO

1. Por ausente o consentimento livre e espontâneo do cônjuge *louco de todo o gênero* e, sendo tal consentimento condição necessária para a perfeição do casamento, inexistente apresenta-se tal celebração.

2. Necessária a decretação judicial da inexistência do casamento, frente às especialidades do Direito matrimonial.

3. Envolvendo interesse de incapaz, questão de estado de pessoa, norma de ordem pública e, interesse social, há legitimidade para propositura da ação de inexistência do casamento do *louco de todo o gênero* pelo Ministério Público, cessando quando do falecimento de um dos cônjuges.

BIBLIOGRAFIA

- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1904.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 5.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 5.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Direito de família*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 6.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 45.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, v. 5, p. 168.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE TEMPO DE TRABALHO RURAL – COMPETÊNCIA*

JOSÉ JAIRO GOMES**

O presente trabalho não tem outra pretensão senão a de lançar algumas luzes acerca do tema indigitado, de sorte a incitar os doutos a se debruçarem sobre tão importante questão.

A pessoa, ao demandar, pode pleitear três tipos de tutela jurisdicional, quais sejam: a tutela de conhecimento, a de execução e a cautelar, desfechando, portanto, os denominados processos de conhecimento, de execução e cautelar. Na primeira, o interesse do autor pode cingir-se a três espécies de provimentos, a saber: o provimento condenatório, o declaratório (*rectius*: meramente declaratório) e o constitutivo.

O provimento meramente declaratório¹ decorre de um processo meramente declaratório, no qual o autor objetiva tão-só a declaração da existência

* Tese aprovada por unanimidade.

** Promotor de Justiça em Perdizes.

Assim se diz tendo em vista que nos demais – condenatório e constitutivo – sempre se estará diante também de uma declaração, eis que para se condenar alguém a determinada prestação ou para se constituir (ou desconstituir) um direito, sempre se fará previamente a declaração do direito. *Moacir Amaral Santos* registra que “A sentença condenatória, como as sentenças declaratórias, contém uma declaração de certeza da existência de relação jurídica, a que acrescenta um *quid*, consistente na atribuição ao vencedor do direito de execução contra o vencido...” E mais a frente assevera que “Essas sentenças (*id est.* as constitutivas), como as demais, contém uma declaração da certeza de relação ou situação jurídica preexistente, mas a isso, como conseqüência, acrescenta um *quid*, consistente na criação de nova relação, ou modificação ou extinção da mesma relação ou situação jurídica” (*Primeiras linhas de direito processual civil*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 31/33).

ou da inexistência de uma relação jurídica, diante da possível ou efetiva controvérsia acerca da sua existência. Destarte, o provimento jurisdicional limitar-se-á à declaração, sem o *plus* condenatório ou constitutivo.

O Código de Processo Civil prevê a ação declaratória em seu art. 4º, o qual expressa o seguinte:

“Art. 4º – O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II – da autenticidade ou da falsidade de documento.

Parágrafo único – É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

Vê-se, portanto, *prima facie*, não haver a possibilidade de manejar-se a presente ação com o fito de declarar-se um *fato*, eis que a lei é expressa em admiti-la somente para a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, autenticidade ou falsidade de documento.²

Nesse sentido expressou-se *Celso Agrícola Barbi* ao dizer que:

“...Igualmente, não é admissível a ação para declarar [...] sobre a existência de fato, ainda que juridicamente relevante, como no caso de declarar sanidade mental, ou que a mercadoria entregue é igual à amostra, ou que o trabalho está de acordo com as regras da arte, ou que foi executado pelo autor.”³

Também nesse mesmo sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

“Ação declaratória, onde se pleiteou a declaração de ineficácia de testamento, com o efeito de se acertar fatos. Não cabimento da ação, por imprópria para o fim declinado.”⁴

De ver-se, contudo, que a declaração da falsidade ou da autenticidade de documento não é outra coisa senão a declaração de um fato, sendo esta, porém, exceção expressamente contemplada na Lei Adjetiva naquele mesmo dispositivo.

Da mesma forma, não se presta tal ação à declaração de direito em tese, ainda que controvertida sua interpretação.⁵

Esta assertiva também, ao meu juízo, comporta exceções, algumas das quais procedentes justamente da Carta Magna, a exemplo das ações: I – *direta de inconstitucionalidade* (art. 102, I, a, 1ª parte c.c. art. 103, I a IX, da CF); isso, ainda, se vingar a interpretação segundo a qual o STF apenas *declara* ser a norma constitucional ou não, cabendo ao Senado – art. 52, X, da Constituição Federal – suspender a sua execução (*rectius*: eficácia);⁶ II – *declaratória de constitucionalidade* (art. 102, I, a, 2ª parte, c.c. § 2º do mesmo dispositivo e art. 103, § 4º, da CF), uma vez que a finalidade precípua dessa ação é justamente dizer-se da conformidade da norma, que é seu objeto, com a Constituição Federal; III – *declaratória de inconstitucionalidade por omissão* (art. 103, § 2º, da CF), eis que, segundo deflui desse mesmo dispositivo constitucional, com a declaração da omissão dar-se-á mera ciência ao Poder competente para as providências cabíveis; IV – *declaratória incidental de constitucionalidade de norma*, haja vista que, também aqui, deverá o STF dar ciência ao Legislativo nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal – aqui há a peculiaridade de a declaração *incidenter tantum* valer apenas para o caso concreto em que fora suscitada, contudo, tal circunstância não invalida o entendimento de ser esta verdadeira ação declaratória de constitucionalidade; V – *incidente de uniformização de jurisprudência*, quando requerido pela parte, embora não seja tal requerimento vinculante, a verdade é que o Tribunal declarará a tese jurídica – i.e., o direito – a ser aplicado pela Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras ao caso concreto em vista do qual suscitou-se o incidente.⁷ Em todas essas hipóteses o órgão judiciário

² Registre-se o entendimento, expresso por *Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco*, consoante o qual pode a Lei – excepcionalmente – prever a hipótese de declaração de fato (vide *Teoria geral do processo*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, p. 271). É de se notar que tal previsão consta do nosso ordenamento processual a título de exceção, sendo precisamente a hipótese de declaração da falsidade ou autenticidade documental, prevista no inciso II, do art. 4º do Código de Processo Civil.

³ BARBI. Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 64, comentário ao art. 4º.

⁴ STJ, 3ª T., Resp. 9.397-SP, rel. min. Nilson Naves, j. 18/2/92, v. u., DJU 30/3/92, p. 3.987.

⁵ Nesse sentido: STJ. RT 672/228; RJTJESP 105/91; 94/81; RTJ 112/1.322.

⁶ Esse é o entendimento, ao que me consta, corrente no STF. Tal entender parece ser também o do douto *Michel Temer*, consoante o qual a Carta Magna, na verdade, quer “a participação dos três órgãos do poder e da sociedade nessa atividade.” (In *Elementos de Direito Constitucional*. Malheiros, 11. ed., p. 47), por isso que o Executivo tem legitimidade ativa para a ação, o Judiciário (STF) processa e julga tal ação, declarando o resultado do julgamento ao Poder Legislativo (Senado), o qual suspenderá a execução (*rectius*: eficácia) da norma declarada inconstitucional.

⁷ Parte da doutrina tem afirmado que o incidente de uniformização da jurisprudência se trata apenas de um “incidente no julgamento do recurso ou processo de competência

estará apenas declarando um direito, ou seja, a conformidade de uma norma com a Carta Magna ou a própria norma a ser aplicada à espécie.⁸

Até agora, falou-se da ação declaratória principal. Ou seja, tem-se a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica como objeto do pedido expresso na exordial. Contudo, deve-se cogitar também da ação declaratória incidental prevista às expensas no art. 325 do Código de Processo Civil, e manejável quando o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido. Em tal caso, permite-se ao autor, no prazo de 10 dias, requerer ao Juízo que profira sentença incidente, na qual se declare a existência ou a inexistência do seu direito, cujo fundamento fora contestado. Observe-se que a declaração judicial operada mediante tal procedimento fará coisa julgada material (art. 470 do Código de Processo Civil).

Pois bem!

Pode o tempo de trabalho rural ser objeto de ação declaratória?

Quando se faz tal questionamento o que se quer é saber da possibilidade de a ação declaratória ter por objeto o *tempo de trabalho rural* prestado por alguém. Ou melhor: esse *tempus* é precisamente o pedido expresso na inicial.

Ora, é desnecessário encarecer o tema, dada a sua evidente repercussão na órbita social, mormente na seara da Previdência Social, onde os trabalhadores rurais acorrem no afã de obterem o benefício da aposentadoria.

O trabalho rural, como o próprio termo está a indicar, é todo aquele desenvolvido no cultivo da terra, relativo à terra, ao plantio, enfim, todo aquele que se encontra vinculado diretamente à terra ou que tenha a terra

originária do Tribunal". Para *Vicente Greco Filho* "É um incidente procedimental que, a semelhança da declaração de inconstitucionalidade, atribui ao Tribunal Pleno, a requerimento da parte ou de ofício pela Câmara, Grupo de Câmaras ou Turma, competência funcional para a fixação da tese jurídica, mantendo-se a competência da Câmara, Grupo de Câmaras ou Turma para a aplicação da lei ao caso concreto..." (*Direito processual civil brasileiro*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 336). *Pontes de Miranda* – citado por *Vicente Greco Filho* (*op. cit.*) – concluiu ser a uniformização de jurisprudência verdadeiro recurso, porque aprecia matéria de recurso. A verdade, contudo, é que a uniformização, quando requerida pela parte, muito se assemelha à ação declaratória incidente, mal não havendo em se concluir no sentido de que a fixação da tese jurídica a ser seguida pela Câmara, Turma ou pelos Grupos de Câmaras, consubstancia-se em autêntica declaração incidente, a semelhança da já aludida ação declaratória incidental.

8 Poder-se-ia cogitar, também, da representação do Procurador-Geral da República nas hipóteses do art. 36, III e IV, da Constituição Federal (e também do Procurador-Geral de Justiça na hipótese do art. 35, IV da Constituição Federal), contudo à declaração segue-se a intervenção no ente público, de sorte que, em razão disso, tal ação restaria destituída da característica meramente declaratória.

como sua base estrutural. O termo *rural* é sinônimo de *agrícola* e *agrário*, os quais querem expressar o que é relativo à terra, ao campo. A palavra agricultura quer significar justamente a cultura de uma dada civilização (i.e., o conjunto de conhecimentos, o saber, as técnicas) empregada no aproveitamento da terra e das plantas; a utilização racional da terra.

O termo trabalho, do ponto de vista das chamadas ciências sociais, quer expressar toda atividade – ou esforço, ou empenho – física ou intelectual desenvolvida pelo homem, com o fim de “produzir” algum bem.⁹

Consoante o regime normativo sob o qual se desenvolve o trabalho terá ele esta ou aquela classificação.

O contrato de trabalho pode apresentar diversas naturezas, e, pois, ser regido por diversas formas. Assim, o contrato de emprego é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, e engendra uma relação de emprego, sendo os sujeitos dessa relação o empregador e o empregado; o contrato de locação de serviços é regido pelo art. 1.216 e seg. do Código Civil; o contrato de empreitada é regido pelo art. 1.237 e seg. do Código Civil; o contrato de parceria etc.

Na área rural não é diferente. O trabalho pode ser prestado sob diversos regimes jurídicos. Tem-se, por exemplo, o empregado rural, o parceiro, o meeiro, o arrendatário, o trabalho familiar (ou sob regime de economia familiar) etc.

Dentre as diversas formas de prestação do trabalho rural que se pode elencar, vamos circunscrever o nosso campo de análise a apenas duas, que são as que interessam a este estudo, quais sejam: o empregado rural e o trabalho sob o regime de economia familiar.

Ora, a Lei n. 8.213, de 24/7/91, dispõe em seu art. 11, I, a:

“Art. 11 – São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregados:

9 *Regis Jolivet* assinala que “O capital e o trabalho representam os dois fatores da produção. O capital pode ser definido como um bem econômico real, de qualquer natureza, no qual se apóia a produção (uma pedreira, um bosque de carvalhos, um terreno para a vinha etc.) ou qualquer riqueza acumulada, que produz um rendimento (aluguel, juros etc.) para seu proprietário. O trabalho é a atividade humana que confere ao capital um valor econômico novo (o ferreiro dá ao ferro de que faz uma carroça um valor maior, o canteiro aumenta, pelo seu trabalho, o valor das pedras etc.). *Curso de filosofia*, 19. ed., Rio de Janeiro: Agir, p. 414-415.

ii) aquele que presta serviço de natureza urbana ou *rural* à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;” (grifamos)

O inciso VII e o § 1º desse mesmo artigo dispõe o seguinte:

“VII – como segurado especial: o produtor, o parceiro, meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em *regime de economia familiar*, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.

§ 1º – *Entende-se como regime de economia familiar* a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados”. (grifamos)

Ora, vê-se que o trabalhador rural pode realizar a sua atividade sob esses dois regimes, dentre outros. Em ambos está amparado pelas leis previdenciárias.

Ocorre que o contrato de emprego pode ser não-escrito. Ou seja, não é essencial ao contrato de emprego a forma escrita. Há a figura do denominado *contrato realidade*, no qual a relação de emprego é aferida por elementos externos, consubstanciados na forma pela qual a relação se desenvolve (p. ex.: há a *subordinação* na prestação do trabalho: a remuneração é periódica; o trabalhador submete-se à organização já existente; não tem o controle dos meios de produção nem do resultado da sua atividade etc.).

Aqui há verdadeiro contrato de emprego rural, porém não-escrito. Vislumbra-se a existência da relação empregatícia pela forma como se exterioriza a prestação do trabalho.

Já no trabalho desenvolvido sob o regime de *economia familiar* não se apresentam esses caracteres. Ou seja, nesta forma o trabalhador – isoladamente ou com o auxílio da sua família, ou mesmo com eventual auxílio de terceiro – não realiza sua atividade de modo subordinado, o seu ganho decorre exclusivamente da sua produção, a organização existente é implantada por ele mesmo e também possui o controle do produto do seu trabalho, podendo dele dispor livremente. Ora, aqui, via de regra, o trabalhador se vale da pequena propriedade rural para produzir, mas também pode realizar seu trabalho sob o contrato de parceria ou mesmo arrendamento rural.

Ocorre que, e esta é a questão central do presente estudo, a Constituição Federal prevê a denominada *aposentadoria por tempo de serviço* (cf. art. 202, II, e § 1º, da Constituição Federal). A lei previdenciária regulamentou tal dispositivo em seu art. 52 e segs. E devido ao êxodo rural operado sobretudo nas décadas de 60, 70 e 80, em que um contingente considerável de pessoas emigrou do campo para a cidade, tem-se na cidade, prestando trabalho sob o regime de emprego, considerável número de pessoas que outrora labutaram no campo.

Ora, a tais pessoas, evidentemente interessa a averbação no órgão competente do tempo de trabalho rural outrora realizado, de modo a se computar tal tempo para todos os fins de direito.

E assim é que inúmeras demandas objetivando a declaração desse tempo para fins de averbação junto à autarquia previdenciária aportam diariamente no Judiciário, haja vista que o INSS somente reconhece como comprovada a atividade pelo requerente quando há *prova material* (leia-se: documental).

O autor quer que a Justiça lhe declare que no período especificado fora trabalhador do campo, pois assim, dado o efeito da coisa julgada, tal situação restará inalterada e poderá averbar esse tempo declarado na sentença junto à autarquia previdenciária, de sorte a completar o tempo legal exigido e lograr a aposentadoria por tempo de serviço.

Mas, dado o número vultoso dessas ações e diante da existência entre nós da especializada Justiça do Trabalho, com competência para “...conciliar e julgar os *dissídios individuais* e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.” (art. 114 da Constituição Federal) – grifei – é de se indagar: de quem será a competência jurisdicional para processar e julgar as ações declaratórias em que o autor pede se lhe *declare o tempo de serviço* desenvolvido no campo? Não seria essa, aliás, uma ação tendente a se declarar um *fato* (consistente este no tempo de serviço prestado no campo)?

A resposta a essas questões não oferece maiores dificuldades. Ora bem, quando o trabalhador rural mantém com o seu contratante relação de emprego, obviamente a competência para conhecer e decidir de quaisquer lides surgidas será da Justiça especializada.

No entanto, se o trabalhador rural não estiver sob o manto de um contrato de emprego, ou melhor, não mantiver com o seu contratante relação jurídica de emprego quero crer que a *Justiça* competente para conhecer e decidir de quaisquer questões a ele relativas será a comum (estadual ou federal, conforme o caso).

Assim sendo, na hipótese de o trabalhador rural que labuta sob o denominado *regime de economia familiar*, competente para eventuais causas que ajuíze será, por certo, a Justiça comum. É que não mantém relação de emprego com quem quer que seja. Trabalha sob seu próprio controle, debaixo das suas próprias normas. O regime que segue fora por ele mesmo engendrado.

Já no caso do *empregado rural*, pelo fato de ter mantido relação de emprego com o seu empregador rural (vulgarmente conhecido por *fazendeiro*) a competência jurisdicional para conhecer e decidir de eventuais questões será da Justiça especializada trabalhista, pois esta, segundo restou acentuado acima, é que detém competência, derivada da própria Constituição Federal, para processar e julgar dissídios individuais.

E se o trabalhador rural estiver na condição de empregado e, contudo, não tiver qualquer registro ou comprovação dessa situação? Ora, tal fato é muito comum no meio rural: o cidadão é contratado pelo *fazendeiro*, existindo em tal contrato todos os matizes de um contrato de emprego, eis que percebe remuneração periódica, desenvolve seu trabalho sob o comando do contratante, obedece à organização e à sistemática por ele implantada, cumpre o horário por ele determinado, enfim, desenvolve seu trabalho sob o *controle* daquele. Neste caso, o que existe é a figura do *contrato realidade*, ou seja, é o contrato de emprego não escrito, porém que se exterioriza no modo pelo qual o trabalho é prestado. Neste caso, a competência para conhecer de quaisquer questões será da Justiça especializada do trabalho.

Observe-se que a ação declaratória terá por objeto justamente a declaração daquela *relação jurídica de emprego* havida entre o trabalhador e o *fazendeiro*. O sujeito passivo da demanda será o próprio fazendeiro-contratante. Por vezes ele próprio (o *fazendeiro*) declara que o interessado trabalhara para si; tal declaração equivale a uma confissão extrajudicial, nos termos do art. 353 do Código de Processo Civil, e terá o mesmo valor probante da confissão judicial.

Destarte, havendo ou não contrato escrito, mas vislumbrando-se a existência de relação jurídica de emprego entre as partes, a competência jurisdicional será da Justiça trabalhista.

E na hipótese do trabalho rural ser desenvolvido sob o denominado regime de economia familiar? Como já se disse, a competência será da Justiça comum, estadual ou federal, conforme o caso.

Veja-mo-los.

Restou assentado que no caso de trabalho rural, sob o regime de economia familiar, a competência jurisdicional é da Justiça comum, eis que não se cogita da existência de relação de emprego.

Ora, as pessoas que estão sob este regime se pretenderem auferir benefícios da autarquia previdenciária (INSS) nesta deverão estar inscritos.

Mas, e se não estiverem? Ou melhor: estiveram no passado, em tese, sob esse regime, e, presentemente, se encontram exercendo trabalho na zona urbana, pretendendo ver reconhecido aquele tempo de serviço para fins de obterem o benefício da Aposentadoria por Tempo de Serviço?

O INSS somente averba aquele tempo de trabalho rural se houver prova material de ter sido ele prestado.

O Poder Judiciário não se adstringe apenas à prova material, eis que vigora no processo civil o princípio da persuasão racional.

Assim, buscará o interessado obter junto ao Poder Judiciário provimento jurisdicional que lhe declare tenha, no período que especificar, exercido trabalho rural sob o regime de economia familiar.

E é aqui que se põe a questão da competência!

Qual é o Juízo competente para processar e julgar tal demanda?

Como já se assentou, competente será a Justiça comum.

E, ao meu entender, será a Justiça comum federal. Contudo, nos termos do § 3º, do art. 109 da Carta Magna, se a comarca onde for domiciliado o autor não for sede da seção judiciária federal, a competência será da Justiça comum estadual, com recurso para o Tribunal Regional Federal; esta competência, porém, é relativa, nada obstando a que a parte ajuíze a demanda na Capital do Estado, na seção judiciária federal mais próxima ou mesmo no Distrito Federal.

Ora, a pretensão do autor será justamente a de obter provimento jurisdicional, onde fique declarado que, no período que especifica, trabalhara no campo sob o regime de economia familiar. Portanto, era titular dessa relação jurídica, qual seja, a havida entre ele e a Previdência Social, eis que esta reconhece direitos à pessoa que desenvolva atividade sob aquele regime.

No entanto, essa relação jurídica pode não ser vislumbrada, ou seja, pode-se mesmo entender que ela não teve existência real, eis que durante o período de trabalho a pessoa não era vinculada (inscrita) no instituto previdenciário. Dessa forma, o trabalhador não mantinha vínculo com quem quer que seja e, pois, inexistiria relação jurídica a ser declarada.

Na esteira desse entendimento, que não se me antolha, diga-se, de todo desarrazoado, poder-se-ia afirmar que eventual ação declaratória para reconhecimento do tempo de trabalho rural realizado não teria procedência, eis que seria o autor carecedor de ação; isto porque não há previsão legal de ação declaratória de fato, mas tão-somente de relação jurídica.

A tal argumento, porém, se poderia redargüir que, na verdade, a ação declaratória *in casu* seria uma exceção à regra legal, como são, aliás, as outras que acima foram apontadas. E tal exceção é estribada no princípio constitucional insculpido no art. 5º, XXXV – princípio da inafastabilidade da jurisdição.

De qualquer forma, o processo terá em seu pólo passivo o INSS.

Ainda que se negue a existência dessa relação jurídica, ainda assim creio que se há de reconhecer a legitimidade *ad causam* passiva do INSS. É que a declaração judicial repercutirá na esfera da autarquia, de forma a que esta terá de averbar o tempo de serviço declarado, obrigando-se, posteriormente, ao pagamento do benefício devido ao requerente, se este lograr preencher os demais requisitos para a concessão.

Nem se digue que *in casu* o INSS é terceiro em relação às atividades laborais do autor, eis que este não estava inscrito em suas fileiras. A esse respeito traz-se à colação a lição de *Celso Agrícola Barbi*:

“Pode acontecer que a incerteza do direito não derive de ato ou fato de responsabilidade de seus sujeitos, mas sim de terceiro. Por exemplo: *A* propala a inexistência de um direito de *B* contra *C*; conforme seja o efeito do ato de *A* sobre a situação de *B*, este poderá mover ação declaratória contra *A*, para afirmar a existência desse direito. Mas como *C* não seria alcançado pela coisa julgada. *B* deve chamá-lo à ação. *C* só poderá livrar-se do processo, se agir de modo a destruir o interesse de *B* na obtenção da certeza jurídica a ser alcançada com a sentença. Nesse caso, como se vê, *A* que não é sujeito da relação de direito substancial, pode ser réu, isto é, tem legitimação passiva.”¹⁰

Ora, a declaração judicial de que o autor, no período especificado, era trabalhador rural, sob o regime de economia familiar, repercutirá na esfera de terceiro (qual seja, o INSS), eis que poderá averbar junto ao INSS o tempo declarado (e a tal averbação não poderá se furtar a autarquia, diante do efeito declaratório da sentença e da coisa julgada material que ela fará), de sorte a pleitear benefícios previdenciários (*e.g.*, a Aposentadoria por Tempo de Serviço).

Assim, legítima será a colocação do INSS no pólo passivo da demanda.

Justamente pelo fato de a autarquia previdenciária restar no pólo passivo é que a competência será da Justiça comum federal, nos termos do art. 109, *caput*, da Carta Magna.

Entretanto, como já se ressaltou, querendo o interessado ajuizar a demanda em seu domicílio e não sendo este sede de seção judiciária federal, poderá fazê-lo na Justiça estadual por força do § 3º, do mesmo art. 109 da Constituição Federal. E neste caso competente será a Justiça comum estadual, com recurso para o Tribunal Federal Regional.

CONCLUSÃO

Do quanto se expôs é possível extrair as seguintes conclusões:

1. na hipótese de se vislumbrar uma relação de emprego na prestação do trabalho rural, seja com contrato escrito, seja com contrato não-escrito, a competência jurisdicional para processar e julgar eventual ação declaratória de tempo de serviço será da Justiça do Trabalho;

2. na hipótese de o trabalho rural ter sido desenvolvido não sob o regime de relação de emprego, mas sob o regime de economia familiar, a competência para processar e julgar eventual ação declaratória de tempo de serviço será da Justiça comum federal; porém, a Justiça comum estadual também será competente nos termos do art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, v. 3.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* *Teoria geral do processo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. tiragem.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, v. 2.
- JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 19. ed., Rio de Janeiro: Agir.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11. ed., São Paulo: Malheiros.

10 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, p. 62/63.

MOÇÔES

EMIÇÃO DE PARECER RECURSAL PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA

Considerando a aprovação da tese que considera impróprio o oferecimento de parecer recursal pelo Promotor de Justiça, quando oficia na qualidade de *custos legis*;

Considerando que, nos feitos de competência originária dos tribunais, vários Procuradores de Justiça, adotando idêntico posicionamento, não se manifestam sobre o recurso das partes, ao fundamento de que a manifestação recursal ficaria a cargo do órgão ministerial que oficia perante os Tribunais Superiores;

Considerando que a Resolução n. 8/93, de 19 de fevereiro de 1993, da Câmara dos Procuradores, obriga a elaboração do referido parecer;

O III Congresso Estadual do Ministério Público vota moção no sentido de que o Colégio de Procuradores delibere sobre a matéria, editando norma de racionalização dos serviços, que possa resultar na dispensa da emissão, pelo Promotor de Justiça, do parecer recursal.

PATRIMÔNIO PÚBLICO

Por aclamação do plenário, propomos uma moção no sentido de que a Instituição promova estudos e encontros regionais específicos na matéria, versada em tese, relativa a Patrimônio Público, como atualização e unificação de entendimento.