

7º. Congresso Nacional do Ministério Público

**Ministério Públíco
e a Constituição**

Minascentro - Belo Horizonte, 22 a 25 de abril de 1987

“7º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO”
“Ministério Público e a Constituição”

Patrono: Presidente da República,
Doutor José Sarney

Presidente de Honra: Governador do Estado de Minas Gerais,
Doutor Newton Cardoso

Homenagens Especiais:

- Presidente da Associação Latino-Americana do Ministério Público
Dr. Mário Justo Lopez
- Prefeito Municipal de Belo Horizonte,
Dr. Sérgio Mário Ferrara

Presidente Geral:

Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público,
Dr. Luiz Antônio Fleury Filho

Presidente Nacional:

Procurador Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais,
Dr. Aluizio Alberto da Cruz Quintão

Presidente Internacional:

Attorney General Of Illinois,
Dr. Neil Hartigan

Presidente Executivo:

Presidente da Associação Mineira do Ministério Público,
Dr. Castellar Modesto Guimarães Filho

Coordenador Geral:

Dr. Luiz Prudente da Silva

Coordenador Nacional:

Dr. Paulo Salvador Frontini

Coordenador Internacional:

Dr. Joaquim Cabral Netto

Coordenadorias:

Especial:

Dr. Luiz Carlos Biasutti

Finanças:

Dr. Américo Caixeta Santana

Teses e Publicações:

Dr. Luiz Carlos Abritta

Eventos Especiais:

Dr. Américo Caixeta Santana

Relações Públicas:

Dr. José Campomizzi Filho

Segurança e Transporte:

Dr. Euler Luiz de Castro Araújo

Imprensa e Divulgação:

Dr. Célio César Paduani

Recursos:

Dr. Paulo Sérgio Abreu e Silva

Congressos Nacionais do Ministério Público:

I Congresso Nacional do Ministério Público — 15 a 30 de junho de 1942 — São Paulo — SP

II Congresso Nacional do Ministério Público — 29 a 30 de março de 1973 — Guarapari — ES

III Congresso Nacional do Ministério Público — 31 de março a 05 de abril de 1974 — Porto Alegre — RS

IV Congresso Nacional do Ministério Público — 20 a 24 de maio de 1975 — Uberlândia — MG

V Congresso Nacional do Ministério Público — 25 a 29 de setembro de 1977 — Recife — PE

VI Congresso Nacional do Ministério Públíco — 22 a 29 de junho de 1985 — São Paulo — SP

VII Congresso Nacional do Ministério Públíco — 22 a 25 de abril de 1987 — Belo Horizonte — MG

SUMÁRIO

REGIMENTO INTERNO DO 7º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	13
TESES:	
1. EM BUSCA DO SIM: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO MEDIADOR NOS CONFLITOS DE CONSUMO Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.	23
2. TUTELA DA INTIMIDADE: CONTROLE DE BANCOS DE DADOS Tupinambá Pinto de Azevedo Promotor de Justiça – RS.	45
3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE Marília Lomanto Veloso Campo Formoso – BA.	53
4. FACULTAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO O ACOMPANHAMENTO DE COMISSÕES DE INQUÉRITO (PARA APURAR QUALQUER FATO DE INTERESSE PÚBLICO), QUE DEPOIS DE CONCLUÍDAS LHE SERÃO ENVIADAS, PARA FINS DE PROMOVER A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DOS RESPONSÁVEIS, SE FOR O CASO Voltaire de Lima Moraes Promotor de Justiça – RS.	71
5. O MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE DIRIGIR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL Vasco Della Giustina Procurador de Justiça – RS.	73
6. CONFERIR AO MINISTÉRIO PÚBLICO, NO INQUÉRITO CIVIL, PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA Voltaire de Lima Moraes Promotor de Justiça – RS.	77

7. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JÚRI		17. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO – PROPOSTA DE EN-
Sérgio Gilberto Porto e Voltaire de Lima Moraes		QUADRAMENTO
Promotores de Justiça – RS	81	José Dilermando Meireles
		Procurador de Justiça – DF.
8. TESE APRESENTADA PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA JOEL JOSÉ		135
CÂNDIDO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL		
Joel José Cândido		
Promotor de Justiça – RS.	83	
9. PROPÕE SISTEMA DE PROVIMENTO E DESTITUIÇÃO DO CARGO		18. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INICIATIVA DAS LEIS NA CONSTI-
DE PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA		TUIÇÃO DE 1987
Adalberto de Souza Pasqualotto		Rosemary Machado Silva e Nilton José Machado
Promotor de Justiça – RS.	89	Promotores de Justiça SC.
10. INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL		151
Tupinambá Pinto de Azevedo		
Promotor de Justiça – RS.	93	
11. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSOR DO Povo		19. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO: IMPEDIMENTOS
Tupinambá Pinto de Azevedo		Dr. Carlos Bobadilla Garcia
Promotor de Justiça – RS.	97	Procurador de Justiça – BH.
12. CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO		165
PÚBLICO DO MESMO ESTADO, DE ESTADOS DIVERSOS E ENTRE		
MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL		
José Antonio Paganella Boschi		
Promotor de Justiça – RS.	103	
13. DO PROMOTOR NATURAL		20. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO
Francisco Luçardo		José Raimundo Gomes da Cruz
Promotor de Justiça – RS.	107	Procurador de Justiça – SP
14. O DIREITO AMBIENTAL NA NOVA CONSTITUIÇÃO		173
Antônio Ezequiel de Araújo Neto		
Promotor de Justiça Substituto DF	113	
15. O POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS		21. OMBUDSMAN E MINISTÉRIO PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO
Antônio Ezequiel de Araújo Neto		Valdir Sznick
Promotor de Justiça Substituto – DF	119	Procurador de Justiça – SP
16. DUALIDADE DE JURISDIÇÃO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O MINISTÉRIO PÚBLICO		181
Rosemary Machado Silva e Nilton José Machado		
Promotores de Justiça – SC.	127	
		22. CONSUMIDOR, MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO
		José Geraldo Britto Filomeno
		Procurador de Justiça, Coordenador Geral das Promotorias de Justiça de Proteção ao Consumidor do Estado de São Paulo
		Cláudio Eugênio Reis Bressane
		Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Proteção ao Consumidor da Capital de São Paulo
		Edson José Rafael
		Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Proteção ao Consumidor da Capital de São Paulo.
		191
		23. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DA ILEGALIDADE DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DA CONSTÂNCIA DO ESTADO DE DIREITO
		Sérgio Roxo da Fonseca
		Promotor de Justiça da Capital de São Paulo, Curador de Mandados de Segurança e Ações Populares Constitucionais
		205
		24. O MINISTÉRIO PÚBLICO DA NOVA REPÚBLICA (PROPOSTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONAL)
		Caetano Amico
		Promotor de Justiça.
		219

25. A CARTA DE CURITIBA E A CONSTITUINTE Hugo Níger Mazzilli Promotor de Justiça – PR	227	33. A EXCLUSÃO DA INDICIAÇÃO Bonni dos Santos Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá Membro do Ministério Público – RJ	319
26. MINISTÉRIO PÚBLICO E MAGISTRATURA – MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO Pedro dos Santos Barcelos Promotor de Justiça de Caçapava-SP e Professor de Processo Civil III no Centro de Ensino Superior de Jataí-GO (CESUT) Evaristo Anania de Paula Promotor de Justiça de Jataí-GO e Professor de Penal I e II no Centro de Ensino Superior de Jataí-GO (CESUT)	245	34. A PRISÃO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL Afrânio Silva Jardim	325
27. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO Cláudio José Ferreira de Melo	257	35. SUCUMBÊNCIA PARCIAL NO JULGAMENTO DO JÚRI: POSSIBILIDADES RECURSAIS Geraldo Batista de Siqueira Procurador de Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal Reynaldo Edreira Martins Procurador de Justiça Marina da Silva Siqueira Promotora de Justiça	339
28. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E MINISTÉRIO PÚBLICO Antônio Herman V. Benjamin Promotor de Justiça – SP	271	36. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO AMBIENTAL Édis Milaré Procurador de Justiça – SP	349
29. MINISTÉRIO PÚBLICO E CONSTITUINTE: O QUARTO PODER DO ESTADO Guilherme de Souza Nucci Promotor de Justiça	287	37. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO ESTADO DE ILLINOIS Neil F. Hartigan Procurador Geral do Estado de Illinois.	385
30. A IMUNIDADE FISCAL SOS SERVIDORES CIVIS E MILITARES PARA EFEITOS DO IMPOSTO SOBRE A RENDA Dr. José Luiz Bragança de Azevedo Júnior Promotor Público de 4ª entrância na inatividade) Jurista	297	38. A FUNÇÃO DO PROCURADOR GERAL EM TERMOS DAS LEIS AMBIENTAIS NO ESTADO DE ILLINOIS Neil F. Hartigan Procurador Geral do Estado de Illinois.	401
31. TIPO PENAL: SUA IMPORTÂNCIA NO INTERROGATÓRIO E CONFESSÃO DO ACUSADO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Geraldo Batista de Siqueira Procurador de Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal Myrthes de Almeida Guerra Marques Procurador de Justiça Wilson Brandão Curado Procurador de Justiça.	303		
32. HABEAS-CORPUS: RECURSO VOLUNTÁRIO E INTIMAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA Henrique Barbacena Neto Procurador de Justiça em Goiás	311		

REGIMENTO INTERNO DO 7º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TÍTULO I DO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CAPÍTULO I Da Sede, objetivos e período de realização

Art. 1º – O Congresso Nacional do Ministério Público, convocado por Assembléia Geral Extraordinária da Confederação Nacional do Ministério Público, será realizado na Capital do Estado de Minas Gerais, de 22 a 25 de abril de 1987, com os seguintes objetivos:

- I – Estudo de Temas Institucionais;
- II – Obtenção de subsídios para reforma da legislação, especialmente das normas constitucionais em vigor;
- III – Congraçamento da Classe;

Parágrafo Único – Para a realização do Congresso Nacional do Ministério Público fica autorizada a celebração de convênio com a Associação Mineira do Ministério Público e a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

CAPÍTULO II Dos Órgãos Internos do Congresso Nacional do Ministério Público

Art. 2º – Serão Órgãos Internos do Congresso Nacional do Ministério Público:

- I – Presidência Geral;
- II – Presidência Executiva;
- III – Coordenadorias;
- IV – Comissões vinculadas às Coordenadorias;

V – Comissões Técnicas;
VI – Grupos de Trabalho;
VII – Plenário;

Art. 3º – O Presidente da República será o Patrono do Congresso Nacional do Ministério Público e o Governador do Estado de Minas Gerais o seu Presidente de Honra.

Art. 4º – A Presidência Geral do Congresso Nacional do Ministério Público será exercida pelo Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público e a Presidência Executiva pelo Presidente da Associação Mineira do Ministério Público. A Presidência Internacional será exercida pelo Attorney General do Estado de Illinois (EEUU).

Art. 5º – O Presidente Geral e o Presidente Executivo, no convênio a que se refere o Parágrafo Único do Artigo 1º, criará as Coordenadorias (Artigo 2º, Inciso III), estabelecendo a sua competência e desde logo nomeando os seus Coordenadores, dentre Procuradores de Justiça.

Art. 6º – Cada Coordenadoria contará com tantas Comissões (Artigo 2º, Inciso IV) quantas forem necessárias ao bom desempenho de suas funções, criadas por ato conjunto da Presidência Geral e da Presidência Executiva, ouvido o respectivo Coordenador.

§ 1º – Cada Comissão de que cuida este Artigo contará com um Presidente e com até 5 (cinco) assessores.

§ 2º – Os Presidentes das Comissões serão escolhidos e nomeados no ato da criação da Comissão, pelo Presidente Geral e pelo Presidente Executivo, ouvido o Coordenador.

§ 3º – Cabe ao Presidente de cada Comissão escolher assessores, que serão nomeados pelo Presidente Geral e pelo Presidente Executivo, em ato conjunto.

Art. 7º – Haverá pelo menos uma Comissão Técnica para cada tema geral do Congresso Nacional, contando ela com um Presidente e dois Secretários, instituídas até o dia 02 de abril, por ato conjunto da Presidência Geral e da Presidência Executiva.

Parágrafo Único – Para cada Comissão Técnica haverá um Grupo de Trabalho integrado pelos congressistas presentes durante a apresentação, discussão e votação das Teses.

CAPÍTULO III Da competência conjunta da Presidência Geral e da Presidência Executiva

Art. 8º – À Presidência Geral e à Presidência Executiva compete, através de ato conjunto:

I – Elaborar o Programa Oficial do Congresso Nacional do Ministério Público, contendo o calendário de apresentação das Teses;

II – Elaborar o planejamento geral do Congresso Nacional do Ministério Público, criando as Coordenadorias e as Comissões a ela vinculadas, nos termos deste Estatuto;

III – Nomear as Coordenadorias e Presidentes das Comissões vinculadas às Coordenadorias, bem como os assessores;

IV – Criar as Comissões Técnicas, nomeando seus Presidentes e Secretários;

V – Aprovar patrocinadores para o Congresso Nacional;

VI – Estipular o valor da inscrição para participantes e acompanhantes;

VII – Aprovar a publicação dos Anais do Congresso Nacional do Ministério Público;

VIII – Examinar os requisitos formais do Artigo 18 em relação às Teses principais e selecionar as Teses subsidiárias que serão submetidas ao Congresso Nacional do Ministério Público;

IX – Designar conferências ou painéis e escolher os conferencistas e expositores;

CAPÍTULO IV

Das competências da Presidência Geral e da Presidência Executiva

Art. 9º – Compete:

I – À Presidência Geral:

a – Presidir a Sessão Solene de encerramento;

b – Superintender as atividades das Coordenadorias e Comissões a elas vinculadas;

II – À Presidência Executiva:

a – Presidir a Sessão Solene de abertura e a Reunião Plenária;

b – Superintender as atividades das Comissões Técnicas;

CAPÍTULO V

Da competência das Coordenadorias

Art. 10 – Às Coordenadorias compete:

I – Cumprir o planejamento geral elaborado pela Presidência Geral e pela Presidência Executiva;

II – Prestar contas de suas atividades, segundo cronograma fixado no planejamento geral.

CAPÍTULO VI

Da competência das Comissões vinculadas às Coordenadorias

Art. 11 – Às Comissões vinculadas às Coordenadorias compete executar as orientações determinadas pelos respectivos Coordenadores.

CAPÍTULO VII

Das Comissões Técnicas

Art. 12 – Ao Presidente da Comissão Técnica compete:

- I – Dirigir os trabalhos de apresentação, discussão e votação de Teses e conclusões;
 - II – Dar o voto de desempate na votação das conclusões;
 - III – Resolver, de plano, as questões de ordem durante os trabalhos;
 - IV – Providenciar o encaminhamento, após a votação de cada Tese, das conclusões aprovadas e rejeitadas;
 - V – Exercer as demais funções para a conclusão dos trabalhos da Comissão Técnica;
- Art. 13 – Aos Secretários das Comissões Técnicas compete:
- I – Elaborar ata sucinta de cada Sessão da Comissão Técnica, registrando, especialmente, as conclusões aprovadas e rejeitadas;
 - II – Entregar ao Presidente da Comissão Técnica as atas das reuniões e, após a votação de cada Tese, em apartado, as conclusões aprovadas e rejeitadas;
 - III – Exercer as demais funções inerentes ao seu cargo;

Parágrafo Único – Cada Sessão de apresentação, discussão e votação de Teses contará com a presença de um dos Secretários, de forma a possibilitar rodízio entre eles, nas reuniões da Comissão Técnica.

CAPÍTULO VIII

Dos Grupos de Trabalho

Art. 14 – Aos integrantes dos Grupos de Trabalho compete discutir e votar as teses e conclusões apresentadas, de acordo com o disposto neste Estatuto.

CAPÍTULO IX

Do Plenário

Art. 15 – Ao Plenário compete aprovar ou rejeitar, total ou parcialmente, conclusões aprovadas pelos Grupos de Trabalho nas Comissões Técnicas, emendas apresentadas durante a reunião de moções, nos termos deste Estatuto.

TÍTULO II

DO TEMÁRIO, DAS TESES E DAS CONFERÊNCIAS

CAPÍTULO I

Do Temário

Art. 16 – O Congresso Nacional do Ministério Público terá, como título geral, "MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO", e versará os seguintes temas gerais:

- I – O Ministério Público e a Constituição;
- II – O Ministério Público e a proteção ao meio ambiente;
- III – O Ministério Público e a defesa do consumidor;
- IV – O Ministério Público e o defensor do povo;

CAPÍTULO II

Das Teses

Art. 17 – Cada sócio titular da Confederação Nacional do Ministério Público poderá apresentar até 6 (seis) Teses para apreciação e deliberação pelo Congresso Nacional do Ministério Público, versando, obrigatoriamente, os subtemas elencados no Artigo 16.

§ 1º – Além das 6 (seis) Teses principais a que se refere este Artigo, poderão ser apresentadas mais 10 (dez) Teses subsidiárias que, a juízo da Presidência Geral e da Presidência Executiva, serão apresentadas ao Congresso Nacional, caso algum sócio titular não preencha sua quota de Teses principais.

§ 2º – A forma de seleção de Teses fica a critério de cada sócio titular da Confederação Nacional do Ministério Público, que expressamente, as considerará Teses principais e Teses subsidiárias.

Art. 18 – Para ser apresentada ao Congresso Nacional a Tese deve

atender os seguintes requisitos formais:

- I – Versar assunto dos temas constantes do Artigo 16;
- II – Chegar à Sede Executiva do Congresso (Flecha Promoções Ltda., Rua Barão de Macaúbas nº 152, Bairro Santo Antônio – Belo Horizonte/MG – CEP: 30.350 – Telex nº (039) 1174 FLEH BR) até o dia 10 de março, em carta registrada com aviso de recebimento;
- III – Ser datilografada, com cópia, em espaço 2 (dois), num máximo de 20 (vinte) laudas, contendo, obrigatoriamente, bibliografia completa e um capítulo final com conclusões expostas articuladamente.

Parágrafo Único – O Exame dos requisitos formais referidos neste Artigo cabe à Presidência Geral e à Presidência Executiva.

CAPÍTULO III **Da apresentação, discussão e votação** **das Teses nas Comissões Técnicas**

Art. 19 – As Teses serão apresentadas de acordo com o calendário a ser expedido pela Presidência Geral e pela Presidência Executiva até o dia 10 de março.

Art. 20 – A Tese será apresentada, na Comissão Técnica, pelo seu autor ou por pessoa especialmente designada pelo Presidente do sócio titular da Confederação Nacional do Ministério Público a que aquele pertença. Neste caso, deverá fazer comunicação por escrito à Presidência Executiva do Congresso Nacional do Ministério Público.

Art. 21 – O apresentador da Tese disporá de 15 (quinze) minutos.

Art. 22 – A inscrição dos debatedores, junto ao Secretário, será feita até 3 (três) minutos após a apresentação da Tese.

Art. 23 – Os debatedores disporão de 3 (três) minutos para falar, apresentando ao Presidente, por escrito, as suas conclusões que divergirem, total ou parcialmente, daquelas constantes da Tese apresentada.

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

Art. 24 – Terminada a discussão o apresentador da Tese terá 10 (dez) minutos para se manifestar.

Art. 25 – Após a manifestação do apresentador da Tese o Presidente da Comissão Técnica submeterá as conclusões à votação pelos membros do Grupo de Trabalho presentes à Sessão, obedecendo a ordem de prejudicialidade existente entre elas.

§ 1º – As deliberações nas Comissões Técnicas serão tomadas por maioria simples.

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

CAPÍTULO IV **Do procedimento em Plenário**

SEÇÃO I **Da apresentação e votação das conclusões em Plenário**

Art. 26 – O Plenário será presidido pelo Presidente Executivo, que resolverá de plano todas as questões de ordem e sempre será o voto de qualidade.

Art. 27 – Na Reunião Plenária terão direito a voto somente os Presidentes dos sócios titulares da Confederação Nacional do Ministério Público.

§ 1º – Os Presidentes dos sócios titulares poderão credenciar representantes perante a Presidência.

§ 2º – As deliberações serão tomadas pelo voto de 2/3 dos presentes, podendo o Presidente da Reunião Plenária determinar a votação nominal caso haja dúvida quanto ao resultado da votação simbólica.

§ 3º – Não haverá sustentação oral em Plenário.

Art. 28 – Na Reunião Plenária será obedecida a seguinte ordem dos trabalhos:

I – Abertura da reunião;
II – Apresentação das Teses e conclusões aprovadas pelas Comissões Técnicas;

III – Pedido de destaque;
IV – Apresentação da emenda à conclusão destacada;
V – Votação do pedido de destaque;
VI – Votação da Tese e conclusões aprovadas pelas Comissões Técnicas;
VII – Votação da conclusão destacada;
VIII – Votação da emenda proposta em Plenário;
IX – Apresentação e votação de moções;
X – Encerramento da reunião;

Art. 29 – A apresentação das Teses consistirá na leitura de seu título e do nome de seu autor, com indicação do respectivo número, constante de publicação oficial para esse fim.

Art. 30 – Após a apresentação de cada Tese o Presidente da Reunião indagará dos Presidentes dos sócios titulares da Confederação Nacional do Mi-

TÍTULO II DOS CONGRESSISTAS

nistério Público se há pedido de destaque para alguma das conclusões.

Art. 31 – Formulado o pedido de destaque, aquele que o houver solicitado procederá à leitura de sua emenda à conclusão destacada, entregando-a à Presidência.

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

§ 2º – Em seguida será votado o pedido de destaque.

Art. 32 – O Presidente colocará em votação a tese e as conclusões não destacadas, para aprovação ou rejeição em bloco.

Art. 33 – A emenda apresentada em Plenário será votada depois da votação da conclusão aprovada pela Comissão Técnica e destacada.

Parágrafo Único – Aprovada a conclusão destacada serão consideradas rejeitadas as emendas.

SEÇÃO II Da apresentação e votação de moções

Art. 34 – O Plenário poderá apreciar moções, desde que subscritas por 10 (dez) Presidentes dos sócios titulares da Confederação Nacional do Ministério Público.

Parágrafo Único – As moções serão lidas pelo Presidente, aplicando-se quanto à sua votação, o disposto na Seção anterior.

CAPÍTULO V Das Conferências

Art. 35 – Durante o conclave serão realizadas conferências que versarão sobre:

- I – Ministério Público e a Proteção do meio ambiente;
- II – Ministério Público e a defesa do consumidor;
- III – Ministério Público e o defensor do povo;
- IV – O Ministério Público e a Constituição;

CAPÍTULO I Dos participantes

Art. 36 – Poderão participar do Congresso Nacional do Ministério Público:

- I – Todos os associados dos sócios titulares da Confederação Nacional do Ministério Público que se inscreveram;
- II – Convidados especiais;
- III – Convidados de honra;

§ 1º – Somente os participantes referidos nos Incisos I e II deste Artigo terão direito a voto, nos termos deste Regimento.

§ 2º – Os participantes referidos nos Incisos II e III deste Artigo ficarão isentos do pagamento a que se refere o Artigo 37.

CAPÍTULO II Da inscrição

Art. 37 – Os participantes referidos no Inciso I do Artigo anterior deverão preencher o FORMULÁRIO DE INSCRIÇÃO, entregando-o ou remetendo-o à Sede Executiva do Congresso (Flecha Promoções Ltda., à Rua Barão de Maçáubas, nº 152 – Bairro Santo Antônio – Belo Horizonte/MG – CEP: 30.350 – Telex nº 039 1174 FLEH BR), em carta registrada com aviso de recebimento, acompanhado de cheque nominal ao VII Congresso Nacional do Ministério Público, no valor total a ser obtido no próprio formulário, importânciá essa que cobrirá as seguintes despesas:

- I – Taxa de inscrição no Congresso Nacional;
- II – Traslados para eventos oficiais;
- III – Eventos especiais constantes do Programa Oficial;

§ 1º – Os participantes mencionados neste Artigo poderão inscrever quantos acompanhantes quiserem.

§ 2º – As passagens aéreas ou terrestres serão providenciadas pelos próprios participantes.

§ 3º – As inscrições, nas condições estabelecidas neste Artigo, somente serão aceitas até o dia 10 de março; após essa data os Órgãos Internos do Congresso Nacional do Ministério Público não se responsabilizarão por hospedagens e traslados.

CAPÍTULO III Dos convidados

Art. 38 – Serão convidados especiais do Congresso Nacional do Ministério Público os Presidentes dos sócios titulares da Confederação Nacional do Ministério Público e os Procuradores Gerais de Justiça.

Art. 39 – A Presidência Geral e a Presidência Executiva do Congresso Nacional do Ministério Público escolherão os convidados de honra.

CAPÍTULO IV Dos autores de Teses

Art. 40 – Os autores de Teses selecionadas pela Comissão respectiva gozarão de abatimento de 30% (trinta por cento) do valor da inscrição.

TÍTULO IV Disposições Finais

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 41 – Os sócios titulares da Confederação Nacional do Ministério Público receberão este Regimento para divulgação entre seus associados.

Art. 42 – A diretoria da Confederação Nacional do Ministério Público autoriza a destinação de Cz\$ 100.000,00 (cem mil cruzados), para o Congresso Nacional do Ministério Público.

Art. 43 – Este Regimento entrará em vigor na data de sua aprovação.

EM BUSCA DO SIM: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO MEDIADOR NOS CONFLITOS DE CONSUMO

ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

*"A peace treaty is in the nature of a conquest, for then both parties notably are subdued and neither party loses".
Shakespeare, Henry IV*

*"Não estimule disputas judiciais. Convença seus vizinhos a negociarem sempre que possível. Mostre-lhes como o vencedor nominal é, frequentemente, o verdadeiro perdedor – em taxas judiciais, despesas e desperdício de tempo".
Abraham Lincoln*

I – INTRODUÇÃO

Aonde quer que vá, o ser humano carrega uma porção de interesses e com estes, conflitos. (1) E porque existem conflitos, mecanismos foram criados para a sua solução. O mais visível de todos é a tutela jurisdicional. No mundo inteiro, especialmente no que tange aos interesses difusos (2), tal modelo judicial enfrenta séria crise imputada a diversos fatores, entre os quais pode-se mencionar a massificação das disputas e o despreparo material e técnico dos Tribunais para enfrentar tal fenômeno. (3) O Brasil, neste particular, não se encontra em melhor posição. O mau funcionamento do seu sistema judicial (inobstante a indiscutível qualidade intelectual e moral dos juízes brasileiros), tem sido apontado pela melhor doutrina, inclusive estrangeira. (4)

A “crise da justiça” tem reflexos importantes na questão do “acesso à justiça”. É de fato uma ironia que a sobrecarga e congestionamento do aparelho judicial tenha ocorrido exatamente face a democratização crescente de seu acesso. “Em muitos casos, justiça se torna um luxo que muitos poucos podem sustentar. Não há como suportar as horas de trabalho perdidas, não há como suportar as custas judiciais, não há como suportar as frustrações. Assegurar justiça tem se tornado um esforço que penaliza a paciência, a esperança, e as finanças mesmo dos mais determinados. Procedimentos complexos, despesas desproporcionais, e longos atrasos tem afastando um número imenso de cidadãos. Para eles as portas da justiça não se abrem. Estão simplesmente fechadas”. (5)

Mais preocupante, todavia, é a situação da tutela dos interesses difusos neste contexto. Tais interesses, pelas suas próprias características peculiares, são sobremaneira vulneráveis aos desvios do sistema legal e judicial do País. A difusibilidade decorre do fato de que um largo número de indivíduos compartilha o que possui em

mesmo interesse comum em algum bem ou valor, inadequado à apropriação com exclusividade. Tal difusibilidade, por um lado, manifesta-se no fato de que tais agrupamentos não se encontram perfeitamente organizados com identidade individualizada. Embora esses conglomerados compartilhem um mesmo interesse econômico ou ideológico, a eles faltam outros laços que lhes aproximem. Grupos tais como consumidores e ambientalistas são e estão difusos social (imersos e dispersos na fibra social) e geograficamente. Não vivem nem trabalham no mesmo local e seus interesses comuns representam somente uma ínfima porção de suas vidas e valores globais. São estas características que fazem dos titulares de interesses difusos as maiores vítimas da inadequação atual do sistema judicial. (6)

Qual o consumidor que, na situação presente, mesmo que convencido da legitimidade do seu pleito, não hesitará em pleiteá-lo judicialmente? Ou, em outras palavras, qual o consumidor que, nas mesmas condições, detém os meios materiais e psicológicos para tal disputa nos meandros do sistema judicial? no Brasil, importantes e profundas reformas têm sido encetadas (juizado especial de pequenas causas e ação civil pública); contudo, ainda não é de todo errado afirmar que “para os consumidores o caminho mais curto para justiça pode ser evitar o processo judicial como um todo”. (7) Não há como esconder uma insatisfação geral em relação ao funcionamento e estrutura do modelo tradicional de solução de conflitos de interesses. Nas palavras do Ministro Warren E. Burger, Presidente do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, “Agora está claro que nem o Judiciário federal, nem o estadual são capazes de manejar todo o fardo colocado sobre eles. Certamente, a avalanche que está para vir piora as coisas para todos”. (8) A prestação jurisdicional é onerosa, demorada, complexa e formal. “O processo judicial tem que ser caro porque os tribunais tentam não cometer erros procedimentais. O esforço em alcançar perfeição procedural causa delongas e, consequentemente, custos”. (9) Ademais, os tribunais raramente têm recebido a atenção que merecem. Infelizmente, nem salários nem outros custos do sistema são bem atendidos.

Em recentes anos, todavia, soluções intermediárias, a meio caminho entre a completa negação de acesso à justiça e o formalismo da tutela jurisdicional, têm sido desenvolvidas e experimentadas com sucesso em diversos países, inclusive no Brasil. (10) Ao lado da democratização do acesso à prestação jurisdicional (Juizado Especial de Pequenas Causas e liberalização das normas pertinentes à legitimidade ad causam – ação civil pública), novos institutos fora dos limites da esfera judicial dão um tom de esperança no tratamento da matéria. São as chamadas, na nova doutrina, “alternativas desviante” ou “métodos alternativos” de solução de conflitos. “Desviante” porque facilitam a composição de conflitos, desviando-os – embora sem exclusão – da via judicial para o caminho extrajudicial. Tais alternativas buscam, sem eliminar a opção judicial, permitir que certas controvérsias sejam confrontadas, antes que adentrem no sistema judiciário e, ao mesmo tempo, simplificar o procedimento para aquelas que permanecem. Com isso ganha o Judiciário e a sociedade corno um todo. Aquele porque, sem prejuízo do seu poder original, vê-se aliviado de uma sobrecarga que lhe onera em esforço, em qualidade decisória e em imagem pública. Esta porque – a par de uma estrutura judiciária preservada em sua plenitude, rápida e eficiente – ainda tem a sua disposição, antes de optar pela via judicial, outros mecanismos para composição dos conflitos. “Consequentemente, enquanto

o desvio de disputas não apropriadas à solução judicial para caminhos alternativos de solução e aconselhável mesmo em tempos de fartura, torna-se imperativo em períodos em que os recursos judiciais têm sido estendidos além de seus limites”. (11)

O consumidor, pelo seu desafortunado “status” no mercado de consumo, é duplamente penalizado. Primeiro sofre com o dano causado por produtores e prestadores de serviços. Segundo, padece pela impossibilidade concreta de fazer valer seus direitos, face aos obstáculos que se antepõem ao seu acesso à justiça. Vale o conselho nas sábias palavras de Kazuo Watanabe, de que “Da defesa que cada um faça de seu direito pela via normal depende a vitalidade da ordem jurídica nacional”. (12)

A presente tese alinhava alguns conceitos e sugestões sobre o cabimento e funcionamento das “alternativas desviante” na tutela do consumidor. O trabalho concentra seus esforços principalmente naquelas alternativas que podem ser administradas pelo Ministério Público, dando-se especial atenção à mediação. Ademais, propõe sugestões para o aperfeiçoamento da legislação na matéria.

II – O CONSUMIDOR E SUA TUTELA

A – A tutela do consumidor, assim identificado, é um fenômeno do nosso século. A doutrina não acorda sobre uma definição uniforme de consumidor (13), sobre os modos de tutelá-lo, sobre sua natureza jurídica, sobre sua localização, no direito privado ou público, ou sobre a existência de um direito do consumidor. Tais incertezas são, em parte, decorrentes da enorme distância antes existente entre a ciência do direito e a ciência econômica. Para os economistas, consumo e consumidor são conceitos essenciais, especialmente em microeconomia. Mas o direito só lentamente absorve os conhecimentos econômicos. Assim foi com o direito do antitrust, assim está sendo com o direito do consumidor.

A proteção do consumidor tem exigido reformas de ordem substantiva e adjetiva. Sem que ambas ocorram simultaneamente, pouco ou nada se consegue em termos de tutela concreta. Na área formal, as modificações de natureza processual têm sido dirigidas a um grupo maior de interesses – difusos – dos quais o consumidor é parte. No campo material, via de regra, as relações de consumo ganham características próprias e portanto assento legal individualizado e exclusivo, embora ainda como ser errante entre o Direito Civil e Direito Comercial.

B – CRISE E ACESSO À JUSTIÇA

1 – A sociedade moderna apresenta três métodos de solução de conflitos de interesses: a) meios privados, b) meios administrativos, e c) meios judiciais. Entre os meios privados podemos mencionar a arbitragem, a negociação e, para alguns autores, a coação (greve, por exemplo). Mediação e processo administrativo são os dois mecanismos principais para composição de conflitos na esfera executiva. Per fim e mais importante – o método judicial pode funcionar quer através do processo judicial tradicional, quer mediante conciliação, ou ainda como juizado especial de pequenas causas e outros procedimentos simplificados.

"Nós – afirmou um dos membros do Ministério Público dos Estados Unidos – entretanto, reconhecemos que não importa quão eficientes e efetivos os Tribunais se transformem, eles permanecerão relativamente caros e demorados para os que a eles recorrem. Os custos dos Tribunais, em larga medida, são consequência necessária de sua formalidade procedural. Esta formalidade, todavia, é essencial para sua legitimidade." (14) Tal formalismo serve, essencialmente, para assegurar um julgamento o mais justo possível, exatamente porque, no processo judicial, o Juiz, e não as partes, decide o conflito, substituindo a vontade destas pela da Lei e do Estado.

2 – SOLUÇÕES TRADICIONAIS

O modo mais comum de composição dos conflitos de interesses é através da intervenção judicial. Este é o mecanismo que oferece maior segurança às partes, mas que, ultimamente, embora jamais contestado em sua existência e importância, tem recebido críticas severas.

O sistema de justiça tradicional tem buscado solucionar suas deficiências através de diversas medidas, tais como simplificação procedural (Juizado Especial de Pequenas Causas) (15), liberalização do princípio da legitimade ad causam (ação civil pública), melhor aparelhamento material e especialização de sua estrutura. Deve-se lembrar, contudo, que "medidas que aceleraram a prestação jurisdicional não barateiam necessariamente ou a tornam mais acessível". (16)

Além da tutela jurisdicional, outros institutos vêm sendo desenvolvidos para complementar e auxiliar a atividade dos Tribunais. (17) Tais são os denominados modelos alternativos ou desviantes de solução de conflitos. "Contudo, se mecanismos alternativos de solução de conflitos apresentam-se como promissores, eles também levantam inúmeras dúvidas e criam sua própria problemática. Assim, qual o papel específico dos Juízes nas várias alternativas? Como devem eles se relacionarem? Como se determina qual o mecanismo de solução de conflitos que melhor convém a um caso particular? As alternativas, realmente, poupam tempo e recursos? ... Como devem os acordos serem executados? São as alternativas 'uma justiça de segunda' classe?" (18)

3 – MODELOS ALTERNATIVOS OU DESVIANTE

O conceito de "alternativas desviantes" inclui, fundamentalmente, métodos outros de solução de conflitos que não o contraditório judicial. "Técnicas 'alternativas' de solução de conflitos devem ser entendidas como promoção de composição de disputas fora dos Tribunais ou antes da audiência de instrução e julgamento". (19) Tais alternativas são, por assim dizer, "atalhos" para satisfação dos conflitos de interesses. (20)

Entre as "alternativas desviantes" merecem destaque a conciliação, o arbitramento, a mediação e a negociação. Na doutrina tradicional estas quatro categorias não têm sido bem definidas e, por vezes, são confundidas ou usadas uma pela outra, criando imprecisão no ordenamento jurídico. (21) Apresentam a um só tempo, si-

milaridades e profundas diferenças. Todas têm em comum a qualidade de abreviar a solução do conflito.

a) CONCILIAÇÃO

Conciliação está a meio caminho entre a autocomposição e a heterocomposição do conflito. Nela as partes tutelam seus interesses e fixam, sob o olhar vigilante do Juiz, o conteúdo do ato que porá fim à disputa. É instituto eminentemente judicial (CPC, arts. 447/449, 278, parágrafo 1º, Lei 5.478/68, art. 9º, etc) e, por causa desta qualidade, não é propriamente uma "alternativa desviante" (22), no sentido de poupar o Judiciário na solução do conflito. Mesmo assim, continua desviante na medida em que representa uma alternativa menos demorada e onerosa e, de qualquer modo, economiza o procedimento restante. Suas principais características são: a) procedimento judicial, b) imparcialidade do conciliador, c) formalidade, d) intervenção do Juiz, e) participação das partes na composição do litígio, e f) o acordo deve ser justo.

b) ARBITRAGEM

Arbitramento também carrega a idéia de imparcialidade do árbitro (CPC, art. 1.079, III, "in fine"). É procedimento semiformal, e o árbitro impõe sua vontade na solução do conflito. É, pois, instituto substitutivo da vontade das partes.

c) MEDIAÇÃO

De todas as "alternativas desviantes", mediação é a mais promissora e a que tem merecido maior volume de estudos, embora a sociedade ainda não tenha adquirido ampla percepção a seu respeito. Aqui vale o comentário, feito no terreno do Direito do Trabalho mas perfeitamente apropriado neste contexto, no sentido de que mediação "significa carregar para dentro um estribo para ajudar na aproximação das partes em contenda e auxiliá-las na solução de suas diferenças. Porém, além disso a maioria da população tem pouco conhecimento sobre quem são os mediadores, como se dá sua escolha, e o que eles fazem uma vez envolvidos em um conflito. Esta ausência de informação por parte do público pode ser devida ao fato de que não há nenhuma fórmula prescrita para mediação". (23) Mediação é o processo pelo qual "... uma terceira parte imparcial, sem nenhum poder para ditar soluções, tenta ajudar as partes em disputa a chegarem a um acordo mutualmente satisfatório". (24) Seu uso vai dos conflitos de vizinhança à disputas entre conservacionistas e grandes construtoras (25), atingindo, inclusive, a área criminal. Todavia seu terreno mais promissor parece ser no campo do direito de família e na proteção aos chamados interesses difusos, especialmente, nas relações de consumo. (26)

A procura de novas veredas, complementares e não excluientes do modelo tradicional de composição de litígios, abrange uma vasta gama de disputas, a começar pelas impropriamente denominadas "disputas menores", até casos de controle

de disputas de natureza administrativa. Dois dos mais respeitados administrativistas americanos indagam, com razão, se, mesmo em alguns casos “maiores”, a solução não estaria em “promover mecanismos de negociação e mediação?” (27)

O processo mediativo pode ser classificado de várias formas, sendo ora público, ora privado, voluntário ou compulsório, consensual ou legal.

Mediação é procedimento (1) extrajudicial, (2) informal, (3) barato, (4) célebre, (5) participativo, e pressupõe imparcialidade do mediador. Ocorre principalmente na esfera do Executivo, em especial através da atuação do Ministério Público e Ombudsman.

Embora guardando enormes similitudes com as outras “alternativas desviantes”, mediação distingue-se de negociação, arbitramento e conciliação. Mediação “... se diferencia dos procedimentos de aconselhamento, negociação e arbitragem. Pode ser definida como o processo através do qual os participantes, com a assistência de parte ou partes neutras, sistematicamente isolam problemas no sentido de desenvolver opções, considerar alternativas, e alcançar uma acomodação consensual que satisfaça suas necessidades.” (28)

A primeira diferenciação que deve ser feita, contudo, é entre mediação e prestação jurisdicional. Como bem preleciona Lon L. Fuller, Professor em Harvard, “... mediação é dirigida a PESSOAS, decisões judiciais são aplicadas a ATOS; atos, não pessoas, é que são declarados próprios ou impróprios em relação às disposições legais. Esta distinção não é tão simples quanto parece à primeira vista, pois situações rotineiras há no sistema legal em que julgamentos são emitidos sobre pessoas. Esta necessidade surge, por exemplo, quando o Juiz deve decidir se um presidiário é merecedor de livramento condicional ou ainda quando o Juiz decide qual dos cônjuges em litígio deve receber a custódia do filho.” (29)

Conciliação e Mediação diferem principalmente pelo caráter judicial e formalismo daquela. Em “lato sensu”, conciliação pode designar o “resultado” alcançado no esforço de negociação, mediação ou da própria conciliação-procedimento. Neste sentido, seria sinônimo de acordo ou composição. No seu significado estrito, todavia, conciliação significa “procedimento” judicial de solução de litígios. Por causa do seu sentido lato, o termo conciliação tem sido empregado, sem muita precisão técnica, para designar mediação-procedimento ou negociação-procedimento (alternativas desviantes). Em outras palavras, designa-se o mecanismo (mediação ou negociação) pelo seu resultado (conciliação, “lato sensu”). Apesar de toda a confusão terminológica, mediação e conciliação são termos absolutamente inconfundíveis. Aquela é procedimento extrajudicial (isto é, ocorre fora da estrutura judiciária, mesmo que sujeita a seu controle a posteriori). Esta, diversamente, é, por natureza, instrumento judicial.

Arbitramento, ao contrário de mediação, é procedimento formal e, no tocante ao modo de composição da querela, assemelha-se à prestação jurisdicional tradicional, com o Juiz ou Árbitro substituindo-se à vontade das partes. Na atividade mediativa, o mediador propõe a solução. Na arbitragem, o árbitro dá a solução. Sem dúvida, entre os mecanismos alternativos, arbitragem e mediação são os mais comuns. Na lição do Presidente do Tribunal de Justiça de Nova York, “Ambos se fazem necessários. Arbitragem é mais formal, e é mais similar ao processo judicial nor-

mal na medida em que regras fixas governam o procedimento e um terceiro decide a disputa pelos participantes. Mediação, diferentemente, envolve um mediador que abre as linhas de comunicação e convida os contendores a examinarem suas opções por eles próprios. O papel do mediador é ouvir, perguntar e encontrar áreas comuns para acordo.” (30) Em outras palavras, a diferença entre arbitramento e mediação é simples, mas fundamental: árbitros, como juízes, têm a autoridade de impor uma decisão, onde, do contrário, mediadores não têm tal poder. O papel do mediador é ajudar os sujeitos a chegarem a um acordo mutuamente aceitável. Como resultado, as audiências de mediação são mais informais e relaxadas. Todas circunstâncias que envolvem a disputa podem ser ventiladas, em vez de tão somente os fatos próximos relacionados com a reclamação em questão. Ademais, com mediação as partes participam efetivamente na solução do conflito.

Por fim, mediação diferencia-se de negociação. Esta é procedimento inteiramente voluntário. Demais, inexiste um terceiro absolutamente imparcial, embora pessoas não diretamente envolvidas com a disputa possam auxiliar no seu curso. Não se pode compelir partes em conflito a negociarem. Não é lícito, por exemplo, notificar as partes para que tentem uma solução negociada. As partes em conflito negociam quando, onde e o que lhes convém. Mediação, ao revés, pode ser compulsória, resultando o chamamento obrigatório de notificação. Não se entenda, contudo, que a composição é obrigatória. O que é compulsório é o comparecimento das partes para a tentativa de mediação. No processo de mediação sob os auspícios do Estado, em especial na área de proteção ao consumidor, “... a participação das partes no esforço mediativo às vezes é voluntária, outras, compulsória.” (31)

No direito brasileiro, tão grande é o valor atribuído pelo Estado à mediação pelo MP que, ao contrário do que ocorre com a composição negociativa (CPC, art. 585, II), aquela tem força de título extrajudicial, assinada que seja APENAS pelas partes e referendada pelo Promotor de Justiça (Lei n. 7.244/84, art. 55, § único). A mediação tem os seguintes objetivos principais:

- (1) aumento da eficiência dos Tribunais através da redução de suas pautas, evitando demoras desnecessárias e agilizando a solução dos litígios;
- (2) reduzir os custos do sistema judicial e ampliar e facilitar o acesso à justiça: é mais barato montar um programa de mediação que aumentar o número de Juízes, servidores e construir novos fóruns;
- (3) permitir aos Juízes mais tempo para que dediquem atenção adicional aos casos mais complexos, quer no que tange aos seus aspectos legais, quer no que se refere às questões de provas;
- (4) baratear os custos das partes e poupar-lhes em sofrimento psicológico;
- (5) melhorar a qualidade da Justiça como um todo. (32)

d) NEGOCIAÇÃO

Na negociação os negociadores, porque diretamente interessados no conflito, são parciais. De todas, é a alternativa mais informal. “Negociação permite o ‘toma-aqui-dá-cá’ entre os representantes designados por cada lado para conduzir as discussões diretas que resultarão em acordo. Este acordo pode vir através do lançamen-

to de uma proposta ou pela aceitação da posição da outra parte. Pode resultar de compromisso sobre cada um dos problemas até que haja acordo sobre todos os componentes e, então, a avença final. Poderá, provavelmente, vir mediante a combinação destes três.' '(33)

Ademais, negociação, em seu estrito sentido técnico, é conduzida diretamente pelas partes ou por seus representantes legais (Advogados), entidades classistas (sindicatos) ou corpos ou associações intermediárias, públicos ou privados (de consumidores, de moradores, ambientalistas, de menores, etc.). Na negociação, portanto, não há, necessariamente, um "tertius" neutro. Todos envolvidos, de um modo ou de outro, são partes interessadas diretamente no objeto do conflito e, portanto, parciais. Na mediação, especialmente na sua modalidade pública, de maneira diversa, não há clientes ou interesses individuais ou de grupos a representar. Sua base não é o interesse pessoal das partes, mas, tão somente, a porção deste que coincide com o interesse público.

c) MEDIAÇÃO E CONSUMIDOR

A intervenção do Estado na tutela do consumidor não é um fim em si mesmo. Sua finalidade é sempre suplementar, nunca substituir, a participação da própria sociedade. Fundamentalmente, incentiva-se e valoriza-se a atuação de associações privadas e o autocontrole pelos produtores. Somente quando tais opções não funcionam adequadamente, é que o Estado legitima sua interferência. Evidente que o Estado não pode permanecer passivo face aos abusos que são praticados contra o consumidor. Contudo, o que a sociedade está apta a realizar, certamente o fará mais econômica e eficientemente que o aparelho burocrático.

Na área da tutela ao consumidor, a mediação produz benefícios para todos. Consumidor e produtor (aqui incluindo-se o fabricante, o intermediário e o prestador de serviços) gozam, nesta "alternativa desviante", de simplicidade, informalidade, flexibilidade e rapidez de procedimento, além de agilidade na solução do conflito. Ambas as partes, bem como o Estado, economizam tempo e recursos. Ao produtor acrescentam-se dois outros benefícios: probabilidade de menor publicidade negativa — vez que ainda não se trata de litígio judicial e o período de exposição é menor que aquele em juízo — e possibilidade de manter o cliente (importante fator, pois estatísticas comprovam que os custos de manutenção de um cliente são 60% menores que os de aquisição de um novo). Também lucra o MP pois mediação poupa os escassos recursos da Instituição pela desnecessidade de propositura de ação civil pública, se for o caso. Através da mediação, assim como com a civil pública, o MP cumpre suas atribuições de tutela do interesse difuso e, ao mesmo tempo, fortalece seu "munus" público mediante intervenção direta na solução do conflito e contato constante com a sociedade a que serve. O Poder Judiciário, por sua vez, beneficia-se com a liberação de sua estrutura para concentrar-se naqueles litígios mais sofisticados ou naqueles em que nenhuma outra possibilidade de composição, que não seja a jurisdicional, resta. Na medida em que a máquina judicial é desafogada de casos supérfluos, melhora seu desempenho geral na solução dos conflitos remanescentes e cresce seu respaldo perante a opinião pública. O Estado, como um todo, reduz seus custos, aprimora seu aparelhamento de solução de con-

tos e ganha em eficiência.

Mediação é mais acomodativa e melhor produz compromissos. Por um lado gera um certo sentimento generalizado de contentamento. Partes submetidas à mediação ficam mais satisfeitas com o resultado de seus casos do que aqueles que tiveram seus litígios decididos por sentença judicial substitutiva de suas vontades (Em Atlanta, por exemplo, 86% das partes submetidas à mediação declararam-se satisfeitas com a solução alcançada enquanto que dos que se submeteram à tutela jurisdicional, apenas 33% responderam no mesmo sentido). (34) Finalmente, por todas as razões acima apontadas, a prestação de justiça se agiliza e, em decorrência de seu caráter informal e rápido, a mediação permite o processamento de um grande número de disputas simultaneamente.

D – O PROMOTOR DE JUSTIÇA-MEDIADOR

A atividade mediativa do Promotor de Justiça não é novidade no sistema jurídico brasileiro. De modo não sistemático, está presente no atendimento ao público pelo MP. (35) Recentemente, em São Paulo, com a criação da Coordenadoria das Curadorias de Proteção ao Consumidor (Ato n. 02/85, PGJ-SP) e do CAEX-Civil, bem como com a implantação das Promotorias de Justiça de Proteção ao Consumidor, a mediação, como instrumento fundamental de composição de conflitos, foi definitiva e formalmente introduzida na prática diária da Instituição. Os resultados são altamente favoráveis. Tal acontece apesar do fato de que nenhuma das Leis Orgânicas (Lei Complementar n. 40/81 e Lei Complementar Estadual n. 304/82) fazerem qualquer menção expressa a tal atividade por parte de membro do MP. O estatuto do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84, art. 55, parágrafo único), ao referir-se a "acordo... referendado pelo órgão competente do Ministério Público", implicitamente prevê a intervenção e intermediação do Promotor de Justiça na consecução da composição, a qual outra coisa não é senão o resultado da atividade mediativa. A atividade de mediação do MP, "... dentro do atendimento ao público dispensado pelos Promotores de Justiça e Curadores em cada uma das Comarcas do interior e Promotorias Distritais de São Paulo, é rotineira, só que mais voltada para casos dentro do Direito de Família, Direito do Trabalho e Acidentes do Trabalho. Ante às novas atribuições do Ministério Público dentro da defesa do consumidor, portanto, somente houve necessidade de adaptar-se o método já empregado rotineiramente pelos membros da instituição, agora também na área de defesa do consumidor." (36)

E – O MINISTÉRIO PÚBLICO NA MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS DE CONSUMO

1 — A tutela do consumidor pelo MP tem como premissa básica a defesa do interesse público, algo mais abrangente que o interesse exclusivo do consumidor. Aí reside a razão principal porque é o MP, e não outro órgão, a instituição mais adequada a carrear a tarefa mediativa nas relações de consumo. "O interesse do consumidor é em conseguir bens em maior quantidade e qualidade pelo menor preço. Isto está em oposição ao interesse do produtor que é multiplicar lucros através de preços mais altos, baixos custos e maior produção. O interesse público é o equilíbrio destes

dois interesses." (37 "Interesses de consumo" são, quase sempre, interesses coletivos, mas nem sempre "interesses públicos". "Interesses públicos" são valores altamente compartilhados pela sociedade e que a integram como elemento do conjunto social e não como categoria própria de um grupo, classe, estrutura social ou econômica. "Interesse público" e "interesse de consumo" são dois círculos concêntricos. Embora suas superfícies normalmente coincidam, tal nem sempre acontecerá. Na defesa do consumo o MP sempre leva em conta os interesses dos consumidores a longo prazo os quais, raramente, são de fácil avaliação para estes. Neste processo, o MP compara o "interesse de consumo" com o "interesse público" e, mediante uma análise valorativa, com avaliação de custos e benefícios para o consumidor, orienta sua intervenção. O "interesse de consumo" é:

a) difuso, social e geograficamente, podendo coincidir com o interesse público ou não, dependendo de sua maior ou menor extensão e se traz benefícios apenas para um grupo em particular ou para a sociedade como um todo;

b) de reduzida intensidade e exposição, na medida em que na hierarquia das prioridades da sociedade não ocupa posição de visibilidade significante, e sua identificação é de difícil percepção para o cidadão comum;

c) imediato ou pelo menos de alcance a curto prazo. O consumidor só raramente cogita de medidas e políticas de consumo a longo prazo. Seu principal interesse está centrado na estrutura de consumo do presente. Quanto mais próxima do consumidor esteja a problemática de consumo, quanto mais afete sua vida diária, mais o "interesse de consumo" ganha em intensidade e, portanto, em poder político. (38)

2 – O MINISTÉRIO PÚBLICO NORTE-AMERICANO

O Ministério Público estadual, nos Estados Unidos, tem relevantíssimo papel na tutela do consumidor. (39) Suas atribuições vão da legitimidade para propositura da ação civil em nome do consumidor, à promulgação de atos administrativos normativos gerais e de efeitos externos, com força de lei, na área de consumo. Dentro os mecanismos que utiliza para alcançar seus fins, o MP destaca e faz investimentos massivos na atividade de mediação direta entre consumidor e produtor.

Já em 1957 a primeira Coordenadoria de Proteção ao Consumidor do País era estabelecida na Procuradoria Geral da Justiça do Estado de Nova York. Na Califórnia, "... a Unidade de Fraude ao Consumidor foi concebida em 1959 e começou a auferir resultados significantes a partir de 1963. A Unidade foi criada para executar três funções básicas: (1) a execução da legislação de proteção ao consumidor contra práticas comerciais e propaganda ilegais, injustas, fraudulentas ou enganosas; (2) propositura de legislação ou emenda da existente, sempre que apropriada para proteção do consumidor; (3) aconselhamento do Legislativo, quando solicitado, no que tange aos tipos e dimensão dos problemas de consumo". (40) Apenas a título de exemplo, o MP de Illinois arrecadou 7.872.389 dólares em reparação para consumidores e atendeu 26.314 reclamações, nos anos de 1984 e 1985, respectivamente. (41)

Entre os mecanismos colocados à disposição do MP norte-americano para tutela do consumidor, merecem destaque os seguintes:

a) mediação: o MP possui um procedimento próprio que vai do recebimento da reclamação (por telefone, carta ou pessoalmente) à realização da audiência administrativa de mediação. "As audiências na Promotoria de Justiça assemelham-se ao modelo judicial... Nestas audiências, a presença da terceira parte tem desenvolvimento pleno e inequívoco. O condutor da audiência não mais age como representante do consumidor, mas adota papel mais neutro de mediador cujos interesses independentes incluem a aplicação de normas de valor para assegurar que tanto um resultado justo, como a solução do conflito perante ele são alcançados. O agente faz pressão em prol de acordos que ele sente justos, ..., embora a base para o pacto ou término do conflito continue sendo uma concordância mútua em vez de decisão coercitiva". (42) Mediação tem sido largamente utilizada pelas Procuradorias Gerais de todo o País. "Mediação é popular, como ferramenta de composição, primariamente porque economiza recursos para o órgão. ... Em adição, o comerciante evita publicidade danosa e custas judiciais e o consumidor recebe uma solução relativamente rápida do seu problema". (43)

b) "termo voluntário de obediência": é mecanismo imediatamente anterior à opção judicial, representando uma composição voluntária entre o reclamado e o MP. É extramamente importante para o MP, face o grande número de reclamações e violações da lei, resolver extrajudicialmente muitas destas disputas. Assim, a Instituição pode usar seus recursos mais eficientemente, concentrando os naqueles casos mais difíceis e importantes, sem, contudo, deixar impune qualquer violação cometida. "De modo prático, tal termo representa um acordo entre o suposto violador e o Procurador Geral. Teoricamente, o termo é apropriado quando o comerciante está se utilizando de "práticas" ilegais e não de violações isoladas. O reclamado concorda em cessar voluntariamente sua conduta supostamente indevida em troca da promessa do Procurador Geral de não proceder contra ele utilizando-se de ação formal." (44) Em diversos sistemas, o termo, além da promessa de término da prática reclamada, também estabelece multas em caso de desrespeito as suas disposições. Tais penas podem ser executadas diretamente. Ademais, qualquer violação do termo é considerada como violação da própria lei de base. Observe-se, por último, que tal instrumento não é um acordo entre consumidor, MP e produtor. É tão somente entre os dois últimos. O termo pode estipular que o produtor pagará as custas da investigação efetuada pelo MP, bem como / establecer a reparação dos consumidores lesados.

c) ação civil pública: tanto reparatória, como eminentemente cautelar. O MP pode, por esta via, requerer restituição para os consumidores (concedendo-se, em muitos casos, danos triplos), a imposição de multas civis judiciais para CADA violação da lei ou de ato normativo administrativo, o resarcimento das custas do MP, a suspensão ou fechamento do estabelecimento a proibição da prática ou práticas e/ou a designação de administrador para a empresa reclamada, com atribuições para solucionar e reparar os consumidores lesados.

d) penas civis e criminais: talvez estas sejam as armas mais poderosas do MP. A finalidade da multa civil, quer administrativa, quer judicial, é retirar a lucratividade da prática irregular, mesmo que não ilícita. É negar ao infrator os benefícios de sua conduta prejudicial aos interesses dos consumidores. Ressalte-se, todavia, q

tal medida não é reparatória para o consumidor. Ressarcimento do consumidor e multa civil têm objetivos diversos. Aquele visa trazer a vítima ao “status quo ante”, isto é, à situação econômica em que se encontrava antes do dano. Esta, ao revés, busca retirar do violador da norma qualquer incentivo à prática do ato. Por vezes, mesmo após reparação de todos os consumidores lesados, a atividade ainda se mostra vantajosa. É principalmente para estes casos que a multa civil tem grande importância, embora só indiretamente proteja o consumidor. Por outro lado, as penas criminais restritivas de liberdade e pecuniárias, são deixadas para aquelas hipóteses de comportamento criminoso. Para sua aplicação não basta que a prática seja irregular. Há que ser ilegal e preencher os requisitos do tipo penal. A multa civil e a pena pecuniária podem ser impostas simultaneamente.

e) investigação: a Procuradoria Geral da Justiça conduz, regularmente, investigações sobre determinadas áreas do mercado, como por exemplo, bancos, brinquedos, etc;

f) atividade normativa: algumas leis estaduais de proteção ao consumidor dão ao MP poder para emitir atos administrativos normativos, de aplicação externa, para detalhar a lei e, se acaso existente, sua regulamentação. Para tanto, o MP deve preparar todo um procedimento formal, dando direito a produtores interessados, consumidores e outros órgãos envolvidos a serem ouvidos e opinarem na elaboração do ato normativo vinculante. Tal sucede em decorrência da constatação do legislador de que é impossível listar práticas e atividades irregulares que ocorrem no mercado de consumo. O legislador assume a premissa de que o MP, por estar familiarizado com tais práticas e possuir conhecimento legal adequado, é que melhor está capacitado para detalhar a lei ou regulamento;

g) legislação: sempre que necessário, o MP prepara esboços de projeto de lei e os envia ao Legislativo estadual¹, pressionando por sua aprovação;

h) educação: o MP mantém contato permanente com entidades civis de consumidores, promove cursos informativos em Escolas e Centros de Idosos, veicula comerciais no rádio e televisão e distribui panfletos informativos, algumas vezes também em língua estrangeira, para melhor atender à população imigrante;

i) elaboração de códigos éticos para a indústria: em conjunto com indústrias e atividades setorizadas, o MP prepara códigos éticos os quais servem de base para o procedimento das mesmas. (45)

3 – O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Só recentemente, após receber base legal mínima, o Ministério Público brasileiro tem dedicado atenção crescente à tutela do consumidor. Pedindo de empréstimo as palavras de José Geraldo Brito Filomeno, precursor da intervenção do MP na proteção ao consumidor, nesta matéria “... é bastante amplo o campo de atuação do Ministério Público, instituição que, em face de sua incontestável responsabilidade eminentemente social, deve corresponder aos anseios da população, sobretudo no que tange à qualidade de vida”. (46) Dois modelos principais de atuação estão sendo praticados simultaneamente no País.

O primeiro sistema — pioneiro no País — é o atualmente em uso no Estado de São Paulo. O MP não recebe reclamações diretamente e, por isso, não tem controle

integral dos problemas que afetam o consumidor. Ao MP, normalmente, cabe atuar apenas naquelas reclamações que o órgão estadual de proteção ao consumidor não conseguiu resolver através de mecanismos de negociação com o produtor. A grande deficiência deste procedimento é que o MP não tem controle real da situação do mercado de consumo, a não ser através díáquelas poucas reclamações que lhe são remetidas pelo órgão estadual. É exatamente no momento do recebimento da reclamação, que o MP deve fazer um juízo de valor sobre a existência de puro ilícito civil ou delito de natureza criminal. Sem controle sobre a totalidade das reclamações recebidas pelo órgão de proteção ao consumidor, tal função se torna, de fato, impossível. Isto principalmente porque “Fraudes criminais contra consumidores . . . exigem um procedimento legal de apuração apropriado; elas devem ser identificadas rapidamente e separadas pelos postos de recebimento de reclamações”. (47) Outros órgãos de proteção ao consumidor carecem do conhecimento técnico e legal — para não mencionar atribuição — para fazer a triagem entre o que é crime e o que é ilícito civil, entre o que pode e o que não pode ser negociado.

Em Santa Catarina, diferentemente, o MP intervém de modo extremamente similar ao MP norte-americano e ao Ombudsman sueco: o consumidor tem a opção de, em sendo seu desejo, reclamar, sem intermediação, junto ao MP. Com extrema propriedade preleciona José Galvani Alberton, membro do “Parquet” daquele Estado, que “... a partir desta experiência o MP rompe definitivamente com sua velha postura de órgão de atuação reflexa...” (48)

Afora no que tange ao recebimento das reclamações, os dois modelos atuam basicamente do mesmo modo, utilizando-se de três níveis de intervenção: as tutelas penal (requisição de inquérito e propositura de ação penal), civil (ação civil pública) e administrativa (mediação e inquérito civil).

4 – O MINISTÉRIO PÚBLICO E OUTROS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

O MP não é o único titular dos interesses do consumidor. Primeiro — antes que ninguém — ao consumidor cabe sua autotutela, quer pessoalmente, quer através de suas entidades privadas. A intervenção estatal é sempre subsidiária, embora não dependente daquela.

O Estado pode e deve intervir na regulamentação de pesos e medidas, da propaganda, da qualidade de produtos e serviços, das embalagens, das garantias, dos contratos de adesão, do crédito, dos seguros, da responsabilidade civil do produtor, etc. Para cada uma destas áreas existem órgãos que, direta ou indiretamente, tutelam o consumidor, na medida em que exercem o seu poder de polícia administrativa. Além destes, outros órgãos de atuação mais direta existem, como por exemplo o PROCON paulista. Tais órgãos são dependentes do poder central e cumprem políticas desenhadas por este. Por fim, a proteção do consumidor se dá através do MP, único órgão independente e imparcial a desempenhar tal atribuição, fazendo-o sempre respaldado no interesse público e não no cumprimento de programas ou planos de governo. É por esta razão que “... existe uma forte inclinação, entre os muitos que estão intimamente envolvidos com a tutela do consumidor a nível estadual, no sentido de que a proteção legal se torne efetiva somente quando tal poder é conferido”.

do ao Ministério Público". (49) Após dizer que "o Promotor de Justiça está melhor equipado para proteger os consumidores", e que "outros órgãos não estão tão qualificados para a tutela dos consumidores", Ann Marie Tracey afirma que "Embora o Promotor de Justiça esteja melhor habilitado para proteger os consumidores, órgãos locais, estaduais, públicos e privados são também importantes em tal tarefa. Cooperação próxima entre tais grupos no que tange às suas responsabilidades é essencial. O Ministério Público é quem melhor pode coordenar tal time". (50) O sistema ideal é aquele em que os órgãos especiais de proteção ao consumidor (PROCONS) exercem a função educativa e informativa, a polícia e outros órgãos setoriais exercitam a função investigativa e o MP realiza a função persecutória (preventiva ou repressiva) e reparatória (por mediação ou judicialmente).

III – CONCLUSÕES

A – CONCLUSÕES GERAIS

A crise por que passa o sistema de prestação de justiça no Brasil é grave e exige soluções urgentes. Reconhecer que a tutela jurisdicional enfrenta sérios problemas não significa desconhecer o pressuposto doutrinário de que não há Estado democrático sem um Poder Judiciário independente e eficiente. Por outro lado, também não há democracia quando a largas parcelas da população se nega o acesso à justiça. No dizer feliz do Magistrado Caetano Lagrata Neto, "O Juiz é o guardião da Justiça e da Liberdade. Todos sabemos que a Justiça inoperante permite o surgimento de iniquidades, de falsos valores, de totalitarismos e desmandos, com isto sufocados aqueles dois princípios e a própria Democracia. O que nos levaria a concluir que, muitas vezes, sucumbe o povo sem luta, também por culpa de seus Juízes". (51) Soluções para tal problemática, judiciais e extrajudiciais, tem sido buscadas e experimentadas. Entre as alternativas desviantes, a que mais promete é a atividade de mediação administrativa. Todavia, é sempre oportuno ressaltar que mediação não é nem pode ser substituto da atividade judicial. Tal seria um atentado à Constituição e à teoria democrática do Estado. Mediação é complementar à função Jurisdicional e visa facilitar o exercício desta. Significa que o Executivo assume sua parcela de responsabilidade na questão do acesso à justiça, facilitando a prestação jurisdicional, não apenas com verbas e valorização dos membros do Judiciário, mas se esforçando para que, em certos casos, só após o esgotamento das possibilidades de acordo, o litígio chegue até este.

Inobstante o grande progresso dos últimos anos, o consumidor brasileiro ainda está entre os que se encontram destituídos do direito de ter seu direito respeitado e protegido judicialmente.

O Ministério Público, de um modo ou de outro, nos direitos estrangeiro e nacional, tem tido papel fundamental na tutela dos interesses difusos, especialmente no suporte ao consumidor.

B – CONCLUSÕES ARTICULADAS

1 – A tutela dos interesses difusos, em geral, e do consumidor, em particular, não é possível quando ao tutelado se nega mecanismos rápidos, baratos, simples e infor-

mais para solução de seus conflitos;

2 – A questão do acesso do consumidor à justiça só será resolvida quando um conjunto de medidas, judiciais e extrajudiciais, entre as quais se destaca a mediação pública, seja implementado;

3 – O ordenamento jurídico brasileiro atual, implicitamente, reconhece a mediação como mecanismo importante para solução de conflitos de consumo;

4 – O Ministério Público no Brasil é o órgão natural de proteção ao consumidor;

5 – Ao Ministério Público deve caber, entre outras, as atribuições de mediar os conflitos de consumo, buscar reparação para os consumidores, bem como coordenar os esforços de outros órgãos públicos nesta área;

6 – O Ministério Público é o órgão mais adequado e melhor aparelhado para conduzir a mediação pública dos conflitos de consumo;

7 – A aprovação das Leis nºs 7.244, de 7 de Novembro de 1984, e 7.347, de 24 de julho de 1985, representou enorme avanço no esforço de democratizar o acesso à justiça. Inobstante sua perfeição técnica, seus textos não mencionam expressamente a mediação pública como meio alternativo de composição de conflitos de consumo. Suas disposições podem, portanto, ser aperfeiçoadas e seus objetivos mais facilmente alcançados com a simples previsão da mediação pública, a cargo do Ministério Público, como pressuposto necessário para a propositura da ação reparatória que tenha por objeto um interesse difuso. Por isso, recomenda-se as seguintes alterações legislativas:

a) Acrescentar, na Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, um novo título entre os atuais I e II, com os seguintes artigos e parágrafos:

DA MEDIAÇÃO

Art. — A mediação é conduzida pelo Ministério Público, nos termos de sua legislação orgânica.

Art. — A propositura da ação de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico depende de prévia tentativa de mediação pelo Ministério Público.

Parágrafo primeiro — o acima disposto não se aplica quando o procedimento mediático prolongar-se por mais de 45 dias, a contar do registro da reclamação junto ao Ministério Público, cabendo ao interessado a opção entre a continuação da mediação e a imediata propositura da ação.

Parágrafo segundo — o registro da reclamação junto ao Ministério Público equivale ao exercício do direito para fins de decadência e suspende a prescrição.

Parágrafo terceiro — Valerá como título executivo extrajudicial o acordo, de qualquer natureza ou valor, celebrado pelas partes, por instrumento escrito, e referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

b) Alterar o Artigo 8º, parágrafo 1º, dando-lhe a seguinte redação:

Artigo 8º – . . .

Parágrafo 1º – Somente as pessoas físicas capazes, o Ministério Público e as associações ambientais e de consumidores serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

c) Modificar o artigo 55, extinguindo-se seu parágrafo único.

d) Alteração da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, adicionando-se um novo artigo entre os presentes artigos 2º e 3º:

Artigo – A propositura das ações referidas nesta Lei, exceto as cautelares, depende de prévia tentativa de mediação a ser conduzida pelo órgão competente do Ministério Público, nos termos dispostos em sua Lei orgânica.

Parágrafo Primeiro – O acima disposto não se aplica quando o procedimento mediático prolongar-se por mais de 45 dias, a contar do registro da reclamação junto ao Ministério Público, cabendo ao interessado a opção entre a continuação da mediação e a imediata propositura da ação civil.

Parágrafo Segundo – O registro da reclamação pelo interessado junto ao Ministério Público equivale ao exercício do direito para fins de decadência e suspende a prescrição.

Parágrafo Terceiro – Valerá como título executivo extrajudicial o acordo, de qualquer natureza ou valor, celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado por órgão competente do Ministério Público.

NOTAS

(1) Conflito pode ser definido como confronto ou choque entre indivíduos ou do indivíduo consigo próprio. Os conflitos têm sempre uma base fática patrimonial ou moral. Aqueles são denominados conflitos de interesses. Estes, conflitos morais. Dos primeiros, mesmo que não totalmente puros, ocupa-se o direito. Os segundos pertencem ao terreno da psicologia e da religião. De acordo com seu objeto, os conflitos podem ser classificados em dois tipos básicos: conflitos de valores ou internos, v.g., egoísmo, ou conflitos de interesses ou inter-pessoais, decorrentes de disputa pela titularidade de um bem patrimonial v.g., aqueles que ocorrem nas relações de consumo. Ademais, conforme a concentração do interesse, os conflitos podem ser individuais, de classe, difusos, ou públicos, num crescendo de pulverização.

(2) Sobre o conceito de interesse difuso, ver, como ponto de partida para estudos mais aprofundados, La Tutela Degli Interessi Diffusi Nel Diritto Comparato, vários autores, Milano, Dott. A. Giuffre Editore, 1976.

(3) Conferir Mauro Cappelletti, Vindication of the Public Interest Through the Courts:

a Comparativist's Contribution, in Access to Justice, vol. III, Milano, Giuffre-Editore, 1979, p. 517.

(4) Ver Keith S. Rosenn, The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications, in The American Journal of Comparative Law, vol. 19, nº 3, American Association for the Comparative Study of Law, Ann Arbor, Michigan, 1971, p. 514/549.

(5) Edward M. Kennedy, access to Justice, in Hearings Before the Committee on the Judiciary, United States Senate, February 13 and 27, 1979, Printed for the Use of the Committee on the Judiciary, U. S. Printing Office, Washington, D. C., 1979.

(6) Conferir David M. Trubek, Public Advocacy, September 1977, trabalho não publicado, p. 17/18.

(7) Philip G. Schrag, Consumer Rights, in Consumerism: Search for the Consumer Interest, edited by David A. Aaker and George S. Day, New York, The Free Press, 1970, p. 431.

(8) Warren E. Burger, Isn't There a Better Way?, in American Bar Association Journal, vol. 68, Chicago, American Bar Association, 1982, p. 277.

(9) Robert Coulson, How to Stay Out of Courts, New York, Crown Publishers, 1968, p. 21.

(10) Um excelente estudo sobre o movimento em prol de uma justiça mais informal está em Bryant Garth, The Movement Toward Procedural Informalism in North America and Western Europe: a Critical Survey, in The Politics of Informal Justice, vol. 2, Comparative Studies, edited by Richard L. Abel, New York, Academic Press, 1982, p. 183/211. No mesmo livro há um interessante artigo sobre a evolução do sistema de justiça socialista em Moçambique, da sua origem revolucionária à sua composição com o modelo formalista português. Ver Bárbara Isaacman e Allen Isaacman, A Socialist Legal System in the Making: Mozambique Before and After Independence , p. 281/323.

(11) Presidente do Tribunal de Justiça de New York, Lawrence H. Cooke, Discurso, in Albany Law Review, vol. 48, Spring 1984, nº 3, Albany Law School of Union University, Albany, NY, p. 572.

(12) Kazuo Watanabe, Juizado Especial de Pequenas Causas: Filosofia e Características Básicas, in RT 600/223.

(13) Definir consumidor não tem sido tarefa fácil. Em termos econômicos, seu conceito não varia muito. Consumidor é "qualquer agente econômico responsável pelo ato de consumo de bens finais e serviços. Tipicamente, o consumidor é entendido como um indivíduo mas, na prática, consumidores serão instituições, indivíduos e grupos de indivíduos. Neste último aspecto, deve-se notar que o agente consumidor para a tomada de muitas decisões é a família e não o indivíduo. Isto importa na medida em que famílias podem tomar decisões GRUPAIS baseadas em algum compromisso entre as necessidades individuais dentro da família, ou, ainda mais provável, com base em julgamentos paternalísticos por membros mais idosos da família. A demanda de consumo pode, pois, ser parcialmente considerada no contexto de decisões grupais – refletindo alguma FUNÇÃO DE BEM ESTAR SOCIAL que cobre todos os membros da família". (David W. Pearce, The Dictionary of Modern Economics, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1983, p. 80, grifos no original). Se para a Economia não é difícil definir consumidor, o mesmo não acontece com o Di-

reito. Aqui a definição deixa de ser eminentemente técnica e ganha implicações políticas. Dependendo do conceito a que chegue a lei, o grupo difuso de consumidores protegidos será maior ou menor e, portanto, também maiores ou menores serão as alterações no sistema legal tradicional. Assim, em algumas legislações, consumidor é tão somente o indivíduo. Noutras, também a família. Por fim, em umas poucas, também o pequeno empresário e agricultor. Certos ordenamentos restringem a tutela especial àquele que adquire bens ou serviços de comerciantes. Outros, diferentemente, protegem o consumidor que transaciona com outro consumidor. Algumas legislações cobrem apenas produtos. Outras abrangem também serviços. Umas excluem bens imobiliários. Outras, não. Tudo em função de políticas legislativas decorrentes das pressões que estimulam o legislador. Não há, contudo, uma razão científica para adotar um conceito outro que não seja aquele de base econômica. O "Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act" do Estado de Illinois, define consumidor como "qualquer pessoa que adquire ou contrata para adquirir bens, que não sejam para revenda no curso normal de seu comércio ou negócio mas para uso pessoal ou de membro de sua família". (Art. 261, 1, b)). O "Preservation of Consumers 'Claims and Defenses Act" define consumidor como "uma pessoa natural que busca ou adquire bens ou serviços para uso pessoal, familiar ou doméstico". (433.1 (b)). Para a "Ley federal de Protección al Consumidor" do México, "... por consumidor se entiende a quien contrata, para su utilización la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de un servicio..." (art. 3). Na França, "En fait, le consommateur a protéger — par un droit nouveau ou la substance a prélever sur des règles pré-existantes —, n'est pas un être spécifique, different des autres individus: il est CHACUN DE NOUS PRIS DANS LA FONCTION DE CONSOMMATION. Ce n'est pas un sujet categoriel, un archetype socio-professionnel, la partie d'un ensemble, mais L'ENSEMBLE lui-même". (J. C. Fourgoux, J. Mihailov et M. V. Jeannin, *Principes et Pratique du Droit de la Consommation*, Paris, J. Delmas et Cie., 2e. edition, A3, grifo no original). Para Humberto Briseno Sierra, "... parece que el término consumidor se asimila con la posición del último sujeto que recibe el bien o servicio. En este caso, los satisfactores desaparecen, por lo menos de la circulación, y aún cuando subsisten materialmente como acontece con los enseres del hogar, ya no se habla de ellos como mercancías, sino que son ahora propiedades o partes del patrimonio individual". (La Defensa Jurídica del Consumidor, in Revista de La Facultad de Derecho de Mexico, Tomo XXXV, Enero-Junio de 1985, num. 139-140-141, Universidade Nacional Autonoma de Mexico, 1984, p.17). No 6º Congresso do Ministério Público, em São Paulo, apresentei, em parceria com José Geraldo de Brito Filomeno, a seguinte definição de consumidor: "Consumidor é o adquirente ou usuário que utiliza para fins não profissionais, produtos ou serviços colocados a sua disposição tanto por comerciantes, como por particulares que exercitem a produção ou distribuição de bens de consumo, ou até mesmo pelo Estado". (Anais, p. 97). Ouso sugerir um outro conceito que — embora preservando o acima mencionado — me parece mais abrangente e técnico: *consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal ou de sua família, adquire ou utiliza produtos, serviços ou qualquer outro bem colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer pessoa natural ou jurídica no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais*. Esta definição enfatiza a finalidade maior da tutela do

consumo, qual seja, proteger a parte mais fraca — "weaker party" —, reequilibrando a relação jurídica bilateral na qual o produtor ("lato sensu"), quer por decorrência da natureza comercial de sua atividade, quer por possuir conhecimento técnico especializado, encontra-se em situação privilegiada em face do consumidor. (Neste sentido conferir M. Fontaine and Th. Bourgoignie, *Consumer Legislation in Belgium and Luxemburg, Wokingham, Berkshire, England, Van Nostrand Reinhold*, 1982, p. 3). No Direito Brasileiro as melhores obras sobre a tutela do consumidor são: J. M. Othon Sidou, *Proteção ao Consumidor*, Forense, 1977; Fábio Konder Comparato, *A Proteção ao Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*, in *Revista de Direito Mercantil*, Nova Série, n. 15/16, 1974; e Waldírio Bulgarelli, *A Tutela do Consumidor no Direito Brasileiro e de Lege Ferenda*, in *Revista de Direito Mercantil*, Nova Série, ano XII, n. 49.

(14) Daniel J. Meador, *Access to Justice*, in Hearings Before The Committee On The Judiciary, United States Senate, February 13 and 27, 1979, Printed for the Use of the Committee on the Judiciary, US Gov. Printing Office, Washington, D.C. 1979, p. 4

(15) O Juizado Especial de Pequenas Causas tem sido acidamente criticado no Estados Unidos, exatamente no País em que sua teoria mais se desenvolveu e onde o mesmo mais foi utilizado. Os autores, de uma maneira geral, acordam que tal Juízo Especial, o qual foi saudado com grande otimismo no princípio deste século como meio efetivo de prover justiça para o cidadão comum, tem, em diversos casos, degenerado em órgãos de cobrança para comerciantes. Muitos estudiosos da matéria agora acreditam que o Juizado Especial funciona mais como mecanismo de opressão de consumidores que meio efetivo para reparação dos danos que sofrem no mercado de consumo. Neste sentido, conferir Mary Gardiner Jones and Barry B. Boyer, *Improving the Quality of Justice in the Market Place: the Need for Better Consumer Remedies*, in *The George Washington Law Review*, vol. 40, nº 3, George Washington Law Review, Washington, D. C., 1972, p. 359.

(16) Earl Jonshon e outros, *Outside the Courts: a Survey of Diversion Alternatives in Civil Cases*, Denver, Colorado, National Center for State Courts, 1977, p. 5.

(17) Para uma defesa bem elaborada e sistematizada de alguns "alvos" próprios para mecanismos alternativos, conferir Desembargador Luiz Antônio Severo da Costa, *Idéias Gerais Para Dinamizar o Judiciário*, in RT 535/11.

(18) Conferir "Paths to Justice: Major Public Policy Issues of Dispute Resolution", U.S. Department of Justice, prepared by the National Institute for Dispute Resolution, Washington, D. C., 1984, p. 3.

(19) Henry H. Perrit, *And the Whole Earth Was of One Language: a Broad View of Dispute Resolution*, in Villanova Law Review, 1983-1984, vol. 29, nº 6, Villanova University, Villanova, Pennsylvania, p. 1.223.

(20) Uma análise da evolução do sistema pré-revolução industrial de solução extrajudicial de conflitos para o modelo atual com Tribunais sobrecarregados, está em "Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West", edited by John Bossy, Cambridge, England, Cambridge University Press, 1983.

(21) Nesta matéria, o presente trabalho não adota, em princípio, a sistemática do direito italiano, ainda terrivelmente preso a formalismos em descompasso com o mundo moderno. Tal sistema, como o brasileiro, não tem estado imune a críticas. Interessante observar que o Código Civil italiano define mediador mas não mediação

(art. 1.754).

(22) Para um conceito de conciliação como solução alternativa extrajudicial ver Vittorio Denti e Vincenzo Vigoriti, *Le Role de la Conciliation comme Moyen D'Eviter le Proces et de Resoudre le Conflit*, in *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Edited by Walther J. Habscheid, Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1983, p. 345-372.

(23) Arnol M. Zack, *Public Sector Mediation*, Washington, D. C., The Bureau of National Affairs, Inc., 1985, p.V.

(24) Linda R. Singer, *The Growth of Nonjudicial Dispute Resolution: Speculations on the Effects on Justice for the Poor and on the Role of Legal Services*, in *Joint Hearings Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice, of the Committee on the Judiciary and Subcommittee on Consumer Protection and Finance of the Committee on Interstate and Foreign Commerce*, House of Representatives, June 6, 7, 14 and 18, 1979, US Gov. Printing Office, 1979, p. 407.

(25) Na matéria de mediação ambiental ver Gail Bingham, *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, Washington, D. C., The Conservation Foundation, 1986. Conferir, também: Lawrence S. Bacow and Michael Wheeler, *Environmental Dispute Resolution*, New York, Plenum Press, 1984; John P McCrory, *Environmental Mediation – Another Piece for the Puzzle*, in *Vermont Law Review*, vol. 6, nº 1, Spring 1981, Vermont law School, South Royalton, Vermont, p. 49/84.

(26) Mediação tem sido praticada com grande sucesso nos Estados Unidos. Em Columbus, Ohio, aproximadamente 3.000 casos criminais menores têm sido solucionados através de mediação na Promotoria de Justiça local. Na Califórnia e mais de 13 outros Estados, os Tribunais estão recomendando e, em muitos casos, determinando, que casais em processo de divórcio tentem resolver questões de custódia e partilha de bens através de mediação, antes de trazerem tais conflitos para decisão judicial. Nova York e mais cinco Estados têm incluído em seus orçamentos verbas para desenvolvimento de programas de mediação. Massachusetts, New Jersey, Wisconsin e Alaska estão implantando programas estaduais de mediação para uma larga gama de conflitos, entre os quais os relacionados com o meio ambiente. Diversas Faculdades de Direito, incluindo as mais tradicionais, acrescentaram em seus currículos curso sobre alternativas extrajudiciais de solução de conflito. Conferir Richard A. Salem, *The Alternative Dispute Resolution Movement: an Overview*, in *The Arbitration Journal*, September 1985, vol. 40, nº 3, American Arbitration Association, Inc., New York, p. 3-11. Ademais, o Congresso promulgou o "Dispute Resolution Act", no qual o Ministério Público Federal ocupa posição de destaque. Ver Senador Edward M. Kennedy, *Equal Justice and the Problem of Access*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 11, December 1977, nº 1, Loyola of Los Angeles School of Law, Los Angeles, California, p. 485-491.

(27) Stephen G. Breyer and Richard B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, Little, Brown and Company, 1985, p. 39.

(28) Jay Folberg and Alison Taylor, *Mediation: a Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, CA, Jossey-Bass Inc., Publishers, 1984, p. 7.

(29) Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, in *Southern California*

Law Review, vol. 44, Winter 1971, nº 2, University of Southern California, Los Angeles, p. 328/329, grifo no original.

(30) Lawrence H. Cooke, *Mediation in the 80's: Where Are We Headed?*, in *Problem Solving Through Mediation*, Washington, D. C., American Bar Association, Special Committee on Dispute Resolution, 1984, p. 15.

(31) Linda R. Singer, ob. cit., p. 409.

(32) Conferir "The Use of Mediation and Arbitration in Small Claims Disputes", U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, Washington, D. C., 1983, p. 2.

(33) Arnold M. Zack, ob. cit., p. 2.

(34) Ver Jessica Pearson, *An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication*, in *The Justice System Journal*, vol. 7/3, Winter 1982, Institute for Court Management, Denver, Colorado, p. 420/444.

(35) A discussão da sistematização e modernização do atendimento ao público pelo MP foi magnificamente enfrentada por Hugo Nigro Mazzilli — sem dúvida um dos mais brilhantes e promissores membros da Escola Paulista do Ministério Público —, em trabalho já publicado. Em sua obra, o autor, com excelente percepção da importância da atividade mediativa pelo MP, propõe a criação de Curadoria Especializada para tal. O caráter inovador da tese não reside tanto na novidade do tema do atendimento ao público, mas, principalmente, propostas concretas de execução formuladas.

(36) José Geraldo Brito Filomeno, *Curadoria de Proteção ao Consumidor*, São Paulo, Procuradoria Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1985, p. 12.

(37) Lucy Black Creighton, *Pretenders to the Throne*, Lexington, Massachusetts, D. C. Heath and Company, 1976, p. 84.

(38) Conferir Mark V. Nadel, *The Politics of Consumer Protection*, Indianópolis, The Bobbs-Merril Company, Inc., 1971, p. 235.

(39) Sobre a atuação do MP no Estado de Oregon, ver Ralph James Mooney, *The Attorney General As Counsel For the Consumer: the Oregon Experience*, in *Oregon Law Review*, vol. 54, nº 2, 1975, University of Oregon, Eugene, Oregon, p.117-160.

(40) Dale A. Reinholtzen, *The Role of California's Attorney General and District Attorneys in Protecting the Consumer*, University of California, Davis Law Review, vol. 4, 1971, The Regents of the University of California, Davis, California, p. 43.

(41) Conferir "Consumer Protection", editado pela Procuradoria Geral da Justiça de Illinois, 1986.

(42) Eric H. Steele, *Fraud, Dispute and the Consumer: Responding to Consumer Complaints*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 123, nº 5, May 1975, University of Pennsylvania, Philadelphia, PA, p. 1.166.

(43) Nancy T. Bernstein, *Prosecutorial Discretion in Consumer Protection Divisions of Selected State Attorney General Offices*, in *Howard Law Journal*, vol. 20, Howard University School of Law, Washington, D. C., 1977, 276.

(44) Nancy T. Bernstein, ob. cit., p. 276.

(45) Stephen Mindell, *The New York Bureau of Consumer Frauds and Protection – A Review of Its Consumer Protection Activities*, in *New York Law Forum*, vol. XI, nº 4, Winter 1965, New York Law School, NY, p. 604

- (46) José Geraldo Brito Filomeno, ob. cit., p. 10.
- (47) Donald P. Rothschild and Bruce C. Throne, Criminal Consumer Fraud: A Victim Oriented Analysis, in Michigan Law Review, vol. 74, nº 4, March 1976, Michigan Law Review Association, Ann Arbor, Michigan, p. 663.
- (48) José Galvani Alberton, A Defesa do Consumidor: Experiência Catarinense, in o Estado de São Paulo, sem outros dados.
- (49) John H. Kazanjian, Consumer Protection by the State Attorneys General: a Time for Renewal, in Notre Dame Lawyer, vol. 49, nº 2, 1973, Notre Dame Law School, Notre Dame, Indiana, p. 412.
- (50) Ann Marie Tracey, Consumer Protection: a Expanded Role for the Local Prosecutor, in University of Cincinnati Law Review, vol. 44, nº 1, 1975, The University of Cincinnati, Cincinnati, Ohio, p. 87.
- (51) Caetano Lagrasta Neto, A Justiça, o Pobre e a Desburocratização, in RT 560/271

TUTELA DA INTIMIDADE: CONTROLE DE BANCOS DE DADOS

Tupinambá Pinto de Azevedo, Promotor de Justiça – RS.

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”.
(Art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

1 – INTRODUÇÃO

Informação é poder. Sobretudo, com o advento da informática. Entre nós, o sistema de computação eletrônica ainda ensaiava seus primeiros passos, merecendo especial proteção legal. O que interessa, aos objetivos deste trabalho, é a proteção da intimidade, sem desnecessários obstáculos ao direito à informação. Ocorre que a experiência com o cadastramento de dados pessoais, já na era pré-informática, e o exemplo que nos chega do exterior, aconselham o estabelecimento de salvaguardas. É o que preconiza a lei brasileira de informática (Lei nº 7.232, de 29.10.84). Leia-se o art. 2º, incisos VIII e IX:

“Art. 2º – A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, *atendidos os seguintes princípios:*

(. .)

VIII – estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

IX – estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas.

Como se vê, a lei de informática preconiza a criação dos necessários mecanismos para proteção da privacidade e veracidade das informações pessoais. Nos países desenvolvidos, há instrumentos eficazes nesse sentido, como a lei de proteção de dados, de 1973, na Suécia, o “Privacy Act of 1974”, nos Estados Unidos, a lei federal alemã de 1974, a lei francesa de 1978. Vejam-se, também, os projetos de lei italianos, resenhados por Mário Losano (“I progetti di leggi italiani sulla reservatezza dei dati personali”, traduzido por Cesar Augusto Mariano para a Revista da Procuradoria-Geral do Estado, 41/11).

2 – DIREITO DE ACESSO

Proliferam, no País, os bancos de dados, os sistemas de credenciários interligados, os cadastramentos pessoais para fins os mais diversos (eleitorais, militares, policiais, educacionais, etc.).

Não se pode esquecer que uma sociedade democrática, se protege a privacidade, deve igualmente assegurar a liberdade de expressão, o direito à informação, como o direito de crítica daí derivado. No terreno judiciário, por exemplo, pontifica o princípio da publicidade. É a busca da “transparência”, modelo essencialmente democrático. Kelsen já assinalara que “a tendência à clareza e à difusão é peculiarmente democrática e quando se diz levianamente que na democracia são mais freqüentes que na autocracia certos inconvenientes políticos – especialmente as imoralidades e corrupções – se emite um juízo demasiadamente superficial ou malévolos dessa forma de regime, posto que tais inconvenientes também ocorrem nas autocracias, com a única diferença de que passam despercebidos porque nelas impera o princípio do sigilo. Em lugar da clareza, existe a tendência em ocultar”.

A presente proposta não veda o entesouramento de dados, nem mesmo a sua veiculação. Limita-se a garantir o acesso do interessado, a retificação, proibindo o registro dos chamados “dados sensíveis”, e assegurando o direito à prescritibilidade de informações. Preconiza-se a instituição do “habeas data” e a fiscalização pelo Ministério Público. Na linha evolutiva do direito brasileiro, tendo em vista a legitimação do Ministério Público para defesa do consumidor, via ação civil pública, e a proteção do consumidor nos Juizados de Pequenas Causas (valendo como título executivo extrajudicial o acordo visado pelo agente do Ministério Público), deve o Ministério Público orientar as entidades de defesa dos consumidores na criação de serviços de proteção, para coleta e fornecimento de informações sobre os fornecedores de bens e serviços. É a contrapartida dos SPCs.

Quanto ao acesso propriamente dito aos registros de dados pessoais, é preciso suprir lacuna legislativa. Registre-se a emenda nº 43, do então Faria Lima, ao Projeto de Código Civil, destinada a impedir o mau uso de informações pessoais pelos órgãos oficiais. Em 1977, o mesmo parlamentar oferecia proposta de emenda constitucional, acrescendo parágrafo ao artigo 153, com a redação seguinte: “É assegurado ao cidadão o acesso às informações de caráter pessoal, existentes em órgãos governamentais e privados, sendo-lhe garantido o direito de retificá-las, nos termos da lei”.

O direito de retificação assenta na Convenção sobre o Direito Internacional de Retificação, firmada em Nova Iorque, 1953.

É certo que as propostas de Faria Lima não passaram, mas a época era outra e

o próprio Deputado chegou a comentar que o fracasso de sua iniciativa decorreu do medo de que sua emenda fosse uma brecha para abrir o SNI.

O que se propõe concorda, quase literalmente, com o disposto no artigo 17 do Projeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Projeto dos Notáveis).

3 – DADOS SENSÍVEIS

Nos países que regularam a informática, há interdição legal ao registro dos dados sensíveis, isto é, aqueles relativos ao denominado “núcleo duro da privacy”, constituído por informações sobre atividades políticas, sindicais, dados clínicos, psi quiátricos, costumes sexuais, raça, religião, etc.

A respeito, o Conselho da Europa emitiu resolução em que consta: os dados que possam por em perigo a intimidade ou dar lugar a discriminações, deverão observar condições especiais de circulação interna e externa, previstas legalmente.

Propomos que os dados sensíveis somente sejam autorizados no processamento de dados anônimos para fins estatísticos.

4 – PRESCRITIBILIDADE

Entre os direitos fundamentais reconhecidos ao indivíduo face à informática, inclui-se o direito à prescritibilidade de informações de caráter potencialmente danoso, considerado o decurso do tempo e a não repetição de faltas análogas ou semelhantes.

O último número da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (nº 116) estampa acórdão, da lavra do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, atinente à matéria. É o caso de ação proposta para cancelamento de registros no Serviço de Proteção ao Crédito, mantido por Clube de Diretores Lojistas de Comarca rio-grandense. Enfatizando a omissão legislativa, dizia o réu que o autor não indicara qualquer texto legal fundamentador de seu pedido. O Relator observou, em seu brilhante voto, que o argumento de inexistência de lei vale para os dois lados: “o requerente não encontra específico amparo para sua pretensão porque a atividade do SPC não está prevista nem regulamentada em lei. A lacuna legislativa não é motivo para que se tolha a existência do SPC, que, assim fica sujeito e limitado aos princípios gerais que decorrem do sistema, e, muito especialmente, às regras previstas para os casos análogos”.

A solução alvitrada pelo Desembargador Ruy Rosado, acolhida por seus pares, à unanimidade, é exemplar em termos de poder criador do juiz. “No Brasil – afirma não temos ainda regra específica, discriminando os direitos e os remédios assegurados genericamente pela Lei 7232 de 1984. Mas, atendendo aos objetivos expressos do seu artigo 2º, caput, aos princípios enumerados em seus incisos, especialmente ao de nº VIII, sobre o resguardo da privacidade do cidadão; considerando as informações fornecidas pelo direito comparado sobre as preocupações e os avanços legislativos de países mais desenvolvidos, principalmente a lei alemã sobre a temporariedade dos registros, penso que podemos suprir a lacuna da lei na regulação do caso concreto para dizer que a perpetuidade dos registros informativos sobre dados pes-

soais do cidadão ofende a sua privacidade pela possibilidade que oferecem de mau uso, a persistir durante tempo indeterminado. À falta de norma específica, faço aplicação analógica da norma que estabelece o prazo de prescrição da pretensão executória derivada dos títulos cambiais (três anos), para dizer que os registros de dados pessoais sobre débitos comerciais, em bancos de dados privados que servem para interesses de terceiros (SPC e serviços assemelhados), ainda que não informatizados, devem ser cancelados, após o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória". (loc. cit., p. 403).

Trata-se da consagração do direito ao esquecimento, objeto de amplos estudos no Direito Comparado (conferir Fermin Prates, "Tutela penal de la intimidad").

5 – CANCELAMENTO

Além do cancelamento pelo decurso de prazo prescricional e decorrente da retificação, é preciso atentar para a quitação do débito. Os SPCs, em sua maioria, prevêem que, uma vez quitado o débito, o cliente da loja ou da instituição financeira terá ainda que purgar um período de seis meses na categoria de "reabilitado" até que deixe de ser maldito (Revista Exame, nº 304, p. 39; conferir, também, Regulamento do SPC de Fortaleza, art. 17, inciso IV).

Propõe-se simplesmente, o cancelamento imediato, pela manifesta ilegalidade de prazos adicionais.

6 – "HABEAS DATA"

O "habeas data" ou "habeas scriptum" (direito de acesso a dados pessoais) é reconhecido nos países europeus, assegurando acesso às fontes de informação automatizadas. Tal liberdade informativa exige medidas administrativas e institucionais que garantam, preventivamente, o direito à intimidade. Daí porque as legislações sobre bancos de dados estabelecem um regime de autorizações e registro nos mesmos como requisito indispensável para sua constituição e funcionamento. No Brasil, temos a SEI e a Comissão Especial sobre Serviços de Consultas e Bases de Dados, encarregadas do controle nesse campo.

7 – NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA

A exemplo da legislação europeia, deve ser estabelecido no País um regime de notificações dos fichários eletrônicos ou manuais e dados memorizados. Tal exigência é indispensável para assegurar a possibilidade de retificação, pois somente notificado o interessado poderá ter efetivo acesso aos respectivos registros.

8 MAGISTRATURA INFORMÁTICA

A Suécia, a Alemanha e a França, entre outros, no disciplinaram a tutela da intimidade diante da informática, viram-se compelidas a instituir o que a doutrina batizou de "magistratura informática", integrada por organismos políticos (comis-

sões) independentes, de caráter coletivo. Essa instância assume funções de alcance diferenciado segundo o sistema jurídico de proteção de dados adotado. Na lei sueca de 1973, a Inspeção de dados detém ampla competência de prevenção, controle e tutela. Já na Alemanha Federal, no Canadá e Luxemburgo, o órgão de controle tem caráter apenas consultivo. São as autoridades governamentais que, de maneira direta, intervêm na proteção dos dados. Na França, existe a Comissão Nacional de Informática e Liberdade, com funções administrativas de controle e vigilância do respeito à lei, funções de consulta e de proposição de modificações legais. Remete ao Presidente da República informe anual. Há certo paralelismo com o sistema sueco, mas neste é bem clara a instituição do "ombudsman informático". O "ombudsman" alemão presta contas perante o Parlamento, tem mandato certo e chefia equipe especializada.

Frente às peculiaridades nacionais, é conveniente que o organismo público independente para controle dos bancos de dados e especial proteção da intimidade seja chefiado por agente do Ministério Público. O aperfeiçoamento institucional do Ministério Público, colocando-o a latere dos três Poderes tradicionais, e a circunstância de que há um Promotor de Justiça em cada comarca do País, permitem e recomendam essa atribuição *sui generis*, evitada a burocratização que decorreria de novo organismo estatal.

9 – SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Finalmente, considerando que os bancos de dados são especialmente indicados para a proteção de atividades e setores da sociedade civil, estando o consumidor à mercê das grandes empresas e da capacidade organizacional do comércio, urge contrapor um serviço especial que proteja o consumidor. Nossa proposta é pela criação de SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR – SPCON, para armazenagem e fornecimento de informações sobre atividades dos fornecedores de bens e serviços, atendidas as cautelas já mencionadas quanto ao direito de acesso, retificação e cancelamento. A proximidade dos PRODECONS com o Ministério Público recomenda que este exerça cooperação e orientação para a criação de tais serviços, o que também decorre da posição defendida no item anterior, exercendo o Ministério Público a função de delegado de inspeção de dados.

CONCLUSÕES

1 – Deve ser inserido, no capítulo dos direitos e garantias individuais da nova Constituição Federal, dispositivo que assegure o direito de acesso às referências e informações sobre todo e qualquer indivíduo, registradas por entidades públicas ou privadas, podendo o interessado exigir a retificação de dados, com sua atualização e supressão dos incorretos.

2 – Impõe-se a vedação, em sede constitucional, do registro informático, ou manual, dos chamados "dados sensíveis" (núcleo duro da *privacy* – raça, opiniões políticas e religiosas, saúde, vida sexual), salvo o processamento de dados anônimos para fins estatísticos.

3 – Deve ser assegurado legalmente o direito à prescritibilidade de informações de caráter potencialmente danoso (direito ao esquecimento).

4 – Os registros de dados pessoais sobre débitos comerciais, em bancos de dados privados que servem para interesses de terceiros (SPC e serviço assemelhados), ainda que não informatizados, devem ser cancelados após o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória.

5 – Os registros de dados pessoais sobre débitos comerciais, em bancos de dados privados que servem para interesses de terceiros, ainda que não informatizados, devem ser cancelados imediatamente após a quitação do débito, sendo manifesta a ilegalidade de qualquer prazo adicional, como requisito de “reabilitação”.

6 – A Constituição Federal deve consagrar o “*habeas data*”, para garantia do direito à intimidade, do acesso a registros pessoais em entidades públicas ou privadas e do direito à retificação.

7 – Por ocasião do armazenamento de dados em relação a qualquer pessoa, terá esta direito a ser informada a respeito, por escrito.

8 – O cumprimento das normas sobre bancos de dados deve ser fiscalizado por órgão público independente (“magistratura informática”), presidido por integrante do Ministério Público de carreira.

9 – O Ministério Público dos Estados deve orientar as entidades de defesa dos consumidores na criação de Serviços de Proteção ao Consumidor, para fornecimento de informações sobre atividades dos fornecedores de bens e serviços, nos moldes dos SPCs e atendidas as cautelas relativas ao direito de acesso, retificação e cancelamento.

BIBLIOGRAFIA

1. Mário Losano – “A lei alemã sobre a proteção dos dados” – In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nº 29, p. 11
2. Peter Walter Ashton (tradutor) - “Manter o computador sob controle manual” – obra citada, p. 23
3. Idem – “Lei federal alemã para proteção contra o abuso de dados pessoais a serem utilizados em bancos de dados” – obra citada, p. 29
4. Eudes de Oliveira – “O SPC diante da lei”
5. Fermin Morales Prates – “La tutela penal de la intimidad: Privacy y informática”.
6. René Ariel Dotti – “Proteção da vida privada e liberdade de informação”.
7. Revista Exame nº 304, 27.06.84 – “As ameaças à privacidade” – de Rubens Glasberg – p. 36 a 42.

8. Revista Afinal nº 97, de 08.07.86 – “SPS – Cercos implacáveis” – Miguel Ângelo Filiage e Luiz Antônio Luz – p. 62 a 67.

9. Jean Frayssinet e Pierre Kayser – “A lei de 6.1.1978 relativa à informática, fichários e liberdades e o Decreto de 17.7.78” – in Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 35, p. 13.

TESE: O MINISTÉRIO PÚBLICO
E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

— Marília Lomanto Veloso
(Campo Formoso-Bahia)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- II ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO AMBIENTAL
 - 2.1 Legislação Estrangeira
 - 2.2 O Direito Ambiental nas Constituições Brasileiras
 - 2.3 A questão ambiental no Estado da Bahia
- III O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- IV O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS:
A PROTEÇÃO AMBIENTAL
 - 4.1 Considerações preliminares
 - 4.2 A Ação Civil Pública e o Ministério Público
- V LEGITIMAÇÃO ATIVA NA TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS:
UMA SOLUÇÃO MÚLTIPLA
 - 5.1 Preliminarmente
- VI OBSTÁCULOS À PROTEÇÃO AMBIENTAL
 - 6.1 Notas Gerais
 - 6.2 Com relação ao Ministério Público
 - 6.2.1 Postura Política da Instituição
 - 6.2.2 Desconhecimento popular da Instituição
 - 6.2.3 Falta de infra-estrutura da PGJ
 - 6.2.4 Falta de Curaçorias Específicas de Meio Ambiente
 - 6.3 Com relação à sociedade civil
 - 6.3.1 Aspectos sócio-político-econômicos
 - 6.3.2 A desinformação da sociedade

- 6.4 O Poder Judiciário e a questão ambiental
- 6.5 Os interesses econômicos como elementos de pressão
- 6.6 Os grupos políticos e a administração pública

VII CONCLUSÕES

VIII PROPOSTAS

"Qualquer moleque tem a capacidade de matar um escaravelho, mas todos os cientistas do mundo não têm a capacidade de recriá-lo". (Provérbio chinês).

1 – INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna assiste, perplexa e angustiada, o surgimento de uma nova forma de delito, resultante da colisão de interesses entre a comunidade e o poder econômico: o ECOCÍDIO, a destruição sistemática de todas as formas de sustentação de vida na terra.

Já se afirmou que a natureza acaba onde o capitalismo começa. Não se entenda, na assertiva, a negação do progresso social, o bloqueio da utilização dos bens naturais, por si imprescindíveis ao desenvolvimento. O que se postula é a opção política de valorização e preservação destes recursos, estabelecendo um campo de equilíbrio humano, em seus aspectos bio-psico-social.

A delinqüência ecológica que se instala, com desenvoltura, no processo dinâmico do desenvolvimento, emerge, principalmente, da proliferação desordenada das indústrias, edificadas consóante as preferências capitalistas, chanceladas por grupos políticos oligárquicos, estimuladas pela condescendência omissa do poder público, forjadas numa política econômica irrecusávelmente voltada para as classes dominantes, cujos interesses, de caráter individual, inspiram-se na exploração do homem pelo homem, e são colidentes com os da sociedade.

O desalento da comunidade se justifica, na medida em que são identificados os efeitos, por vezes irreversíveis, das constantes agressões ao meio ambiente, atentatórios à própria sobrevivência humana.

Esta preocupação de ordem universal que inspira o presente trabalho, no qual se busca, ainda que com infinitesimal parcela, participar na formação de uma consciência nacional voltada para a tutela dos direitos fundamentais concernentes à vida, à saúde, à segurança, ao sossego, ao bem-estar da população, impondo reações permanentes em sua defesa.

Entendemos ser mais viva a percepção dos típicos fenômenos ambientais, quando estamos investidos do dever legal de pugnar por um meio ambiente adequado ao desenvolvimento do cidadão, especialmente numa fase de transição e de expectativa nacional com uma Nova Ordem Jurídica, onde o Ministério Público, seguramente, será a Instituição através da qual o Estado Democrático buscará atingir os seus fins.

Vale registrar, por oportuno, a denúncia levada aos participantes de Semi-

nário sobre "Ambiente e Desenvolvimento", na Universidade de Roma, quando um dos Conferencistas, se reportando à experiência estrangeira, afirmou o atraso da América Latina com relação à matéria ambiental, destacando o Brasil como "*o maior exemplo de devastação dos recursos naturais, especialmente das áreas verdes*".

O fato, trazido a lume no III SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO DO MEIO AMBIENTE, realizado em São Paulo, 1982, explica a urgência na modificação da postura nacional no que concerne à política do meio ambiente.

A matéria exige garantia constitucional, e, no mesmo passo, reformulação nos critérios que informam a Política Nacional do Meio Ambiente. Necessário que os instrumentos de atuação da política ambiental no Brasil unifiquem o discurso ao exemplo, modifiquem suas estruturas e conduzam a comunidade a formar uma consciência social do problema.

Cumpre ressaltar que a modificação na postura da comunidade será mais lenta, na proporção em que mais reduzida a sua capacidade de assimilação. No caso do Nordeste, onde os valores culturais e políticos são forjados numa experiência de vida penosa, sem elementos referênciais que informam os grandes e desenvolvidos centros do Sul do País, por certo a problemática ambiental se fará sentir com maior intensidade.

Ao exame da matéria, parece evidente, "a priori", a maior sensibilidade dos núcleos sociais da Região Sul à questão ambiental. Admitida a hipótese, impõe examinar a discrepância entre a realidade sócio-econômica do Sul e do Nordeste do País.

Firmou-se na Região Sul o impulso desenvolvimentista que sustenta a economia do País; consequentemente, ali se aglomeraram populações, se concentram os grandes parques industriais, os valores éticos e culturais são constantemente renovados e, como resultado da imediatidate com que os problemas são resolvidos, forma-se uma consciência social e política mais independente e crítica.

À evidência da incontrolável evolução, ressalta o recrudescimento da violência ecológica, bem assim a interferência pronta e eficaz da sociedade civil, por si e por seus grupos organizados, no sentido de provocar a atuação dos órgãos públicos a quem compete dar movimento e executoriedade às disposições legais que informam a política ambiental.

Diagnosticados os fatores de influência na formação de uma consciência coletiva para a questão ambiental, nas comunidades do Sul, evidencia-se a conduta crítica e participativa da população, a exigir debates reiterados, vigilância permanente e luta unificada na denúncia dos crimes contra a natureza.

Estabelecendo um parâmetro entre a postura do Sul e dos Estados do Nordeste, nota-se a timidez com que tratamos da matéria. Seria admissível a hipótese de que os efeitos da delinquência generalizada contra a natureza não causam transformação ao "habitat", no Nordeste? Ou ainda diversa é a legislação federal que disciplina a matéria para o Sul e para o Nordeste?

O que resulta positivado é a influência da diversidade cultural e política, além de sócio-econômica entre as citadas regiões. O Sul se constitui de uma sociedade mais informada, embasada na identidade dos problemas e na vontade solidária de resolvê-los. O Nordeste, ao revés, orienta-se por valores mais radicalizados, sedimen-

tados no “coronelismo” ainda vigente, fruto dos grupos políticos oligárquicos e das forças econômicas que os sustentam, manipulando a opinião pública e a administração, por seus diversos órgãos.

Cumpre esclarecer que é nosso propósito, no presente trabalho, examinar o caso específico da Bahia, uma vez que falece-nos competência para aludir aos demais Estados que compõem a Região, e aos quais nos reportamos como um todo, apenas sob a ótica da generalização dos problemas nacionalmente reconhecidos e divulgados sobre o Nordeste.

Oportuno ainda salientar que a abordagem ora levada à apreciação dos participantes deste evento não se propõe a revelar rasgos literários, ilustrações de festejados doutores em questão ambiental. Evidentemente serão invocadas as luzes dos grandes estudiosos no assunto como em outros ramos da ciência jurídica, por quanto nestes ensinamentos repousam nossas conclusões.

Na verdade, a explanação é mais fruto da experiência do Ministério Público da Bahia, na problemática ambiental, e a experiência, afirmava Marx, “não é apenas o resultado do conhecimento anterior; é também o meio para descobrir novas verdades e refletir profunda e completamente a realidade”.

Animados por essa premissa é que concluímos por desnudar a realidade do Ministério Público da Bahia, certos de que, expondo-a à crítica e avaliação de outros agentes da Instituição, se ampliem as perspectivas de mudanças na estrutura do Parquet, de modo a torná-lo apto a exercer o papel que a Nova Ordem Jurídica lhe exigirá, de Instituição através da qual o Estado Democrático se aperfeiçoará.

Vale acrescentar que, do conhecimento de nossa realidade e do somatório de outras que se apresentarão, se forjará a luta do Ministério Público por uma Nova Ordem Constitucional onde se inclua a proteção ao “habitat” e se estabeleça o uso racional dos recursos naturais, garantida, por conseguinte, a continuidade da espécie.

II – ANÁLISE COMPARATIVA DE DIREITO AMBIENTAL

2.1 Legislação Estrangeira

A questão ambiental tem suscitado preocupação e discussões em todo e qualquer espaço físico onde se estabeleça uma relação homem-natureza. A explosão demográfica, a evolução econômica. A luta das superpotências, são elementos fomentadores da delinquência generalizada que se instalou contra o meio ambiente.

A matéria, em face das proporções atingidas, tem garantias constitucionais em diversos países, independentemente do modelo econômico ou político que os oriente.

Na Suíça, país tradicionalmente ambientalista, a matéria é versada na Constituição Federal de 1974, restringindo o direito de propriedade a bem do interesse público.

Portugal também se alinha entre os países cuidadosos quanto ao meio ambiente e traz no bojo de sua Carta Magna capítulo dedicado aos “direitos e deveres sociais”, protegendo o ambiente e a qualidade de vida ao afirmar que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, saudável e ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo.”

Merce apontada a Constituição Federal da Espanha, cujos postulados se orientam por atenção especial ao meio ambiente, impondo que todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservar (art. 45, I).

A Rússia, por sua vez, impõe uma política preventiva ao meio ambiente, quando reza, no art. 18 que “no interesse da presente e das futuras gerações são tomadas na URSS as medidas necessárias à proteção e utilização racional da terra e do subsolo, dos recursos hídricos, da flora e da fauna, à preservação da pureza do ar e da água, à reprodução das riquezas naturais e ao melhoramento do meio ambiente”.

Ressalte-se o caráter de direito-dever imprimido à política ambiental nos textos constitucionais apontados. Com efeito, paralelamente ao direito a um ambiente saudável, condizente com a saúde e bem estar do homem coexiste o dever de preservá-lo.

2.2 O Direito Ambiental nas Constituições Brasileiras

À apreciação dos textos constitucionais de outros países extrai-se a afirmação de uma consciência universal no que toca à tutela e preservação do meio ambiente. No Brasil, lamentavelmente, a matéria foi sempre abordada fluidamente, de modo inespecífico, assistêmático. A história do ordenamento jurídico institucional brasileiro não registra indícios de uma postura global, no trato com o meio ambiente.

A Constituição do Império, de 1824, aludia ligeiradamente, no art. 179, 24, a indústrias que atentavam contra a saúde da cidade.

A Carta Magna de 1934 cuidou das belezas naturais e do patrimônio artístico e cultural e de matéria de competência.

Colhe-se do Texto Constitucional de 1937 a preocupação com monumentos, paisagens e competência.

De modo idêntico a abordagem das Constituições de 1946, de 1967 e ainda de 1969, com a Emenda Militar. Em todas, a matéria é versada casualmente, seccionada nos elementos componentes da natureza, e nunca, de modo conjunto.

A inclusão de capítulo especialmente dedicado à matéria, na futura Constituição Federal, onde sejam definidas e fixadas diretrizes gerais que atribuam à política ambiental a dimensão jurídica reconhecida, é imperiosa.

2.3 A questão ambiental no Estado da Bahia

Da análise de alguns aspectos que informam a política ambiental no Nordeste, resultou provada a influência de fatores sócio-econômicos, políticos e culturais na atuação da sociedade civil, dos órgãos públicos e do Ministério Público.

O Estado da Bahia sofre agressões ambientais tanto quanto sofrem outros Estados do Sul, evidentemente que em menores proporções. No entanto, percebe-se certa timidez de todos os órgãos que tratam com a matéria.

Casos de desastre ecológico, como o do Rio São Francisco em Juazeiro da Bahia, em 1984, quando foram extermínadas cerca de 300 toneladas de peixes, são um exemplo da incidência de crimes ecológicos na Bahia. Outros eventos de identidade ambiental acontecem a cada dia, a exemplo da invasão da Lagoa do Abaeté, pelo

Hotel Quatro Rodas, a descaracterização paisagística do Bairro do Rio Vermelho, a poluição de quase todas as praias de Salvador, as Usinas poluidoras do Subaé, cantado em prosa e verso por Maria Betânia, e ainda o Pólo do Alcool, em Porto Seguro, evidenciam que também a Bahia tem sido vítima da delinqüência ecológica.

Por outro lado, não se pode deixar registrada, lamentavelmente, uma atuação mais concreta do Parquet, nos casos apontados. Apenas tentativas, que nem efetivamente surtiram na problemática criada. Daí porque é nosso propósito discutir a posição do Ministério Público na questão ambiental, partindo da experiência da Bahia e os fatores que atuam no sentido de neutralizar a ação dos membros do Parquet.

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Desponta, no momento histórico vivido pela nação, a perspectiva de um Estado Social e Democrático de Direito, que fará ressurgir plenamente a figura do Promotor de Justiça.

Causa espécie ouvir críticas a respeito da postura silente do Parquet, no período político anterior ao que hoje se respira. Ignoram talvez expressivo número de cidadãos que aos regimes totalitários não convém a fiscalização de seus atos. Esta ordem de pensamento se refletia no Ministério Público, cujas funções institucionais só foram definidas na Lei Complementar 40/81.

Em palestra proferida em Porto Alegre, sobre o tema “A atuação do Ministério Público na proteção aos interesses difusos”, o Professor Ariel Dotti, num feliz momento, descreveu a situação de angústia do Ministério Público, quando disse:

“O membro do Ministério Público é também uma das *vítimas residuais* do sistema autoritário do poder que nos últimos anos não permitia que a sociedade civil se organizasse livremente, vale dizer, a *sæc.* o de perseguições e de tutela ideológica”.

Na verdade, na Lei Complementar nº 40/81 foram traçados os contornos da Instituição, dotando-a de garantias e prerrogativas capazes de lhe propiciar independência e autonomia imprescindíveis ao exercício de suas funções.

Mas não é suficiente a norma complementar, porque não basta para explicar o Ministério Público. No momento em que se questiona o destino e o caminho para a satisfação das necessidades individuais e dos interesses comunitários e se instaura uma Nova Ordem Jurídica no País, o Ministério Público, por sua abrangente e tutelar dimensão, haverá de ser convocado para assumir o papel social e político que lhe compete.

A evolução histórica do Parquet evidencia que tanto mais autêntico o regime democrático, mais se lhe exige a participação, representando a sociedade politicamente organizada. Por suas funções de guardião da Constituição e das Leis, o Ministério Público assume a fisionomia de instituição imprescindível à soberania do Estado, à sua sobrevivência, razão por que impossível distanciá-lo dos poderes políticos que assentam suas bases em postulados de liberdades democráticas.

O momento político impõe uma definição constitucional do Ministério Público, a fim de que os princípios que o informam sejam assegurados plenamente, cristalizá-los na consciência popular, elevado o Parquet a instituição de exercício de so-

berania e controle popular, de defesa da legalidade democrática e das liberdades públicas.

As conclusões extraídas do CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, em 1985, em São Paulo, sob o tema “*JUSTIÇA E CONSTITUINTE*”, conduzem a esta certeza e deixaram transparentes a firmeza e unidade da Instituição, quanto à sua posição na Nova Ordem Jurídica, de modo a estabelecer critérios que atribuam ao Ministério Público o perfil de órgão constitucional autônomo, necessário à soberania do Estado.

IV – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS: A PROTEÇÃO AMBIENTAL

4.1 Considerações Preliminares

A década de 60/70 despertou na Europa a luta contra a lesão a interesses da sociedade que, por suas características e indeterminação dos sujeitos atingidos receberam roupagem diversa, no que toca à sua denominação, assim interesses metaindividualizados, metajurídicos ou difusos.

No Brasil é nova ainda a matéria, e tem sido objeto de estudos e debates pela sociedade civil organizada e os órgãos incumbidos de promover a defesa destes interesses, além, evidentemente de juristas que lhe apreciam os aspectos jurídicos.

Em termos de legislação vale relembrada a omissão constitucional na especificação do assunto. O máximo de avanço na tutela dos interesses difusos, até 1985, era a Lei 6938/81, que instituiu a POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.

Proliferaram posturas, em todas as esferas de governo, disciplinando a matéria, todas, entretanto, de questionável eficácia, porque submetidas ao crivo dos interesses políticos e desestabilizadas pela tradicional descrença da população nas leis que regem o País.

Vigorosos estudos foram feitos por renomados juristas, no sentido de aprimorar a tutela dos interesses difusos no Brasil, e graças aos resultados obtidos e ao empenho do Ministério Público Paulista elaborando anteprojeto posterior ao de Ada Pellegrini e Kasuo Watanabe, pioneiros na luta pela defesa destes interesses fundamentais da sociedade, deram corpo à Lei 7347, de 1985, “uma nova dimensão metaindividual” no entender do Prof. Galeno Lacerda.

Com efeito, ao disciplinar a Ação Civil Pública na tutela dos interesses difusos, reparando os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, paisagístico, estético, histórico ou turístico, foi instituído um poderoso instrumento de defesa que, se plenamente utilizado, cuidará de atender aos reclames universais de proteção ambiental.

Necessário enfatizar a expressão *plenamente utilizado*, porque uma lei, por si só, não basta para que seus objetivos sejam atingidos. No caso brasileiro, quando já estão incorporados no espírito popular, a certeza da impunidade e a descrença nos entes públicos, meros instrumentos a serviço de interesses políticos, imprescindível que se reabram espaços na comunidade para resgatar sua confiança nas leis e nos responsáveis por sua aplicação.

A Profª Ada Pellegrini, ao discorrer sobre a Lei da Ação Civil Pública, ou seja,

a 7347/85, quando participava do XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO-SALVADOR, 1986, em feliz momento de sua tese, preconizou: "A abertura da via processual não é suficiente, por si só, para assegurar as finalidades que o legislador se propôs, sendo necessária a *vontade política de atingi-las*".

Quando se diz "feliz momento" da tese da Professora, não implica em que em outros momentos não o tenha sido, evidentemente, mas a brilhante e renomada jurista ressaltou um aspecto da maior importância no que toca à problemática do País, que, inobstante aprove leis à exaustão, não consegue, mor das vezes, atingir os fins a que se destinam. É que o elemento essencial, a *vontade política*, é componente subjetivo, quando deveria ser objetivo na sua finalidade, porquanto, no percurso desta vontade, atuam interesses políticos e econômicos que colidem com o próprio espírito da lei, e lhe modificam a trajetória.

O conteúdo sistemático da Lei 7347/85 merece enfoque especial, em face de seus aspectos que vêm ao encontro dos anseios populares quanto à proteção aos seus interesses fundamentais. Vale ressaltado, por oportuno, que, orientando-se por princípios de que todos devem ter acesso à Justiça, já existe Anteprojeto no sentido de completar e aperfeiçoar a Lei 7347/85.

4.2 A Ação Civil Pública e o Ministério Público

A legitimidade do Ministério Público na tutela dos interesses difusos, dentre eles, a proteção ao meio ambiente, é ponto pacífico para a Instituição. No entanto, muito se discute sobre a questão, em face da alegada vinculação do Ministério Público com o Poder Executivo, daí, vale repisado, a necessidade de definir constitucionalmente a Instituição e desatrelá-la de outro poder.

Mauro Capeletti e Ada Pellegrini sustentam a inadequação psicológica do Ministério Público para atender aos interesses difusos, invocando sua natural índole de órgão não inclinado a agir. No mesmo sentir Vincenzo Vigoritti opta pela inutilidade da intervenção do Ministério Público na Ação Civil Pública.

Merece ressaltado que as conclusões dos Festejados Autores se ancoram no Direito Italiano, onde o Ministério Público pertence à Magistratura, tem intensa participação no processo penal e atuação pouco expressiva na instrução civil. Segundo dados levantados pelo Prof. Vigoritti, em um ano, apenas duas ações civis foram intentadas na Itália.

Ora, não é o caso do Brasil. Aqui, ao revés, o Ministério Público tem intensa atuação no Processo Civil, porque ditada pelo interesse público sua participação. Em nosso ordenamento jurídico o Ministério Público é órgão dinâmico, instrumento de proteção de interesses da sociedade. Tanto que a Lei Processual Civil lhe atribui múltiplas funções, senão vejamos:

Art. 9º II – Substituto processual

Art. 81 – Órgão Agente

Art. 82 – Órgão Interventiente

Vale ainda relembrar que se a intervenção do Ministério Público não se faz, nos casos expressos em lei, advém a NULIDADE do ato, "ex vi" do art. 84 do Código de Ritos Civil.

Edis Milaré adverte que a ação do Ministério Público nos interesses difusos eli-

mina o perigo da inércia, na inexistência do titular personificado.

Comenta-se ainda possível inibição do Ministério Público para agir contra os órgãos públicos. Tal concepção negaria a possibilidade e o dever de o Ministério Público "dominus litis" na ação penal, agir contra a administração pública. Logo, é improcedente a presunção.

Por outro lado, é preciso atentar para o art. 3º, III, da Lei Complementar 40/81, que, cercando de garantias a Instituição, lhe permitiu, por seus membros, agir com autonomia e independência. Ainda que no dispositivo haja um preceito excepcional, "nos termos expresso em lei", fica evidenciada sua legitimidade para agir contra o órgão público, tanto quanto o particular, porque não é seu vassalo, não se subordina aos seus interesses, desde que incompatíveis com os interesses públicos.

Insta ainda que se reporte ao art. 1º da Lei Complementar 40/81, quando atribui ao Ministério Público as funções de velar pelos "interesses indisponíveis da sociedade", dentre os quais, o direito de um ambiente saudável e à preservação deste ambiente não se distancia da essência da expressão.

Criticase no mais a falta de especialização do Ministério Público, como obstáculo ao seu exercício na Ação Civil Pública. Capelletti integra este entendimento. Ora, para a realidade brasileira não vale a concepção, em face da intimidade do Ministério Público com o Processo Civil, onde exerce tríplice função.

No entanto, é preciso advertir que o embasamento legal para atuar, quando se trata de interesses difusos, pela novidade de que se constitui, é insuficiente. O desafio para com a matéria está a exigir maior preparo do Parquet, e, acima de tudo, a postura política inseparável da atuação, especialmente quanto ao meio ambiente, onde entram fatores políticos e econômicos fortemente sedimentados. Além do mais, urge a direção do Ministério Público para uma ação conjunta, principalmente com a sociedade civil, a fim de que se possa, efetivamente, promover a política ambiental por que tanto pugna a comunidade.

V – LEGITIMAÇÃO ATIVA NA TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS: UMA SOLUÇÃO MÚLTIPLA

5.1 Preliminarmente

No Estado de Direito Democrático é permitida a investigação pessoal ou por representação da administração pública, no vínculo estabelecido entre o conglomerado social e o bem público.

Se a administração pública se mostra incapaz de fazer cumprir a lei, urge que o particular, mediante grupos organizados, grupos de pressão, interfira no sentido de atingir os objetivos legais. Se a administração pública não comparece como instrumento de realização do interesse coletivo, deve-se legitimar o indivíduo, por si ou por grupos constituídos, para que prevaleçam seus direitos. É o princípio do acesso à justiça em todo sentido, defendido por Capelletti.

Assim é que cada povo atribui a determinado elemento a titularidade da ação coletiva, a exemplo do Reisator Board, na Inglaterra, o Consumer Protector Agency, nos EUA. O Ombudsman na Suécia, a Prokuratura, no Socialismo. No Brasil a legitimidade ativa sempre foi um entrave na política dos interesses coletivos, em

face do princípio contido no art. 153, § 4º da Carta Magna, que, seguindo tradicional postura do nosso sistema jurídico, ampara a legitimização ativa individual.

A Lei 6898/81 atribuía legitimidade exclusiva ao Ministério Pùblico para a propositura de ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente, excluindo qualquer manifestação de gupos civis ou de órgãos da administração pública. O Ministério Pùblico, em numerosas teses de seus agentes, pugnou sempre por legitimidade concorrente e pela participação de outros entes na tutela de interesses difusos. O art. 5º da Lei 7347/85, finalmente, cristalizou os ideais de participação popular na ação civil pública, quando estendeu legitimização ativa a outras entidades. Na verdade, ideal seria a tutela desses interesses por qualquer do povo, como as “class actions” nos EUA.

Merece ressaltado, entretanto, que a sociedade civil está absolutamente desaparelhada para atuar, em princípio, porque lhe falta consciência social do problema, o que, seguramente, entrava sua participação na luta pela defesa do meio ambiente.

Quanto aos órgãos públicos, estão a exigir reformulação estrutural, a fim de que propiciem a sociedade e ao próprio Ministério Pùblico os subsídios imprescindíveis ao exercício de suas funções de elementos legitimados a agir em defesa dos interesses que lhes são comuns.

VI – OBSTÁCULOS À PROTEÇÃO AMBIENTAL

6.1 Notas gerais

No vestíbulo ainda de nossa exposição, deixamos evidenciado o propósito de apontar os fatores interferentes, direta ou indiretamente, na proteção ambiental, à luz da experiência do Estado da Bahia. Durante a explanação, buscamos abordar aspectos gerais e que interessam ao assunto, reportando-nos sempre à expressão “interesses difusos” e não, especificamente, “proteção ambiental”, em face da necessidade de examinar a matéria como um todo, dentro de um contexto, e não, de modo isolado, o que seria impossível.

Ressaltamos, “a priori”, a posição constitucional do meio ambiente, no Brasil, e a legislação ordinária que o disciplina. Evidenciamos o Ministério Pùblico, sua posição institucional de “defensor dos interesses indisponíveis da sociedade”, dentre os quais, seguramente, o interesse pela sua própria sobrevivência. Resultou provado que o Ministério Pùblico tem legitimidade para cuidar dos interesses difusos, assim como a sociedade civil organizada, os órgãos públicos, enfim as entidades elencadas no art. 5º da Lei 7347/85.

Cuidamos agora de enfocar a essência do nosso trabalho, que implica em levar à apreciação dos participantes deste evento, os obstáculos que interferem na atuação do Ministério Pùblico na tutela ambiental. A complexidade da matéria exige as divagações anteriores, tanto quanto agora impõem uma análise conjunta destes obstáculos. Ação do Ministério Pùblico, na questão ambiental como em qualquer outra, irrecusavelmente, não é um fato solitário, hermético, distanciado dos componentes históricos, éticos, sociais, políticos e culturais que integram a sociedade.

A função social do Ministério Pùblico informa as razões de sua atuação e de-

verá ser examinada sob a ótica da diversidade, a fim de que atinja a verdade buscada. Ressalte-se também que a tutela ambiental exige ação unificada, impossível, pois, admitir compartmentalização dos órgãos elencados para agir. Insta examinar, detalhadamente, os contingentes internos e externos que atuam na órbita do Ministério Pùblico, quando busca atingir os fins legais, no caso especial a defesa do meio ambiente.

Os obstáculos que se interpõem entre o Ministério Pùblico e a proteção ambiental explicam mais de perto a realidade da Bahia, mas, certamente, interessam à Instituição como um todo, porque informam a trajetória percorrida pelos agentes da Instituição na busca da realização do bem comum.

Atendendo à sequência lógica a ser observada na apresentação da matéria, buscaremos dispô-la de modo a facilitar o entendimento do que se propõe demonstrar.

6.2 Com relação ao Ministério Pùblico

6.2.1 Postura Política da Instituição

No instante em que se questiona as razões que neutralizam a atuação do Ministério Pùblico, em especial na Bahia, no que toca à proteção ao meio ambiente, vem a lume um componente da maior importância: a falta de opção política dos agentes do Parquet. Momentos antes, apontou-se o Ministério Pùblico como uma das “vítimas residuais” do autoritarismo político que comandou o País nos últimos anos. A identificação histórica do Ministério Pùblico atrela-o sempre ao poder, razão porque os discursos persistem em torno de sua legitimidade da tutelas de interesses difusos.

Urge desmistificar a conotação de um Ministério Pùblico umbilicalmente preso ao Poder Executivo, através da sua autonomia constitucional. As perspectivas da presença do Ministério Pùblico na defesa dos interesses indisponíveis não se compatibilizam com a Instituição que não refletia a realidade política e institucional desta sociedade. A opção política por uma Justiça Social igual para todos, a luta pelas liberdades públicas, pelo respeito aos interesses supraindividualis conferirá autoridade à Instituição e a legitimará para o resgate da confiança popular no seu defensor.

É impostergável que se forme no Ministério Pùblico a consciência política e institucional condizentes com as esperanças da comunidade a fim de que a Instituição se identifique, perante a opinião pública, não como “agente de confiança do governo” e sim, como elemento imprescindível à defesa dos interesses fundamentais da sociedade.

6.2.2 Desconhecimento popular da Instituição

É singular a posição do Ministério Pùblico, com relação à sua intimidade com seus tutelados. Na verdade, falta consciência popular do que é ser Promotor. Tal fato, decididamente, interfere nas relações Ministério Pùblico-Povo, e consequentemente, se reflete na tutela dos interesses deste povo.

As funções sociais do Ministério Pùblico exigem que a comunidade nele confie, tome conhecimento da qualificação dos seus agentes. A defesa ambiental exi-

ge consciência coletiva e luta comum, implicando nisto maior proximidade entre o Promotor de Justiça e a comunidade. O que se evidencia é o receio de aproximação por partes dos populares, é a desconfiança natural de quem ignora um componente social. Nos grandes centros urbanos, onde é mais intensa a delinqüência ecológica, ainda mais diluída é a figura do Promotor de Justiça, reconhecido apenas como “órgão acusador”, a atrair pessoas para o Tribunal do Júri, onde se desenrolam, eloquentes debates.

A postura de defesa assumida pelo Promotor de Justiça não permite que se distancie da Sociedade. Urge buscá-la, deixar-se conhecer, divulgar seu perfil, representá-lo mediante imprensa, jornais, comparecimento a eventos de grupos organizados e, no mesmo passo, promoção de programas com a participação popular, para que juntos discutam os assuntos que a ambos interessam.

Na Bahia, por exemplo, os grupos ambientalistas se ressentem do acesso aos Promotores, de orientação e ação conjunta, no sentido de identificar os elementos indispensáveis à defesa do meio ambiente. Tanto mais se familiarizem Ministério Público e sociedade, mais aumentam as perspectivas na formação de uma consciência social em torno da importância de estabelecer critérios que permitam uma ação global na luta pela natureza e sua preservação.

6.2.3 Falta de infra-estrutura da PGJ

O fortalecimento orgânico do Ministério Público é fator imprescindível no exercício das atividades dos seus agentes. O que se evidencia é o desaparelhamento da Instituição; pela ausência de recursos humanos e materiais, de instalações adequadas, de todos os elementos de apoio à Instituição, a fim de que atenda, ao menos satisfatoriamente, às exigências correlatas às funções do Ministério Público.

Dante da evidente falta de infra-estrutura, o Ministério Público na Bahia, está quase impossibilitado de instaurar o Inquérito Civil, se necessário. Perícias, exames, documentos, subsídios, não contará certamente com tais componentes, para sustentar o Inquérito.

A autonomia administrativa e financeira da Lei Complementar 40/81 se esvazia, diante da omissão de um percentual mínimo estabelecido, resultante de impostos, para a dotação orçamentária do Ministério Público. Dependerá sempre de outro ente público, para sobreviver, ente público que vive subordinado às exigências políticas de outros órgãos que mais interessam aos seus fins. Daí, a necessidade de se dar previsão orçamentária na Carta Magna, ao Ministério Público, para que possa, de modo independente, realizar o interesse público.

6.2.4 Falta de Curadorias Específicas de Meio Ambiente

Além dos obstáculos de ordem geral, defronta-se o Promotor de Justiça com a falta de Órgãos Especializados na Bahia, que lhe propicie elementos e diretrizes na matéria ambiental.

Com efeito, enquanto outros Estados conseguiram estágio avançado quanto ao assunto, a Bahia vive a expectativa de que se criem Curadorias de Proteção ao Meio Ambiente, devidamente coordenadas, que permitam não só aos agentes do Mi-

nistério Público, mas à própria sociedade civil, melhor atuação na questão ambiental. Merece evidenciado que, em razão mesmo da deficiente infra-estrutura da Instituição, não lhe é facilitado se organizar internamente. Entendemos que falta interesse político nos órgãos públicos, em dar à Instituição os meios que permitam atuar.

Tais Coordenadorias implementariam programas que visassem abrir espaços para a participação popular, inclusive, contariam com assessoramento técnico de membros de grupos organizados.

Merce ressaltado, por oportuno, o compromisso que deveria ser firmado entre o Ministério Público e entidades públicas, mediante convênios, a fim de que unissem forças no sentido de promover, efetivamente, a Política Nacional do Meio Ambiente.

6.3 Com relação à sociedade civil

6.3.1 Aspectos sócio-políticos-econômicos

Em outros momentos já nos reportamos à sociedade civil como elemento de pressão na tutela do meio ambiente. Mas a conduta da sociedade, por sua “representatividade adequada”, é reflexo da forma de vida, do nível de informação, da estabilidade econômica, da postura política e da consciência social de cada núcleo.

O dano ecológico interessa à sociedade como um todo, na medida em que seus efeitos atentam contra a própria sobrevivência humana. Mas a sociedade está desestruturada para assumir a legitimidade que lhe propõe a Lei 7347/85. Além do desconhecimento da matéria, da desconfiança na administração pública, da desinformação sobre o Ministério Público, o comportamento da sociedade se subordina à sua realidade sócio econômica.

Cumpre repisado o que deixamos claro com relação à comunidade do Sul e do Nordeste do País. O espírito crítico da população sulista, sua independência política, os valores culturais que a informam, atuam no comportamento social e na mobilização da iniciativa popular na luta por seus interesses. Na Bahia, os mecanismos políticos e econômicos são ruidosos e vigorosos. A subsistência dos pequenos conglomerados, as “invasões”, o baixo índice de alfabetização, a fome, a seca, impõem silêncio à população, que parece sentir a questão ambiental como elemento de discussão burguesa, porque outros interesses, outras necessidades, identificam a coletividade, quais sejam, a necessidade de alimentar-se, de ter onde morar e de “subver” ao caos político econômico do Estado.

Tais elementos interferem na busca pela realização da política ambiental, pelo Ministério Público. E destes elementos, um se destaca, a influenciar decisivamente a formação de uma consciência popular na defesa do meio ambiente: a ingerência das forças políticas oligárquicas, que exercem rigoroso controle sobre a administração pública e manipulam a sociedade, na troca de “favores”. Estas forças políticas são mais incidentes, na medida em que são contrariados os interesses dos grupos econômicos que as sustentam. Por isto, sua ingerência na questão ambiental.

Os grupos organizados, por outro lado, também carecem de infra-estrutura para sobreviverem. Na Europa, por exemplo, os grupos particulares de defesa ambiental possuem laboratório próprio para atender a pesquisas e fornecer elementos técnicos que ensejem a comprovação de um dano ecológico.

Cumpre considerado, por fim, que o círculo vicioso estabelecido entre as forças políticas, os interesses econômicos e a administração pública inoperante, se faz sentir na atuação do Ministério Público, que não dispõe de recursos próprios, senão a lei acompanhado dos obstáculos à sua execução. A sociedade civil, a grande aliada do Ministério Público, porque comuns seus objetivos, é quem mais se distancia, porque não tem respaldo na Constituição para exercer controle sobre os atos políticos e administrativos, para fazer prevalecer os direitos que a lei lhe assegura.

6.3.2 A desinformação da sociedade

O art. 6º da Lei 7347/85 faculta a qualquer do povo e impõe ao servidor público, aos Juízes e Tribunais, que informem ao Ministério Público sobre os fatos que constituam objeto da Ação Civil Pública. No mesmo passo, elege, no art. 10, nova figura penal, quando prevê punição para as entidades que retardarem ou omitirem informações requisitadas pelos agentes do Parquet. Resulta evidenciada, uma vez mais, a relevância do papel do Ministério Público na proteção ao meio ambiente.

A informação é elemento de fundamental valor na interação social, tanto que o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura a liberdade de informação.

Na questão ambiental, da publicidade dos fatos é que advém a integração social; de posse da notícia, a opinião pública se informa e forma um juízo de valor sobre os fatos e as pessoas que os envolvem. Já se frisou que interessa ao Ministério Público informar a comunidade sobre sua qualificação, para que se estabeleça a confiança necessária à ação conjunta em defesa do meio ambiente.

Oportuno enfatizar que o assunto é de maior importância, na medida em que a informação é uma forma democrática de participação popular das decisões que lhe interessam, porquanto, informada dos atos da administração pública, a população deles participa, toma posição no sentido de incorporá-los à sua realidade.

Se uma comunidade não é informada dos assuntos que a interessam como um todo, não poderá conduzir ao Ministério Público a notícia por vezes imprescindível à sua atuação. Mas é preciso estar alerta, quando a informação não reflete a verdade, antes, é fruto de especulação, distorcida e veiculada por grupos políticos interessados em defender seus próprios interesses e os das forças econômicas que o sustentam.

O direito à informação deverá ser constitucionalmente assegurado, em matéria ambiental, a fim de que os entes públicos a quem incumbe promover a política do meio ambiente, implementem programas onde a sociedade se informe sobre a matéria, especialmente, programas de educação ambiental, com a participação de tantos quantos interessam à Política Nacional do Meio Ambiente, inclusive o Ministério Público.

6.4 Poder Judiciário na questão ambiental

Não escapa à Lei que tutela os interesses difusos, o Poder Judiciário, não só como elemento de decisão, mas também de informação, conforme reza o art. 6º da

Lei 7347/85.

A posição teórica do Poder Judiciário na Carta Magna não lhe concede, à vista da situação fática, a independência ali estabelecida. Os reflexos da intervenção política se fazem sentir em todos os setores examinados, mas não com a força e o vigor com que se impõem nos atos judiciais.

É verdade que a Magistratura tem autonomia e independência de Poder Constitucional. Mas não é menos verdadeiro que há uma relatividade nesta assertiva. Não a quem se refere à harmonia que deve prevalecer entre os Poderes da União, mas à sensibilidade do Poder Judiciário quanto aos aspectos que interessam de perto aos demais Poderes, isto é, ao Poder Executivo, através da administração pública, e ao Poder Legislativo, pelos seus componentes políticos, elementos de atuação incansável e insistente, na luta pela preservação do poder e do prestígio eleitoral.

É notória a morosidade da Justiça, a sua incapacidade material e humana de atender aos numerosos conflitos emergentes da dinâmica social. Na verdade, o Poder Judiciário é dos que não conseguiram acompanhar a rotatividade e rapidez com que os fatos humanos e sociais se modificam, exigindo imediatidate na busca da acomodação dos interesses conflitantes e decorrentes da própria evolução.

Ora, um outro aspecto vem a lume e merece exame. Detendo o poder de decisão, de impulso processual, a Magistratura, ou por deficiência operacional, falta de recursos técnicos, excesso de trabalho, ou, mais grave, e admissível, por interferência de outros interesses, de grupos políticos e econômicos, pode retardar a ação da Justiça, e consequentemente, obstar a ação do Ministério Público. Um outro elemento se soma, que é a absoluta falta de mecanismos de controle da sociedade sobre os atos judiciais, controle externo que se fizessem mais vigorosos que as forças extrínsecas, políticas e econômicas sobre o Poder Judiciário.

6.5 Os interesses econômicos como elementos de pressão

A delinquência ecológica, irrecusavelmente, é fruto da economia indisciplinada e caótica, com a busca dos "lucros exorbitantes" e do desenvolvimento "a qualquer preço". No Nordeste parece haver um consenso no sentido de resgatar o atraso industrial com relação ao Sul, razão que explica o recrudescimento da delinquência ecológica na região.

Já se comentou que a natureza acaba onde o capitalismo começa. Justificam as indústrias, seja qual for o porte, a sustentação da economia, o surto de emprego, a melhoria de vida, os fatores todos emergentes da evolução industrial. Mas está provado que podem conviver com o homem e com seu "habitat", se adotarem as medidas que se fazem imprescindíveis à preservação do ambiente, da sua ação devastadora.

As forças capitalistas, note-se, sustentam as forças políticas, que, por sua vez, atuam sobre a administração pública, sobre o Judiciário e sobre a própria Instituição, é o que se prova, pelas tentativas frustradas, na Bahia, de o Ministério Público interferir, conforme a lei, na questão ambiental. Ainda que iniciadas as diligências para a propositura da ação, os interesses políticos e econômicos neutralizam seus efeitos.

6.6 Grupos políticos e administração pública

Toda a essência desta exposição repousa numa verdade exaustivamente demonstrada: a atividade política é o maior obstáculo no exercício da tutela dos interesses difusos, dentre os quais, a defesa do meio ambiente.

Necessário se faz o exame conjunto dos dois componentes, forças políticas e administração pública, tal a interrelação entre ambos, de modo que um não sobrevive sem outro, de tal modo se integram e se completam.

É fato notório que a má qualidade de vida é consequência do poder de decisão. Os organismos públicos a quem compete dinamizar a política ambiental não têm se revelado eficientes. O fato se explica quando se estabelece um comparativo entre os fatos políticos e os fatos administrativos, quando se faz imperiosa a presença da administração pública.

Na verdade, o conceito de política não poderia ser invocado em momento algum para explicar a ação dos políticos. A política, como forma de atuação do homem público conduzindo a Administração Pública a realizar o bem comum, não se confunde com a política-partidária, como bem distingue o Festejado Publicista Hely Lopes Meirelles, valendo transcrito o que preleciona o Mestre: "Não se confunda a Política, no sentido em que a conceituamos – forma de atuação do homem público visando conduzir a Administração à realização do bem-comum – com a política partidária, que, lamentavelmente se pratica entre nós, como meio de galgar e permanecer no poder, através do prestígio eleitoreiro. Nesse sentido é "carreirismo" e não atividade política, que mereça qualquer consideração doutrinária. (Direito Administrativo Brasileiro – p. 12).

Não se há de negar, cumpre ressaltado, que a administração pública busca o interesse público. Mas também, não menos verdadeiro que na trajetória da realização deste interesse interfere o "carreirista", a velar por seu próprio interesse, a postular a manutenção de seu prestígio eleitoral. Nos conglomerados sociais menos desenvolvidos, então é que se agrava o quadro, quando o bem coletivo é constantemente sobrepujado pelo interesse individual.

A vontade política invocada para a realização dos fins da lei, passa pelo crivo das forças políticas. E quando se trata de política ambiental, mais robusta a atuação dos grupos políticos na administração pública, para satisfazer os interesses dos grupos econômicos que são a base de sustentação do poder dos carreiristas políticos.

Quando se trata de matéria ambiental mais se faz sentir a ingerência política, porque, segundo informações, os recursos humanos que atuam nos organismos que tratam do meio ambiente não se submetem a concurso público, logo, são indicados consoante as preferências dos "chefes políticos".

Dessume-se das razões mostradas que o Ministério Público, ainda mais sem a força constitucional que tanto postula, é Instituição de combate não só aos agentes depredadores, mas ainda às forças dinâmicas contrárias à sua atuação na busca à realização comum.

No caso da Bahia, a força de grupos políticos oligárquicos, cristalizados no poder por conta da alienação cultural da maioria da população e das bases econômicas e da complacente e omissa administração pública, dos entes públicos inoperan-

tes, age positivamente e interfere no exercício das funções do Ministério Público, sempre que o assunto se refere a matéria ambiental, como também em toda e qualquer área de atuação do Parquet, desde que contrarie os interesses destes grupos políticos.

Proteger a comunidade da delinquência ecológica, com a gama de fatores contraários à sua atuação é tarefa que exige um Ministério Público fortalecido constitucionalmente, e no mesmo passo, uma sociedade civil instrumentalizada, com poder de controle sobre os atos da administração pública, do Judiciário, do próprio Parquet, mas, especificamente, das atividades dos políticos.

Não são as leis que não são boas. Não é a falta de legislação adequada que emperra a ação do Ministério Público na defesa ambiental. Mas a atividade política exacerbada, a se refletir negativamente sobre a sociedade, sobre os poderes constituídos, é o obstáculo maior a se interpor entre o Ministério Público e a realização do bem comum e a luta pela continuidade da espécie.

A presença do Ministério Público na questão ambiental não repousa tão só no dever institucional de velar pelos interesses indisponíveis da sociedade. Inspira-se na própria essência da Instituição e na perspectiva que se abre de sua definição constitucional como instrumento de defesa da soberania do Estado de Direito Democrático.

CONCLUSÕES

Sem afastar a possibilidade de outras conclusões decorrentes da exposição, ressaltamos as seguintes:

1º O crescimento desordenado de indústrias é fator de desequilíbrio ecológico.

2º A Constituição Federal trata da matéria relativa ao meio ambiente de modo inespecífico, sem estabelecer critérios globalizadores do assunto.

3º A legislação ambiental não se constitui inexpressiva na solução do problema, satisfazendo a realização da política nacional do meio ambiente.

4º O Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa dos interesses difusos.

5º A falta de definição constitucional do Ministério Público interfere no seu fortalecimento orgânico, na sua infra-estrutura.

6º Fatores sócio-econômicos influenciam a sociedade civil na formação da consciência coletiva imprescindível à defesa ambiental.

7º A falta de opção política interfere na atuação do Ministério Público, como garantidor das liberdades democráticas.

8º A sociedade civil não está instrumentalizada para exercer controle sobre os atos da administração pública, do Poder Judiciário e da atividade política.

9º Os órgãos encarregados de promoção e execução da política ambiental são inoperantes, desaparelhados, e atrelados aos interesses políticos e econômicos.

10º A atividade jurídica em matéria ambiental é reflexa, com relação à atividade política.

11º A atividade política se constitui no maior obstáculo do Ministério Público para a realização da tutela ambiental.

PROPOSTAS

1º Inclusão da matéria ambiental na Nova Ordem Jurídica, de modo sistemático.

2º Instrumentalização da sociedade para exercer controle externo sobre as atividades administrativas, judiciais e políticas.

3º Definição constitucional do Ministério Público, elevando-o a instrumento de defesa do Estado de Direito Democrático.

4º Implementação urgente de uma política de educação ambiental, onde se propicie à comunidade formação de um consciência coletiva na defesa do meio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

1. *Ação Civil Pública – Tutela dos Interesses Difusos – Ministério Público do Rio Grande do Sul – nº 19 – 1986.*
2. *Ada Pellegrini Grinover – Ações Coletivas para a Tutela Ambiental e dos Consumidores – Lei 7347 de 24/07/1985 – Tese preparada para o XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO – Salvador – 1986 – COAD – Advocacia Dinâmica.*
3. *Advogado – Ano II – Junho – 1985 – Constituintes e Constituição do Brasil – Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.*
4. *Anais do III Simpósio Nacional do Direito do Meio Ambiente – São Paulo – 1982*
5. *Antônio Augusto Mello de Machado, Edis Milaré, Nelson Nery – Ação Civil Pública e Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos – Editora Saraiva – 1984.*
6. *Hely Lopes Meirelles – Direito Administrativo Brasileiro – Editora Revista dos Tribunais. São Paulo – 1985.*
7. *Manoel Gonçalves Ferreira Filho – Comentários à Constituição Brasileira – Ed. Saraiva – 4ª Edição – 1983.*
8. *Paulo Afonso Leme Machado – Direito Ambiental Brasileiro – Editora Revista dos Tribunais – 1982 – São Paulo*
9. *6º Congresso Nacional do Ministério Público – Justiça e Constituinte – São Paulo – 1985.*

1) Título:

“Facultar ao Ministério Público o acompanhamento de comissões de inquérito (para apurar qualquer fato de interesse público), que depois de concluídas lhe serão enviadas, para fins de promover a responsabilização civil e criminal dos responsáveis, se for o caso”.

2) Autor: *Voltaire de Lima Moraes
Promotor de Justiça – RS*

3 – JUSTIFICATIVA

A atual Constituição Federal ainda é muito tímida e vaga, ao prever as comissões de inquérito, dispondo que “A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente criaram comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros” (art. 37).

É preciso, contudo, dar maior abrangência a tais comissões, a fim de que sejam criadas não somente para apurar “fato determinado”, como ocorre atualmente, delimitando assim seu alcance, mas para conhecer de “qualquer assunto de interesse público”, conforme dispõe a vigente Constituição Espanhola, de 1978 (art. 76). E isso se justifica plenamente, porque os membros do Poder Legislativo, na sua alta missão de representantes do povo, não podem ser impedidos, numa sociedade democrática, de conhecer e investigar qualquer assunto de natureza pública.

Até agora, quando tais comissões entendiam que os fatos apurados envolviam prática de crime, encaminhavam suas conclusões ao Ministério público. Tal iniciativa, contudo, não está disciplinada na Lei Maior, tampouco a possibilidade de os membros do Ministério Público acompanharem o desenvolvimento dos seus trabalhos.

Mas como o Ministério Público é o titular da ação penal pública, e suas atribuições vêm sendo ampliadas, cada vez mais, na área civil, v.g., a recente Lei nº. . . 7347/85 (que trata dos chamados “interesses difusos”), impõe-se seja disciplinada sua participação nas referidas comissões. Mormente por que preconiza-se sua legitimidade também “para pedir a anulação de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que participe o Estado, bem como de privilégios indevidos concedidos a pessoas físicas ou jurídicas (art. 46 do Anteprojeto Constitucional, elaborado

pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais). De acordo, assim, com tese por nós e pelo Promotor Sérgio Gilberto Porto defendida no "6º Congresso Nacional do Ministério Público", realizado em junho de 1985 em São Paulo, e que foi vitoriosa, em que se sustentava a legitimidade dessa Instituição para igualmente "promover a anulação de qualquer ato administrativo contrário à lei ou lesivo ao patrimônio público".

De outro lado, disciplinar, a nível constitucional, a destinação dos resultados a que chegarem tais comissões, foi tema não esquecido pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais: "Ultimados os trabalhos, o relatório geral, com as conclusões e os votos vencidos, será publicado e encaminhado ao Procurador-Geral da República para promover a responsabilidade civil ou penal que couber (art. 164, § 2º). No mesmo sentido dispõe a vigente Constituição Espanhola: "As conclusões da comissão, não serão vinculativas para os tribunais, nem afetarão as decisões judiciais, mas serão comunicadas ao Ministério Público para o exercício, ser for caso disso, das competentes ações" (art. 76).

Contudo, como o Ministério Público será o destinatário das conclusões (dos resultados) a que chegarem tais comissões, forçoso é reconhecer que ele tem legítimo interesse em acompanhá-las, devendo, por isso mesmo, ser cientificado de sua instalação, para tal fim.

4 – CONCLUSÕES

a) Conste da futura Constituição Federal, que "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, poderão criar comissões de inquérito sobre qualquer fato de interesse público, por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros".

b) Conste das futuras Constituições Estaduais, que "A Assembléia Legislativa poderá criar comissões de inquérito sobre qualquer fato de interesse público, por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros".

c) Conste dispositivo, nas futuras Constituições Federal e dos Estados, que "Instalada a comissão de inquérito, desse ato será cientificado o Ministério Público para acompanhar o seu desenvolvimento".

d) Conste dispositivo, nas futuras Constituições Federal e dos Estados, que "Concluídos os trabalhos da comissão de inquérito, será feito um relatório e, juntamente com todas as provas produzidas, votos e conclusões, encaminhado ao Ministério Público para promover a responsabilidade civil e/ou criminal dos infratores, se for o caso".

5 – BIBLIOGRAFIA

1. *Constituição Espanhola de 1978.*
2. *Constituição Brasileira vigente.*
3. *Anteprojeto Constitucional, da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.*
- 4.. *Livro de Teses do "6º Congresso Nacional do Ministério Público".*

Porto Alegre, 06 de março de 1987.
Voltaire de Lima Moraes

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE DIRIGIR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Autor: Vasco Della Giustina
Procurador de Justiça – RS

O Ministério Público deve lutar constantemente pelo seu aprimoramento.

A atividade do Promotor tem mostrado que uma das dificuldades no exercício da função prende-se às deficiências do inquérito policial.

E isto devido à má direção, condução e elaboração do mesmo por parte da polícia judiciária.

Urge, pois, que o Ministério Público tenha presença marcante em sua condução e elaboração, pois, o inquérito policial é a fonte precípua do requisitório e a base para a confecção da prova a ser judicializada.

Ou seja, busca-se com o presente trabalho, um espaço na Carta Magna, que sane este problema e assegure ao Ministério Público condições plenas para o exercício de suas relevantes funções, como "dominus litis".

Com grande acuidade, em obra recentemente lançada pelo Ministério Público gaúcho, pergunta o jurista René Ariel Dotti:

"Considerando-se que em nosso sistema processual-penal "O Ministério Público é o titular do exercício da ação penal "de natureza pública (CPP, art 24, CP, art. 100) como conciliar esta prerrogativa institucional com a situação que geralmente transforma o Promotor de Justiça em mero" repassador da prova" colhida (não raro deficientemente) pela Polícia dita – Judiciária?

"Este é um problema permanente e tortuoso não somente no campo das relações entre o Ministério Público e a Polícia como também no quadro dos interesses sociais. A "instrução preparatória" que seria o objetivo essencial do inquérito policial geralmente perde esse caráter quando a investigação é mal dirigida ou se extravia de rumo. Ao titular da ação penal se sobrepõe o titular do inquérito. Este deveria servir àquela, porém a colisão de concepções em torno do fato delituoso, seus agentes e suas circunstâncias fazem de ambos os senhores os protagonistas principais de um litígio não declarado mas nem tanto encoberto a prenunciar o confronto entre réu e vítima. Em síntese: a denúncia que deveria transmitir a convicção pessoal do agente do "parquet", extraída de um contato direto com os meios de prova, se converte na síntese de uma presunção de culpa decorrente da leitura das peças de informação. E quantas vezes o registro do interrogatório, das declarações e dos depoimentos é uma ficção diante do que efetivamente foi dito pelo indiciado, vítima e pelas testemunhas" (Apud "Ministério Público, Direito e Sociedade", Sérgio Antônio Fabris, Editor, Porto Alegre, 1986, p. 140/141).

O que dizer, então, da confissão dos imputados na fase policial, recebida com

reserva na fase judicial, e, via de regra, negada pelos imputados,' sob a alegação de coação?

Importa, pois, que se modifique o quadro atual, justamente por ocasião de grandes transformações nas molduras institucionais existentes no país.

Ora, ninguém mais apto para essa tarefa do que o Ministério Público.

É o que solidamente argumenta o Prof. René Dotti, na sequência de seu artigo "O Ministério Pùblico e a Polícia Judiciária": *O problema da direcção do inquérito policial e o da Independência da Instituição a partir da nomeação do seu chefe constituem as faces da moeda que está sendo lançada no tempo corrente e que precede a Constituinte e um novo Código de Processo Penal*" (idem, ibidem, p. 141).

Se "a vol d'oiseau" fizermos uma *incursão no Direito Comparado*, veremos, por exemplo, que na França, a polícia judiciária é controlada pela Procuradoria da República:

"L'activité de la police judiciaire touche directement aux libertés individuelles. C'est pourquoi elle est strictement réglementée par la loi et soumise à des contrôles.

"Les officiers et agents de police judiciaire exercent leurs fonctions sous la direction et la surveillance du procureur général et du procureur de la République.

Le procureur de la République à l'égard de la police judiciaire, a une double mission:

1º il dirige:

— Il donne à la police judiciaire des directives pour mener les enquêtes préliminaires et les enquêtes de flagrant délit au cours desquelles elle peut être amenée à arrêter l'acuteur présumé de l'infraction et à le garder dans ses locaux pendant 24 heures,

— il indique les mesures prendre ou les personnes à entendre,

— il décide de faire une enquête, de la faire cesser ou de la confier à un autre service de la police judiciaire.

— il est le destinataire de tous les éléments recueillis au cours de l'enquête.

2º — il surveille:

Il surveille de tous les officiers et agents de police judiciaire dans le ressort de son tribunal." (Apud "Guide pratique de la Justice" — Ministère de la Justice, Editions Gallimard, 1984, p. 75/76).

Não é diferente na Itália.

Giovanni Leone, o maior processualista penal italiano, já Presidente da República, em seu monumental Tratado assim preleciona:

Las atribuciones em material penal del ministerio público, se concretan, particularmente, em los poderes siguientes:

1) *Dirección de la policía judicial* (art. 220)

Con la reforma de 1955, el ministerio público ha assumido un mayor poder en lo que concierne a la dirección de la policía judicial. Efectivamente, el art. 220 dispone así: Los oficiales y agentes de policía judicial ejercitan suas atribuciones bajo la dependencia y la dirección del procurador general ante la Corte de apelación y del procurador general de la República. (Apud "Tratado de Derecho Procesal Penal", v. I, Ediciones Jurídicas Europa — América, Buenos Ayres, año de 1963, trad. de Santiago Melendo, p. 416)

O grande jurista Miguel Fenech enfoca a situação do Ministério Pùblico na Espanha:

La función principal del Ministério Fiscal se desenvuelve en una serie de actividades que varían según el período o etapa procesal en que deban tener lugar, por lo que conviene estudiarlas separadamente en cada una de las etapas procesales.

En las investigaciones preliminares, el Ministério Fiscal, auxiliado por la Policía Judicial, que le está subordinada (arts. 283, 284, 287 a 290), deve actuar para hallar los fundamentos subjetivos y objetivos de la pretensión punitiva, que ha de hacer valer en el proceso, realizando las investigaciones necesarias para el descubrimiento de los delitos y la averiguación de los delincuentes" (in "Derecho Procesal Penal" — Editorial Labor S.A., Barcelona, 1952, 2ª ed., 1º vol., p. 382).

O grande jurista mexicano Marco Antonio Dias De León, na sua obra "Teoria de la Accion Penal", depois de classificar as funções do Ministério Pùblico em investigatória, acusatória e processual, "dirigidas a justiciar el correcto ejercicio de la acción penal" assim conclui: "*Función investigadora*" — Esta etapa competencial del órgano acusador se desarrolla, logicamente, antes del proceso, es prejurisdiccional y no actúa como parte, se le reconoce cierto imperio y por lo mismo, detenta calidad de autoridade responsável par los efectos del amparo. *Para realizar dicha función cuenta con el auxilio de la policía judicial, la que está bajo su autoridad y mando inmediato* (artículo 21 Constitucional). Como consecuencia del carácter de autoridad de que se encuentra investido el ministerio público en esta fase de investigación, sus actuaciones tienen pleno valor probatorio ("Teoria de la Accion penal" — Textos Universitário S.A., Libreria de Manuel Porrua S.A. — México, 1974, p. 284/285).

Como se observa, inúmeras legislações já consagram o poder investigatório do Ministério Pùblico, como corolário natural do exercício da ação penal.

Para obviar problemas naturais, como a resistência da própria polícia face a esta proposta, René Dotti procura separar os campos de atuação de uma e outro:

"Como fórmula de superação de tais dificuldades, poder-se-ia sugerir que a autoridade policial e seus agentes deveriam cuidar autonomamente da produção da prova nas hipóteses de prisão em flagrante (depoimentos, interrogatório e constatação do "corpus delicti") no prazo de 48 horas com a remessa imediata dos autos ao Ministério Pùblico para prosseguir nas investigações, requisitando outros elementos de convicção e oficiando como de Direito.

Em se tratando de ilícito penal fora de tal situação, o Ministério Pùblico de ofício, a requerimento de outra autoridade, a pedido do ofendido ou atendendo à "notitia criminis" por qualquer pessoa, determinaria a abertura do inquérito preliminar contando com a colaboração de seus servidores e da Polícia Judiciária.

Dentro de tal proposta, a formação do corpo de delito, a demonstração da autoria do fato e a apuração de todas as suas circunstâncias seriam tarefas afetas à responsabilidade e direcção do Promotor de Justiça. Os Mandados de prisão, de condução coercitiva e determinadas diligências como a busca e apreensão ficariam a cargo da Polícia mediante requisição.

"A apuração das contravenções Penais também seria atribuição da Polícia Judiciária independentemente de prévia requisição do Ministério Pùblico".

E continua o mestre: "A adoção do critério para distinguir, de forma adequada as atividades policiais deve ser nitidamente regulada. Conforme boa doutrina, "a polícia de segurança" objetiva certas medidas, de caráter preventivo, tidas prudentemente como indispensáveis à evitação de dano ou perigo para as pessoas; direfentemente da "administrativa", que visa direta e imediatamente as coisas, e só reflexivamente as pessoas, a proteção destas é que constitui seu escopo direto e imediato. E, finalmente, a "polícia judiciária" é aquela que se faz auxiliar dos órgãos jurisdicionais penais da repressão ao crime".

A projetada reformulação, como é evidente, teria projeções no sistema processual penal, modificando-se as formas de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária durante o "inquérito preliminar". (idem, ibidem, p. 140/143).

Evidentemente que os vários detalhes antes apontados, caberia à lei ordinária regular e não à Constituição.

Servem, todavia, para argumentar quanto à viabilidade, necessidade e importância de tal reformulação.

Esculpida a norma constitucional, dúvida não mais pairará sobre a matéria, no sentido de sua futura normatização.

O que importa é que a diretriz básica da reformulação seja inscrita no texto constitucional.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, é de ser incluído no texto constitucional a seguinte norma diretriz:

São funções institucionais do Ministério Público:

- I Velar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhe a execução;
- II *Dirigir a investigação criminal;*
- III Promover a ação penal pública;
- IV Promover a ação civil pública, nos termos da lei.

Porto Alegre, 21 de fevereiro de 1987.

Vasco Della Giustina — Procurador da Justiça — RGS.

BIBLIOGRAFIA

- "Ministério Público, Direito e Sociedade" — Alcides de Mendonça Lima e Outros
Sérgio Antônio Fabris Editor, P. Alegre, 1986.
"Guide Pratique de la Justice" — Editions Gallimard, 1984.
"Teoria de la Accion Penal" — Marco Antonio Diaz de Leon — Textos Universitarios S.A. — Libreria de Manuel Porrua S.A. — Mexico — D. F. 1974.
"Tratado de Derecho Procesal Penal" — Giovanni Leone — Edicions Juridicas Europa-America, Buenos Ayres, 1963 — V. I, Trad. Santiago Melendo.
"Derecho Procesal Penal" — Miguel Fenech, Ed. Labor S.A., — 1952 — Barcelona, 1º Vol., 2º Ed.
"Tratado de Derecho Procesal Penal" — Jorge Olmedo — Ediar S.A. Editores, 2º v. Buenos Ayres, 1961.

1) Título:

"Conferir ao Ministério Público, no inquérito civil, poder de polícia administrativa".

2) Autor: Voltaire de Lima Moraes
Promotor de Justiça — RS

3 — JUSTIFICATIVA

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1), "Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar a restringir o uso e goso de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado". Trata-se, portanto, de poder conferido a quem, integrante do Poder Público, realiza a atividade administrativa, como os órgãos que integram a Administração Pública, visando, com isso, a coibir o ímpeto desmedido do interesse particular, para que não sobrepare ao público, que em tais situações deve prevalecer, merecendo, por isso mesmo, ser tutelado.

De outro lado, o Ministério Público é uma instituição permanente do Estado (art. 1º da Lei Complementar nº. 40/81), tradicionalmente considerado como o tutor natural do interesse público e social. E, segundo sustenta a doutrina, de forma majoritária, como Frederico Marques (2), "A tutela que exerce sobre direitos e interesses não é jurisdicional, e sim, administrativa". Portanto, o Ministério Público, independentemente de sua posição constitucional, a seguir a trilha de atribuições que lhe vêm sendo cometidas, continuará a exercer atividade de natureza administrativa, tendo com fim último a tutela do interesse público e social.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico — de conteúdo eminentemente social —, além de conferir legitimidade ativa ao Ministério Público (art. 5º), também outorgou-lhe o poder de instaurar, sob sua presidência, inquérito civil (art. 8º, § 1º).

O inquérito civil, conforme já afirmamos (3), "trata-se de um procedimento de natureza administrativa, destinado a apurar a possibilidade ou ocorrência de dano ao meio ambiente, consumidor e bens culturais, bem como descobrir o autor

dessas condutas perigosas ou lesivas a tais bens”.

O legislador ordinário, contudo, somente conferiu ao Ministério Público, no desempenho dessa atividade administrativa, o poder de instaurar tal inquérito e requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, podendo assinalar prazo para resposta, mas não lhe concedeu o poder de polícia administrativa.

É bem verdade que se pode argumentar que não havia necessidade de lhe ser conferido esse outro poder, haja vista estar também legitimado para a propositura da ação cautelar, devidamente prevista na lei, e que teria a mesma finalidade buscada pelo poder de polícia nesse campo: coibir os abusos individuais, em favor do interesse social, evitando danos ao meio ambiente, consumidor, e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (arts. 4º e 5º, “caput”, da Lei nº 7347/85).

Contudo, esse argumento, assim exposto, está embasado tão-somente numa projeção e visão perfunctorias. E isso porque, sabidamente, mesmo havendo possibilidade de antecipação da prestação jurisdicional na ação cautelar, mediante concessão de liminar, forçoso é reconhecer que a celeridade de tal prestação nem sempre ocorre. E, quando se verifica, algumas vezes o dano já pode ter acontecido, por injuções burocráticas cartorárias, ou até mesmo de outra ordem, razão por que, em tais situações, o exercício do poder de polícia administrativa se constitui num mecanismo de frenagem do dano bem mais rápido.

Considerando que o meio ambiente, os interesses do consumidor e do patrimônio cultural se constituem em exemplos dos chamados “interesses difusos”, que são essenciais à coletividade, é imperioso reconhecer que todos os mecanismos eficazes, mormente os mais céleres, sejam utilizados para resguardar esse patrimônio público e social. E, sendo o Ministério Público uma instituição do Estado, que exerce, inofismavelmente, no inquérito civil, atividade administrativa, impõe-se-lhe seja aí concedido poder de polícia administrativa, para que possa usá-lo a bem da coletividade, quando houver possibilidade de dano ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse superindividual tutelado.

Contudo, como o ato praticado no exercício do poder de polícia administrativa está sujeito ao controle de sua legalidade pelo Poder Judiciário, não seria conveniente, tampouco de boa política processual, que esse ato, emanado de um membro do Ministério Público, v.g., um Promotor de Justiça, uma vez atacado, viesse a ser submetido ao 1º grau de jurisdição, mormente à apreciação do Juízo perante o qual atua. Por isso, é que se sustenta, buscando inspiração analógica no art. 19 da Lei Complementar nº 40/81, que tais atos, praticados por membros do Ministério Público, no desempenho de atividade eminentemente administrativa e não processual, sejam apreciados sempre pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme dispuser o seu Regimento Interno e o Código de Organização Judiciária do Estado.

4 – CONCLUSÕES

a) Conste da futura Carta Magna, a ser elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, também como função institucional do Ministério Público, “exercer

o poder de polícia administrativa, nos termos da lei”.

b) Conste da futura Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, como função institucional privativa, além de outras, “exercer o poder de polícia administrativa no inquérito civil”.

c) Conste da futura Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, que os atos de natureza eminentemente administrativa, praticados por membros dessa Instituição, quando impugnados por suposta ilegalidade ou abuso de poder, serão conhecidos originariamente e julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme dispuser seu Regimento Interno e o Código de Organização Judiciária do Estado.

5 – NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. RT, 5ª edição, p. 104, 1977.
2. Frederico Marques, in *Manual de Direito Processual Civil*, 1º vol., ed. Saraiva, 2º edição, p. 292, 1974.
3. Voltaire de Lima Moraes, in “A Ação Civil Pública e a Tutela do Meio Ambiente”, *Revista AJURIS*, 37/221.

Porto Alegre, 06 de março de 1987.

Voltaire de Lima Moraes

PROPOSTA: AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JÚRI

*AUTORES: SÉRGIO GILBERTO PORTO
VOLTAIRE DE LIMA MORAES
Promotores de Justiça – RS*

JUSTIFICATIVA:

Como é notório, na atualidade, a carta outorgada limita a competência do Tribunal do Júri para ajudar os crimes dolosos contra a vida (artigo 153, § 18). No entanto, nem sempre foi assim (1) e -- em nosso sentir -- assim não deve continuar.

Com efeito, qualquer incursão em torno do Tribunal do Júri por mais perfunctória que seja, revela de logo o caráter salutar que emerge da instituição, especialmente na educação social e participativa de todos que integram certa comunidade, pois há verdadeiro chamamento à responsabilidade daquelas pessoas que, envolvidas pelo roda-moinho da existência, esquecem que o simples fato de conviverem cria para a responsabilidade sobre a manutenção harmoniosa da comuna, responsabilidade esta idêntica àquela das vestiduras.

Afora esse chamamento é -- o Tribunal do Juri -- verdadeiro corifeu da democracia, a qual -- longe de dúvidas -- representa a mais perfeita e ideal forma de administrar já concebida pelo homem e este fato irrefutável -- por si só -- justifica acima de qualquer outra argumentação a existência do Júri Popular.

Contudo, vez por outra, encontram-se combatentes armados a travarem verdadeira guerra contra a instituição. Entretanto, estas milícias devem, de uma vez por todas, compreender -- e esta é a palavra correta -- que se alguém matou e foi absolvido é porque aquela comunidade *aprovoou* a conduta desenvolvida pelo(s) matador(es), tal qual a possibilidade que Lon L. Fuller acena em sua notável obra. (2)

Todavia, não só de resistência vive o Tribunal do Júri, mas tem ele sido distinguido na doutrina com manifestações qualificadas de simpatia, face ao que representa para uma sociedade que busca incessantemente o aperfeiçoamento de suas instituições.

O Júri Popular não apenas precisa continuar existindo, mas sim, precisa, a exemplo de outras nações (3), ter sua competência ampliada, pois é exatamente nela que reside a verdadeira democracia da justiça, *conditio sine qua non* para que ela própria recupere a credibilidade perdida em algum momento de nossa História. .

Com a participação popular demonstra-se ao leigo que inexistem "reuniões de cardais ou coronéis", mas sim que a justiça é algo que se espalha pelo mundo dos sentidos e se faz presente nos mais diversos seguimentos sociais.

De outro lado, o mar de impunidade em que vivemos não é apenas culpa do legislador, mas também do intérprete, do exegeta que do alto de sua bazófia afasta-se da realidade.

Assim, longe da prosápia verborrágica de determinados juristas, certos delitos devem ser apreciados pelos pares; por aquelas pessoas que sentem apenas fática e não tecnicamente a "quaestio". Estes casos são aqueles em que efetivamente está em jogo um interesse coletivo, da sociedade como um todo, onde o bem jurídico ofendido atinge com a mesma intensidade todos os integrantes de determinado grupo ou coletividade.

Sensível a esta situação a "Comissão dos Notáveis", ao redigir a proposta de Constituição, em seu artigo 52, propôs certa ampliação de competência ao Tribunal do Júri, eis que inclui os crimes de imprensa. Aqui se pretende ir além desta proposta, pois entendemos que não apenas nos crimes dolosos contra a vida ou nos de imprensa deve-se permitir a participação popular, mas também nos crimes contra a economia popular e — mormente — nos delitos contra o meio ambiente. Estes ainda não capitulados no atual Código, no entanto já integrantes do anteprojeto de reforma do Código Penal, Parte Especial (4).

Assim, pois, a síntese da proposta é representada pela ampliação da competência do Tribunal do Júri, a fim de que esta instituição passe a julgar:

1. os crimes dolosos contra a vida;
2. os delitos de imprensa;
3. os crimes contra a economia popular; e
4. os delitos contra o meio ambiente.

Porto Alegre, RS, fevereiro de 1987.

Sérgio Gilberto Porto,
Promotor de Justiça

Voltaire de Lima Moraes,
Promotor de Justiça

NOTAS:

1. v.p.ex., a Constituição de 1946
2. "O caso dos Exploradores de Cavernas"
3. "Por Detrás da Suprema Corte", de Bob Woodward e Scott Armstrong.
4. Anteprojeto do Código Penal — Parte Especial — Ministério da Justiça, 1984.

*Tese apresentada pelo Promotor de Justiça JOEL
JOSE CÂNDIDO, do Ministério Público do Rio Grande do Sul.*

Ementas: Torna obrigatória a participação do Ministério Público em todo o processo eleitoral e

Torna obrigatória a participação do Ministério Público na organização e no funcionamento dos Partidos Políticos.

Incluir na Constituição Federal:

"É obrigatória a participação do Ministério Público em todo o processo eleitoral, na forma da lei".

"A organização e funcionamento dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, com a participação do Ministério Público".

Porto Alegre, RS, 20 de fevereiro de 1987.

INTRODUÇÃO

O Direito Eleitoral é eminentemente direito público. O Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965) estabelece normas cogentes e indisponíveis destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, que são de ordem constitucional, precipuamente os de votar e ser votado. Não poderiam ser de outra natureza as regras jurídicas que prescrevessem os casos de inelegibilidades, como é o caso da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970). E, também, são de ordem pública os preceitos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971), pessoas jurídicas de direito público interno.

Assim sendo, pode-se dizer que daí decorre o caráter eminentemente público

do Direito Eleitoral, por quanto composto e integrado por esses três diplomas legais fundamentais, além de outros.

FUNDAMENTOS

1. Deste modo, ressalta, desde logo, a razão e a necessidade de ampla participação do Ministério Público em matéria concernente ao Direito Eleitoral e aos Partidos Políticos. O interesse público do Estado, tanto pela natureza das controvérsias que daí surgem, como pela qualidade das partes, está presente em todas as fases do processo eleitoral, bem como na fundação, organização, funcionamento e extinção dos Partidos Políticos. Isso é indiscutível.

2. Assim, seria lícito se supor tivesse o Ministério Público Eleitoral, já nesta quadra de nossa evolução legislativa, participação expressiva, clara e relevante em todo o processo eleitoral e político partidário. Mormente após os advenos da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, instrumento que deu contornos constitucionais, organizou e definiu as atividades do Ministério Público em todo o País.

3. Assim, todavia, não o é.

4. Com a abertura política vivida neste país, cujo ponto marcante foi a Lei de Anistia Política, naturalmente recrudesceu e se revitalizou o Direito Eleitoral, até então desconhecido e obscuro, apenas esporadicamente efervescente. Proporcionou-se a criação de novos partidos políticos. Procedeu-se a amplo recadastramento eleitoral. Voltaram as eleições, praticamente para todos os níveis, e, com elas, a instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

5. O novo quadro político-institucional mostrou a imperiosa necessidade de uma completa reforma eleitoral, que de há muito já vinha sendo sentida. Dela já cogita o Governo, embora tímida e incipientemente. De um momento para outro, a nação passou a viver dias de pleitos eleitorais dos mais significativos, embora sob a égide de um Código Eleitoral obsoleto e retrógrado; embora com partidos políticos desorganizados, e, praticamente, sem lei regulando, sequer razoavelmente, a propaganda política eleitoral e o abuso do poder econômico.

6. O Ministério Público Eleitoral, porém, por deficiência legislativa, ou tem participado timidamente nestes assuntos imprescindíveis a qualquer Estado moderno razoavelmente organizado, ou, muitas vezes, sequer participa, predominando, em decorrência, a iniquidade, a ilegalidade e a injustiça na propaganda; ficando pleitos importantes sem fiscalização; ocorrendo escrutínios morosos e, às vezes, com a ocorrência de crimes eleitorais, e restando o funcionamento de partidos políticos, principalmente os maiores e mais influentes, sem o necessário controle do Estado.

7. Nossa participação, como Promotor de Justiça Eleitoral, no segundo grau da jurisdição eleitoral, no Rio Grande do Sul, neste último pleito, requisitados pela dourada Procuradoria Regional Eleitoral, nos deu a oportunidade de constatar, inobstante o curto período de tempo de atuação, que somente em 27% dos feitos eleitorais por nós examinados houve participação do Ministério Público Eleitoral. Esse singelo dado estatístico mostra, embora perfunctoriamente, a inexpressividade, quase que a inexistência, da presença da Instituição em matéria eleitoral.

8. No tocante às atuais previsões legais, a Lei Orgânica do Ministério Público da União – Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951 –, nos arts. 72 a 79, dispõe, efectivamente, sobre o Ministério Público junto à Justiça Eleitoral, mas passados quase quarenta anos de sua promulgação, o minúsculo elenco de competência do Ministério Público, ali enumerado, hoje não é mais instrumento adequado e suficiente para regular as inúmeras participações e interferências que essa atividade do Estado exige da Instituição.

9. Paralelamente, a aplicação analógica do art. 82, III, do Código de Processo Civil, como fundamento legal para a intervenção do Ministério Público em matéria de Direito Eleitoral, não é aceita por alguns, por ser, aquela, norma com destinação teleológica diversa. E o argumento não é de um todo desprezível.

10. As resoluções do egrégio Tribunal Superior Eleitoral que são – ou poderiam ser – fontes secundárias do Direito, tradicional e costumeiramente editadas nas vésperas dos pleitos, são meras reproduções mecanográficas dos textos de lei, sem, pelo menos, trazer consigo o enriquecimento das criações jurisprudenciais daquela augusta Corte, e do respeitável Pretório Excelso, como se poderia esperar.

11. Os ingentes problemas de nosso Direito Eleitoral, aqui analisados apenas genericamente, como convém a um Congresso, são ainda mais sérios e não ficam af só no campo das deficiências legislativas. O Poder Judiciário Brasileiro, por exemplo, tem, no Direito Eleitoral e sua legislação específica, missão que, absolutamente, não é sua. O Juiz Eleitoral, a quem deve ser atribuído, de acordo com a nossa tradição e sistematização constitucional, apenas o exercício da jurisdição, o que já é tarefa mais do que preocupante e abrangente, age de ofício, fiscaliza, polícia investiga e instrui, e, ainda, ele mesmo, julga a matéria eleitoral que ele mesmo executou, tudo em prejuízo e detrimento da jurisdição isenta e imparcial, precisa e rápida, legal e justa. Disso são exemplos as normas do art. 32; art. 35, IV, XV, XVI; art. 139 e art. 140, § 2º, do Código Eleitoral, entre outras. Na prática, vale dizer, ainda exemplificativamente, o Luiz Eleitoral designa os mesários e os escrutinadores, a seu talante (art. 35, XIV e art. 38, caput, do Cód. Eleitoral) e, ele mesmo, em caso de impugnação, decide sobre a legalidade ou correção dessas nomeações (art. 121 e § 1º, do Cód. Eleitoral). Fiscaliza as mesas receptoras e julga os fatos apurados nessa fiscalização (art. 140, § 2º e art. 32, caput, do Cód. Eleitoral). Age de ofício no policiamento e diligências relativas à ordem e presteza do serviço eleitoral e exerce a jurisdição, quando é o caso, sobre esses mesmos fatos (art. 35, IV e art. 32, caput, do Cód. Eleitoral).

12. Por outro lado, a presença de leigos e descompromissados, no nosso Direito Eleitoral, não é mera abstração ou hipótese. O “observador” da Justiça Eleitoral nas convenções partidárias e as “pessoas idôneas” que examinam os casos de violação de uma, ambos nomeados pelo Juiz Eleitoral, disso são exemplos que em nada dignificam nosso processo partidário e eleitoral, de responsabilidade de uma legislação há muito ultrapassada e inadequada, carecedora de urgentes reparos e reformas.

13. Não se pode compreender, então, como deixar de fora o Ministério Público no Direito Eleitoral, ou como não se ampliar e ordenar, convenientemente, suas atribuições nessa área quando é, a Instituição, “a organização estatal destinada a velar pela observância da ordem jurídica, defendendo o interesse público, representando a sociedade, promovendo a apuração da responsabilidade penal dos infratores,

cuidando, entim, de acautelar os interesses particulares que estejam a carecer de proteção”, como prelecionou Fávila Ribeiro (Direito Eleitoral, Forense, 2^a edição, 1986, pág. 111). Ademais, a época é de expansão das atividades do Ministério Público, Instituição de que nenhum Estado moderno pode prescindir, e exemplo mais marcante disso, no Brasil, é o da promulgação da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que institui a Ação Civil Pública (interesses difusos).

14. A doutrina, da pena do experimentado e ilustre Fávila Ribeiro, adverte, mais uma vez, neste sentido:

“Já tivemos de focalizar as deficiências com relação a integração funcional dos Promotores de Justiça nas atividades eleitorais, apesar de profusas e constantes, mas lamentavelmente assim não tem sido entendido, pela própria razão de não ter havido uma preocupação em examiná-las. Tem sido sempre mais cômodo deixar como está, para não ter mais desafios a enfrentar. O Código Eleitoral não resenhou as competências dos Promotores em matéria eleitoral, não oferecendo uma concentração de suas competências que servissem de indicadores seguros de seus desempenhos”. (Ministério Público, Direito e Sociedade, Sérgio A. Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, pág. 56/57).

15. Destarte, outro deve ser o papel do Ministério Público, Federal ou Estadual, no Direito Eleitoral, aproveitando-se, para essa mudança legislativa, a elaboração da nova Constituição. Nenhum outro órgão tem maior legitimidade para agir, ou para fiscalizar, sempre que não for parte, em todas as fases do processo eleitoral: 1) de preparação, incluindo a propaganda; 2) de votação; 3) de escrutínio; e, 4) de diplomação, bem como, da mesma forma, na fundação, organização, funcionamento e extinção dos Partidos Políticos. Ao Poder Judiciário, deverá ser reservado o exercício da jurisdição, o que lhe é próprio e peculiar, tão somente, expurgando-se da lei todas as tarefas eleitorais e partidárias que não forem, especificamente, o exercício da “jurisdictione”. Ao Poder Legislativo, qualquer participação, nesse sentido, seria incogitável.

CONCLUSÃO

SUGERE-SE, por conseguinte, a este duto Plenário, a aprovação das regras constitucionais com as ementas à epígrafe. Por outro lado, sugere-se a aprovação, outrossim, dos princípios mínimos a seguir enumerados, a constarem de capítulo próprio do Ministério Público,

a) no CÓDIGO ELEITORAL:

I – É obrigatória a intervenção do Ministério Público Eleitoral em todos os atos das quatro fases do processo eleitoral: preparação, votação, escrutínio e diplomação. Não atuando como parte, participará o Ministério Público Eleitoral, obrigatoriamente, como fiscal da lei e de sua aplicação, com intimação sempre pessoal, sob pena de nulidade.

II – Os prazos para o Ministério Público Eleitoral serão sempre contados em dobro, vedado a estranhos à Instituição o exercício das suas funções (CPC, art. 188 e art. 55 da LC nº 40/81).

III – Nenhum agente do Ministério Público, Federal ou Estadual, poderá exercer qualquer atividade do Ministério Público Eleitoral — se, nos (4) quatro anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado Diretório Partidário, exercido atividade político-partidária ou tenha sido inscrito em Partido Político (art. 50, § 4º, da LOPP).

IV – Os membros do Ministério Público Eleitoral poderão votar em qualquer seção da Zona Eleitoral onde tiverem atribuição, salvo em eleições municipais, nas quais poderão voltar em qualquer seção do município em que forem eleitores, e terão preferência para votar (art. 145, parágrafo único, I e art. 143, § 2º, do Cód. Eleitoral).

b) na LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS:

I – O Ministério Público Eleitoral será ouvido, obrigatoriamente, no pedido de registro de Partido Político e será parte legítima para ajuizar ação de seu cancelamento (art. 13 e art. 113, § 1º, da LOPP).

II – O Ministério Público Eleitoral, por seus órgãos, acompanhará os trabalhos das convenções municipais, regionais e nacionais, e receberá cópia autêntica da ficha de inscrição de toda a filiação partidária — (art. 49 e § 1º e art. 66 da LOPP).

III – O Ministério Público Eleitoral é parte legítima para ajuizar a representação, perante a Justiça Eleitoral, por perda do mandato por infidelidade partidária, sem prejuízo do já disposto no art. 86 dessa mesma lei (art. 76 da LOPP).

IV – O Ministério Público Eleitoral acompanhará a administração financeira e a contabilidade dos Partidos Políticos. Cópia autêntica do balanço financeiro do exercício findo será anualmente enviada ao Ministério Público Eleitoral que fiscalizará, também, a aplicação do Fundo Partidário (art. 90 e art. 106, § 6º, da LOPP).

Porto Alegre, RS, 10 de fevereiro de 1987.

JOEL JOSÉ CÂNDIDO
Promotor de Justiça.

*TESE: PROPÕE SISTEMA DE PROVIMENTO E
DESTITUIÇÃO DO CARGO DE
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA*

*AUTOR: Adalberto de Souza Pasqualotto,
Promotor de Justiça/RS*

A indicação para o cargo de Procurador-Geral da República e virtual destituição de seu ocupante passam a se reger pelas seguintes disposições, a serem inseridas na futura Constituição:

Artigo – “O Procurador-Geral da República será nomeado pelo Presidente da República dentre os membros do último grau da carreira do Ministério Público da União, dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, e servirá por tempo determinado, que findará com o termo do mandato presidencial correspondente”.

Parágrafo – “O Procurador-Geral somente poderá ser destituído em caso de abuso de poder ou omissão grave dos deveres do cargo, por deliberação do Colégio Superior do Ministério Público da União, pelo voto mínimo de dois terços”.

1 – JUSTIFICATIVA

A tese propõe que a escolha do Procurador-Geral da República seja facultada ao Presidente da República dentre os membros do último grau da carreira do Ministério Público da União, dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios.

A Moção de Curitiba e o anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais adotaram, para a nomeação do Procurador-Geral da República, os mesmos critérios de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: livre indicação do Presidente da República dentre cidadãos maiores de 35 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada, e aprovação do Senado Federal (art. 9º da Moção e art. 310 do anteprojeto).

Tal critério é plenamente justificável para a composição do Supremo Tribunal Federal (e também do Superior Tribunal de Justiça, como prevê o anteprojeto constitucional). Os tribunais são órgãos colegiados e por razões consagradas não devem se compor exclusivamente de magistrados de carreira. Por isso, não haveria razão para limitar a escolha dos Ministros dos tribunais superiores aos membros do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal. Em outros casos, foi mantido no chamado “anteprojeto dos notáveis” o princípio da representação proporcional classista, aprimorado pela indicação direta do Ministério Público e da Ordem dos Advogados, nas vagas que lhes competirem (art. 267, § 2º).

Já o Procurador-Geral da República é cargo singular, com atribuição de chefia do Ministério Público. Nos Estados, foi marcante conquista institucional a limitação

da escolha do Procurador-Geral de Justiça aos membros do Colégio de Procuradores. De um lado, atendia-se à especialidade da função; de outra parte, firmava-se a independência institucional. Agora, pode-se acrescentar, a escolha circunscrita à carreira é corolário do princípio de que “é vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas”, insculpido no art. 55 da Lei Complementar nº 40 e repetido no art. 3º, parágrafo 4º, da Moção de Curitiba.

A tese propõe uma limitação do poder discricionário do Presidente da República, restringindo a indicação aos membros da carreira, conforme a doutrina institucional. Ao mesmo tempo, amplia o universo relativo daquela escolha, compreendendo o último grau da carreira do Ministério Público da União, dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios.

Embora se trate do provimento do cargo de Procurador-Geral da República, o âmbito de escolha não é limitado ao Ministério Público da União. A esfera de atuação, estadual ou federal, não afeta a natureza e as atribuições do cargo, de modo que nenhum prejuízo acarretará a eventual indicação de um membro de Ministério Público estadual para a chefia federal. De outro lado, fica aumentada a margem de escolha presidencial, preservando um residual de pessoalidade.

Restringida a indicação aos integrantes do último grau das carreiras do Ministério Público da União, dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, são dispensáveis os requisitos da idade, do saber jurídico notável e da reputação ilibada, todos presumidamente atendidos pelos indicáveis.

2. Também fica excluída a aprovação pelo Senado Federal, que só se justifica mediante o critério da escolha discricionária ampla, adotado na moção e no anteprojeto.

3. Mantida fica a previsão do mandato, que é a garantia efetiva da independência institucional. O prazo mesmo do mandato do Presidente que tiver feito a nomeação. Preferiu-se, nesse particular, a opção do anteprojeto, que dá margem à solução do problema da vacância do cargo de Presidente da República. Em isso ocorrendo, estará extinto também o mandato do Procurador-Geral da República. À lei incumbirá reger a transição até nova escolha.

4. O órgão de cassação do mandato do Procurador-Geral da República deve ser o Colégio Superior (ou órgão equivalente) do Ministério Público da União. Assim aconselha a necessidade de preservação da independência institucional e de impermeabilização à influência política. É ao colegiado de seus pares que o membro do Ministério Público deve prestar contas de sua atividade funcional. Sendo o Procurador-Geral integrante da carreira do Ministério Público, deve pelo Colégio Superior ser fiscalizado. Esse Colégio, naturalmente, será o do Ministério Público da União, embora o Procurador-Geral possa ser originário de outro “parquet”.

A alternativa do Senado Federal funcionar como órgão de julgamento da exoneração do Procurador-Geral, adotada no anteprojeto constitucional, era coerente com o sistema de aprovação da indicação para o cargo, cometida no mesmo texto à Câmara Alta do Congresso Nacional. Mudado o critério de escolha e nomeação, hão há porque manter o seu consectário. Ademais, não se vê razão para subtrair essa competência ao Colégio Superior. Nesse particular, a tese adota integralmente a redação da Moção de Curitiba, inclusive quanto aos caos de destituição (art. 9º, parágrafo único). A matéria deverá ser regulamentada em lei especial.

CONCLUSÕES

I — O Procurador-Geral da República deve ser escolhido dentre os membros do último grau da carreira do Ministério Público da União, dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios.

II — O Procurador-Geral da República deve exercer o cargo por tempo determinado.

III — O Colégio Superior ou órgão equivalente do Ministério Público da União deve julgar o Procurador-Geral da República nos casos de abuso de poder ou omissão grave no cumprimento dos deveres do cargo.

REFERÊNCIAS

1. *moção de Curitiba, da CONAMP e do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça.*
2. *Anteprojeto constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.*
3. *Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.*

INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL

Tupinambá Pinto de Azevedo

Promotor de Justiça — RGS

1. O Brasil é uma república *federativa* — reza o artigo 1º da Constituição Federal. Nada mais natural, portanto, que tenhamos um dualismo judiciário: Justiça Federal/Justiça Estadual, aquela criada pelo Decreto nº 848, de 11.10.1890.

Frederico Marques ensina que não há exemplo de Federação com Judiciário unificado e entregue exclusivamente à União.

2. O caso brasileiro é, contudo, “*sui aeneris*”. Pois ao lado da duplicidade de Justiças temos a unidade do Direito Civil, Comercial e Penal (o que não há, p. exemplo, nos Estados Unidos) e, a partir da Constituição de 1934, também a unidade do Processo Civil e Penal. Temos, assim, duplicidade de Justiças, embora aos juízes estaduais caiba a aplicação das normas de direito federal.

3. As Varas da Justiça Federal localizam-se nas capitais. A competência da Justiça Federal de primeiro grau, ao contrário do que poderia parecer, é extensa. Leia-se Milton Luiz Pereira: “A competência é qualificada e fixada, em razão dos titulares do direito em causa: União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Esses titulares não precisam aparecer somente como autores ou réus para fixação da competência, bastando que, de forma inequívoca, apresentem-se como assistentes ou oponentes. Esse interesse deve indicar a via processual, tanto nas causas cíveis, como criminais, dependendo da posição em que se coloque no direito judiciário. No cível, manifestando-se um interesse concreto e definido. Nas causas criminais quando os crimes sejam praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de entidades federais”. (“**JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**”, p. 41).

“*Ratione materiae*”, há competência nas causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, nas referentes à nacionalidade e naturalização. No crime, os previstos em tratado ou convenção internacional, em casos de ultra ou extraterritorialidade, os cometidos contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve, os de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro e os cometidos a bordo de navios e aeronaves (cfr. art. 125 CF).

Finalmente, cabe à Justiça Federal o julgamento dos “*habeas*” e mandados de segurança contra atos de autoridade não diretamente sujeitas a outra jurisdição e os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais (art. 110 CF).

4. Luiz Dória Furquim, Juiz Federal, assinala o gigantismo das Varas, com competência territorial igual à de um Tribunal de Estado-membro.

5. Em verdade, a Justiça Federal apresenta dois problemas de alta relevância: (a) o assoberbamento de serviços; (b) a distância em relação aos jurisdicionados re-

sidentes em comarcas do interior.

6. Quanto ao primeiro problema, não há como dissociá-lo do segundo. O desafogo das Varas passa pela maior aproximação entre partes e julgadores.

As causas trabalhistas da competência da Justiça Federal estrito senso (a Justiça do Trabalho também é federal), não apresentam diferenças essenciais que as distingam das demais causas trabalhistas. “Não se trata, a Justiça Federal, de uma Justiça Especial em relação à Justiça do Trabalho, mas apenas de um foro especial em relação a esta Justiça” — anota Furquim. E prossegue: “Como foro especial, não tem sustentação doutrinária e mesmo do Direito Positivo. Trata-se de uma figura *sui generis* introduzida pelo legislador e, por ser arbitrária, urge que seja abolida”.

Aliás, o mesmo magistrado, observando que as causas em que reclamadas a União, autarquias e empresas públicas da União, são *causas trabalhistas*, escreve: “Há uma competência *ratione personae* trabalhista da Justiça Federal, que não a tem, *ratione materiae*, criando-se um impasse metodológico consistente na adoção de um *esse et non esse* de um Poder Judiciário da União instituído constitucionalmente”. (L.D. Furquim, “UMA PROPOSTA À CONSTITUINTE: UNIFICAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL”, in volume comemorativo aos 60 anos do Instituto de Advogados do Rio Grande do Sul, 1986, p. 391 e 392).

7. Conclui-se que os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais, devem ser processados e julgados perante a Justiça do Trabalho. Há liberação da Justiça Federal e, ao mesmo tempo, vantagem para o servidor lotado em comarca interiorana.

8. A Constituição Federal não se alheou à questão da impossibilidade material de se criarem Varas da Justiça Federal em todas as comarcas. O artigo 126 CF dispõe: “A lei poderá permitir que ação fiscal e outras sejam promovidas, nas comarcas do interior, onde tiver domicílio a outra parte, perante a *Justiça do Estado* ou do Território, e com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, bem como atribuir ao Ministério Público local a representação judicial da União”.

É de se desejar que os créditos das empresas federais se executem no interior, como já ocorre com a cobrança de dívida ativa da União.

9. Como forma de evitar denegação de justiça, o § 3º do art. 125 CF manda que se processem e julguem na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que for parte instituição de provisão social e cujo objeto for benefício de natureza pecuniária, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. O recurso, que no caso couber, deverá ser interposto para o Tribunal Federal de Recursos”.

10. A lei antitóxicos, por outro lado, dispõe: “O processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à justiça estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos”.

11. O que se propõe é que tais exceções se tornem regra, com assento constitucional. Assim, é de se inserir na nova Carta, em elaboração, dispositivo que determine, nas causas de competência da Justiça Federal, sejam as mesmas processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio da parte, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, funcionando o Ministério Púlico local.

Em matéria criminal, a norma da lei 6368/76, transposta para a Constituição Federal, alcançará *todos* os crimes da competência federal: o processo e julgamento de crimes da competência da Justiça Federal caberão à Justiça estadual, com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara federal.

O recurso será para o Tribunal Federal de Recursos, até que sejam instalados Tribunais Federais de Recursos regionais, tal como previsto no art. 121, § 1º, da Constituição de 1967, suprimido pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977.

12. No momento em que se fala na instituição de Justiça Agrária, autônoma, federal, implicando na criação de aparatoso órgão paralelo, de qualquer forma sem agilidade para decidir questões fundiárias existentes em todo o *hinterland*, a sugestão aqui apresentada levaria ao interior, nos locais onde se fere o litígio, a prestação jurisdicional indispensável.

13. Quanto ao Ministério Público, embora a resistência a que o *Parquet* dos Estados represente a União nas execuções fiscais, sem dúvida sua presença no processo, suprindo a deficiência numérica e o afastamento espacial dos Procuradores da República e da Fazenda Nacional, representará melhor acesso à Justiça às populações interioranas.

CONCLUSÕES

(a) Propõe-se ao legislador constituinte a interiorização da Justiça Federal.

(b) Para tanto, há que inserir, no texto constitucional, dispositivo que determine, nas causas de competência da Justiça Federal, sejam as mesmas processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio da parte, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, funcionando o Ministério Público local.

(c) Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores da União, autarquias e empresas públicas federais, devem ser processados e julgados perante a Justiça do Trabalho.

(d) O processo e julgamento de crimes da competência da Justiça Federal caberão à justiça estadual, com interveniência do Ministério Público local, se o lugar em que praticado o delito for município que não seja sede de vara federal.

(e) Devem ser instalados Tribunais Federais de Recursos regionais, tal como previsto originariamente na Constituição de 1967 (art. 121, § 1º).

BIBLIOGRAFIA

Sílvio Dobrowolski, *A DINÂMICA DA JUSTIÇA FEDERAL*, Rev. da Procuradoria-Geral do Estado, RGS, vol. 35, p. 109 a 128.

Luiz Dória Furquim, *UMA PROPOSTA À CONSTITUINTE: UNIFICAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL*, in Publicação do 60º ano do Instituto dos Advogados do RGS, 1986, p. 387 a 396.

Osmar Alves de Mello, *ASPECTOS DA IMPRODUTIVIDADE DA JUSTIÇA*, in Revista de Informação Legislativa, nº 53, p. 259 a 270.

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSOR DO POVO

Tupinambá Pinto de Azevedo
Promotor de Justiça – RGS

Lembra-te de que sou poderoso. E sou apenas o último dos guardas. Em cada uma das salas existem outras sentinelas, cada qual mais poderosa. Nem eu aguento encarar sequer a terceira. (KAFKA).

1. A recente criação, junto à Presidência da República, da Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão – CÓDICI (Decreto nº 93.714, de 15.12.86), como experiência-piloto para futura instituição do Ouvidor-Geral ou Defensor do Povo, trouxe à cena, mais uma vez, o tema da fiscalização da administração pública, em benefício do cidadão.

2. Não se trata de um problema brasileiro, mas universal. E sua amplitude não se circunscreve a simples vigilância da atividade administrativa, posto que esta é simples parcela de um todo. Lembre-se de Fermín Espinoza, vulgarmente conhecido como Garabombo, camponês andino sem terras. Descobriu ele, um dia, que era invisível, não para seus companheiros, mas para as autoridades de seu país. Entrava e saía das repartições do governo, assinava requerimentos — e todos o ignoraram. Não obtinha respostas.

Não foi preciso muito tempo para descobrir que *não o viam porque não queriam vê-lo*. Era invisível como invisível eram todas as reclamações e queixas.

Garabobo é uma personagem de ficção, nascido de Manoel Scorza, o grande escritor peruano que recriou a guerra camponesa dos anos 60 em sua pátria. É mais do que isso, todavia: símbolo latino-americano (e universal) da marginalização das maiorias. Tão universal que a obra de Kafka, p. exemplo, está povoada de outros tantos Garabombos, homens comuns às voltas com a engrenagem burocrática, a injustiça social e a sensação constante de culpa, embora desconhecido o teor da acusação.

Culpados por estarem à margem do Poder?

3. No Brasil de hoje a capacidade que tem o cidadão de se fazer ouvir ou ver, de influir na ação estatal, se limita ao exercício do voto. Sem dúvida, ainda quando se trate de eleger uma Assembléia Constituinte, isso é pouco.

Há institutos que podem projetar a nação à frente da democracia puramente representativa, como o plebiscito, o *referendum* dos regimes parlamentaristas,

recall (possibilidade que tem o eleitor de destituir o parlamentar que não desempenhe o mandato conforme suas promessas e os desejos do eleitor).

De qualquer modo, é pequena a influência do cidadão nas políticas e na rotina do aparelho estatal.

4. Veja-se apenas um aspecto do problema: quando depende alguém de provéndias do poder público, depara-se com guichês, protocolos, filas, formulários, provando desde logo o sabor amargo da impotência para agilizar o atendimento ou obrigar ao simples e rápido cumprimento da lei. (*)

Ora, essa distância entre o contribuinte e administração não é apenas humilhante. Ela fortalece o burocrata. Como não se tem o domínio do emaranhado administrativo, tudo é possível. Porque, longe dos olhos da população, o burocrata habita o reino da impunidade. Sem falar na era cibernética, pois agora, entre contribuinte e administração existe outro anteparo, o computador. A experiência do cadastramento eleitoral é exemplar. Todos os títulos de gêmeos foram recusados *pela máquina*, embora não se possa atribuir ao computador a responsabilidade pelo estigma que se lançou sobre tais eleitores: de repente, todos eram suspeitos da prática de fraudes . E amargaram longas filas, mais uma vez, para comprovação de que não eram falsários.

5. Interessa enfatizar a impotência do cidadão brasileiro diante da máquina estatal: Em 1713 esse problema já inquietava os suecos, e data desse ano o surgimento do *OMBUDSMAN*, “literalmente, àquele que representa o povo o defensor do povo. Tal funcionário deveria oferecer ao indivíduo um canal de comunicação direta com a administração, investigando as violações da ética governamental, as injustiças administrativas e os atentados aos direitos civis. Hoje, o *OMBUDSMAN* está consagrado na Dinamarca, Finlândia, Noruega, Alemanha Ocidental, Inglaterra, França, Grécia, Israel, Canadá, entre outros.

6. A “Comissão de Estudos Constitucionais” sugeriu a criação de figura assemelhada, espécie de comissário independente, com plenos poderes para investigar, disponível para o recebimento de queixas dos cidadãos sobre falhas da administração pública, devendo prestar informações sobre elas e, quando possível, obter solução administrativa para os queixosos. Não esclarece o Projeto se a atividade do Defensor do Povo se dará também perante o Judiciário. Se a atividade fiscalizadora não se restringir ao âmbito extra-judicial, teremos reprovável dualismo: Defensor do Povo e Ministério Público com idênticas atribuições.

7. A Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão – CÓDICI –, já mencionada, sob a presidência de servidor do Gabinete Civil, atua na fiscalização das atividades dos órgãos da Administração Federal, incluídas as entidades da Administração Indireta, as submetidas ao controle destas ou da União, as Fundações sob supervisão ministerial, concessionárias de serviços públicos e demais instituições que executem serviço delegado do poder público federal.

A CÓDICI elabora relatório anual, remetido, após aprovação da Presidência da República, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas. O Ministério Público (no caso, a Procuradoria-Geral da República) não é destinatário de cópia do mencionado relatório. Mas a CÓDICI deve sugerir ao órgão competente do Ministério Público a adoção de medidas, administrativas ou judiciais, que

visem a resguardar ou preservar a intangibilidade do interesse público (art. 5º, IV do Decreto nº 93.714, de 15.12.86). Finalmente, é vedado à CÓDICI a divulgação de fatos sob sua avaliação, sem expressa autorização presidencial.

8. Ninguém , de sã consciência, poderá opor embargos ao aperfeiçoamento dos instrumentos que permitem fiscalizar a administração pública.

Mas o Defensor do Povo, que Marco Maciel prefere denominar “OUVIDOR GERAL”, pode se tornar simplesmente mais um funcionário, à frente de custos e ineficiente repartição.

O aludido CÓDICI é mau começo: o decreto que o institui deixa clara sua vinculação à Presidência da República, sem autonomia e poder.

9. Todos concordam com a necessidade de permitir maior controle do aparelho estatal, pelo cidadão, e reconhecem a existência de um espaço vazio, terra de ninguém, no qual o poder público e o aparato burocrático atuam sem freios e fiscalização.

A fiscalização parlamentar, via CPIs, é insuficiente e episódica; a fiscalização dos Tribunais de Contas se faz *a posteriori*, e sobre a administração global; a fiscalização do cidadão, seja através da ação popular, seja através do mandado de segurança, esbarra no formalismo dos obstáculos processuais e nas custas. Nenhuma garantia existe de que um novo “super-funcionário, escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, com mandato de cinco anos, de acordo com o Projeto dos “Notáveis”, preencha esse espaço e derrube os entraves burocráticos.

10. Melhor seria investir o Ministério Público de garantias, atribuições e instrumentos que lhe permitissem o exercício dessa missão, afinal já afeiçoada ao seu perfil constitucional.

Há um Promotor de Justiça em cada comarca do País, o que facilitaria a tarefa. Há experiência dos Promotores, pois já atuam como Defensores do Povo em várias esferas, seja provendo a ação penal, reprimindo os abusos de autoridade, intervindo nos processos em que há interesse público ou social relevante, promovendo a ação civil pública para proteção dos patrimônios público e social, dos interesses coletivos, como meio-ambiente e do consumidor. Mesmo em exame superficial nota-se que o Ministério Público é o órgão, com assento constitucional, para a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

O Defensor do Povo, na forma do Projeto dos Notáveis, caracteriza órgão hipertrofiado de fiscalização, acumulando indevidamente atribuições federais e estaduais, tradicionalmente deferidas ao Ministério Público. Já o CÓDICI padece de debilidade congênita, atrelamento ao executivo e ausência de garantias.

11. Vale como advertência o texto de José Galvani Alberton, Promotor de Justiça em Santa Catrina, Coordenador-Geral do DECOM:

“Agride o senso ético, e até mesmo o sentimento cívico do cidadão, a desproporção, amiúde constatada, entre o conteúdo institucional e programático dos órgãos públicos e os resultados concretos por eles atingidos, ou mesmo as técnicas e critérios operacionais utilizados, ao longo de sucessivas administrações. Normalmente, quando a lei cria um determinado órgão, e lhe fixa as atribuições, arma-se junto à população a justa expectativa de que ele exaurirá eficientemente todo o âmbito de sua competência e comparecerá com resultados

*tados concretos, obrigatoriamente identificados com o bem-comum. Lamentavelmente, nem sempre assim acontece. Não raro, seja por falta de visão conjuntural, seja por incompetência, incúria ou má-fé dos administradores e agentes públicos, o que ocorre é que esses órgãos se desvirtuam ou se amesquinham, sem jamais atingir, ou sem atingir plenamente os objetivos para os quais foram concebidos. E as consequências não podem ser outras: frustração popular, desmoralização da administração pública". (**)*

12. No Ministério Público dos Estados é conhecido o trabalho das Coordenações das Promotorias Criminais ou Equipes Especializadas, sobretudo na proteção do inquilino e do Consumidor, como do meio-ambiente.

Por isso entende-se que ao Ministério Público devem ser canalizadas as tarefas e os instrumentos de defesa do Estado democrático, crivoante clara tendência legislativa.

13. À objeção de que o Ministério Público somente está legitimado a agir perante o Judiciário ("essencial à função jurisdicional do estado"), responde Sérgio Andréa Ferreira:

*"A atuação do Ministério Público junto ao Poder Judiciário é, ou deve ser, apenas uma das suas áreas de atividade. Cumpre desenvolver suas funções extrajudiciais, com as características próprias de uma atuação executiva, inclusive a auto-executoriedade. O Ministério Público não é responsável perante o Judiciário, salvo na medida em que, juridicamente, qualquer um pode ser responsabilizado judicialmente, através de processo próprio." (***)*

14. Basta de Garabombos, homens invisíveis que somente são lembrados em períodos eleitorais, habitantes dos longos corredores das repartições públicas e hospitais, sem direitos efetivos e vítimas contumazes do "sabe com quem está falando?" Em lugar da invisibilidade do brasileiro precisa-se da total transparência do Poder. Para isso, o Estado não deve temer seus cidadãos, encastelando-se atrás de inúmeras sentinelas.

O Estado de Direito começa pelo acesso de todos aos serviços públicos, postos à disposição da população, pelo fim de todas as marginalidades e pelo exercício pleno da cidadania.

CONCLUSÕES

- a) A Constituição Federal deve consagrar a Defensoria do Povo, traçando suas linhas mestras e localizando os dispositivos pertinentes no capítulo que trata do Ministério Público;
- b) O perfil constitucional do Defensor do Povo deve atender às seguintes exigências:
 1. o cargo será exercido por integrantes do Ministério Público de carreira, respeitada a discriminação de competências constitucionais e o princípio federativo;
 2. a fiscalização dos órgãos federais, da administração direta ou indireta, funda-

ções, concessionárias de serviços públicos e demais instituições que executem serviços delegados (o poder público federal, será exercida, nas capitais, por Procurador da República especialmente designado para o cargo de Defensor do Povo, com mandato de cinco anos;

3. a fiscalização dos órgãos estaduais, da administração direta ou indireta, fundações, concessionárias de serviços públicos e demais instituições que executem serviços delegados do poder público estadual, será exercida, nas capitais, pelo Defensor do Povo do Estado-membro, nomeado pelo Procurador-Geral de Justiça, com mandato de cinco anos, dentre Procuradores de Justiça escolhidos em lista tríplice, elaborada pelo Colégio de Procuradores;
4. nas comarcas do interior o agente do Ministério Público terá as atribuições de Defensor do Povo, legitimado à fiscalização, apuração de abusos e omissões de qualquer autoridade, federal, estadual ou municipal, no âmbito da respectiva comarca;
5. o Defensor do Povo está legitimado para propositura de todas as ações indispensáveis ao cumprimento de suas atribuições, sempre que ineficaz ou desatendida medida extrajudicial.

NOTAS

* Caso típico ocorreu no Rio Grande do Sul, quando do pagamento parcelado do 13º salário dos servidores públicos. Tendo o Tesouro do Estado descontado, indevidamente, o imposto de renda, na fonte, já no pagamento da primeira parcela, reteve os respectivos "contra-cheques", impossibilitando o imediato acesso dos servidores ao Judiciário, pois a prova documental do desconto foi sonegada.

** José Galvani Alberton, 'O PROJETO CATARINENSE DE DEFESA DO CONSUMIDOR', p. 11 (mimeo.).

*** Sérgio Andréa Ferreira, 'PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO', p. 20.

CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MESMO ESTADO, DE ESTADOS DIVERSOS E ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL

José Antônio Paganella Boschi
Promotor de Justiça — RS

1. INTRODUÇÃO

Objetiva este trabalho estudar e propor alternativa de resolução ao conflito de atribuições ocorrível entre membros do Ministério Público de Estados diversos ou entre membros do Ministério Público Federal e Estadual, uma vez que, a despeito de decisões do Colendo Supremo Tribunal, de tese apresentanda no 6º Congresso Nacional do Ministério Público (1) e de lições doutrinárias, o tema continua atual, especialmente agora, frente a nova Constituição Federal e sua inevitável Lei Complementar disposta sobre matéria relativa às atribuições do Ministério Público como Instituição e de seus Órgãos de Chefia.

Denomina-se conflito de atribuições entre agentes do Ministério Público a divergência entre dois ou mais integrantes do “Parquet”, em torno da atribuição para o exercício de algum ato inerente à atividade funcional. O conflito de atribuições não constitui exclusividade do Ministério Público, uma vez que ele pode ocorrer entre titulares de atribuições vinculados a qualquer um dos Poderes do Estado. Assim, por exemplo, quando o Vice-Presidente do Tribunal e o Corregedor-Geral da Justiça divergem em torno da atribuição para autenticar livros da Secretaria ocorre autêntico conflito de atribuições entre autoridades judiciais, porque, na lição de PAULO CÉSAR PINHEIRO CARNEIRO, ele tem a ver com o “conteúdo da atividade” que deve ser realizada (2).

O conflito de atribuições entre agentes do Ministério Público surge, no âmbito penal, como regra, na ocasião do exame dos autos do inquérito policial pelo Promotor de Justiça, para a formação da “Opinio Delicti”. Recebendo, assim, os autos com vista, o agente do Ministério Público percebe que não detém atribuições e consequentemente o juiz perante o qual atua não é o competente para a prática de qualquer ato inerente ao futuro processo judicial. Por isso, requer o envio dos referidos autos de inquérito ao colega com atribuições para denunciar, pleitear novas diligências, requerer o arquivamento, atividades próprias do Ministério Público na fase pré-processual, vindo a realizar autêntico controle indireto sobre a competência do Juiz antes da instauração da ação, em resguardo à garantia constitucional do juízo natural.

São freqüentes os equívocos entre o conflito de atribuições e os conflitos de

jurisdição e de competência estes últimos decorrentes da declaração de competência ou incompetência entre as justiças do País ou entre os juízes da mesma Justiça para oficiarem no processo. O conflito de atribuições, no entanto, situa-se na fase pré-processual, ao passo que os conflitos de jurisdição e de competência somente surgem no curso da relação jurídico-processual regularmente instaurada.

Esta nota característica desses conflitos constitui a chave para a compreensão do tema e ao mesmo tempo o indicador seguro da solução do problema.

O Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, que ora está em tramitação no Congresso, instituindo o novo Código de Processo Penal para o País, extirpa o conflito de atribuições na fase pré-processual ao determinar que o Promotor de Justiça, mesmo sem atribuições, ofereça a denúncia e requeira a remessa dos autos ao juiz competente. Dispõe, com efeito, o artigo 22º. "Se o Ministério Público entender incompetente o juiz, oferecerá denúncia e requererá a remessa dos autos ao juiz competente".

O Projeto não esclarece quem deve receber a vestibular. Se o juiz incompetente ou aquele para quem foi declinada a competência. A solução mais lógica parece ser a que indica este último como sendo a autoridade judicial que deve lançar o despacho, podendo inclusive deixar de receber ou rejeitar a denúncia, uma vez que a ela tocará conhecer e decidir todas as questões formais ou de mérito relativas ao fato "sub judice".

A instituição desse dispositivo funda-se, em nosso sentir, no princípio da unidade do Ministério Público. Todavia, parece-nos, quebra o princípio da independência funcional, uma vez que o Promotor de Justiça que atua perante o juiz que recebeu o feito fica impedido de requerer o arquivamento do inquérito, ainda que convencido da inexistência de crime a punir.

No âmbito dos Estados é hoje pacífico que o conflito de atribuições entre os agentes do Ministério Público deve ser resolvido pelo Procurador-Geral da Justiça (aplicação analógica do art. 28, do CPP ou disposição legal expressa, como a do art. 25, nº 36, da Lei 7.669/82, do RGS).

A doutrina e a jurisprudência não são unânimes em torno da questão na hipótese de conflito entre agentes do Ministério Público de estados diversos ou entre agentes do Ministério Público Estadual e Federal.

Este trabalho — sem a pretensão da originalidade — objetiva reavivar a discussão para o efeito de assegurar que a resolução desses conflitos se dê no âmbito interno da instituição — pelo Procurador-Geral da República. No rol de suas atribuições, na Constituição Federal ou na Lei Complementar que, inevitavelmente, vai dispor sobre o Ministério Público e seus Órgãos deve constar regra expressa nesse sentido, uma vez que toda e qualquer controvérsia atinente ao campo de atuação do "Parquet" deve ser resolvida "interna corporis", em resguardo ao princípio constitucional da independência, condição para o pleno e efetivo exercício de seu "munus público".

2. O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E A JURISPRUDÊNCIA

O Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu em conflitos de atribuições suscitados entre membros do Ministério Público de Estados diversos que o fato da "en-

campação pelos juízes locais das posições dos Promotores de Justiça determinava a caracterização do conflito de jurisdição. Jamais de atribuição, remetendo, pois, os autos, ao Tribunal Federal de Recursos, uma vez que o art. 122, inc. I, letra "e", da atual Constituição Federal, assegura competência a esse Tribunal para processar e julgar originariamente os conflitos de jurisdição entre juízes federais a ele subordinados e entre juízes subordinados a Tribunais diversos (3).

O mais alto Poder incorreu, datíssima vénia, no equívoco de ver conflito de jurisdição onde o conflito de jurisdição verdadeiramente não existia. As hipóteses examinadas limitavam-se à determinação do órgão do Ministério Público com atribuições para realizar atos inerentes ao processo sem que processo algum ainda tivesse sido instaurado. Não se pode concluir o despacho de mero expediente do magistrado, abrindo vista dos autos do inquérito ao Promotor, ou, recebendo tais autos, por declinação de competência e encaminhando-os ao órgão do Ministério Público, possam ser considerados atos de natureza processual, no exato sentido da palavra.

Além do mais, como bem observou o Procurador da República CLÁUDIO L. FONTELLAS — que oficiou no Conflito de Atribuições nº 9-RJ — (4) "a controvérsia surgida entre os dignos membros do Ministério Público Estadual... " dizia "respeito exclusivamente à tipificação do fato apurado", razão pela qual, por tal juiz de valor "jamais se responsabilizará a autoridade policial" e à autoridade policial ficará reservado, "caso ele não se consolide, comportamento fiscalizador, na medida em que se lhe enseja a oportunidade de provocar a decisão final, sobre a propositura da ação do Procurador-Geral, figura máxima do Ministério Público".

Esse mesmo argumento foi exposto em tese apresentada no 6º Congresso Nacional do Ministério Público, em São Paulo (5).

Daí resulta, como bem assinala o ilustre colega, que "se o conflito se trava no desempenho da função específica e exclusiva do Ministério Público... não se pode cogitar de encancação dos pronunciamentos pelas respectivas autoridades judiciais, ainda porque não se pode dizer o que é de direito, exercício da função judicial, quando não se consolidou o juiz de proposta".

Essas mesmas premissas podem ser empregadas para a resolução do conflito de atribuições entre agentes do Ministério Público Estadual e Federal.

3. A RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Enquanto o Colendo Supremo Tribunal Federal entende que compete ao Tribunal Federal de Recursos resolver os conflitos ora ventilados, de acordo com a regra esculpida no art. 122, inc. I, letra "e", da Constituição Federal, PAULO CÉSAR PINHEIRO, por seu turno, leciona que a competência para tal é do próprio Supremo. Argumenta com a regra do artigo 119, inc. I, letra "d", da Constituição Federal, que reza: "Compete ao Supremo Tribunal Federal: 1 — Processar e julgar originariamente:... d — as causas e conflitos entre a União e os Estados e Territórios ou entre uns e outros, inclusive os órgãos da administração indireta".

Pelo sistema constitucional em vigor parece-nos que essa conclusão efetivamente é a mais correta. Os conflitos entre a União e os Estados e Territórios pressu-

põem, à toda evidência, controvérsias no plano administrativo em torno da atribuição para fazer ou não fazer alguma coisa por parte de quaisquer autoridades, inclusive judicárias, uma vez que o conflito dito de jurisdição deve ser processado e julgado pelo Tribunal Federal de Recursos, ante regra expressa (Art. 122, I, "e").

Inobstante a correção da conclusão somos favoráveis a que o conflito de atribuições entre agentes do Ministério Público — nos casos ora ventilados — deva ser resolvido no âmbito interno da instituição do Ministério Público. Se o problema consiste em determinar qual agente da instituição deva praticar ato incluído na esfera da atribuição do "Parquet" — não vemos sentido prático ou lógico que essa determinação se transfira ao Poder Judiciário.

Poder-se-ia objetar que o Procurador-Geral da República — autoridade que, em nosso ver, deve ter a atribuição legal expressa para resolver o conflito, nas hipóteses que estamos examinando, não detém poder ou hierarquia sobre os membros do Ministérios Públicos Estaduais.

Se isto é certo, não é, de outro lado, menos certo que à Instituição do Ministério Público parece-nos mais conveniente atribuir, de "lege ferenda", ao Procurador-Geral da República esse poder, do que assegurá-lo ao Poder Judiciário, quebrando, assim, a unidade que deve continuar sendo um dos princípios basilares do "Parquet".

4. CONCLUSÃO

Propomos que o conflito de atribuições entre agentes do Ministério Público de Estados diversos ou entre agentes do Ministério Público Federal e Estadual deva ser resolvido pelo Procurador-Geral da República.

Regra nesse sentido deve ser inserida na Constituição Federal na parte que dispuer sobre as atribuições do Procurador-Geral da República ou, se for o caso, na Lei Complementar que dispõe sobre o Ministério Público brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- 1 – *Teses apresentadas no 6º Congresso Nacional do Ministério Público, São Paulo, volume impresso nas Escolas Profissionais SALESIANAS, Autor Cláudio L. Fonteles, Procurador da República, p. 393 e seguintes.*
- 2 – PAULO CÉSAR PINHEIRO CARNEIRO, "Conflito de Atribuições Entre Membros do Ministério Público de Estados Diversos", in *Revista "Temas Atuais de Direito"*, publicação da Associação do Ministério Público do RJ, p. 51 a seq.).
- 3 – *Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F., volumes 101, p. 531 e 103, p. 809.*
- 4 – CLÁUDIO L. Fonteles, parecer lançado no Conflito de Atribuições nº 9-RJ, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência do S.T.F.*, 103, p. 809.
- 5 – *Teses apresentadas no 6º Congresso Nacional do Ministério Público, citado.*

DO PROMOTOR NATURAL

Francisco Luçardo
Promotor de Justiça RS

1. INTRODUÇÃO

No ano em que se instala em nosso país a Assembléia Nacional Constituinte com o objetivo de elaborar e aprovar a nova Constituição, que passará a reger os destinos da nação, é natural que o Ministério Público brasileiro se mobilize para buscar sua afirmação no texto constitucional, consolidando seu aperfeiçoamento que tem sido lento, mas constante, graças ao incessante trabalho e a luta indormida dos membros da instituição.

Dentre as inúmeras preocupações que afligem a nossa classe, inclui-se a solidificação, na Lei Maior, do princípio do Promotor Natural, cuja finalidade é evitar algumas distorções que ainda ocorrem.

Podemos destacar, entre elas, as chamadas "equipes especializadas" para repressão de determinados crimes, os impropriamente ditos "cargos de confiança" ou as "designações especiais".

Em todos esses casos o Procurador-Geral escolhe, ao seu arbítrio, Promotores de Justiça para desempenharem funções específicas.

Tais procedimentos implicam em desprestígio para o órgão do Ministério Público, titular de cargo, que tem sua atividade funcional restringida. Ocasionalmente abalo sério na credibilidade da própria Instituição que, como sói acontecer, deixa de seguir os critérios estritamente legais para regular a atuação de seus membros. Podem ainda ensejar designações motivadas por intenções menos nobres, totalmente avessas à finalidade do órgão que tem a missão de defender a sociedade com isenção.

2. SISTEMA VIGENTE

Em excelente trabalho apresentado no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo, em junho de 1985, os colegas paulistas Jaques de Camargo Penteado, Promotor de Justiça e Clóvis Almir Vital de Uzada, Procurador de Justiça, sustentam que "o princípio do promotor natural está inserido na Constituição da República" (Teses, pág. 495/502).

Invocando lições de Ruy Barbosa, Aroldo Valadão e Manoel Gonçalves Fer-

reira Filho a respeito dos direitos especiais do indivíduo, restabelecimento da ordem jurídica violada e da ampla defesa, destacam os eruditos tesistas três pontos a que o legislador está obrigado a respeitar ao regular o processo criminal: "velar para que todo acusado tenha seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo em que se ofereçam outras". (Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1975, vol. 3º/104).

E prosseguem:

"Este o teor explícito do comando constitucional que, implicitamente assegura que o órgão constitucional encarregado da acusação se pautará, *previamente*, pelo respeito ao princípio da ampla defesa. Estruturar-se-á em lei consentânea com o princípio outorgado. Está claro que o mesmo texto que assegura ampla defesa contém o princípio da acusação *constitucionalmente adequada*; isto é, por órgão próprio e não para o (. . .) encargo determinado, para as funções e não para o ato específico.

"Quando a Constituição Federal assegura ampla defesa e cria o Ministério Público há que se extrair do sistema integral a conclusão de que o "parquet" deva ser o primeiro interessado na realização completa e antecipada daquele princípio e, portanto, direta e substancialmente para acusação advinda da *naturalidade* de seu organismo e da normalidade decorrente da distribuição legal dos serviços.

"Governo algum pode interferir no Ministério Público para obter acusação contra inimigo político, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da ampla defesa. Não basta o controle jurisdicional posterior eis que a todo indivíduo deve ser assegurado o direito de jamais ver seu nome inserido numa denúncia sem supedâneo suficiente. E o contrário deve ser igualmente analisado. Governo algum pode interferir no "parquet" para obter denúncia que jamais chegará a bom termo ou arquivamento que deixará de levar à condenação justamente aqueles que feriu a ordem jurídica".

Vislumbram os autores do trabalho nos §§ 10 e 159 do art. 153 da Constituição Federal o princípio do promotor natural que qualificam de "garantia maior de valimento da pretensão punitiva justa e certeza incontestável da proteção do indivíduo", mormente diante do proclamado pelo § 36 do citado artigo, segundo lapidação de José Frederico Marques (Tratado de Direito Processual Penal, Ed. Saraiva, SP, 1980, 1º vol. pág. 109).

Destacam que a lei estadual não pode violar essa garantia, referindo a Constituição do Estado de São Paulo no que pertine a organização do Ministério Público em carreira e a *Lei Complementar 40/81* que assegura designações *na forma da lei* e delimita a remoção.

Criticam a Lei Complementar Estadual 304/82 (arts. 32 nros 11, 17, 32 e 123) afirmando:

"Os dispositivos citados da legislação estadual violam a reserva constitucional para edição de normas processuais e ferem o princípio do promotor natural", pois segundo Canuto Mendes de Almeida (Princípios Fundamentais do Processo Penal, Ed. Revista do Tribunais, SP, 1977, pág. 88), "Só um ato legislativo pode impedir a atuação legal do órgão do Ministério Público."

3. VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

No Rio Grande do Sul, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Estadual nº 7.669, de 17/6/82), nas disposições especiais e transitórias, art. 38, assim dispõe: "O membro do Ministério Público nomeado Procurador-Geral ou *designado* para o exercício das funções de Corregedor-Geral, Procurador-Assessor, Procurador de Fundações, Promotor-Secretário, Promotor-Coordenador de Promotorias de Justiça, Promotor-Assessor, Promotor-Corregedor, *Promotor de Justiça com atuação perante o Tribunal do Júri da Capital* e Curador de Fundações da Capital, *não perderá a classificação no cargo de que é titular*, sendo-lhe vedado, no entanto, o direito à remoção ou permuta".

O art. 41 da mesma lei estabelece: "Os cargos e os órgãos de atuação do Ministério Público são distribuídos de acordo com os Anexos desta Lei".

Os anexos referidos não contemplam cargos de Promotor de Justiça junto ao Tribunal do Júri.

Assim, os colegas que atuam perante esse tribunal são designados livremente pelo Procurador-Geral, em flagrante desrespeito ao Princípio do Promotor Natural.

A designação é para o exercício das funções, não havendo classificação do Promotor, como titular do cargo, na forma da estrita legalidade que deve regular a atuação funcional do órgão ministerial.

Há poucos anos, um dos atos do Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul foi questionado, através de mandado de segurança, perante o Tribunal de Justiça do Estado. Tratava-se da cessação da designação de Promotor de Justiça que atuava junto ao Tribunal do Júri da Capital. O colegiado, entretanto, por maioria de votos, negou a segurança impetrada, afirmando a constitucionalidade das normas da legislação estadual aqui aludidas (RJTJRG 100/213).

Pode-se até admitir que os demais encargos referidos pelo citado art. 38 sejam desempenhados por órgão da confiança de quem designa, embora o ideal seja a classificação de todos como titulares de cargo.

Além dessas violações há ainda as chamadas "designações especiais" de Promotores de Justiça para atuarem em determinados processos, contrariando o princípio que consagra a naturalidade da acusação, com grave desrespeito ao Promotor de Justiça titular do cargo, principalmente nas comarcas do interior do Estado.

Em São Paulo, a Resolução nº 1/84 que criou Equipes Especializadas em Repressão a determinados crimes, como enfatizam os autores do trabalho citado, está envolvida do vício da *inconstitucionalidade*.

Dizem os Doutores Jaques Camargo Penteado e Clóvis Almir Vital de Ulzeda: "Foram criadas funções, sem os cargos correspondentes; esvaziaram-se as funções legais dos Promotores titulares das Promotorias de Justiça Criminais da Capital de São Paulo, que recebem os processos ajuizados por colegas que são apenas designados, mas que passam a dirigir, indiretamente, a própria distribuição da Justiça Criminal.

"À evidência, a resolução ignorou (como se inexistente fosse) o princípio do Promotor Natural.

"Como se fez isso em nome de uma pretensa eficiência no combate à crimi-

naidade, há que se anotar que o simples descumprimento do princípio do Promotor Natural... traz em si a garantia da ineficiência.

"A Equipe é solução inadequada à realidade do trabalho do Promotor; essencialmente *individual*; fundado na convicção íntima, jurídica, independente".¹

Preconizando a criação de serviços auxiliares que não substituam o promotor na função, apontam os eminentes colegas paulistas as inconveniências dessa solução, afirmando: "a aplicação do princípio do Promotor Natural, a par de sua evidente constitucionalidade, é a única via a ser trilhada pelo Ministério Público, se desejar atingir uma eficiência que justifique sua própria existência institucional".

"Outros caminhos, por mais engenhosos que possam parecer na sua elaboração, à derrota, por antecipado fracasso na execução".

Nas conclusões finais de seu trabalho, os ilustres colegas destacam:

"1. O princípio do Promotor Natural está consagrado na Constituição Federal.

"2. A lei estadual não pode regular a atuação do Ministério Público sem observância estrita de *garantia* do Promotor Natural.

"3. A garantia do Promotor Natural consiste na criação, pela Constituição Federal, de órgão estável, independente, designado para o cargo (e *não* para encargo determinado) e para as funções (e *não* para o ato específico).

"4. A concretização prática deste princípio implica na atuação do Ministério Público de forma adequada ao restabelecimento da ordem jurídica violada com prontidão e eficiência, e no respeito aos princípios da isonomia e da ampla defesa.

"5. Equipes Especializadas, sem cargos específicos, com órgãos simples e discricionariamente designados para atos específicos, ferem o princípio do Promotor Natural; fracionando a responsabilidade do funcionário; esvaziando-lhe a respectiva função; tornando-se, pois, meio ineficiente de combate a criminalidade".

Em que pese o vigor dá tese dos colegas paulistas em prol do reconhecimento de que o princípio está consagrado na carta vigente, urge que o novo texto constitucional explice-o com precisão e clareza.

Inúmeras são as violações ao preceito, embora admitida sua presença na sistemática atual. Faz-se necessária então sua expressa inclusão na nova Constituição a fim de que se não o veja ignorado nas legislações estaduais.

O Anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo Senador Afonso Arinos de Mello Franco, assegura importantes garantias ao Ministério Público, mas não inclui no seu bojo, expressamente, o princípio do Promotor Natural. Nem mesmo a Moção de Curitiba, considerada a cartilha da Instituição em termos de aspirações constitucionais, consigna-o categoricamente. E sua colocação adequada parece ser no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais da pessoa. Só assim terá o indivíduo a certeza de acusação isenta.

4. CONCLUSÃO

O princípio do Promotor Natural deve ser inserido no texto constitucional de maneira clara, precisa e expressa, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

5. OBRAS E TRABALHOS CONSULTADOS

1. Teses do VI Congresso Nacional do Ministério Público.
2. Legislação do Ministério Público do Rio Grande do Sul.
3. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nº 100/213.
4. Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.
5. Moção de Curitiba.

O DIREITO AMBIENTAL NA NOVA CONSTITUIÇÃO

*ANTÔNIO EZEQUIEL DE ARAÚJO NETO
Promotor de Justiça Substituto*

Didstrito Federal

SUMÁRIO

1. Introdução
2. O Ordenamento Jurídico e o Meio Ambiente
3. O Problema da Supletividade da Competência Legiferante/Jurisdicional
4. Conclusões

INTRODUÇÃO

O problema da conservação e preservação do meio ambiente, tem sido objeto de grave preocupação no mundo contemporâneo. Essa preocupação tem se tornado cada vez mais sentida e inquietante, na medida em que o avanço tecnológico e os processos de civilização têm induzido o homem à prática da violação predatória da natureza, ora por ignorância, ora por deliberados e irresponsáveis procedimentos.

É justamente esse tipo de procedimento predatório criminoso que está a exigir pronta e eficaz atuação do Estado, no sentido de dotar o ordenamento jurídico de normas de conduta que venham a reger, em nível jurídico, o comportamento racional e responsável do homem em face ao meio-ambiente.

No abalizado dizer de HAROLD EDGARD STRÄNG, “Entre as atividades que preocupam o mundo técnico-científico de hoje , talvez nenhuma outra se revista de consequências tão profundas para o futuro do homem quanto a do conservacionismo. Em particular, a conservação do ambiente natural do homem”.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO E O MEIO AMBIENTE

A responsabilidade para legislar sobre recursos naturais se acha, em larga escala, atribuída à União Federal, consoante se pode inferir do inciso XVII, alíneas *h, i*, do artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, cujos institutos se referem às águas, subsolo, fauna, flora, caça e pesca.

No que respeita à competência legislativa prevista na alínea *c*, dos mesmos inciso e artigo da Norma Constitucional, inclusive a *proteção da saúde*, admitiu-a o texto Constitucional aos Estados (art. 89, parágrafo único).

Ora, em se atribuindo aos Estados competência supletiva para legislar sobre proteção à saúde, de igual modo se fez, embora pela via oblíqua, para legislarem também sobre o meio-ambiente.

Essa competência legiferante supletiva deu origem a edição de textos legais que encerram vasto sistema normativo sobre o trato da questão ambiental, num verdadeiro “cipoal” de leis, portarias, etc., que hoje obstaculizam, de certo modo, a eficácia do controle oficial do problema.

Comparando-se o ordenamento jurídico pátrio sobre conservação da natureza com o de alguns outros países, deparamo-nos com o seguinte quadro:

PAÍS	LEIS FEDERAIS	OUTROS DIPLOMAS	TOTAL
México	2		2
Peru	3		3
Suíça	3	1	4
Espanha	7	2	9
E.U.A.	8	1	9
Grã-Bretanha	2	9	11
Itália	10	4	14
França	14	13	27
BRASIL*	119	6	125

* até 1978

referidos dados numéricos se cingem, tão-somente ao âmbito federal, posto que se adentramos na órbita estadual veremos esse número, no mínimo quintuplicado. A título de ilustração, vale salientar-se que, somente o Estado de São Paulo, até o ano de 1986, contava com 25 (vinte e cinco) diplomas normativos relativos apenas à defesa de águas públicas, excluídos, portanto, o ar atmosférico, a flora e a fauna.

Em maio de 1973, durante o Seminário de Direito Urbano promovido pelo Instituto Brasileiro de Administração-IBAM, no Rio de Janeiro, o problema da fragmentação do ordenamento jurídico sobre a questão do meio ambiente já se fazia sentir em unanimidade.

De outro modo, situação outra igualmente preocupante, no trato da questão ambiental, diz respeito à proliferação, cada vez mais crescente, de órgãos e entidades no campo federal, estadual e municipal atuando indiscriminada e muita vez antagonicamente sobre a matéria.

A propósito, convém que se traga à lume breve trecho da Exposição de Motivos nº 01.119, de 17.10.73, firmada pelos então Ministros do Interior e SEPLAN/PR, quando da remessa à Presidência da República, do anteprojeto do vigente Decreto nº 73.030/73, que criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA,

ad literam:

“A definição precisa de responsabilidades no tocante à administração de recursos naturais, carece, pois, de um ordenamento legal adequado e de uma revisão da estrutura executiva”.

Ademais, imperioso se torna que se promova ampla reforma da legislação vigente, inclusive a revogação de institutos vários, flagrantemente antagônicos com a política de preservação ambiental. O parágrafo único, do art. 27 do Código Florestal – Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 –, por exemplo, admite e autoriza a queima de vegetações, *verbis*:

“Art. 27 – *omissis*

Parágrafo único – Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução”.

Eis aí um incentivo legal às *queimadas* que favorecem a erosão e determinam o cansaço precoce do solo. Esse dispositivo legal, sob outra ótica de visão, deixa clara a existência de interesses econômicos que, no trato da questão ambiental, têm prevalecido sobre o interesse comum e, até mesmo, sobre a saúde da população.

Disposição outra do Código Florestal igualmente maléfica, se contém no artigo 44, *verbis*:

“Art. 44 – Na Região Norte e na parte Norte da Região Centro-Oeste, enquanto não for estabelecido o Decreto de que trata o art. 15, a exploração a corte raso só é permitível desde que permaneça com cobertura arbórea, pelo menos 50% da área de cada propriedade”.

Imaginemos, pois, que cada proprietário, nas regiões apontadas (principalmente os grandes latifundiários), usassem suas moto-serras em metade das florestas de pequeno porte existentes em suas respectivas *propriedades*...

O tratamento legal em comento, deveria se referir não a *propriedades*, mas a micro-regiões.

Essas e outras mazelas da esparsa legislação vigente sobre o meio ambiente devem ser objeto de especial e dedicada atenção na Assembléia Nacional Constituinte ora instalada.

3. O PROBLEMA DA SUPLETIVIDADE DA COMPETÊNCIA LEGIFERANTE/JURISDICIONAL

Já se demonstrou anteriormente, a situação prejudicial da edição, indiscriminada e irracional de normas estaduais e municipais sobre o meio ambiente.

Não se pretende aqui sustentar a centralização normativo-legal à órbita federal, pois, conforme acentuado por Édis Milaré, Hugo Nigro Mazzilli e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, in, "O Ministério Público e a Questão Ambiental na Constituição":

"O patrimônio ambiental não é propriedade da União, dos Estados-membros ou dos Municípios, mas de todo o povo (*res omnium*). A preservação do meio ambiente interessa mais de perto a toda a coletividade do que apenas às entidades políticas".

Ao contrário, deverá a nova Carta Política atribuir competência, concorrente ou supletiva, aos Estados e Municípios, para legislar sobre a questão ambiental, desde que se faça de modo racional e imune às poderosas investidas de grupos econômicos e pessoas inescrupulosas.

Ademais, para isso há que se dotar os Municípios, principalmente, de recursos para que possam exercer um efetivo controle local dos problemas ambientais, mediante ampla reforma tributária que lhes devolva os recursos por eles gerados e que hoje são vorazmente abocanhados pela União.

No que pertine à competência jurisdicional, sustenta-se, validamente, seja cometido à Justiça Federal a apreciação e julgamento das causas relativas ao meio ambiente quando os efeitos maléficos do dano ecológico atingirem o território de mais de um Estado membro e, nas demais hipóteses, essa competência faria restrita à Justiça estadual, observada a regra da fixação da competência ao foro do local onde se desenvolveu a atividade danosa.

No tocante ao Ministério Público, há proposta de que, no trato da divisão de atribuições do Ministério Público Federal e do "Parquet" estadual, a solução se dê através da legitimidade concorrente ao Ministério Público Federal e local.

Aliás, essa legitimidade concorrente já vem sendo exercitada após o advento da Lei nº 6.938/81.

Em São Paulo, o Ministério Público, sempre pioneiro no encaminhamento das mais importantes questões sociais e das discussões dos altos interesses da Instituição, criou, em sua estrutura, a Coordenadoria das Curadorias de Proteção ao Meio Ambiente, ora sob o comando do colega Édis Milaré, cujo trabalho vem sendo acompanhado e conhecido em todo o País.

Covém salientar, por oportuno, que a atuação dos colegas que integram as Curadorias de Proteção ao Meio Ambiente, sob a coordenação de Édis Milaré, tem sido motivo de gáudio e orgulho a nós todos do Ministério Público.

Recentemente, tivemos a honra de conhecer o teor do v. Acórdão proferido pela 4ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 63.981-1, cujo arresto veio a consagrar a atuação das Curadorias de Proteção ao Meio Ambiente, porquanto, em negando provimento ao recurso interposto pela Petrobrás, manteve o Colendo TJSP a sentença prima que condenara essa empresa estatal à reparação dos danos causados aos moradores da "Vila Socó", vitimados que foram por tenebroso e fatal incêndio.

Entretanto, não basta a atuação firme e decidida do Ministério Público no trato da repressão aos crimes ecológicos. Mister se faz, pois, que a nova Carta Política disponha sobre o assunto de forma incisiva e infensa a interesses outros que não os da coletividade.

"O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida adequadas, em ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, cabendo-lhe a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações atuais e futuras"

(CARTA DE ESTOCOLMO)

Eis o que deve servir de inspiração aos nossos Constituintes.

Nesta bela Capital mineira, em julho de 1981 se realizou o III Simpósio Nacional de Ecologia, promovido pelo Governo do Estado através do Instituto Estadual de Florestas e outras entidades governamentais ligadas ao assunto.

Naquela ocasião, tivemos a honra de apresentar, como membro da Comissão Técnica de Direito Ambiental, singela e modesta tese – O ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E O MEIO AMBIENTE – cujo trabalho veio a merecer o beneplácito do Plenário do referido conclave, e, já naquela ocasião se debatia o posicionamento Constitucional da defesa e preservação do meio-ambiente, o que foi objeto da Moção nº 22 do Plenário, *verbis*:

"Que o III Simpósio Nacional de Ecologia manifeste-se vigorosamente em favor da convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte precedida de amplo debate entre as diversas camadas da população brasileira, visando a representatividade legítima dos anseios do País e capaz de fixar as diretrizes de uma autêntica e legítima política ambiental alicerçada no eficaz equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação dos recursos naturais do País".

4. CONCLUSÕES

a) A legislação vigente sobre o meio ambiente deve ser totalmente revista, estatuindo-se no ordenamento jurídico pátrio o CÓDIGO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, precedido de amplo debate entre o Poder Público e a sociedade.

b) Necessário se torna ampla cooperação entre os três níveis do Poder Público, ficando o Município responsável pelo controle local dos problemas ambientais, devendo, para tanto, ser efetivada ampla reforma tributária que devolva ao Município os recursos por eles gerados, a fim de que possam levar a cabo a conservação dos seus recursos naturais.

c) Deve ser incluída nos currículos das Escolas Superiores do País, em caráter obrigatório, a disciplina DIREITO AMBIENTAL.

d) Que sejam encaminhadas às bancadas partidárias na Assembléia Nacional Constituinte, as teses e moções apresentadas e aprovadas neste VII Congresso Nacional do Ministério Público, sobre as questões relacionadas com o meio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

1. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico* – Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ed. Saraiva, 1977.

2. *Regime Jurídico de Águas Públicas* – Cid Pompeu Tomanik – CETESB – São Paulo – 1976.
3. *Legislação de Conservação da Natureza* – David F. Cavalcanti – FBCN, Rio de Janeiro – 1978.
4. *O Uso da Terra* – Durval Lobo – ed. Conquista, Rio de Janeiro – 1958.
5. *Legislacion Urbanística Comparada* – Omer Lares – Fundo Editorial Co-mum, Caracas – 1971.
6. *O Ministério Público e a Questão Ambiental na Constituição* – Édis Milaré, Hugo Nigro Mazzilli e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz – VI Congresso Nacional do Ministério Público – São Paulo – 1985.
7. *Ministério Público, Estado e Constituição* – Paulo Salvador Frontini – JUS-TITIA, vol. 90 – 1975.
8. *Constituições do Brasil* – Senado Federal – 1986.

O POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

AUTOR:

ANTÔNIO EZQUEL DE ARAÚJO NETO
Promotor de Justiça Substituto

Distrito Federal

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Evolução Histórica
3. Posição do Ministério Público do D.F. e dos Territórios na Constituição
4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios teve sua organização prevista na Carta Política de 1934, cujo artigo 95 dispunha que o Ministério Público seria organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

Não obstante a disposição Constitucional supra, o “Parquet” do Distrito Federal e dos Territórios, ao longo desses 53 (cinqüenta e três) anos, tem enfrentado toda sorte de problemas, dada a ausência de sua plena institucionalização via de lei orgânica própria e específica às peculiaridades do Distrito Federal, principalmente.

Essa falta de institucionalização tem provocado uma crescente e preocupante diminuição e desprestígio do M.P.D.F.T.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Com o advento da República, o Ministério Público do Distrito Federal teve seu nascituro no Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, que organizou a Justiça do Distrito Federal. O Decreto nº 134, de 11 de abril de 1891 baixou as instruções de funcionamento da Instituição do D.F., mais tarde alteradas pelo Decreto nº 24.227, de 12 de maio de 1934 e pelo Decreto-lei nº 1.316 de 2 de junho de 1939.

Por força do Decreto-lei nº 6.887, de 21 de setembro de 1944, foi criado o Ministério Público dos Territórios, sendo que esse diploma dispunha sobre a organização judiciária dos Territórios do Acre, Amapá, Guaporé, Ponta-Porã e Iguaçu.

Com o advento, em seguida, da Lei nº 116, de 16 de outubro de 1947, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios passou a ser regido por um único diploma que dispôs sobre sua estrutura, ingresso na carreira, etc.

Outras leis esparsas se seguiram dispendendo sobre alterações estruturais, criação de cargos, atribuições, etc., até que, em 20 de julho de 1958 foi editado o "Código do Ministério Público do Distrito Federal" — Lei nº 3.434.

Com a mudança da Capital Federal para Brasília, o Ministério Público do D.F. teve sua inclusão na Lei nº 3.754, de 14 de abril de 1960, que dispôs sobre a organização judiciária do Distrito Federal de Brasília (Livro II, Títulos I, II e III), mantidas, entretanto, as disposições da pré-falada Lei 3.434/1958 com algumas ressalvas.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 4.158, de 28 de novembro de 1962 que dispôs sobre a carreira do M.P.D.F. e, em 28 de abril de 1969, com o advento do Decreto nº 64.416, a Instituição perdeu sua autonomia administrativa e financeira, e se viu elencada como "órgão operacional autônomo" do Ministério da Justiça, ao lado do Departamento Nacional de Trânsito, Departamento de Polícia Federal, Arquivo Nacional, Departamento de Imprensa Nacional e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, convindo salientar-se que, nesse mesmo rol figura também o Ministério Público da União (artigo 38).

Eis, pois, a posição em que fora colocado no M.P.D.F.T. — órgão inferior da estrutura Ministerial e mero agente operacional do Executivo —, quando deveria ser um Órgão do Estado de Direito, no abalizado dizer do festejado professor Benedicto de Campos.

Com o advento da Lei Orgânica do Ministério Público — Lei Complementar nº 40, de 14 dezembro de 1981 — os Estados da Federação passaram a dotar o Ministério público local de suas respectivas leis orgânicas, sendo que, ao Distrito Federal e aos Territórios apenas estabeleceu, no artigo 60, *verbis*:

"Aplicam-se à organização do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, *no que couber*, as normas constantes desta Lei".

(grifamos)

Com isso, a Instituição passou a se reger, ora pelas normas consubstanciadas na Lei 3.434/1958, ora pelas normas da LC nº 40/1981, sendo certo que diversos institutos daquele diploma foram revogados pela referida Lei Complementar.

Não obstante, continua a Lei nº 3.434/1958 a reger as atividades do M.P.D.F.T., principalmente no que é menos benéfico à Classe, convindo salientar que, ao postular a concessão do auxílio-transporte previsto no item I, do artigo 37, da Lei Orgânica Geral, vários colegas que oficiam nas cidades-satélites de Brasília-DF tiveram dito pleito indeferido pela Chefia do "Parquet", sob o argumento da falta de amparo legal.

Com o agravamento da vexatória e humilhante situação salarial que, além de

tudo o mais se abatia sobre os membros da Instituição, eis que deflagrou-se movimento paralitário de todas as atividades do "Parquet" do Distrito Federal e nos Territórios, que veio a culminar com a edição do Decreto-lei nº 2.267, de 13 de março de 1985, que transformou, criou cargos e fixou novos vencimentos aos membros da Instituição, beneficiando também o Ministério Público junto à Justiça Militar, do Trabalho e do Tribunal de Contas da União.

Além disso, por força do mesmo diploma, a nomeação do Procurador-Geral da Justiça passou a se efetivar dentre os Procuradores de Justiça, evitando-se, pois, a designação de estranhos para a Chefia do "Parquet".

Não obstante, continuava o M.P.D.F.T. sem uma organização institucional, agora regido pela Lei 3.434/1958, pela Lei Complementar nº 40/1981 e, finalmente, pelo Decreto-lei nº 2.267/1985, sendo certo que o Colégio de Procuradores nunca se instalara; nunca se reunira.

Em meados de 1986, designou-se no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, Comissão integrada por dois Procuradores de Justiça e pela Presidente da Associação do MPDFT, para a atribuição específica de apresentar à Procuradoria-Geral, minuta de anteprojeto da Lei Orgânica da nossa Instituição, o que foi feito, tendo dita Comissão tomado como parâmetros as Lei Orgânicas do Ministério Público dos Estados de São Paulo, Rondônia, Bahia, Minas Gerais, Pará e Goiás.

Recebido o anteprojeto em comento, a Procuradoria-Geral de então abriu prazo para que os membros da Instituição oferecessem emendas e/ou sugestões. Com isso fomos todos tomados por uma onda de alento e esperança de que, afinal, teria o "Parquet" do Distrito Federal e dos Territórios, sua organização legal, a exemplo de todos os Estados da Federação.

O alento e a esperança pouco duraram, posto que a Procuradoria Geral, sem qualquer consulta ou debate com a Classe, fez remeter ao Executivo, via do Ministério da Justiça, anteprojeto de lei, mais tarde enviado ao Congresso Nacional, onde na Câmara dos Deputados recebeu o nº 7.634-D/86.

Referido projeto de lei, cunhado pela Procuradoria-Geral de "mini-lei", encerrava em sua redação original, dentre outras mazelas, o quase total esvaziamento das atribuições do Egrégio Conselho Superior, tornando-o órgão meramente opinativo, sem qualquer poder de deliberação, além de transmudar o Procurador-Geral como que na figura de César, o todo poderoso Imperador de Roma.

No tocante às vantagens conferidas aos membros do "Parquet", dito projeto de lei omitiu, deliberadamente, o auxílio-transporte, cuja vantagem se acha expressamente consignada no item I, do artigo 37, da Lei Complementar nº 40/81, e o auxílio moradia, devido aos colegas não contemplados com residência funcional, pelo referido projeto ficou fixado em 30% (trinta por cento) do respectivo *vencimento*, aí entendido apenas o vencimento básico mais a verba de representação. Com isso, esses colegas auferem hoje a quantia de Cz\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos cruzados) mensais a título de auxílio-moradia, cuja importância não remunera a locação sequer de uma casa de dois quartos tipo COHAB, na região periférica de Brasília-DF.

Enquanto isso, 90% (noventa por cento) dos membros da Instituição residem em imóveis funcionais, a custo zero, cujos imóveis, se locados a preços de

mercado, atingiram patamares de Cz\$ 15.000,00 (quinze mil cruzados) a Cz\$ 20.000,00 (vinte mil cruzados).

Finalmente, silenciou o projeto sobre a perda de posição do membro do “Parquet” na lista de antigüidade, em razão de licença médica, inclusive.

Diante do gravíssimo perigo que ameaçava a nossa secular Instituição, eis que uma comissão de corajosos Promotores de Justiça, sob a liderança da nossa Associação, passou a peregrinar pelos gabinetes do Parlamento, em busca do apoio salvador, e eis que, no Senado Federal, contou a Classe com a sensibilidade e o incondicional apoio do eminentíssimo Senador Alexandre Costa, a quem sequer conhecíamos. Sua Excelência, num gesto que jamais será esquecido, subscreveu e sustentou 09 (nove) emendas elaboradas pelo eminentíssimo Procurador de Justiça Gilvan de Queiroz e pela combativa Presidente da AMPDFT, a ilustre Promotora de Justiça Elza Lugon.

Referidas emendas, todas de real interesse à Instituição, repunham o Conselho Superior e o Colégio de Procuradores na sua verdadeira posição de Órgãos de administração e de deliberação superiores do Ministério Público; previam igual tratamento e uso das prerrogativas e a representação dispensados à Magistratura, gratificação por participação em concurso e concessão do auxílio transporte, assegurando ainda a posição dos membros do “Parquet” na lista de antigüidade em caso de afastamento para tratamento de saúde.

Além disso, dispunham ditas emendas sobre o direito de cada membro da instituição de escolher, segundo sua antigüidade, a Promotoria de Justiça da Circunscrição Judiciária onde quisesse oficiar, de modo a, com isso, por um fim nas remoções sem critérios e, em certos casos, com caráter nitidamente punitivo de Promotores de Justiça.

Finalmente, previu-se a eleição do Procurador Geral da Justiça pelos membros da carreira, cuja proposição de há muito tem sido objeto de discussão convergente em todos os eventos do Ministério Público.

Em verdade, o Procurador-Geral da Justiça, bem assim o Procurador-Geral da República, não podem continuar sob o espectro da demissibilidade *ad nutum*, muita vez decretada por motivos políticos ou inspirada em interesses obscuros.

“A Chefia do Ministério Público, concentrando a maioria dos poderes administrativos, é o único órgão não colegiado, razão bastante para indicar a preferência de investidas escusas, barganhas, apelos e pressões formulados pelos representantes do imoralismo”.

As emendas propostas ao projeto original em comento, foram, sem exceção, aprovadas pelo Plenário do Senado Federal, o que constituiu magistral e inesquecível vitória da Instituição.

Retornando à Câmara Federal, porque emendado no Senado, o Projeto de Lei 7.634-D/86 foi aprovado naquela Casa Congressual, à exceção da emenda que previa a destituição do Procurador-Geral pelo voto de 2/3 (dois terços) dos membros do Colégio de Procuradores, bem como sua eleição pelos membros do MP, em lista tríplice.

Convém salientar-se, por oportuno, que, na Câmara Federal, quando da votação das emendas aprovadas pelo Senado, verdadeiro “bombardeio” ecoou, vindo

de pessoas e autoridades dos mais diversos escalões oficiais, objetivando a não aprovação das referidas emendas, cujo êxito apenas se verificou com relação a que previa a destituição do Procurador-Geral. É o que se soube durante a tramitação do projeto no Órgão Cameral.

Prevalente a soberania do Poder Legislativo, foi o projeto aprovado e remetido à sanção Presidencial, mas, eis que, ao que se soube, nova carga de pressão se fez disparar, desta feita para que fossem vetadas todas as disposições do texto original emendadas pelo Senado Federal e ratificadas pela Câmara dos Deputados.

Necessário se fez, pois, nova peregrinação, quase *via crucis*, em defesa da integridade do projeto, em cuja luta se incorporou a Confederação Nacional do Ministério Público, sob a competente liderança de Luiz Antônio Fleury Filho.

Não obstante, vimos cair por terra, via do veto Presidencial, o auxílio-transporte; a competência do Conselho Superior para deliberar sobre a aplicação das normas administrativas e financeiras que dizem respeito ao Ministério Público; a aplicação supletiva da Lei Orgânica da Magistratura.

Finalmente, aos 23 de dezembro de 1986, foi publicada a Lei nº 7.567, de 19 de dezembro, com os vetos acima referidos, cujo diploma, conquanto tenha salvo a Instituição das investidas dos seus inimigos e daqueles que a usaram como “bico” ou trampolim para outros cargos fora dos seus quadros, certo é que não dispõe o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios de sua lei orgânica, estando, portanto, acéfalo há mais de meio século.

Relembre-se, por oportuno, que o M.P.D.F.T. não integra o Governo do Distrito Federal (nem deve, enquanto não tivermos o governador eleito pelo voto popular), nem o Ministério Público Federal, sendo, como já dito, mero “órgão operacional autônomo” do Ministério da Justiça.

O Distrito Federal, por força da Emenda Constitucional nº 25/85, passou a ter representação política parcial, eis que eleitos 3 (três) Senadores e 8 (oito) Deputados Federais. Diz-se que a autonomia política total virá na nova Carta Política e, em assim sendo, deverá o Ministério Público do Distrito Federal integrar a estrutura governamental, como sói ocorrer nos Estados da Federação.

Entrementes, merece atenção e análise a proposição de que o M.P.D.F. passe a integrar a estrutura do Ministério Público Federal, respeitado seu elenco de atribuições que seria alinhado em lei orgânica específica, bem assim sua autonomia e independência funcional, isso numa ampla revisão do “Parquet” Federal, cujo Chefe, na atualidade, ocupa cargo de confiança do Presidente da República e, por isso, demissível *ad nutum*.

De outro modo, em caso de vir o M.P.D.F. a integrar, no futuro Constitucional o Governo do Distrito Federal, dever-se-á permitir aos seus membros o direito de opção por integrar o Ministério Público Federal, sendo-lhes assegurados todos os direitos e vantagens da carreira de Procurador da República.

3. POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS NA CONSTITUIÇÃO

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, como inicialmente posto, teve sua organização prevista na Carta Política de 1934 (art. 34).

A Constituição de 1937, que deu origem ao “Estado Novo”, simplesmente omitiu a Instituição Ministerial, e apenas previu a forma de escolha do Procurador-Geral da República (art. 99).

A Carta Política de 1946, de cunho liberal, fez exsurgir o “Parquet” como Instituição, dedicando-lhe o Título III, cujo art. 128 encerrou a benéfica inovação da organização em carreira e, nos Estados, a promoção de entrância em entrância.

A Constituição de 1967 praticamente reprisou o tratamento da Carta de 1946, com algumas regras adicionais relativas à organização do MPDF por lei federal, estabilidade bienal, aposentadoria, vencimentos, delegação de funções do “Parquet” federal ao Ministério Público local, etc.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, transpôs o Ministério Público para o Capítulo do Poder Executivo (Seção VII) e, em nada inovou, salvo a inamovibilidade dos membros da Instituição, posto que a remoção prescindiria de representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço (§ 1º, art. 95).

A Emenda Constitucional nº 07, de 1977, propiciou novas esperanças no soerguimento da Instituição, o que foi conseguido, em parte, através da edição da Lei Orgânica do Ministério Público – Lei Complementar nº 40/1981 –, vetada que foi em institutos de real importância ao “Parquet”.

O País vive na atualidade sensível clima de mudanças políticas, institucionais, econômicas e sociais, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte. Essa é a hora, o momento das grandes transformações e o Ministério Público, cada vez mais desprestigiado em suas garantias institucionais, terá de empreender luta objetivando assegurar na nova Carta Política, o seu verdadeiro posicionamento.

É do conhecimento geral de que os legisladores pátrios, salvo raríssimas exceções, nunca se preocuparam em ver o Ministério Público em posição condizente com sua alta missão institucional e legal. Igual posicionamento foi adotado pelo Poder Executivo, notadamente no período ditatorial pós-64 que abalou a consciência dos homens livres deste País, mas, eis que a esperança e o otimismo ressurgem no sentido de que tenhamos o Ministério Público, não como *Órgão*, mas como *Instituição*.

É agora ou nunca!

Conforme o abalizado dizer de Benedicto de Campos, *in*, “O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil”, ed. Revista dos Tribunais:

“Em suas leis e constituições os povos inscrevem aquilo que consideram importante, basilar e fundamental para o progresso individual e social. Ao lado de todo aparelhamento administrativo e técnico há de existir determinados órgãos que, pela sua importância e destaque, visem proteger os mais caros dos chamados direitos individuais. Nas suas relações privadas, muitas e muitas vezes são postos em jogo bens relevantes, que violados ou ameaçados, poderão não somente destruir o indivíduo, mas a própria sociedade”.

É de se inferir, dessa lapidar e memorável citação de Benedicto de Campos,

que o Ministério Público não é um instrumento ou agente do Executivo. “É Órgão do Estado de Direito”, e, como alinhavou César Salgado, “O Ministério Público é Órgão da Soberania do Estado e não do Governo”.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, especificamente, haverá de merecer tratamento diferenciado, ante as peculiaridades que apresenta. O Distrito Federal, por exemplo, não tem Municípios, mas as chamadas “cidades-satélites” de Brasília, postas na organização judiciária local como Circunscrições Judiciárias, cuja administração é exercitada por “administradores regionais” nomeados pelo Governador e demissíveis *ad nutum*, por quanto ocupam cargo de confiança.

Daí não existirem entrâncias e, até bem pouco tempo, a movimentação de Promotores de Justiça se fazia indiscriminadamente, bastando exemplificar o caso de um colega que, no espaço de um ano, oficiou na Coordenação de Assistência Judiciária e Assistência Judiciária de 5 (cinco) Varas Cíveis e do I Tribunal do Júri na Circunscrição Judiciária de Taguatinga-DF, isso cumulativamente; em seguida, passou a oficiar, na acusação, no mesmo Tribunal do Júri; posteriormente, foi designado para oficiar na assistência judiciária de 2 (duas) Varas Criminais e Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF; mais tarde, passou a responder pela Curadoria-Geral de Promotoria de Justiça .. Circunscrição Judiciária de Planaltina DF; em seguida, e cumulativamente, foi designado para oficiar na Coordenação de Assistência Judiciária e assistência judiciária de 2 (duas) Varas Cíveis da Circunscrição Judiciária do Gama-DF, e, posteriormente, nas 2 (duas) Varas Criminais da mesma Circunscrição; a seguir, passou dito Promotor de Justiça a oficiar na Curadoria-Geral (Família, Incapazes, Ausentes), Promotoria e Assistência Judiciária de 2 (duas) Varas Cíveis e 2 (duas) Varas Criminais dessa mesma Circunscrição.

Referido Promotor de Justiça, que reside na Capital – Brasília –, para se deslocar àqueles locais de trabalho, o fez em veículo próprio e à sua conta, posto que, no entender da douta Procuradoria-Geral de então, os membros do “Parquet” do Distrito Federal não têm direito ao auxílio-transporte previsto na Lei Complementar nº 40/1981.

Exemplo como o ora narrado a esse Colendo Plenário, é apenas um dentre muitos casos de flagrante vilipêndio ao Princípio da Isonomia que vêm combatindo quase uma centena de Promotores de Justiça.

4. CONCLUSÕES

a) O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios deve merecer tratamento constitucional compatível com a sua natureza jurídica e suas peculiaridades locais;

b) o Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deverá ser eleito diretamente pelos membros da carreira, dentre lista tríplice integrada por Procuradores de Justiça;

c) para o asseguramento das suas garantias institucionais, principalmente, é de todo conveniente a incorporação do M.P.D.F.T. ao Ministério Público Federal, mantidos sua estruturação atual, inclusive a Chefia por Procurador-Geral da Justiça, bem assim suas atribuições legais, com todos os direitos e vantagens conferidos.

dos ao “Parquet” Federal;

d) na hipótese de vir o M.P.D.F.T. a integrar a estrutura do Distrito Federal em consequência da esperada autonomia política total, dever-se-á conferir aos seus membros o direito de opção por integrar o Ministério Público Federal na carreira de Procurador da República, assegurando-se-lhes todos os direitos e vantagens.

BIBLIOGRAFIA

1. *O Ministério Público na Constituição* – Antônio Ezequiel de A. Neto, tese apresentada e aprovada no II PROJUS – Campo Grande-MS, junho/1986.
2. *Ministério Público* – Leopoldo Braga – Revista de Direito, vol. 3, 1967, Rio de Janeiro.
3. *Perspectivas do Ministério Público na Conjuntura Constitucional Brasileira* – Ruy Junqueira de Freitas Camargo – Revista do MP Fluminense, vol. 2, 1971 – Niterói-RJ.
4. *O Ministério Público e o Processo Civil* – José Ribeiro Leitão.
5. *Situação Constitucional do Ministério Público* – Valdir Sznick – tese aprovada pelo Plenário do VI Congresso Nacional do MP – São Paulo – junho/1985.
6. *A Chefia e a Independência do Ministério Público* – Paulo Edson Marques – tese aprovada pelo Plenário do VI Congresso Nacional do MP – São Paulo – junho/1985.
7. *O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil* – Benedicto de Campos.
8. *Constituições do Brasil* – Senado Federal, vol. 1, 1986.
9. *Documentação Legislativa sobre o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios* – Ministério da Justiça, 1975.

DUALIDADE DE JURISDIÇÃO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O MINISTÉRIO PÚBLICO.

AUTORES:

ROSEMARY MACHADO SILVA
NILTON JOSÉ MACHADO
PROMOTORES DE JUSTIÇA EM SANTA CATARINA

Uma das falhas mais graves no estudo das nossas instituições jurídicas, di-lo o professor *MIGUEL REALE*, tem sido o descaso por seu entendimento em função de seus pressupostos factuais ou axiológicos ou, por outras palavras, do complexo de circunstância e de elementos ideológicos que cercam a sua instauração e desenvolvimento. Essa carência de historicidade objetiva e concreta nota-se, sobretudo, na análise da nossa experiência constitucional, nem sempre inserida em seu processo real, preferindo-se estudar as nossas soluções normativas tão-somente à luz de influências alienígenas operantes em nossa vida pública(1).

Desse desvio de perspectiva a que se referiu *MIGUEL REALE*, padecem vários institutos jurídicos e, dentre eles, os procedimentais, instituídos ou implantados entre nós sem esses pressupostos factuais, como ocorre com o sistema da dualidade recursal pelo qual tem optado o legislador processual brasileiro.

Aproveitando-se a oportunidade da instalação do processo constitucional que estamos vivendo, poder-se-á sugerir a restrição do campo de opção do legislador ordinário referente a impugnabilidade para, nos quadrantes da própria Constituição, desenhar o perfil do sistema recursal no processo, como forma capaz de racionalizar o prestacionamento da tutela jurisdicional do Estado, com incontáveis vantagens econômicas e sociais para o cidadão, a sociedade, o Estado e a Nação.

Este o tema sobre o qual nos propusemos traçar rápidas pinceladas, oferecendo-o à meditação dessa augusta assembléia para, se entender passível de aproveitamento, aprová-lo.

A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO

Para o Professor *JOSE FREDERICO MARQUES*, “O processo, dentro da ordem democrática, é instrumento de realização da Justiça, na órbita da legalida-

1. *Por uma Constituição Brasileira* – RT. 1985. pág. 29.

de"(2), fim último do Poder Judiciário. A ação judiciária prepara o caminho da Justiça: pela luta de pensamento que nela se desenvolve; pelas relações que nela vivem, entre o poder público e o cidadão. Daí porque CHIOVENDA considera que "o processo é o campo onde se representa uma das cenas mais agitadas e complexas da vida social"(3). Campo aberto a todas as paixões humanas, difícil imaginar um organismo mais delicado, escreve OVIDIO ROCHA BARROS SANDOVAL(4).

Pela sua importância para a paz nas relações sociais entre os indivíduos, o processo deve integrar a tessitura do procedimento constitucional em marcha. Na definição sucinta de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, o Direito Processual tem por finalidade principal evitar a desordem e garantir aos litigantes um pronunciamento do Estado para resolver a pendência. Segundo ele, também a atuação dos tribunais é ordenada pelo Direito, através de leis coordenadas num sistema, destinadas a determinar a estrutura e funcionamento dos órgãos do Estado aos quais é, pela própria Lex Mater, confiada a função de resolver os litígios ocorridos na sociedade bem como os atos que podem ser realizados não só por esses órgãos, mas, também, pelas partes em litígio. Assim, é fundamental que as vigas mestras desse arcabouço estejam na própria Carta Política.

De fato, a Constituição, como regra maior, dita normas de conduta do legislador, estrutura os poderes do Estado e assegura os direitos e as garantias individuais.

Com razão, ROBERTO ROSAS assinala que "para isso o Estado deve estruturar-se de tal forma a possibilitar a garantia do Poder Judiciário e de seus órgãos habilitados a dar a cada um o seu direito. Através de jurisdição, que é uma das funções fundamentais do Estado, concretiza-se a atuação do Direito". KELSEN, citado pelo mesmo ROBERTO ROSAS, ressaltou o processo como garantia de liberdade do cidadão frente ao Estado.(5)

E acrescenta o professor: "não foi sem razão que as Constituições sempre inseriram em seus contextos regras processuais ou de garantia ao processo".

Segundo RENZO PROVINCIALI, citado por ROSAS, a norma Constitucional é a matriz da qual emanam princípios e o instituto de direito processual, chamado Direito Processual Constitucional Individual, norma de direito processual, que por seu caráter de fundamentalidade na disciplina do processo, tem encontrando colocação na Carta Constitucional. Ao contrário, o Direito Constitucional Processual trata do processo constitucional, que não é o objetivo desse trabalho, embora dele se cuide no processo de elaboração da Constituição. Já o Direito processual constitucional compreende todos os princípios e institutos do direito processual, constituindo, destarte fonte formal do Direito Processual, conforme Liebman.

2. *Estudo de Direito Processual Penal*, 1970, pág. 46, apud Ada Pellegrini Grinover – *Das Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, RT, 1973, pág. VII.
- 3 e 4. *O Poder Judiciário Brasileiro a Partir da Independência*, Editora Resenha Universitária, 1978, pág. 97.
5. *Direito Processual Constitucional (Princípios Constitucionais do Processo Civil*, RT, 1983, pág. 1).

Pois bem, a par da manutenção necessária das normas constitucionais hoje vigentes, tais como aquelas que consagram o princípio da legalidade (art. 153 § 2º), a competência para legislar sobre direito processual (art. 153, § 4º), do contraditório, etc., torna-se importante nessa quadra histórica consignar na própria Carta Magna a delimitação do sistema recursal a que fatalmente estará jungido o legislador ordinário na formulação das regras processuais, com o que se assegurará a agilização do Poder Judiciário.

Justifica-se esse elastério nas normas constitucionais, porque talvez o recurso constitua uma das matérias contidas no processo que mais diga respeito à uma ideologia do Poder Constituinte no asseguramento dos direitos e garantias dos cidadãos, a explicar porque é necessário amarrar o legislador a fim de que ele não se desprenda da linha básica de racionalização e dinamização da Justiça, como postulado ideológico.(6)

A idéia não repugna a técnica constitucional porque, como assinalado por Ada Pellegrini Grinover, "acentua-se a ligação entre Constituição e processo civil, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é este o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade".(6)

Atenda-se ao apelo de CALAMANDREI que, antes de sua morte concitou os estudiosos no sentido de que o estudo do processo fosse entendido como instituto essencial à garantia das liberdades.

Como assinala CAPPELLETTI, "é na Constituição que se deve procurar a solução do problema do relacionamento entre a lei, a justiça e a liberdade que é, em última análise, a relação entre o indivíduo, sociedade e Estado".(7)

O SISTEMA CONSTITUCIONAL PROCESSUAL E OS RECURSOS

Se a partir da republicana de 1891, as Constituições têm consignado no seu contexto regras sobre Direito Processual, a ponto de ser pacífica a existência de um Direito Constitucional Processual, é porque o constitucionalista tem reconhecido, e todos aceitos, que o Direito Processual representa a forma de aplicação da concretude jurídica, como maneira mais pura de solução de conflitos, de fomento da paz social e de realização da justiça, uma das atividades mais graves e importantes do Estado.

Ocorre, entretanto, que o legislador ordinário nem sempre tem estado afinado com a filosofia que marca o traçado constitucional dessa sua ideologia de que se falou no intrôito, passando a desgarrar-se na formulação da regra de aplicação do preceito maior de garantia da prestação jurisdicional, mediante a concepção de sistema que ao invés de dar amplitude e aplicabilidade ao enunciado constitucional, antes ao contrário, macula-lhe a determinação, distorce-lhe o sentido, emperra-lhe

6. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, pág. 13.
7. e pág. cits.

a dinâmica, tornando o mandamento sem expressão de conteúdo. A retórica da Lex Mater arrefece porque, não auto-aplicável, resta sem finalidade. Permanece, antes como decoração, sem ressonância no artífice das normas de processo e de procedimento.

Mas o Código de Processo Civil deve resultar dessa idéia do constituinte de armar o jurisdiconado de meios de fazer aplicável o seu direito, e o judiciário de instrumental capaz de dar aplicação à destinação constitucional de solver conflitos, realizar a justiça, tutelar a paz social, preservar os indivíduos da tirania, prover os direitos e assegurar a garantias previstas no próprio Texto maior.

Por isso Kelsen ao tratar da jurisdição diante da Constituição, observa que a sentença judicial como função da jurisdição é a aplicação das determinações abstratas da norma geral para realização de ato concreto de coação projetando-se de modo constitutivo, a própria criação de Direito, uma nova relação, determinando a existência de um fato concreto. O fim do Estado, diz o autor da Teoria Pura do Direito, se realiza tecnicamente por meio do aparelho administrativo, da mesma forma que por meio dos tribunais.(8)

Mas a manifestação jurisdicional resulta de uma determinação do próprio Estado, o Estado-jurisdição.

Deve essa prestação nascer, como nos atos administrativos, sob a presunção da veracidade, ditados que são por homens ou mulheres probos, selecionados entre juristas de ilibada conduta, mediante um procedimento rígido e criterioso de apuração de habilidades e virtudes.

Apesar disso, torna-se uma verdade inconteste que como ser humano, o juiz está sujeito a erros. Para obviar tais manifestações contrárias ao sentimento de Justiça, conceberam-se dois sistemas recursais. O limitativo em que os recursos seriam estritos e o ampliativo, com a pluralidade recursal. O primeiro é encontrado no México, por exemplo, com a Lei Federal ao Trabalho. O Brasil, adota o sistema ampliativo que, contudo, não atende ao momento histórico de assoberbamento de serviços do Judiciário, com graves repercussões no custo (econômico e social) da prestação da tutela do Estado.

Na própria gênese da palavra, explica ALCIDES DE MENDONÇA LIMA(9) encontramos seu significado fisiológico e moral, oriundo que é o latim, significando volta atrás, retroação, curso ao contrário, etc.

Pela interposição do recurso, a parte vencida pretende um recuo, um novo curso, um retrocesso, um novo rumo na demanda tentando obter na instância superior, o que lhe foi negado no grau de jurisdição recorrido.

O cerne do problema, que aqui submetemos à consideração dos eminentes participantes deste 7º Congresso Nacional do Ministério Público, é que essa desconformidade entre a pretensão e o reconhecimento judicial não pode ser indefinida. Tem de encontrar limite na própria segurança social. O instituto recursório gira em torno da luta entre a necessidade de justiça e a necessidade da certeza. O fim da atividade judiciária do Estado é outorgar justiça às partes, eliminando a incerteza e produzindo, por consequência, as *res judicata*.

8. Teoria Pura nº 32.

9. Recursos Trabalhistas, rt, 1970, pág. 2.

é outorgar justiça às partes, eliminando a incerteza e produzindo, por consequência, as *res judicata*.

Mas desde que, como dissemos, a falibilidade humana é uma contingência fatal, a estabilidade das relações sociais exige que o ideal de justiça ceda ante a certeza que a coisa julgada presuntivamente firma. Essa situação decorre do fato de que “*el Estado no podía asegurar a sus subordinados jueces infalibles, puesto que había que elegirlos entre los hombres*”, consoante afirmação de Manuel Ibañez Frocham.

Isto justifica-se porque a repetição sistemática da lide, em busca do direito procurado por um dos litigantes, representaria modalidade de negação da própria justiça, além de, por si mesma, não representar certeza de que o último julgamento fora o exato.

Colha-se, neste passo, a afirmação de EDUARDO COUTURE para quem “entre as causas intermináveis, com sucessivas reedições, em diversas instâncias e variados procedimentos e a segurança social, efetivada pela coisa julgada, não se pode deixar, modernamente, de optar pela segunda solução, mesmo que erros sejam cometidos e iniquidades sejam praticadas” (10).

Não há dúvida de que o recurso é fruto da natural insatisfação humana e da tendência instintiva de cada um não se conformar com a deliberação contrária aos interesses próprios.

A subtração dos recursos importaria, pois, segundo Mendonça Lima, em extinguir uma das inclinações mais consistentes da personalidade humana.

Para o mestre gaúcho, nem podem a sociedade, as partes e o Estado ficar a mercê de julgamentos de uma só pessoa ou de um só órgão, mesmo colegiado, sem outro contraste, outro exame, outra revisão, propiciando até o suborno, a desídia, a prevaricação.

E as sentenças, insiste, que sejam filhas espúreas da ignorância ou da maldade – não podem permanecer intangíveis.(11)

Destina-se, ainda, o recurso a uma finalidade de prevenção, ao lado da finalidade corretiva: a simples possibilidade de reanálise da relação processual, por juízo hierarquicamente superior, estimula e adverte o juiz de primeiro grau.

Assim, em dois fundamentos se assentariam os recursos:

reação natural do indivíduo contra uma só decisão;
possibilidade do julgador decidir com ignorância ou maldade.

Embora isto possa representar uma verdade, enquanto racional o sistema recursal em que se enfeixar o Processo Civil, a reiteração, a lide eterna, interminável, gera um desconforto, um desagrado entre os destinatários da norma jurídica contra o aparelhamento judiciário que, convergindo para o centro da comunidade nacional, põe em risco a segurança do próprio Estado-jurisdição, como agora vem ocorrendo com constantes e graves críticas ao Poder encarregado de atuar o Direito respeitante à morosidade, ao seu custo, etc.

10. Introdução ao Estudo do Processo Civil.

11. Ob. cit. pág. 3.

O que propomos visa, sobretudo, restabelecer a credibilidade na atuação da justiça, reencontrando sua dinâmica pela limitação dos recursos nas causas de menor peso econômico, de repercussão apenas entre as partes do litígio e nas representativas de situações jurídicas, morais, políticas, econômicas e sociais (para usar a linguagem da Emenda Regimental nº 2 do Supremo Tribunal Federal) de incidência apenas entre as partes envolvidas no litígio e naquelas que se circunscrevam a interesses particularizados, sem qualquer ressonância na comunidade como um todo.

Tomamos como exemplo a Justiça do Trabalho, em que a restrição dos recursos nas chamadas causas de alçada, tem dado excelente resultados. (*Lei 5.584/70*).

O problema da repetição ou do exame da causa por via recursal, afeta a organização do Poder Judiciário, justificativa maior de se cuidar dele no seio da Constituinte.

Além do mais, se reflete fundamental e diretamente na velha e discutida questão do congestionamento dos processos e consequente retardamento das decisões finais dos litígios.

Toda essa problemática foi argutamente analisada na obra de *ALCINO SALAZAR*, intitulada “*Poder Judiciário-Bases para Reorganização*”.(12)

Nela, o autor citando *PEDRO BATISTA MARTINS*, cuja seguinte lição transcreve “*Considerado do ponto de vista lógico, o recurso é uma superfluidez. O Estado, que é o devedor da prestação jurisdicional, desobrigar-se-ia desse dever mediante a consagração da definitividade e irrecorribilidade do primeiro julgamento, porque, em verdade, praticamente não se pode justificar a presunção de que o segundo julgamento ofereça maior coeficiente de certeza e justiça*”, reconhece que a generalidade das nações o adota e que atente à própria natureza humana de não se conformar com a decisão de um único juiz.

Contudo, a organização da Justiça dos povos cultos não se assenta apenas na necessidade de assegurar maior certeza nas decisões, senão de promover a solução dos conflitos que perturbam e subvertem a sociedade. Esta a razão mesma que levou os jurisconsultos romanos a conceber o instituto da prescrição, embora seja uma negação do direito de que tinha para atribuir-lhe a quem não o possuía.

A definição das relações jurídicas sobrepor-se-ia como o fundamento de que a sentença deve, de forma rápida e definitiva dar solução efetiva às divergências entre litigantes, cfe. *PEDRO BATISTA MARTINS*, em Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais, atualizada pelo *MINISTRO ALFREDO BUZAID*(13).

CALAMANDREI revela que “*se se tratasse apenas de atender aos reclamos da Justiça*”, mas o prolongamento do processo é defeito do sistema.

Assim, consagrado embora universalmente, o sistema de dualidade de instâncias não é inderrogável, não tendo merecido, sequer, consagração constitucional.

12. *Forense*, 1975, pág. 180.

13. *RT*, 1957, pág. 145, apud *O Poder Judiciário*, pág. 182.

Vemos, portanto, que a não consignação constitucional é um defeito a ser reparado.

Concluindo, do ponto de vista político, justifica-se o duplo grau, contrastando, todavia, com postulados de ordem prática e com uma necessidade premente de racionalização dos serviços judiciais, de barateamento do custo da prestação jurisdicional e, por consequência, de democratização do acesso à Justiça, atendendo a que, na expressão de *COUTURE*, o direito não fique à mercê do processo.

No diagnóstico formulado pelo professor *ALCINO SALAZAR* de que falamos linhas atrás, arrola ele argumentos ponderáveis contra a instância única, dentre os quais o do arbítrio, do risco de erro em razão de condições pessoais do julgador, do seu grau de cultura, de isenção, de equilíbrio mental, seu senso de responsabilidade funcional, seu zelo pelo dever do ofício, decorrentes de falhas na solução.

A par da concretização no plano da legislação ordinária de correções no processo seletivo, na formação de magistrados através de escolas especializadas e do acompanhamento efetivo através das respectivas corregedorias, a previsão constitucional de obrigatoriedade de atuação do Ministério Público em todos os feitos Cíveis reduziriam as possibilidades de arbítrio e de erros, além de dificultar a corrupção.

Efetivamente, com o advento da Lei Complementar nº 40, organizou ela, de forma efetiva o Ministério Público, mas deixou de oferecer-lhe atribuições mais concretas, no processo civil, embora se lhe emprestasse atribuições de ação civil pública e de defesa do consumidor e meio ambiente. Atenderia, por fim, também a esse desiderato.

Abrir-se-ia oportunidade para, na mesma previsão constitucional, proibir a criação de justiças parajudiciais, tais como as execuções extrajudiciais, juízes arbitrais, etc., a primeira por constituir negação do *due process of law* e, a última, manifestamente sem aceitação no Brasil. (Vide *GUIDO F. S. SOARES*, in *Órgãos das Soluções Extrajudicícias de Litígios*, RT 1985.

CONCLUSÕES

1. A futura constituição deve consignar no seu contexto as mesmas previsões de asseguramento da igualdade, da reserva legal, e do juiz natural.

2. Deve, igualmente, ser analítica no que respeita à competência para legislar sobre processo civil, determinando a restrição de recursos às causas de valor da alçada dos juízes de primeiro grau.

3. Para garantia do jurisdicionado, deve assegurar a rescisória, a querella nullitatis e responsabilidade do juiz de primeiro grau nos casos de *error in procedendo*.

4. Deve, igualmente, prever a extinção da remessa oficial ao duplo grau. Estender a atuação do Ministério Público a todas as causas de alçada, como forma de obviar eventuais erros de julgamento, com responsabilização nos excessos de prazos.

BIBLIOGRAFIA

1. ALCINO SALAZAR – *Poder Judiciário. Bases para reorganização*. Forense, 1975.
2. ADA PELEGRINI GRINOVER – *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. RT, 1973.
3. AMAURI MASCARO NASCIMENTO – *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Saraiva, 1985.
4. EDUARDO COUTURE – *Introdução ao Estudo do Processo Civil*.
5. GUIDO F. S. SOARES – *Órgãos das Soluções Extrajudiciais de Litígios*, RT, 1985.
6. *O Processo Constitucional em Marcha*. Editora Marx Limonad, Estudos Jurídicos, nº 2.
7. MIGUEL REALE – *Por uma Constituição Brasileira*, RT, 1985.
8. OVINO ROCHA BARROS SANDOVAL – *O Poder Judiciário Brasileiro a Partir da Independência*, Editora Resenha Universitária, 1978.
9. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA – *Recursos Trabalhistas*, RT 1970.
10. ROBERTO ROSAS – *Direito Processual Constitucional*, RT, 1983.
11. PAULO LOBO SARAIVA – *As Garantias Constitucionais dos Direitos Sociais no Brasil*, Forense, 1983.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO

JOSE DILERMANDO MEIRELES
Procurador de Justiça no Distrito Federal

SUMÁRIO: 1. Considerações Preliminares. 2. Ministério Público, Órgão do Estado. 3. A Concepção do Agente Político. 4. Idéia e Fundamentos do 4º Poder. 5. O Ministério Público como Ramo do Poder Executivo. 6. O Ministério Público como Ramo do Poder Judiciário. 7. Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Parece não haver mais dúvida de que teremos, muito brevemente, uma nova Carta Constitucional. Achamo-nos, pois, no limiar de uma nova fase da vida político-institucional do País.

Cumpre que cada setor da vida pública, notadamente as instituições superiores que ainda não encontraram assento cômodo dentro dos padrões técnico-jurídicos da Constituição, procure unificar posições e arregimentar esforços para uma contribuição em alto nível ao aprimoramento de nossa ordem jurídico-constitucional.

Queixava-se, com sobra de razões, o Professor e Procurador-Geral PAULO SALVADOR FRONTINI, no excelente artigo publicado na Revista Justitia, sob o título “Ministério Público, Estado e Constituição”, ao afirmar:

“Diante desse cenário, parece insuficiente a preocupação de estruturar o Ministério Público no próprio corpo da Constituição. Pode ser surpreendente uma afirmativa dessa índole, mas ela tem explicação. É que, a despeito de disciplinado constitucionalmente, com maior ou menor precisão, com maior ou Menor deferência, pelos constituintes de 1934, 1946, 1967 e 1969, o Ministério Público nunca recebeu nos textos constitucionais o complemento indispensável à sua plena afirmação institucional. Permanece, assim, como um órgão algo impreciso, mal demarcado entre os Poderes da República, com atribuições complexas e, mesmo, atinônicas, que vão desde o contraditório,

constitucional até a supervisão administrativa de entidades privadas; que abrangem o árduo encargo de acusador do Presidente da República nos crimes comuns, e de chefiar o serviço jurídico da União, como principal advogado do Poder Executivo: A plena definição institucional, aqui reclamada, surgirá no dia em que a Constituição claramente explicitar as atribuições fundamentais do Ministério Público. Esse o complemento de que a Instituição carece”.(1).

Trabalho dessa natureza, contudo, é de responsabilidade tal, que não deve ser delegado a representações políticas de classe, antes que tenha havido amplo debate sobre as teses institucionais, e consciente, livre e desapaixonada tomada de posição a seu respeito, por parte das bases das diversas corporações do Ministério Público em todo o País.

A modesta contribuição que trago para este certame, que congrega majoritária e quantitativamente o pensamento do Ministério Público a respeito de seu próprio destino, é orientada segundo essa diretriz puramente científica, com o elevado propósito de engrandecer as nossas instituições públicas, em geral, e a do Ministério Público, em particular.

Caminharemos para essa jornada com um novo e consistente material de trabalho, representado pelas recentes conquistas da Lei Complementar 40, que elevou o Ministério Público ao reconhecimento de sua condição de instituição nacional permanente, essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado.

São duas revelações para-constitucionais do mais elevado alcance. Como instituição nacional, o reconhecimento de que o Ministério Público atua na condição de verdadeiro e não mais discutível órgão da soberania do Estado; e, como essencial à função jurisdicional, a meu ver uma opção clara quanto ao seu até aqui indefinido posicionamento constitucional.

Como observa o Professor HELY LOPES MEIRELLES, “O Ministério Público, como instituição nacional, vem desde a primeira Constituição da República de 1891, que apenas se referiu à designação do Procurador-Geral da República, relegando suas atribuições à lei ordinária”.(2)

Era o primeiro passo que se dava na fixação dos lineamentos constitucionais do Ministério Público; mas não passava do início tímido e inseguro de uma longa e penosa caminhada.

Afinal, à mísngua da consideração explícita das principais garantias que devem assegurar a ação dos seus agentes, essa honrosa presença constitucional do Ministério Público teve o condão apenas de generalizar a instituição na organização pública do País, tornando-a presente também nos textos das constituições estaduais.

Agora, porém, com o surgimento da Lei Complementar 40, que não apenas expressa ser o Ministério Público uma instituição nacional, mas essencial à prestação jurisdicional do Estado, deu-se a revelação plena de sua essência.

O Ministério Público, realmente, é instituição nacional. Mas não o é simples-

mente por estar presente em um dos capítulos da Constituição, e sim, como foi observado, pelo reconhecimento de que sua função é essencial à prestação jurisdicional.

Para o exercício da jurisdição, existe um Poder de Estado, que é o Judiciário. Os Poderes do Estado, como não poderia deixar de ser, têm raio de alcance sobre toda a Nação.

Ora, sendo de âmbito nacional o Poder Judiciário e sendo o Ministério Público um órgão essencial a ele, resulta, logicamente, ser o Ministério Público também uma instituição nacional.

Por outro lado, a sede da soberania é o elemento humano do Estado — a Nação —; porém, o seu exercício está a cargo da pessoa jurídica central do Estado, que é a União.

Os Estados-membros não são soberanos. São apenas autônomos. Todo órgão que tem por fonte de atribuições o núcleo da soberania, não pode estar institucionalmente vinculado aos Estados-membros, senão à ordem jurídica central.

Os Estados-membros apenas organizam, administrativamente, o Ministério Público, por imposição da ordem jurídica central. Porém, não são as autonomias dos Estados, e sim a soberania da Nação, é que lhe dá conteúdo.

Nemo dat quod non habet. Se o Estado-membro não é soberano, dele não poderá emanar ato de soberania. Eis aí um verdadeiro ovo de Colombo, que por tanto tempo ensejou renhidos debates doutrinários, colocações extremadas e posicionamentos antagônicos.

O trabalho que lhes trago, por certo não tem a riqueza dos que estão habituados a ouvir e produzir nesse venerável templo de ciência, arte e cultura, que é a portentosa Capital Bandeirante, mas representa a sinceridade de minhas convicções e o máximo de esforço que a trabalhosa função de Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios me permitiu realizar.

MINISTÉRIO PÚBLICO – ÓRGÃO DO ESTADO

Constituem marco indelével na evolução histórica do Ministério Público Brasileiro as idéias divulgadas por essa figura exponencial de líder e jurista que foi José Augusto CÉSAR SALGADO, cujo nome pronuncio sempre com respeito, admiração e saudade.

Já o disse e repito:

“Tão significativa e maiúscula é a presença desse mestre na formulação das novas idéias que compõem o quadro doutrinário atual da instituição, que não se pode falar em Ministério Público, no Brasil, sem prestar reverência à sua memória e, para aqueles que, como eu, tiveram a ventura de privar do seu convívio e desfrutar de sua amizade, prantear a sua insuprível ausência”.(3)

3. Ministério Público – Sua Gênese e sua História, 1983, pág. 22.

1. Vol. 90, págs. 254/255.

2. APMP – Temas Institucionais, pág. 6.

Estou certo de que, se um dia pudermos falar em "Escola Brasileira", no campo doutrinário do Ministério Público, não se poderá regatear a CÉSAR SALGADO o título de seu lídimo e autêntico fundador.

Não seria necessário repetir aqui as idéias tão conhecidas de CÉSAR SALGADO sobre a teoria do Ministério Público como "órgão do Estado".

Resumi-las, porém, é privar o leitor e o ouvinte de deliciar-se com a retórica que, durante várias décadas, se tornou familiar em nossa tribuna forense, além do risco, que não desejo correr, de deformá-las ou de expô-las com menor clareza, ou prejudicadas em sua peregrina elegância verbal.

Ei-las, pois, nas próprias palavras do seu expositor:

"Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Públlico simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, "in the right place", pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição.. A resposta seria encontrada na "teoria da organicidade", de COMBA, como bem o demonstrou GIUSEPPE SEBATINI, ao reconhecer no Ministério Públlico as características de um órgão do Estado. Eis o ensinamento de COMBA em "Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi": "Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação, tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais age em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, seus próprios, mas, formalmente, são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste; na relação de organicidade não mais se apresentam dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica, de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; consequentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque aquele age como se fosse a mesma pessoa jurídica".

E prossegue o ilustre jurista:

"Estes conceitos, JELLINEK os resume numa síntese perfeita: "Atrás do representante, há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém". Assim, o Ministério Públlico, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais — segundo GIUSEPPE SABATINI em "Il Pùblico Ministerio nel Diritto Processuale Penale" — "vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes".(4)

4. "Arquivos", do Min. da justiça, vol., 123, pág. 228.

O valor maior do trabalho de CÉSAR SALGADO, com a divulgação dessas idéias, foi o de alterar o velho conceito, assente, no período monárquico, de que os membros do Ministério Públlico não eram senão agentes do Poder Executivo, de sua escolha e confiança, molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas, como ele entender conveniente ao serviço público, na expressão enfática de PIMENTA BUENO. (5)

Na verdade, esse foi o grande significado de CÉSAR SALGADO, entre os nossos pensadores, eis que o momento histórico em que viveu e pontificou não ensejava avanço mais extenso e profundo na direção da formulação dogmática das idéias nascentes, que precisavam evoluir mais, criar raízes, frondejar e florescer, antes que pudessem produzir frutos.

Não obstante, no projeto de código do Ministério Públlico do Estado de São Paulo, do ano de 1954, CÉSAR SALGADO, como seu autor, consignou no texto legal a conceituação do Ministério Públlico como "órgão do Estado". Foi mera formulação teórica, mas constituiu um marco fincado no balizamento da independência funcional do Ministério Públlico.

3. A CONCEPÇÃO DE AGENTE POLÍTICO

O passo seguinte na evolução da idéia do órgão é exposto, com muita propriedade e clareza, por outro nome insigne de nossas letras jurídicas, o Professor HELY LOPES MEIRELES.

Conceitua-o, como "Centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja ação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem".(6)

Daí passa à classificação dos órgãos públicos, que subdivide em *independentes*, os originários da soberania e representativos dos Poderes do Estado; *autônomos*, os localizados na cúpula da administração, logo abaixo dos órgãos independentes; *superiores*, os que detêm poderes de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica; e *subalternos*, os que se acham vinculados à hierarquia dos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução.

Órgãos independentes são, segundo HELY LOPES MEIRELLES, os três Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — "colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um poder pelo outro.(7)

Entre os órgãos que compõem essa classe, segundo o mesmo autor, está incluído o Ministério Públlico, porque seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições".

5. Apud CÉSAR SALGADO, conferências sobre CAMPOS SALES, "Justitia", vol. 32, 1º Semestre de 1961.
6. "O Estado e a Administração — Seus Poderes, Órgãos e Agentes". *Justitia*, vol. 89, pág. 259.
7. Op. cit., págs. 261/262.

4. IDÉIA E FUNDAMENTOS DO 4º PODER

Tem-se falado no Ministério Público como detentor de potencialidade e conteúdo para a formação de um quarto poder do Estado. Ouçamos, por exemplo, o que afirmou ALFREDO VALLADÃO:

"O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o "Espírito das Leis", por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a Sociedade e a Lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado"(8).

É também o que se tem ouvido, vez por outra, entre os estudiosos da doutrina do Ministério Público.

No caso, valem as reflexões realistas do Chefe do Ministério Público paulista, PAULO SALVADOR FRONTINI, quando asseverou na introdução do seu valioso trabalho, já aqui citado:

"...por mais belo que seja sonhar, impõe-se a adoção de uma atitude crítica e realista para situar o Ministério Público precisamente no contexto da nação a que deve servir e do Estado, de cuja estrutura faz parte".(9)

Atitude crítica e realista, pois, é o que devemos ter. De nada vale sonhar. Daí por que a sustentação, muitas vezes repetida, de que se deve pugnar pelo reconhecimento do Ministério Público como Quarto Poder do Estado, deve ser analisada nos seus fundamentos e pesquisada no seu conteúdo.

O grande constitucionalista patrício, Professor SAMPAIO DÓRIA, cuja autoridade peço vénia para invocar em abono das convicções que exporei sobre a matéria, com segura precisão técnica, assevera que "uma coisa é separação de poderes, e outra, muito diversa, distribuição de funções".(10).

"Em sociedades incipientes, — prossegue o mestre — não se separam os poderes, e, até, a princípio, mal se discriminam as funções públicas, e, mesmo, as particulares".

Aduz mais:

"Mas, assim que a tribo cresce e se desenvolve, já não pode o chefe resolver, por si só, todos os problemas da comunidade. Quando não haja outros motivos, falta-lhe tempo, às vezes capacidade, e, não raro resistência.

8. Apud Roberto Lyra, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, pág. 17.

9. Op. cit., pág. 245.

10. *Direito Constitucional*, 19 Tomo, pág. 264, 3ª edição.

Cerca-se, então, como auxiliares de seu braço, de indivíduos que escolhe, com quem vai distribuindo as funções públicas"(11)

"Mas todos os funcionários públicos, espalhados pelo país, são meros auxiliares do chefe, que é o soberano, a cuja vontade todos obedecem sem tugir, nem mugir. Do alto de seu trono, pode chegar à maravilha de forjar todos os moldes da vida social, desde a política até as modas, projetando sua sombra, dia e noite, por toda parte: entre os empregadores e os empregados, para contratar o trabalho; entre o produtor e o consumidor, para tabelar o preço; entre pais e filhos, para dirigir a educação; entre o crente e o sacerdote, para pontificar a fé; entre o cientista e o público, para dogmatizar a verdade; entre o homem e a mulher, para disciplinar o amor; entre tudo e todos, para que a nação, num só pensamento e numa só vontade, ocupe, como se propala, seu lugar ao sol, e realize, na paz e na guerra, como sonham os ditadores, seus destinos históricos irrenunciáveis. Em tais povos, há, sem dúvida, distribuição de funções públicas: ministros que administram, câmaras que legislam, tribunais que julgam, e, para tudo, repartições onde se aglomeram funcionários de todas as categorias. Distribuição de funções, não há dúvida; mas não separação de poderes. A distribuição pode, mesmo, ter atingido o grau máximo da perfeição. Da homegeneidade inicial numa tribo primitiva, se pode ir à heterogeneidade complexa das funções de um estado moderno. Mas hierarquizadas todas à vontade de um chefe. É a característica das sociedades incipientes, ou encruadas, ou retrogradadas: distribuição de funções; jamais separação de Poderes".(12)

Se assim é, onde encontrar a gênese da separação de poderes? Responde-o ainda SAMPAIO DÓRIA que essa separação começou, na história dos povos, com as reivindicações liberais. Constitui conquista de ordem política e, como lembra FRONTINI, coincidente com a versão moderna do Ministério Público:

"Foi nesse momento, também, que os cidadãos, escarmentados da prepotência do Estado absoluto, sujeitando todos os súditos aos caprichos do monarca ("L'Etat c'est moi..."), impuseram o princípio da separação dos poderes, inspirado na célebre fórmula de MONTESQUIEU. Institui-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem julga não administra nem legisla; e como quem julga manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há que ser provocado pelo interessado. Aqui estão as raízes do Ministério Público! O Ministério Público é filho da Democracia clássica e do Estado de Direito!"(13)

11. Op. cit., pág. 264.

12. Op. cit., pág. 264/265.

13. "Ministério Público, Estado e Constituição" *Justitia*, vol. 90, pág. 251.

"Os povos mais viris — são agora expressões lapidares do insigne constitucionalista SAMPAIO DÓRIA — foram atacando o poder ilimitado dos reis, e reclamando, para si, uma participação, cada vez maior, na estatuição das leis. De reivindicação em reivindicação, terminaram alguns povos, em primeiro plano, o povo inglês, por conferir a si mesmos todo o poder de legislar. Durante muito tempo, ainda ficaram os reis com o poder de executar as resoluções que o povo estatuía. Mas, como, no exercício desta prerrogativa, os monarcas solapassem, às vezes pela astúcia, e outras pela força, o privilégio de legislar, que o povo lhes subtraíra, as reivindicações populares foram às últimas, chamando para si também a função de executar as leis e resoluções que votasse. Aqui, destronando monarcas como na França de Luiz XVI; ali, conservando-os como na Inglaterra, onde reinam, mas não governam". (14)

Conclui que as funções têm razões diversas para se separarem e para se distribuirem. Distribuem-se por razões práticas — economia, eficiência, acerto e oportunidade das deliberações; separam-se por força de reivindicações políticas, para melhor garantia da liberdade.

Na separação de poderes, porém, prevalece o critério da *precipuidade* sobre o da *exclusividade*, já que, por exceção, os poderes exercem funções atípicas. O legislativo administra e às vezes julga; o executivo legisla e o judiciário administra e legisla. Daí, e apenas por esse motivo, a acertada afirmação de ALCINO SALAZAR, segundo a qual:

"A teoria das funções tem base científica; já a divisão de poderes é um arranjo artificial. Tem sido dito que é apenas obra de arte política".(15)

"Pode haver função sem poder, e nunca poder sem função" — prossegue SAMPAIO DÓRIA.

E continua:

"Função é a faculdade de proceder dentro das leis. Poder é, além de função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania. Não, faculdade soberana de ação, nem como se exprimia Robespierre, "as diversas partes essenciais e constitutivas da soberania". Poder não é soberania em si. Mas delegação direta da soberania. Enquanto os órgãos forem hierarquizados não há poder. Quando se alçam a poderes, a hierarquização desaparece.. É possível, mesmo, para respeito da constituição, oporem-se às vezes uns aos outros. A norma é serem independentes entre si, sem quebra de harmonia e da mútua colaboração, que lhes cumprem. Mas o traço específico do poder

é a capacidade de opor-se a outro poder. Enquanto apenas função, não há, no jogo dos órgãos do estado, garantias da liberdade. Só quando poderes, é que a garantia surge e se afirma contra os excessos do executivo, e, mesmo, do legislativo"(16)

Mas a soberania, quanto distribuída entre os Poderes, está neles inteiramente contida.

Importa a sua própria negação admitir-lhe a extravasão dos comportamentos constitucionais herméticos em que se contém.

Como "poder exclusivo e autodeterminante de dar ordens incontrastáveis, sancionadas pela força" — na conceituação de SAMPAIO DÓRIA — (17) ou como "grau eminente do poder do Estado" — para DARCY AZAMBUJA (18), a soberania tem como atributos essenciais a supremacia, a exclusividade e a autodeterminação e, como corolários, a unidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade.

A titularidade dela está com o povo, que é o elemento humano no Estado. Dele é que "emaná o impulso vital que faz o Estado agir. Só o elemento humano é capaz de vontade e ação". É, porém, exercitado pela pessoa jurídica do Estado, representativo da Nação, e repartida em funções típicas denominadas administrativas, legislativas e jurisdicionais. Essas funções esgotam o conteúdo da soberania.

Ora, o Ministério Público, a despeito de sua desvinculação hierárquica a qualquer dos Poderes, com o que se mostra investido de um dos atributos essenciais do Poder de Estado, não tem capacidade de opor-se aos demais Poderes.

Eis a defectividade que lhe retira a característica de poder autônomo, reivindicada conjuntamente por "organicistas" e "quartopoderistas".

Não lhe é dado praticar deliberações finais e auto-executáveis. Toda a sua ação se desenvolve no âmbito do Poder Judiciário e tem por finalidade, ora promover, ora fiscalizar, como órgão integrativo da jurisdição.

O ato judicial é simples; porém, o ato jurisdicional é complexo. Revela-o ALCINO SALAZAR em seu "Poder Judiciário — Bases para Reorganização".(19).

Imperante a regra basilar do sistema contraditório, segundo a qual *ne procedat judex ex officio*, evidenciado está que da elaboração desse ato, que consubstancia a prestação de um serviço de poder do Estado, pontificam outros agentes; um deles — o Ministério Público — com caráter de essencialidade.

Dizer que o Ministério Público é órgão da soberania, no entanto, equivale a afirmar ser ele um dos Poderes do Estado.

A meu ver essa conclusão é inelutável.

Assim, os defensores da conceituação do Ministério Público como "órgão da soberania do Estado, embora não o digam, avançam na direção da proposta do Quarto Poder.

16. *Op. cit.*, pág. 266.

17. *Op. cit.*, pág. 60.

18. *Teoria Geral do Estado*, 5^a edição, pág. 50.

19. *Op. cit.*, pág. 26.

14. *Op. cit.*, pág. 265.

15. "Poder Judiciário — Bases para Reorganização", 1^a edição, pág. 33.

Na verdade assim é porque, dentro dessa ótica, o Ministério Público deixa de ser visto como agente do Poder Executivo, para ser visualizado como partícipe da soberania do Estado.

Reduzo, com essa constatação, a corrente dos *organicistas* a dos *quartopoderistas*, por evidente analogia de conteúdo entre suas proposições.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAMO DO PODER EXECUTIVO

Os processualistas, notadamente os processualistas penais, sustentam com veemência maior a colocação do Ministério Público no âmbito do Poder Executivo.

Basta, para atestá-lo, a citação de um dos mais eminentes nomes da processualística pátria, que é o Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, e que assim expõe o seu pensamento sobre a matéria:

"Sempre sustentei que o Ministério Público nem é um quarto poder, nem tampouco órgão integrante do Poder Judiciário. Adotando a opinião de Tito Prates da Fonseca e Pontes de Miranda (para lembrar apenas juristas não peregrinos), entendo que o Ministério Público "não é órgão jurisdicional, mas administrativo", sendo outrossim "um dos ramos do Poder Executivo". E perfilhando ensinamento de Alloria, assim escrevi: "O Ministério Público está na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional" ("Instituições de Direito Processual Civil", 1966, vol. I, pág. 200, n. 112). Todavia, em outra passagem, deixei ressaltado: "Isto quer dizer que os membros do Ministério Público são funcionários da administração pública, isto é, do Poder Executivo; mas, como acentuam Glasson e Tissier, com uma certa independência que não têm os funcionários dessa categoria" (op. cit., págs. 200 e 201, n. 112)"(20).

É que, para a construção doutrinária da teoria da relação processual, reputam esses autores imprescindível a estruturação do Ministério Público em um dos polos do processo, como titular da pretensão punitiva do Estado.

Dão-lhe a condição de parte no sentido formal e no sentido material, portanto, além de sujeito do processo, representa o Estado na relação jurídico substantiva, contrapondo o *jus persequendi* ao *jus libertatis* do cidadão.

De maneira clara e enfática é o que diz o Professor FREDERICO MARQUES, ao afirmar:

"Não se pode, hoje, desconhecer a qualidade de parte do Ministério Público, porque é ele ponto de referência de uma série de interesses, de natureza processual e material, para que possa ser exercido o *jus persequendi* do Estado – Administração, quando da prática de crime".(21)

20. A *Chefia do Ministério Público e a Constituição Federal – Justitia*, vol. 76, pág. 9.

21. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 39, 2^a edição.

Para FREDERICO MARQUES, jurisdicionais são, unicamente, os atos emanados do juiz, isto é, os de decisão, os de instrução processual e os de documentação. Os atos de Ministério Público são, para ele, considerados atos postulatórios de parte (22).

A réplica a essa conceituação é feita de maneira completa e, a meu ver, vangloriosamente, por BIAGIO PETROCELLI, na conferência que se acha publicada na "Revista Justitia" (23).

Nessa conferência, de todos conhecida, PETROCELLI demonstra, inicialmente, que o sistema acusatório puro somente existe com a ação penal privada. A partir do momento em que foi afirmado o interesse público na perseguição dos delitos, esse sistema entrou em decadência. O que é um sistema misto.

Depois, demonstra PETROCELLI que a condição do Ministério Público, no processo, não é de parte. A independência funcional do órgão não se coaduna com essa construção.

De fato, diz ele, parte "sui generis" nada diz; *parte pública* exclui a vinculação a interesse e, sem interesse, não há parte; *parte em sentido formal* é enunciado de conceito vazio; e *parte imparcial* é flagrante "contradiccio in terminis".

A verdadeira parte, como destinatária da prestação jurisdicional, age por força de interesse; o Ministério Público, como órgão do Estado, age, imparcialmente, por força de dever.

Não creio, porém, que a bem montada teoria da relação processual venha a sofrer com a nova conceituação do Ministério Público, mesmo porque a pretensão punitiva não pode ser considerada como atributo do Poder Executivo, mas sim interesse geral da Nação.

O certo é que, nessa matéria, estamos hoje em face de "lege lata". É a Lei Complementar 40 que prescreve, em seu artigo 1º, que o Ministério Público é considerado Instituição nacional permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

No direito brasileiro, pelo menos, perde interesse o debate que se travava na doutrina a respeito da conceituação do Ministério Público como parte. O tema é, para nós, uma página do passado.

6. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAMO DO PODER JUDICIÁRIO

O meio de elaboração do ato jurisdicional é o processo, do qual participa, necessariamente, o Ministério Público, nas hipóteses que a lei determina, isto é, em toda a amplitude da jurisdição penal pública e em toda a extensão da jurisdição civil pública.

Essa atuação, o Ministério Público desempenha, como vimos, na condição de

22. Op. cit., pág. 81.

23. Nº 61, págs. 171/189.

órgão essencial à prestação jurisdicional do Estado e não na condição de parte interessada.

Verdade que o instrumento típico da jurisdição é a sentença. Contudo, esta, embora ato formalmente unitário, é substancialmente complexo. Somente adquire força de coisa julgada após a intimação às partes e ao Ministério Público. Sem essa integração, se é ato judicial, ato jurisdicional não é, porque lhe falta a participação essencial do outro ramo do Poder, que é o Ministério Público.

Por aí se vê que nem só o Ministério Público, isoladamente, não constitui poder, como, de igual modo, a Magistratura, isoladamente, também não o constitui.

Assevera, sobre o assunto, SAMPAIO DÓRIA:

"O que mais caracteristicamente acentua e eleva a função judiciária à categoria de poder, é a prerrogativa de se opor ao executivo em suas ilegalidades, em seus abusos de poder..." (24).

Mas como isto não pode ser realizado sem o Ministério Público, em virtude da regra segundo a qual o juiz não procede de ofício, duas conclusões daí surgem: a primeira é que a Magistratura, sem o Ministério Público, não é poder; a segunda é que o Ministério Público não poderá jamais integrar o Poder Executivo, sob pena de quebra do princípio de independência e harmonia dos Poderes.

A decisão judicial é fruto de acasalamento do órgão promovente com o órgão judicante. Sem qualquer deles, estamos diante de órgãos defectivos e infecundos, a cada um dos quais faltando uma característica essencial de Poder do Estado, que é, como dito, a capacidade de oposição aos demais poderes. É atributo que somente ambos têm, em ação conjunta.

Dir-se-ia existirem processos em que o juiz sentencia sem a interveniência do Ministério Público. São as questões de interesse privado. Contudo, a atuação em tais lides não é o que caracteriza o poder de Estado. Isto poderá significar ato de autoridade, porém não, ato de poder. De poder é aquele que tem força de oposição a outro poder. E esse ato a Magistratura somente poderá praticar provocada pelo Ministério Público ou mediante sua interveniência.

O Ministro José Geraldo RODRIGUES ALKIMIN, de saudosa memória, em brilhante conferência feita em Guarapari, por ensejo do II Congresso Nacional do Ministério Público, no ano de 1973, após jogar habilmente com duas idéias antagônicas a respeito de posição constitucional do Ministério Público — pondo frente a frente os pensamentos de Carnelutti e Biagio Petrocelli, assim marca a sua posição sobre o tema:

"Tenho para mim, na verdade, o problema é de somenos, quanto à ubicação constitucional do Ministério Público. O que importa são as garantias e a segurança dos meios para o exercício das funções que lhe devam ser com-

tidas, na própria Constituição, independentemente de incorporá-lo ao Poder Judiciário. E neste ponto, as restrições que se façam ao pensamento de Petrocelli são de inegável procedência. Bem sabeis que, na forma de Governo que nos rege, a dois poderes se atribui a chamada realização do direito: ao Executivo e ao Judiciário. Ora, a distinção entre a atividade jurisdicional e administrativa afasta positivamente a hipóteses de que as atividades concernentes à defesa da ordem jurídica, através da investigação e da promoção de medidas tendentes à persecução criminal, possam enquadrar-se no conceito de jurisdição. Nem seria conveniente, à própria ordem jurídica, que o fosse. É que sabeis da desconfiança — creio que justificável — com que se encara o princípio inquisitivo. E a desconfiança — permito-me dizê-lo — não se prende somente ao "ne procedat judex ex officio". Não é tão-só a iniciativa do procedimento penal, de ofício, que pode marear a segurança da imparcial serenidade com que as causas devem ser decididas. A ampla liberdade investigatória conduz, igualmente, aos preconceitos e à possível quebra do equilíbrio na apreciação das razões expostas no contraditório. Ainda há pouco, reproduzíamos o pensamento de Carnelutti sobre o destacar-se, o Ministério Público, do Juiz. Se a este se confiasse a função de investigar, também estaria comprometida, pela possibilidade de preconceitos resultantes da investigação, a sua imparcialidade. Nem se diga que, hoje, os juízes dispõem de poderes instrutórios. Eles lhes são limitados ou restritos a elementos constantes nos autos. Ora, a pretendida incorporação, advogada por Petrocelli, do Ministério Público aos quadros da ordem judiciária, iria restaurar, em toda a plenitude, o sistema inquisitivo" (25).

Há, nesse posicionamento, "data venia" da grande autoridade do mestre que o sustenta, duas embarrancas dificuldades, a meu ver intransponíveis na doutrina da soberania do Estado.

A primeira delas está na afirmação de irrelevância quanto à busca de uma definição constitucional para o Ministério Público.

Com efeito, num ponto, pelo menos, parece estar acorde a maioria dos estudiosos do assunto: o ofício do Ministério Público é exercido em nome da soberania do Estado. Não é mais concebível o membro do Ministério Público, como um agente ligado institucionalmente à hierarquia do Poder Executivo, como o são todos os demais agentes ligados a essa área, mesmo os agentes políticos dos órgãos autônomos, os Ministros de Estado e os representantes diplomáticos.

Acordes nesse ponto, forçosamente deveremos todos estar acordes nesse outro: É que, para atuar em nome da soberania do Estado, o Ministério Público precisará constituir um dos poderes ou compor, como ramo independente e autônomo, um dos Poderes existentes, sob pena de virmos a negar a atuação soberana do órgão.

Quando o Ministro ALKIMIN assevera que o importante é que o Ministério Público tenha assegurados na Constituição os meios para o exercício de suas funções, mais uma vez com a devida vénia, outra coisa não está a fazer senão reconhe-

25. *Revista Justitia*, vol. 80, pág. 22 e seguintes.

cer a necessidade do que afirmou dispensável, isto é, a da exata definição constitucional do Ministério Público. Do contrário estariam a conceber um órgão destinado de predicação de soberania no exercício de poderes que só podem provir dela, o que seria simplesmente negar um dos seus atributos básicos, que é a supremacia.

Essa mesma dificuldade vejo-a, com igual respeito, no grande mestre HELY LOPES MEIRELLES, precisamente no Parecer que publicou na coletânea de Temas Institucionais, pela Procuradoria-Geral em colaboração com a Associação Paulista do Ministério Público, 1982, quando escreveu:

"Assim sendo, a nosso ver, o correto posicionamento do Ministério Público foi o da Constituição de 1934, que o situou em título autônomo, sem vinculação a qualquer dos Poderes do Estado, atento a que no desempenho de suas atribuições não está hierarquizado ou subordinado a qualquer deles, tendo funções próprias e específicas, inconfundíveis com a de qualquer servidor público. (26)

"Data venia", se o Ministério Público é exercido por agentes políticos independentes, segundo afirma o mestre, e se agentes políticos independentes, que atuam em nome da soberania, são os representativos dos Poderes do Estado, evidente que o Ministério Público só tem duas posições na Constituição: a de poder autônomo ou a de ramo independente e autônomo do Poder Judiciário.

A outra sustentação da memorável conferência de Guarapari e que também me parece destituída de raízes científicas mais profundas é a que prega a inconveniência para a própria ordem jurídica quanto à reintegração do Ministério Público ao Poder Judiciário, por significar a restauração do sistema inquisitório.

Pelo que se deduz de tudo o que ficou exposto na sustentação que vimos fazendo nesta palestra, a verdade é bem outra.

Com efeito, se houve um tempo em que a Magistratura poderia ter sido considerada como Poder autônomo, esse foi precisamente aquele em que vigorava o sistema inquisitorial.

A ação do juiz dentro desse sistema era totalmente independente e desvinculada de qualquer outro órgão. O seu comando era unitário, porque havia concentração das funções processuais no órgão judicante.

Com o advento do sistema acusatório, a sua unidade cindiu-se e o juiz passou a ser apenas um co-partícipe do ato de jurisdição.

Mas, vejam. O sistema acusatório rompeu com a unidade do ato de jurisdição, porém não o expulsou parcialmente da órbita do Poder Judiciário. Nem isto seria admissível. Centrifugando-se o outro co-partícipe desse ato, que é o Ministério Público, para a órbita de outro Poder, estaria quebrado o princípio de independência e harmonia dos Poderes. E, nesse caso, o sistema acusatório, ao invés de avanço democrático-liberal, teria significado a invasão e o atropelo de um Poder por outro.

26. Op. e pág. cits.

Inadmissível ver as coisas por esse prisma.

Se o Ministério Público faz parte do Executivo e é essencial à prestação jurisdicional do Estado, o livre funcionamento do Judiciário fica na dependência de um agente de outro Poder. Nesse caso, deixaria o Judiciário de constituir um Poder autônomo, porque o Ministério Público passaria a representar um interventor do Executivo no Judiciário, e isto importaria a sua negação como Poder.

Então, não só não é inconveniente posicionar o Ministério Público no Poder Judiciário, quanto esse *status* lhe é natural e essa permanência, condição de recomposição e perfectude desse mesmo Poder, por significar a reintegração de uma parcela essencial dele, que se desprendeu com a instituição do sistema acusatório.

Nem é preciso, pois, entrar mais em debate sobre teses estéreis, a respeito do perigo que representa à restauração do sistema inquisitorial, a inclusão do Ministério Público no Poder Judiciário.

A restauração desse sistema existiria se se devolvesse aos órgãos da Magistratura o poder de investigação unilateral da verdade, tal como é feito nos procedimentos contravencionalis e nos delitos culposos da Lei 4.611/65.

Confiado a outro ramo independente e autônomo do Poder Judiciário, com funções específicas, de órgão promovente e fiscalizador da jurisdição, sem liame hierárquico a prendê-lo à Magistratura, não seria sequer cientificamente honesto fazer afirmação dessa natureza, que a experiência jamais viria confirmar.

7. CONCLUSÕES

Daí retirarmos algumas conclusões necessárias: a primeira delas é a de que o Ministério Público não tem essência de poder autônomo; a segunda é a de que a Magistratura também não reúne elementos para constituição de poder autônomo; a terceira é a de que o ato jurisdicional é complexo, o que dá ao Judiciário o caráter de Poder bicameral em essência, diferentemente do Executivo e do Legislativo, que podem ser bicamerais facultativamente, por mera opção política.

Com base nessas proposições, apresento a seguinte proposta de tratamento constitucional para o Poder Judiciário, na nova Carta Constitucional que se elabora:

Art. — O Poder Judiciário é exercido pela Magistratura e pelo Ministério Público, independentes e autônomos entre si.

Parágrafo — Lei Complementar estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura e do Ministério Público.

Brasília, 05.03.87
José Dilermando Meireles
Procurador de Justiça no Distrito Federal

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INICIATIVA DAS LEIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1987

AUTORES: Rosemary Machado Silva e
Nilton José Machado, Promotores de Justiça - SC

INTRODUÇÃO

Na Idade Média, a idéia de que a lei exprimia necessariamente os mandamentos da Razão, teve por consequência iniludível afastar, *in limine*, o alcance prático sobre a injustiça de uma norma formal de conduta. Na expressão do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*por força de identificação absoluta entre Razão e a vontade geral, entre a vontade geral e a do órgão legislador que nada mais é do que a vontade de sua maioria, mesmo ocasional, presumia-se que a lei seria sempre justa porque sempre razoável*”.¹ (1) Rousseau revela essa supremacia da norma legal cogitada por Bodine Hobbes.

Nessa quadra histórica, o problema da lei injusta não se resolvia nos quadran tes da análise constitucional, mas supunha-se assunto metajurídico, no dizer de Sartori.

Também pertence à Idade Média o dogma de que há identificação de vontade dos representantes com a vontade da Nação, ou seja, a presunção de que aquela é sempre a expressão pura e simples desta, justificativa do engenho inglês para a completa irresponsabilidade do parlamentar pelos atos que como representante deveria praticar e não o fez, ou o praticou contra os interesses do eleitorado.

Nos dias que correm inobstante estar assimilada a idéia de que o Direito é um dos componentes indissociáveis da ação humana e de que não há ação humana possível para a vida de relações, sem juridicidade, no dizer de Sébastien Soler em “*Las Palabras de La Ley*”, há uma nítida consciência da injustiça e da inaplicabilidade de certas leis, assim como a percepção de fatos sociais sem a cobertura da necessária regulação jurídica, de regulação jurídica deficiente, ou ultrapassada pela dinâmica da vida.

De fato, como instrumento de regulação do complexo mecanismo do obrar humano, as leis envelhecem, tornando-se inoperantes para dado momento histórico, de modo a não mais se ajustarem ao objeto a regular.

-
1. Manoel Gonçalves Ferreira Filho – *Do Processo Legislativo*, Editora Saraiva, 2^a ed., 1984, pág. 76.
 2. Giovanni Sartori – *Teoria Democrática*, trad. por., RJ, 1985, pág. 326.

Concebe-se, de outro lado, que não abarcam elas todas as situações que os atos da vida engendram, sem que, entretanto, o legislador, atento a esses fatores, realize sua grave tarefa a tempo e modo.

Por tal razão, é que para afastar a lei injusta e inexequível, ou para cobrir de juridicidade fatos sociais não regulados, as Constituições modernas têm concebido o instituto do voto, do *referendum*, o plebiscito e da iniciativa populares.

A par disto, a lei deixou de presidir, como uma necessidade superior, a vida do país, tornou-se a expressão das paixões do momento, razão bastante para que o moderno Direito Constitucional engendre instrumentos de defesa da Nação contra os interesses particularizado do Estado.

Das obras dos eminentes professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Wilson Accioli, Biscaretti Di Ruffia, Nelson de Souza Sampaio, Armin Kaufmann, Hans Kelsen, dentre inúmeros outros, extraí-se passagens de grande brilho e de extraordinário conteúdo explicativo das vicissitudes porque passam as leis, de sorte a se repensar todo o procedimento, máxime sobre a legitimidade para sua iniciativa, destas linhas.

Sob o título "A Lei, Expressão da Vontade Política, Manoel Gonçalves Ferreira Filho coloca a efemeridade da norma como consequência da rotatividade política, tanto que a classe política dominante se acha ungida do poder divino de mudar tudo, mexendo com a vida da Nação, como se tudo estivesse errado, abonando-se dona da verdade.

Nesse esquema, diz o mestre, a lei é tirada do pedestal, perde a solenidade e o respeito devido ao que é eterno e superior aos caprichos humanos. Deixa de ser o fruto da vontade de todos, pois é relegada ao rol das utopias. Para ele, "reduz-se à expressão da vontade de uma maioria, mutável como são as maiorias. Passa a ser menos uma limitação do poder do que um instrumento desse poder, o instrumento de uma política". (3)

Apanhada a constatação de que a Lei é a matéria-prima com que trabalha o Ministério Público, e que constitui objeto da sua cotidiana observação crítica, a contaminação dela por fatores exógenos estranhos ao seu conteúdo teleológico, ou finalístico ou mesmo verbal, incapacita-a ao provimento do BEM COMUM.

Não se perca de vista que, seguindo as pegadas de Hans Kelsen, a lei, como norma de conduta humana, deve se amoldar a outra norma que lhe é superior, e que constitui o seu fundamento de validade, a norma fundamental. Esta encontra sua melhor justificativa no Direito Natural e não em ideologias político-partidárias.

Se a norma jurídica perdeu a credibilidade e a autoridade de que deveria ser revestida, a ponto de, no Brasil, a sua desobediência ser pregada pelo próprio Poder Legislativo (exemplo da discussão sobre a vigência da Constituição Federal de 1967 e violação dela pela posse do Vice-Presidente sem que tivesse assumido o Presidente), torna-se urgente e necessário buscar, na própria Carta Magna, salvaguardas das instituições permanentes do Estado.

3. *ibid.* cit., pág. 79, nº 51.

Cuida-se de um convite aos doutos para o estudo de alternativas capazes de, sem por em risco a própria competência do Poder Legislativo e do seu discutível benefício para a democracia, outorgar aos órgãos constitucionais a faculdade de provocar o procedimento legislativo no respeitante a assuntos de significativas parcelas da comunidade nacional, ou mais especificamente, sobre matéria relevante do peculiar interesse desses entes.

VICISSITUDES DO PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo, segundo Nelson de Souza Sampaio, deve ser atendido em sentido sociológico e em sentido jurídico.

Nesta primeira acepção refere-se ao conjunto de fatores reais fáticos, episódicos ou permanentes, sociais, políticos, ideológicos, morais, etc., que põem, ou deveriam por em movimento o legislador e ao modo de como deveriam se comportar na realização de tarefa legislativa.

Sobre tal perspectiva, ainda tomando por empréstimo a linha de raciocínio do emérito professor baiano, devemos ter presentes na elaboração das leis o surgimento e a marcha de determinados projetos, a reação da opinião pública, as crises sociais, as pressões de grupos organizados (lobbying), os acordos de partidos, os de liderança, as compensações políticas, a composição partidária ou social da assembleia, a troca de votos (logrolling), bem como a ambição em que se desenvolvem as discussões.

Dessse descortínio puramente sociológico não se poderá excluir outros componentes que se agregam ao resultado final de muitas leis, tais como a maneira procedimental de como se elegem os artífices dessas normas jurídicas, ditos representantes do povo.

Segundo o maior ou menor grau de importância, a natureza e a abrangência de determinados projetos, o voto de liderança, por exemplo, viola irremediavelmente o princípio da representação na realização da tarefa legislativa, pondo a descoberto até a necessidade de ser repensada a composição numérica das assembleias.

Revela, igualmente, que a lei não resulta da vontade popular, da necessidade sentida da comunidade nacional; não expressa, como deveria, a aspiração dos cidadãos cuja representatividade constitui o único argumento capaz de sustentar a existência dos Parlamentos.

Deixando de lado esta polêmica lavrada nos quadrantes da Ciência Política sobre se, eleitos, os legisladores representam o povo ou a Nação, se se cuida de um mandato ou uma imputação, motivo da irresponsabilidade de que é investido o parlamentar, da necessidade ou não de Parlamento para se ter uma democracia, ou se esta não está na razão da existência desse Órgão, o fato é que a lei nascida sob o signo de tendências ideológicas perdeu o respeito e a dignidade, deixando de representar, como nas observações de Hobbes, a Razão.

Ao se buscar encontrar uma explicação para tal fenômeno, encontrar-se-ão autores de nomeada, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que têm detectado uma crise dos órgãos legislativos, preocupante a todos quantos têm a responsabilidade de zelar pelo seu prestígio, a ponto de ter-se realizado em Brasília um Seminário intitulado A Reforma do Poder Legislativo, com a finalidade de estudar-lhe os

defeitos e buscar soluções visando a impedir o completo descrédito que o voto em branco traduziu.

A propósito, escreveu o renomado mestre paulista:

“É notório que os Parlamentos não dão conta das “necessidades” legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade à manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. A esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão porque os males de que sofre o povo não são aliviados.

“Nem estão os Parlamentos, por sua própria organização, em condições de desempenhar, lentamente mas a contento, a função legislativa. O modo de escolha de seus membros torna-os pouco frequentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldade em encontrar porta-vozes eloquentes, o bem comum nem sempre os acha. Por outro lado, o seu modo de trabalhar é inadequado às decisões que devem tomar”. (4)

A citação de um único cientista do direito constitucional poderia render oportunidade a que se pudesse suspeitar tratar-se de opinião isolada.

Contudo, lendo a obra de João de Oliveira Filho verifica-se que tal não é assim visto. Com efeito, aquele estudioso revela que *“no prólogo à obra do Doutor Carlos María Bidegain, El Congreso de Estados Unidos da América, o professor Linares Quintana acentuou que ‘um exame objetivo da dinâmica política revela, sem lugar à dúvida, que as últimas duas décadas, que está vivendo a humanidade, presenciam a crise do poder legislativo, traduzida em crescente movimento de insatisfação – que se manifesta na generalidade dos países – contra as instituições representativas e em particular contra as assembleias encarregadas de elaborar a lei’.”* (5)

No Brasil tal circunstância se manifesta de forma extremamente prejudicial aos direitos da comunidade nacional, posto que os defeitos contaminadores das regras jurídicas têm também sua razão eficiente no fisiologismo legisferante em atenção a grupos ou classes minoritários, de natureza econômica, via de regra. Tal normação assim concebida, rompe com o equilíbrio do sistema jurídico em que se deve engastar o Estado, a tal ponto de se criarem organismos parajudiciais privados, a teor das execuções extrajudiciais contra mutuários do sistema financeiro da habitação e contra os adquirentes de bens em garantia fiduciária.

Num quadro assim definido, o cidadão se nos afigura restar desprotegido, queda-se manietado pela urdidura do sistema e as Instituições acomodam-se num compasso de espera que a legislação os revista de competência e de poder para realizar os fins do Estado.

Ante à manifesta incompetência, inapetência e cupidez da figura central do

4. ob. cit., pág. 15, nº 14

5. João de Oliveira Filho – *Legislativo: Poder Autêntico, Forense – Rio, 1ª ed., 1974.* pág. 23.

processo legislativo, torna-se mister buscar antídoto capaz de proteger o povo e as Instituições contra tal incúria.

Mas a lei não poderá ser entendida senão como resultado final do seu procedimento, a cuja tessitura se adicionam, inevitavelmente, aqueles fatores registrados. Para que alcance esse estágio de nascimento formal, submete-se a padrões processuais de feitura que Nelson de Souza Sampaio qualifica como espécie do gênero direito processual. Por tal vislumbre, o direito regula a sua própria criação, estabelecendo normas que presidem a produção de outras normas, sejam gerais, ou individualizadas.

Lembra, o autor citado, a lição de Kelsen, para quem existe uma diferença de grau entre o processo legislativo de um lado, e o processo jurisdicional e o administrativo do outro, quanto a maior liberdade que o primeiro deixa para a determinação da matéria dos atos legislativos, ao passo que os outros processos limitam mais o conteúdo dos atos jurisdicionais e administrativos. (6)

Numa explicação mais caseira, diremos que a Constituição cria os órgãos aos quais atribui competência para legislar, outorgando a alguns outros a iniciativa das leis.

Estas mesmas leis, editadas pelos órgãos criados pela Carta Política, dão nascimento não só aos órgãos aplicadores da lei, mas fixam, também, o conteúdo das decisões que devem emanar desses órgãos.

De conseqüente, o processo legislativo só abrange a realização de tarefas legisferantes pelos órgãos já criados. Por isso não se enquadram nesse esquema o poder constituinte originário, que se situa fora do alcance do processo, isto é, não tem limitação podendo, em consequência, criar novos detentores da iniciativa legal.

UNICIDADE DO PODER ESTATAL

Os poderes do Estado. Meramente Instrumental e Histórica

As Instituições Constitucionais

Para bem compreendermos a posição de algumas instituições de natureza constitucional ínsitas na própria Nação, passando ao Estado (Nação política e juridicamente organizada) por simples transposição da existência fática para a jurídica ou formal, como ocorre com o Ministério Público, com as Forças Armadas e com as autarquias territoriais, devemos partir da idéia de que o poder estatal é único, de modo que a sua separação em três não atende à natureza do objeto dividido, mas a um reclamo de ordem funcional, de exercício apenas.

6. Hans Kelsen – *General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1949,* pág. 130, apud Nelson de Souza Sampaio – *O Processo Legislativo, Ed. Saraiva, SP, 1968,* págs. 3/4.

Assim posta esta visualização do poder estatal, nas constituições, que com diferenças de expressões, querem emanar do povo e em seu nome seja exercido, verificaremos que as instituições constitucionais são ungidas de parcela desse poder, não o recebendo reflexo, mas próprio, decorrente da emanação e não da divisão recriada.

Visto isto, o Ministério Público não estaria vinculado a qualquer ente resultante da divisão do poder, porque isto representaria uma *contradictio in terminis*. Recebe-o originariamente, posto que se não cuida de uma criação decorrente do poder legislativo, derivado, mas originário, de que é detentor o povo.

Não se justifica que diante das vicissitudes do processo de organização legal assinaladas, o concebamos amofinado, apequenado, incrustado num dos órgãos resultantes de uma imaginária partição do poder. Urge que o tenhamos vigilante a todos eles, ativo, dinâmico, afetado de iniciativa da ação penal, da ação civil pública, da deflagração das salvaguardas constitucionais, dentre muitos outros misteres em que se espartilha a sua multifária atribuição.

Pelas mesmas razões apontadas, não se lhe quererá descorado, débil, mas instrumento eficiente, desquefante, de resguardo dos direitos e das garantias dos cidadãos, quer isolada, quer coletivamente considerados. A outorga constitucional de iniciativa de prover projeto de lei que diga respeito ao peculiar interesse que encarna – o das comunidades regionais – altear-lhe-á o teor finalístico, desprender-se-lhe-á do Executivo ou de outra parcela em que se poderá subdividir o poder, erigir-se-lhe-á à culminância de uma magistratura requerente, *début*.

O perfeito entendimento dos fundamentos destas considerações exige a definição do que seja poder. Para tanto, louvar-nos-emos nas exposições de João de Oliveira Filho na já citada obra. (7)

Na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, ficara expresso o reconhecimento de que tendo os homens por iguais e dotados pelo CRIADOR de certos direitos inalienáveis, como à Vida, à Liberdade e ao da Busca da Felicidade, e que para assegurar tais direitos, os governos foram instituídos entre os homens, derivam seus justos poderes do consentimento dos governados.

Foi tal princípio acolhido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, adotando-a a Assembléia Nacional da França, depois da revolução.

Com a queda do *ancien régime*, as modernas constituições adotam-no sem discrepância.

Para o autor citado, “poder significa a possibilidade de alguém usar de meios materiais e humanos para atingir algum fim”. . . .” Poder de um homem, tomado em seu sentido geral, são os meios presentes ou atuais, originais ou instrumentais para obter algum aparente bem futuro, dizia Hobbes (*Leviathan, Chapter X*) – *The power of a man, to take is universaly, is his presents means to obtain apparent good, an is either original or instrumental.*” (8)

7. ob. cit., págs. 25/45.

8. idem.

9. Paulino Jacques – *Curso de Direito Constitucional*, Forense, Rio, 7^a ed., pág. 177.

Esclareça-se a bem da perfeita compreensão, que a expressão poder, consignada nas constituições, significa o conjunto de meios empregados na consecução dos fins do Estado, na forma da Constituição e das leis, sob a égide da autoridade.

O Estado antigo não conheceu a doutrina e muito menos a prática da separação dos poderes, di-lo Paulino Jacques (9). Havia, não resta dúvida, a divisão do trabalho governamental. Dos quatro poderes de Looke, Montesquieu reduziu a três, chegando Kant à teoria da coordenação entre eles.

Tanto essa divisão se ajusta unicamente a uma opção do constituinte que no Brasil Império a Constituição de 1824 previu quatro poderes, acrescentando o Moderator, considerado por aquela própria Carta, como a chave de toda a organização política.

Aliás, o direito comparado nos fornece o exemplo da Costa Rica em que a divisão das funções do Estado inclui o Poder Eleitoral, consoante Bulgarelli (10).

Ajustam-se a estas observações, as ensinâncias do professor paulista Michel Temer. Para este juspublicista, Calos Ayres de Britto foi quem, com mestria, focalizou este tema, dizendo-o utilizado em quatro acepções: “(a) poder enquanto reivelação da soberania (art. 10º, § 1º, da CF); (b) poder enquanto Órgão do Estado (art. 6º da CF); (c) poder enquanto função (arts. 13, § 1º, 27, 73 e 112, da CF); (d) poder no sentido de Estado ou de pessoa pública política (arts. 175, 179, parágrafo único e 180, parágrafo único)”. (11)

Ainda para o supramencionado professor, equivocam-se os que utilizam a expressão “tripartição de poderes”. E citando trabalho de conclusão do curso de mestrado, de autoria de Valmir Pontes Filho, noticia: “O que ocorre, na realidade, é que o organismo estatal, toda vez que manifesta a sua vontade, o faz, necessariamente, através de três espécies de atos: a lei, a sentença e o ato administrativo”. (12)

Ora, a atuação do Ministério Público reveste-se do poder do Estado enquanto função e, por via de consequência, representa expressiva gama de interesses estatais que estão a merecer se outorgue ao seu agente, como ao Judiciário, parcela de autonomia que implique na possibilidade de remeter às Câmaras Legislativas os projetos de lei de seu interesse, timbrado pelo poder.

10. Oscar Aguillar Bulgarelli – *La Constitucion de 1949, Antecedentes y Proyecciones*, 6^a ed., Editorial Costa Rica, 1979, pág. 160.

11. Michel Temer – *Elementos de Direito Constitucional*, RT, SP, 1983, pág. 126

12. ob. e págs. cits., nota de rodapé.

INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

O Ministério Público como Expressão do Poder do Estado

Para Santi Romano, no âmbito da ordenação do Estado encontram-se inúmeros entes sociais, ou seja, instituições que têm características, estrutura e finalidades variadas, dentre elas aparecendo as instituições do Estado, definida como as que constituem parte integrante da estrutura que o Estado possui como pessoa, da qual não se distinguem senão como partes integrantes do todo. Assim, o Estado é umente complexo que pode se apresentar na sua totalidade ou apenas num dos seus numerosos aspectos, nesta ou naquela articulação. (13)

Quando defendemos a tese de que ao Ministério Público, como instituição do Estado, deveria ser acometida a competência para intervir em todos os processos, independentemente da qualificação de interesse público que a regra do artigo 82, III do Código de Processo Civil Brasileiro encerra, tivemos ocasião de assinalar:

"A esta altura já nos é permitido, com Flávio Queiroz de Moraes Júnior, indagar se o Ministério Público atende a uma necessidade vital do Estado na sua formação e decorrente do poder supra-estatal, o "Poder Estatal", ou simplesmente constitui um elemento essencial para a existência do Estado, formando seu corpo orgânico por obra da Constituição.

É o mesmo autor quem responde:

"Assim sendo, podemos desde logo esclarecer que vemos o Ministério Público como uma estrutura jurídica que se insere no princípio vital do Estado e não como poderá parecer, no campo restrito da vida jurídica." (14)

Em linguagem mais simples, dizíamos: *"Podemos esclarecer que, assim concebido, o Ministério Público está inserido na Nação e é anterior ao Estado estruturado, decorrendo sua existência de uma necessidade social de defesa coletiva, ao lado dos poderes da doutrina tradicional.*

"Descendo mais na análise dedutiva, verificamos que o Estado nasce mais ou menos naturalmente pelo somatório de seus elementos constitutivos, em cujo contexto se insere a necessidade de um Órgão constitucional representativo nato do grupamento (não se poderia, ainda, falar de Estado), que gira e defenda seus interesses na organização estrutural. Mesmo porque o Estado apanha, na sua organização, os anseios da Nação.

No Estado do "Bem Estar Social", por conseguinte, o Ministério Público transcende a organização formal. A formação jurídica não basta para justificar sua necessidade, mas o sentimento universal de defesa do todo". (15)

Porque todieramente é lícito assim concluir, respondem-nos as várias constituições do mundo, e o grau de afetação de autoridade que lhe é universalmente conferida.

13. Santi Romano – *Princípios de Direito Constitucional Geral*, RT, SP, 1971, págs. 104/105.

14. Nilton José Machado → *O interesse Público . . . , Justitia*, vol. 99, págs. 210/211.

15. ob. e pág. cits.

Em excelente trabalho recentemente publicado por promoção da Escola Superior do Ministério Público e da Associação do Ministério Público, do Rio Grande do Sul, Paulo Pinto de Carvalho, emérido professor da Universidade Federal daquele Estado e Procurador de Justiça, faz excelente incursão no direito comparado sobre o Ministério Público, reavivando a memória de quantos possam pensar que não tenha ele eloquente presença em todas as constituições democráticas do universo constitucional.

Na maioria dos países europeus, a sua fisiologia se insculpe de tal forma no Poder Estatal que é nominada de magistratura, como é o caso da França, da Espanha, da Itália, também de Portugal (art. 224), apenas para citar alguns. Na França, a magistratura *debout* também é recrutada através da Escola Nacional da Magistratura.

Exemplo do crescente fortalecimento do Ministério Público como uma tendência democrática, é o italiano, sobre o qual o ilustre autor do citado trabalho invoca o testemunho do eminentíssimo colega mineiro J. Cabral Netto, que por sua vez, traduzindo o magistério de Siracusa, escreve que *"a magistratura é constitucionalmente independente, o órgão que a preside é o Conselho Superior da Magistratura, dele fazem parte o Procurador-Geral da Corte e membros eleitos do Ministério Público. Destarte, o Ministério Público é uma magistratura, de tal sorte que gozam de independência, os membros de ambos as magistraturas, em relação às jurisdições especiais e ordinárias."* (16)

Ao analisar o Ministério Público alemão, o autor ressalta, com as palavras de Figueiredo Dias e Manoel da Costa, autores portugueses, que o Ministério Público germânico exerce uma discretionaryade que vai muito além do autorizado por lei. E acrescenta o autor, pela voz de Heike Iung *"O Ministério Público alemão tem a direção e o controle da investigação criminal, nos termos da lei"*. (17)

Nos Estados Unidos, no dizer daquele estudioso, *"esta posição de vanguarda, este domínio que o Ministério Público detém como dominus litis, em todos os quadrantes da terra, personagem decisivo, do drama penal, assume contornos marcantes nos Estados Unidos, vez que ele exerce o papel de um juiz às portas do tribunal"*. (18)

Importa reconhecer que esta filigrana importada do pensamento de Montesquieu, da separação dos poderes, não se põe em risco para a democracia, quando o órgão do Ministério Público adentra, com vantagens, ao círculo da magistratura, portanto, de outra divisão do trabalho do Estado, para atender aos fins deste, eis que a experiência americana revela à nitidez, o acerto dessa integração.

16. Vários autores – *O Ministério Público, Direito e Sociedade*, Porto Alegre, Fabris, 1986, págs. 77/119.

17. ob. pág. cits.

18. ob. pág. cits.

Exercitar, o Ministério Público, o julgamento, o Legislativo Governo e o Governo a Legislação, ou vice-versa, constitui-se em benéfico exercício da democracia e do equilíbrio entre as partes integrantes do poder como unidade, sem retirar deles, qualquer parcela de afetação.

O Ministério Público soviético, conquanto prestamista de uma ideologia, é encarregado de fiscalizar as atividades jurisdicionais, inclusive, com preceitua o artigo 113 da Constituição Russa, de sorte que suas atividades transcedem a órbita jurídica, para que a prokuratura atinja todos os setores da vida da União Soviética.

Portanto, o Ministério Público no panorama internacional é incrustado no Estado, via Constituição, com parcela de poder, atendida a sua concepção contemporânea.

Da mesma forma que a sua incursão nas tarefas tradicionalmente afetas ao Judiciário não reduz a destinação constitucional deste, a iniciativa, pura e simples, da lei, antes de enfraquecer o vigor, por representar colaboração das mais eficazes, reforçará o Poder Legislativo, eis que não importará em nenhuma espécie de delegação.

A INICIATIVA DAS LEIS E AS INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Em alguns Estados soberanos, a iniciativa popular, inclusive em matéria constitucional, é deferida para emendas ao Texto Magno, como é o caso da Suíça e se constata da leitura do artigo 89 da sua Constituição.

Diversos Cantões suíços, a exemplo de Brasileia e Friburgo, admitem-na relativamente à legislação ordinária, traduzindo-se numa democracia semi-direta porque no dizer de Dagoberto Liberato Cantizano, a marca registrada dessa forma de governo é a previsão das salvaguardas constitucionais da iniciativa popular, do voto popular e do *referendum*. (19)

A Constituição da Itália prevê iniciativa popular no seu artigo 171, in termo, desde que cinquenta mil eleitores apresentem ao Parlamento projeto de lei já estruturado em artigos, adotando, assim, a *iniciativa formulada*.

Também a Constituição Austríaca, através das disposições do artigo 41 da vigente, dispõe que deverá ser submetida, pelo governo, à apreciação do Parlamento, toda iniciativa formulada por um mínimo de duzentos mil eleitores ou pela metade do eleitorado de três Províncias.

Evidentemente que a previsão, com a exigência de tamanho número de eleitores, é apenas teórica. Daí a observação de Kelsen, cuja influência na elaboração da constituição austriaca é reconhecida, de que “*a instituição da iniciativa é tanto mais eficaz quanto menor é o número de cidadãos cuja proposição tem por consequência por em movimento o procedimento parlamentar*”, embora assinale que, “*esse número não poderá ser muito pequeno para evitarem-se abusos*”. (20)

19. *Dagoberto Librato Cantizano – O Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras e no Direito Comparado*, Forense, RJ, 1985, pág. 135.
20. *Teoria General del Estado* – Kelsen, trad. esp., Barcelona, 1943, pág. 450.

A tendência à extensão do número de titulares da iniciativa legisferante, di-lo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não se limita a atribuí-lo ao Executivo, ao Judiciário, mas a outros Órgãos do Estado, com o que não seria despropositado armar também o Ministério Público dessa proposição constitucional e para matéria de seu peculiar interesse, correspondente à sua auto-organização. Ainda não seria demais, se fosse o caso, de se lhe atribuir competência para provocação do procedimento parlamentar sobre assuntos pertinentes ao seu âmbito de atuação constitucional e orgânica, que reclamassem reforma legislativa tendente ao provimento do Bem Comum, como, exemplificativamente, em matéria criminal.

Assim é que, a Constituição Italiana concede o poder de iniciativa ao Conselho Nacional de Economia e Trabalho (art. 99), em matéria econômica e social e, aos Conselhos Regionais, nos termos dos respectivos estatutos, nos assuntos relativos à região, ex vi do artigo 121. Mais ainda: essa Constituição prevê a possibilidade de, por meio de lei constitucional, ser a iniciativa estendida a outros *organi et enti* (art. 71), pela forma que na Itália explica Biscaretti di Ruffia. (21)

Estas previsões, independentemente do reconhecimento ou não da eficiência, depõem em favor da abordagem de que a propositura de leis não deve ficar restrita aos parlamentares, ou ao governo, pois embora estes devam representar o povo, a experiência revela e as condições descritas anteriormente e no pôrtico deste trabalho no-lo confirmam, que o povo nem sempre se acha representado por aqueles que oficialmente não incumbidos de fazê-lo.

A expressão de Burdeau condiz com o fato de que a extensão de iniciativa, na verdade, é confissão tácita da inadequação da representação tal qual está hoje estruturada para atender a necessidade de expressão e defesa dos interesses do homem hodierno, o homem situado em La Démocratie.

Talvez sejam estas, alidadas a muitas outras, razões pelas quais em vários Estados da Confederação Norte-Americana a iniciativa popular e orgânica representem o eloquente exemplo de que não se arranca, sequer, a democracia, nem a interdependência das funções do Estado, atribuindo a iniciativa das leis a outros Órgãos constitucionais, como o Ministério Público. Pelo fato de ser deferido a outros entes a iniciativa de deflagração do processo legislativo, tal como ocorrem em relação ao Judiciário no Brasil, em El Salvador, na Guatemala, no Peru, na República Dominicana, dentre outros, não se altera, ao contrário, se alteia o primado da lei.

A Constituição espanhola é exemplo desse despreendimento, tanto que dispõe no artigo 89: “*As assembléias das comunidades autônomas poderão solicitar ao governo a aprovação de um projeto de lei ou apresentar à mesa do congresso uma proposta de lei, enviando perante àquela câmara um máximo de três membros encarregados de a defender*”.

Ora, se como tivemos oportunidade de assinalar, o Ministério Público, em todas as partes do mundo, detém uma parcela significativa do interesse, e até do poder

21. *Paolo Biscaretti di Ruffia – Direito Constitucional*, trad. port. de Maria Helena Diniz, RT, SP, págs. 370/380.

públicos, temos que poderá ser a ele confiada a possibilidade de encaminhar às assembleias projetos de lei de interesse público geral circunscrito à sua esfera de atuação e, muito restritivamente, no particular interesse do Órgão.

Tal previsão em nada afetará a forma de governo que se vier a adotar. Na mais viçosa democracia do mundo, fonte da qual as modernas constituições hauriram os fundamentos da organização estatal, há três principais espécies de projetos de lei: o projeto de lei público, o projeto de lei privado e o projeto de lei híbrido, sendo que o privado é iniciado por autoridades locais, a teor do magistério de Wilson Accioli. (22)

Essa manifestação atende a uma tendência histórica de se atribuir funções legislativas a outros órgãos, de vez que na Grécia o povo as exercia diretamente. Na Idade Média, em França, ao legislador cabia, com exclusividade, a formulação de normas de conduta, porque assim estava o Espírito das Leis. Hoje, também ao governo, aos tribunais superiores e a outros entes constitucionais do Estado é deferido a tarefa da iniciativa, permanecendo o processo fiel à tradição histórica.

CONCLUSÕES

1. A breve investigação dos fenômenos axiológicos que cercam a feitura das normas formais de conduta (aqueles provindas do Poder Legislativo) no Brasil e no direito comparado, autoriza concluir que a realidade estrutural e finalística do Estado moderno está a exigir a concepção de salvaguardas constitucionais capazes de obviar os inconvenientes da completa irresponsabilidade dos congressistas e da reduzida legitimação ativa da iniciativa das leis.

2. O processo legislativo no Brasil, visto como simples manifestação de poder é, sociologicamente considerado, ineficiente para prover de normação eficaz e legítima, o *welfare state*.

3. Do ponto de vista jurídico, o procedimento legislativo não difere substancialmente do judiciário e do administrativo. Por isso, na sua dinâmica reclama o contributo dos próprios destinatários das normas na vigilância das legislaturas. Para tanto, são concebidos em vários países, o voto popular, o referendo em matéria de extraordinário interesse, o plebiscito e a iniciativa através de instituições dotadas de interesse público.

4. A justificativa encontra fundamento filosófico na anteviés axiomática de que o Poder do Estado é uno, de sorte que a sua divisão é meramente ideal, histórica e instrumental, atendendo a simples racionalização do exercício da potestade.

5. O Ministério Público é, também, instituição representativa de parcela do poder estatal, razão pela qual é um ente constitucional.

6. Muitos países da comunidade internacional, dentre os quais o Brasil, outorgam a órgãos constitucionais a iniciativa das leis, sem quebra da linear divisão do poder estatal. Alguns deles armam o povo e outras instituições, inclusive as comuni-

22. Wilson Accioli – *Instituições de Direito Constitucional*, Forense, RJ, 1981, págs. 236/327.

tárias, de salvaguardas constitucionais legiferantes.

7. O peculiar interesse-poder do Ministério Público reveste-se de tecnicismo e de especialidade, de sorte a reclamar a faculdade de iniciativa formulada de projeto de lei em matéria de sua organização e do campo restrito da sua atuação funcional.

PROPOSIÇÃO: Que a futura Constituição assegure à Instituição do Ministério Público a prerrogativa de remeter diretamente às Câmaras Legislativas, projetos de lei formulados sobre seu peculiar interesse, restando assim redigido o respectivo artigo:

Art. — A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão a Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e aos Tribunais Superiores com jurisdição em todo o território nacional.

Parágrafo único — As Instituições Constitucionais poderão propor ao Poder Legislativo projeto de lei formulado sobre assunto de seu peculiar interesse.

BIBLIOGRAFIA

1. Afonso Arinos de Melo Franco — *Direito Constitucional — Teoria da Constituição — As Constituições do Brasil*, Forense, RJ, 1976.
2. Armin Kaufmann — *Teoria de Las Normas (Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo)*, Depalma, Buenos Aires, 1977.
3. Dagoberto Liberato Cantizano — *O Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras e no Direito Comparado*, Forense, RJ, 1985.
4. Hans Kelsen — *Teoria Pura do Direito* — trad. de João Baptista Machado, Arménio Amado editor, 4^a ed., 1979.
5. Ivo Dantas — *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, Jalovi, SP, 1^a ed., 1986.
6. João de Oliveira Filho — *Legislativo: Poder Autêntico*, Forense, RJ, 1974.
7. José Alfredo de Oliveira Baracho — *Processo Constitucional*, Forense, RJ, 1984.
8. Manoel Gonçalves Ferreira Filho — *Do Processo Legislativo*, Saraiva, 2^a ed. atualizada, 1984.
9. Michel Temer — *Elementos do Direito Constitucional*, 1^a ed., 2^a tiragem, RT, SP, 1983.
10. Ministério Público, Direito e Sociedade, publicação da Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul — Trabalho: Uma incursão do Ministério Público à Luz do Direito Comparado...
11. Nelson de Souza Sampaio — *O Processo Legislativo* — Saraiva, SP, 1968.
12. Nilton José Machado — *O Interesse Público como Determinante da Intervenção do Ministério Público na Ação...* — Justitia — Órgão do Ministério Público de São Paulo, n° 99.
13. Paolo Biscaretti di Ruffia — *Direito Constitucional — Instituições de Direito*

- Público – Trad. de Maria Helena Diniz, RT, SP, 1984.
14. Paulino Jacques – Curso de Direito Constitucional – Forense, RJ, 7ª ed., 1974.
 15. Pinto Ferreira – Princípios de Direito Constitucional Moderno – RT, 5ª ed., Tomo I.
 16. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza – Direito Constitucional Comparado – Livraria Del Rey Ltda., 1985.
 17. Ronaldo Poletti – Controle da Constitucionalidade das Leis – Forense, RJ, 1985.
 18. Santi Romano – Princípios de Direito Constitucional Geral, Trad. de Maria Helena Diniz, RT, SP, 1977.
 19. Sara Ramos de Figueiredo – Processo Legislativo, 3ª ed., Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1982.
 20. Sérgio de Andrea Ferreira – Princípios Institucionais do Ministério Público – 2ª ed., revista e atualizada, RJ, 1983.
 21. Thomas Cooley – Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, 2ª ed., RT, SP, 1982.
 22. Wilson Accioli – Instituições de Direito Constitucional, Forense, RJ, 1981.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO : IMPEDIMENTOS

AUTOR: Carlos Bobadilla Garcia, Procurador de Justiça

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS

II – IMPEDIMENTOS

III – CONCLUSÕES

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Extremamente honrado encontro-me perante meus ilustres colegas do Ministério Público de todo este imenso Brasil, por ocasião deste VII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, objetivando debater os elevados interesses da nossa querida Instituição, na presente Assembléia Nacional Constituinte.

2. Tendo participado ativamente do VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo, nos dias 26 a 29 de junho de 1985, acompanhei, daquela data até o presente a intensa movimentação desenvolvida pela Confederação Nacional do Ministério Público, presidida por este notável membro do Parquet Nacional, que é o eminentíssimo colega Dr. Luiz Antônio Fleury Filho.

3. Feito este registro inicial, não posso deixar de, ao início de minha modesta contribuição, agradecer sensibilizado e de forma muito profunda, a extraordinária força dispensada pelos meus colegas sul matogrossenses. A eles a minha homenagem.

4. Ao ingressar no Ministério Público do Estado e ao ser empossado prestei o seguinte juramento:

"Prometo cumprir fiel e honradamente as funções de meu cargo". (15.02.67)

5. A esta exortação fiel de minha vida funcional, alio o que dispõe o artigo 1º, da Lei complementar nº 40/81, quando o legislador federal Pátrio, delimitando a ação da Instituição, definiu o membro do Ministério Público como sendo:

"Fiscal da Execução da Constituição das Leis e o responsável perante o Poder Judiciário pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade".

6. Acosto a estes dois postulados máximos de minha carreira aquele consagrado na moção de Curitiba, tornada pública em 21 de junho do ano findo, pela nossa CONAMP e pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais da Justiça de:

"Apoiar junto à Assembléia Nacional Constituinte o texto ora aprovado".

7. Sobre esta tríplice estrutura procurarei erigir o edifício de meu entendimento.

mento, referente aos *impedimentos do Ministério Público* na próxima Constituição.

8. De passagem, permito-me, com toda humildade, discordar da forma adotada de convocação, da Assembléia Nacional Constituinte, posto que o povo dela foi alijado, este encontro nacional foi formalizado através, tão somente, da atividade político-partidária vigente no País.

9. Constituinte é povo e sua voz deveria ser ouvida também de forma direta entendendo que a suprema vontade popular foi historicamente alijada desse momento ímpar da vida Pátria.

Rui Barbosa, ao definir Constituição ensina que:

"A Constituição é ato da Nação, em atitude soberana de constituir a si mesma. A Constituição demarca os seus próprios poderes. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. (In Justitia, 118/105).

10. Passo a examinar sob minha ótica, os impedimentos do Ministério Público na próxima Lei Maior.

II – IMPEDIMENTOS

1. A vigente Lei Fundamental Brasileira, ao tratar dos impedimentos da magistratura, prescreve que:

"É vedado ao Juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

I - Exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição;

II – Receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, porcentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; e

III – Exercer atividade político-partidária.

2. Acresce-se, ainda, que a *Lei Orgânica da Magistratura Nacional* (Lei Complementar nº 35, de 14.03.79) estabelece em seus práticos 1º e 2º, do artigo 26, que:

"O exercício do cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino".

"Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados".

3. Este Diploma prevê, ainda, em seu artigo 36, as seguintes vedações para o magistrado:

"Exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista;

II – Exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

III – Manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério".

4. No que tange ao Ministério Público nesta parte silencia a Carta Magna Pátria. Tão somente na Lei Complementar nº 40, de 14.12.81, a matéria vem palidamente tratada.

5. Com efeito, prescreve o artigo 24 deste mandamento legal que:

"É vedado aos membros do Ministério Público dos Estados:

I Exercer o Comércio ou participar de sociedade comercial como quotista ou acionista;

II – Exercer a advocacia".

6. No entanto, em seu artigo 42, a mesma lei complementar nº 40/81, autoriza o membro do Ministério Público afastar-se do cargo para:

"I – exercer cargo eletivo ou a ele concorrer;

II – exercer outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na administração direta ou indireta;

III – Frequentar cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, no País ou no exterior, com prévia autorização do Procurador Geral, ouvido o colégio de procuradores".

7. Em Curitiba com a publicação de sua carta, a CONAMP e o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça aprovaram o texto de interesse da Instituição que, em seu artigo 7º, preleciona:

"É vedado ao membro do Ministério Público, sob pena de perda de cargo:

I – Exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo para cargo eletivo administrativo de excepcional relevância ou de magistério;

II – Receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

III – Exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;

IV – exercer a advocacia.

8. Pugno por uma ampliação de tais impedimentos. Com efeito. Examino aqueles impedimentos sob dois aspectos que registro fundamentais:

1 – ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA

Louvo, até aqui, todos quantos colegas eméritos da Instituição participaram ativamente da vida político-partidária de nosso País.

Chegou o momento para parar. Parar e pensar. Pensar e crescer.

Não vejo como justificar, em face da incessante luta da Instituição por sua independência, a figura do Promotor Senador, do Promotor Deputado Federal, do Promotor Deputado Estadual, do Promotor Vereador, do Promotor Presidente da

República, do Promotor Governador e do Promotor Prefeito.

Não vislumbro o membro do Ministério Público exercendo a atividade Político-partidária, eletiva ou não, como fator de projeção da Instituição.

Pelo contrário, tenho para mim que nesse exercício de atividade pública, totalmente estranha à instituição, o membro do Ministério Público tem diminuída sensivelmente a dignidade da sua função.

Sua filiação a partidos políticos, como simples dirigente ou ainda como candidato a cargos eletivos e/ou exercendo-os, após embates eleitorais, desvirtua a essência da Instituição.

No entanto, há que se conscientizar os componentes do *Parquet* que “se deve servir a ela” e “não dela servir-se” para outros interesses pessoais.

Tal atividade tolhe a ação do Ministério Público, desnatura sua origem, descharacterizando sua finalidade suprema.

Na verdade há que se alterar por exemplo a legislação eleitoral, visando ampliar a ação do Promotor de Justiça nesse campo do direito.

O membro do Ministério Público, filiado a partido político, não dispõe de isenção de ânimo para se manifestar, por exemplo, num pedido de impugnação de registro de candidato, se este pertence à mesma agremiação partidária.

A denúncia de seu impedimento para o caso figurado é solução singela. Sem grandeza.

Como agiria o membro do Ministério Público, sendo partícipe da vida partidária, na ação penal eleitoral, com o réu pertencendo ao mesmo partido político? E em comarcas onde só existe um Promotor de Justiça? Inúmeros seriam os prejuízos para a celeridade processual e para a dignidade da função.

Argumenta-se que o membro do Ministério Público ocupar todos os espaços, inclusive, aqueles oriundos de cargos eletivos.

Não comungo com tal entendimento. Se o membro do Ministério Público ingressou na carreira depois de se submeter a concurso público, se foi nomeado, empossado e tendo entrado em exercício e inicia sua atividade laboral prevista em Lei, sua atividade cessa nas hipóteses de morte, pedido de exoneração, postulação para aposentadoria e no caso de disponibilidade remunerada.

Salvo honrosas exceções, quantos membros do Ministério Público nessas condições, exercendo atividade político-partidária, eletiva ou não, carrearam para a Instituição verdadeiras contribuições para seu engrandecimento? Poucos. Os demais, salvo melhor juízo, procuraram apenas as satisfações pessoais.

Se tem tendências políticas, eletivas ou não, porque não exercê-las em toda a sua plenitude, permitindo que seu espaço seja então ocupado por outro membro do Parquet que deseja fazer carreira? Creiam que seriam muitos os candidatos para ocupar este espaço. E quem sabe com muito maior aproveitamento para a Instituição.

O exercício do Ministério Público deve ser vocação e nunca visando outros interesses pessoais.

Registro com alegria o posicionamento do meu eminente presidente Luiz Antônio Fleury Filho, quando afirmava no Plenário, do II PROJUS Campo Grande, MS, findo (86) que há um consenso na Instituição, no que tange ao impedimento da

atividade político-partidária, eletiva ou não, ser consignado na próxima Lei Maior Pátria.

Ao mesmo tempo fiquei mais tranquilo com tal esclarecimento, vez que a moção de Curitiba enfocou a matéria de forma diversa. Com efeito. O inciso I, do artigo 7º, já citado, do projeto em tela não veda ao membro do Ministério Público o exercício da atividade político partidária.

Peço vênia para divergir de tal posicionamento na certeza de que, não sendo texto definitivo, vislumbro então a possibilidade futura de se excluir dispositivo.

Se pela moção de Curitiba pugna a Instituição pela independência funcional, pela vitaliciedade, pela irredutibilidade de vencimentos, pela paridade de vencimentos e vantagens com a magistratura e pela inamovibilidade, não se justifica a exclusão desse mesmo impedimento.

Seria contraditório e altamente comprometedor para a instituição entrar no embate da Assembléa Nacional Constituinte que tal disposição fosse mantida e não guardada pela futura lei fundamental.

II – EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Permissa venia, não concebo a figura do Promotor Advogado.

Não o Promotor Advogado do acidentado do trabalho, do menor, do incapaz, do meio ambiente, do consumidor, não o Promotor Advogado em nome da Lei.

Mas sim aquele Promotor Advogado que exerce a advocacia definida pela Lei nº 4.215/63, pouco importando as restrições previstas em seu artigo 85, IV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tal permissivo reflete uma concorrência desleal aos demais nobres componentes da respeitada instituição, necessária ao pleno funcionamento de um estado democrático.

Acresce-se, ainda, que o mesmo do Ministério Público no desempenho de seu munus dispõe de uma gama enorme de canais de influência para captação de cliente-la.

A par disso gera conflitos de personalidades e coloca a figura do promotor de justiça no embate de interesses pessoais e antagônicos.

A vedação da advocacia, em boa hora sugerida na moção de Curitiba, deve ser estendida a todo o Ministério Público, seja Federal ou Estadual.

Com a unificação da Instituição na próxima Constituição creio que tal defasagem eliminada só visará a real independência do *Parquet* nacional.

O Promotor Advogado, exercendo essa não menos nobre missão, figuraria no embate judicial com *handicap* extremamente superior ao advogado. Disporia aquele de uma estrutura mantida pelo estado.

Inúmeras são as oportunidades do Promotor Advogado para, usando das prerrogativas de seu cargo, pressionar nas mais variadas formas a comunidade para auffer vantagens econômicas, próprias do exercício da pura advocacia.

Tal atividade também desnatura a essência da função constitucional do Ministério Público.

Deve-se fechar esta porta, evitando-se a peita, a corrupção, o enriquecimento

ilícito, as vantagens pessoais escusas.

Claro que todos são honrados e imunes a tais influências. Mas sé-lo-ão os futuros colegas?

Faço minha as observações de eminentes colegas:

"Os integrantes do Ministério Público de São Paulo, por sua vez, contam com as garantias necessárias ao exercício de suas atribuições. Ao lado das prerrogativas que lhe são outorgadas pela lei, podem dedicar-se ao cargo em tempo integral, em razão de perceberem vencimentos idênticos aos da magistratura. É necessário relembrar que foram os próprios promotores de São Paulo que, em 1947, abriram mão da advocacia particular, que lhes possibilitava obter ganhos maiores do que os dos juízes, para exercerem suas funções com exclusividade, sujeitando-se à equiparação de vencimentos, mantida até hoje. Lamentavelmente, o Ministério Público Federal não acompanhou a evolução do Ministério Público dos Estados. Ao contrário, ao mesmo tempo em que defende os interesses da União, como pessoa jurídica de direito público, numa atividade híbrida que não lhe permite encontrar o seu verdadeiro perfil". (Luiz Antônio Fleury Filho, *Justitia*, 127/62).

"O Ministério Público e a Magistratura são frutos de uma mesma árvore". (José Roberto Pierangelli – *Justitia* – 117/233), mesmo porque "*suportam os infortúnios, sem cair no desespero*". (Talmud – *Justitia* 123/20)

A Instituição deve manter equidistância entre os poderes do Estado, tão imprescindível à dignidade do cargo.

Assim formulo as seguintes:

III – CONCLUSÕES

Enumero a seguir os impedimentos que devem ser elevados ao plano constitucional.

É vedado ao membro do Ministério Público, sob pena de perda de cargo:

1. Exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, cargo ou emprego, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, desde que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário; vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino;
2. Receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, nos processos em que oficiar;
3. Exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;
4. Exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou

fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe ou fundação de ensino de instituição para aperfeiçoamento cultural e sem remuneração;

5. Exercer atividade político partidária, eletiva ou não; e
6. Exercer a advocacia.

Finalizando, peço vênia para lembrar que no VI Congresso Nacional do Ministério Público, já referido, além deste Procurador de Justiça então Promotor de Justiça outros dígnos colegas também se preocuparam com a temática. Cito entre eles: Rosana Grimberg, Ildefonso Pereira Neto, Itamar Dias Noronha, José Geraldo de Almeida e Antônio Coelho Medeiros, todos de Pernambuco. (Livro de teses, páginas 384 e 470).

O trabalho destes eminentes membros do Ministério Público também não foi acolhido pela moção de Curitiba, o que pode gerar um desestímulo futuro.

Lamente-se tal esquecimento.

Assim, homenageando a todos quantos honraram-me com suas dignas presenças e atenção o reconhecimento profundo e respeitoso do proponente.

Ilustres colegas . . . Nascer, crescer, trabalhar com dignidade, viver e morrer membro do Ministério Público, objetivando a grandeza e a independência da Instituição.

BIBLIOGRAFIA

Lei Complementar nº 40/81;
Moção de Curitiba;
Justitia, 118/105; 127/62; 123/20;
Constituição Brasileira;
Lei Complementar nº 35/79;
Lei nº 4.215/63;
Livro de teses do VI CONGRESSO NACIONAL DO MP (pág. 384 a 470).

Carlos Bobadilla Garcia

Tese: O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO

*Autor: JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ
Procurador de Justiça em São Paulo*

SUMARIO:

- 1 – INTRODUÇÃO*
- 2 – O MINISTÉRIO PÚBLICO ATUAL*
- 3 – O ANTEPROJETO DA COMISSÃO PROVISÓRIA*
- 4 – NOVA SUGESTÃO PARA A FUNÇÃO DO ADVOGADO*
- 5 – NOVA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO*
- 6 – CONCLUSÕES*
- 7 – BIBLIOGRAFIA*

1 – INTRODUÇÃO

Sem maior esforço, poderíamos lembrar frases carregadas de ceticismo sobre Constituinte e o eventual êxito da nova Constituição. Na verdade, importa o fato de que vivemos momento propício a mudanças fundamentais em nossas instituições.

Daí o interesse de algumas reflexões sobre o destino do Ministério Público, com propostas ou sugestões que poderão ser aproveitadas na nova Constituição.

2 – O MINISTÉRIO PÚBLICO ATUAL

Sua definição como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado . . . responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das

leis e... organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta lei complementar”, contido no artigo 1º, da Lei Compl. nº 40, de 14.12.81, acha-se, em essência, no artigo 46 da Constituição de São Paulo (cf. Emenda nº 11/83) e no artigo 1º da Lei Complementar nº 304, de 28.12.82, do Estado de São Paulo. O artigo 308, do anteprojeto de Constituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais não traz alteração sensível.

No entanto, na prática, as divergências e perplexidades têm existido, quanto à legitimidade do Ministério Público para intervir em certos casos. Já se entendeu que cabe a atuação da instituição nas ações acidentárias por haver, na relação processual, autarquia seguradora, que é o INPS (JACY DE ASSIS, *apud* T. M. CASTRO NASCIMENTO, Comentários à Lei de Acidentes do Trabalho, 3ª ed., Porto Alegre, Síntese, 1978, p. 132). Tal entendimento, decorrente do disposto no CPC, artigo 82, III, desde o início da vigência do CPC foi criticado. A. C. CAMARGO FERRAZ observou que “se a lei pretendesse... a atuação do M.P. em todos os processos em que é interessada a Fazenda Pública, tê-lo-ia dito expressamente, e não através de uma fórmula vaga como a do interesse público” (Reuniões de Estudos de Direito Processual Civil, publicação da Procuradoria Geral de Justiça e da A.P.M.P., 1974, palestra sob o título A intervenção do M.P. em favor do interesse público, p. 8). O mesmo ponto de vista se acha na obra de J. FREDERICO MARQUES (Manual do Direito Proc. Civil, SP, Saraiva, 1974, v. 1, p. 290).

Já que fizemos referência ao inciso III, do artigo 82, do CPC, convém observar as divergências sobre intervenção do Ministério Público, em razão do interesse público, em vários acórdãos citados por THEOTONIO NEGRÃO (Cód. Proc. Civ. e Leg. Proc. em vigor, SP, RT, 1985, notas 7 e 9, ao artigo 82 do CPC; no artigo 493, do CPC, o mesmo autor destacaria, na edição de 1986, discussão sobre legitimidade de intervenção do Ministério Público na ação rescisória, matéria antes tranquila).

DINAMARCO, que também critica a intervenção da instituição em favor da Fazenda Pública (cf. A instrumentalidade do processo, SP, 1986, p. 334, nota 22: “além do mais, o Ministério Público não é fiscal dos interesses fazendários”), vê na “técnica consistente em legitimar a *intervenção do Ministério Público*”, modo vantajoso de conciliar os extremos do princípio inquisitivo, “expansivo e absorvente, e as ponderações do dispositivo”, resguardada a “imparcialidade do julgador” (ob. cit., p. 277). Referindo-se à participação da instituição na “defesa do interesse de alguém, ele lembra a figura do curador de incapazes e, “no Estado de São Paulo, também a curadoria “de ausentes” (ob. cit., p. 277).

Além da desvantagem de outros Estados adotarem sistema diverso no tocante ao curador especial (CPC, artigo 9º, inciso II), mesmo em São Paulo, apesar da clareza do artigo 41, inciso II, da Lei Compl. nº 304/82, tem-se admitido nomeação de curador “fora dos quadros do Ministério Público” (THEOTONIO NEGRÃO, ob. cit., nota 8 ao artigo 9º do CPC, notando-se que, mesmo no caso de impedimento, lembrado em um dos acórdãos citados, o artigo 50 da Lei Compl. 304/82 admite atuação até simultânea de substitutos legais do Promotor de Justiça, jamais de alguém estranho à instituição).

Mesmo em processo no qual o Ministério Público intervém como *custos legis*, como acontece com a Curadoria Fiscal de Massas Falidas (Lei Compl. 304/82, arti-

go 42, inciso II), recente acórdão unânime da 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo entendeu que a intervenção de tal Curadoria “faz-se dispensável nos processos em que figura como parte instituição financeira que se encontra em regime de liquidação extrajudicial” (apelação nº 360.878 da Comarca de São Paulo, notando-se, na fundamentação, referência a alguns dispositivos da Lei nº 6.024/74, salvo o artigo 34, que manda aplicar-se, subsidiariamente, a Lei de Falências).

Percebe-se, nos exemplos trazidos, existência de grandes incertezas quanto à atuação do Ministério Público, em matéria não-penal.

Até que ponto a estrutura normativa, a partir das normas constitucionais vigentes, concorre para divergências regionais ou, mesmo, no âmbito de cada unidade da Federação?

Para o fortalecimento da nossa instituição, para sua maior eficácia e até para que atribuições nossas não passem a outros órgãos, estatais ou não, devemos ficar atentos para a elaboração da nova Constituição, oferecendo sugestões que possam, se não eliminar, pelo menos reduzir as dificuldades apontadas.

3 – O ANTEPROJETO DA COMISSÃO PROVISÓRIA

Na Seção V, do Cap. V, do Título II do anteprojeto da Comissão Provisória, prevê-se que o Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei complementar estadual, observado, no que couber, o disposto no Título II, Capítulo XI, desta Constituição”. O artigo 308, desta, em seu Tít. II, Cap. XI, mencionado, de passagem, no tópico anterior, mantém os traços estruturais da nossa instituição, na atualidade. O artigo 312 propõe novidade, quando declara que “são funções institucionais privativas do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos: I – promover a ação penal pública; II – promover a ação civil pública, nos termos da lei, para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso de autoridade ou do poder econômico; III – exercer a supervisão da investigação criminal; IV – intervir em qualquer processo, nos casos previstos em lei, ou quando entender existir interesse público ou social relevante”.

Por sua vez, o artigo 313 do anteprojeto dispõe que lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, organizará o Ministério Público da União e “estabelecerá normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, com garantias em seguida salientadas.

Quanto às funções institucionais privativas, já o § 2º, do artigo 312, no tocante à ação civil pública, admite a legitimidade “de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei”. Ora, a rigor, nem há diferença com relação ao disposto no artigo 266, quanto à ação popular: “O Ministério Público deve, e qualquer cidadão ou partido político poderá, propor ação popular a fim de ser declarada nula a admissão do servidor público com infringência do disposto na presente Seção”. O mesmo se pode afirmar até a respeito da legitimidade concorrente para ação relativa ao usucapião constitucional do artigo 333, § único.

No capítulo referente às populações indígenas, dispõe, o artigo 382, do ante-

projeto, em seu § 3º “Os contratos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de suas organizações federais protetoras e do Ministério Público, sob pena de nulidade. “Algo diverso é o previsto para atuação perante o Judiciário: “O Ministério Público, de ofício ou por determinação do Congresso Nacional, as comunidades indígenas, suas organizações e o órgão oficial de proteção aos índios são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa dos interesses dos índios. Parágrafo único. Nas ações propostas por comunidades indígenas ou suas organizações, ou contra estas, o juiz dará vistas ao Ministério Público, que participará do feito em defesa do interesse dos silvícolas”. (artigo 383 do anteprojeto).

Enfim, no artigo 435, que prevê seja considerado o estado de sítio coação ilegal, se não observadas as prescrições do capítulo respectivo e que permite “aos prejudicados recorrer ao órgão competente do Poder Judiciário”, na esclarece sobre a legitimação do Ministério Público. Note-se que o Judiciário, segundo o mesmo dispositivo, “não poderá escusar-se de conhecer do mérito dos pedidos, quando forem invocados direitos e garantias assegurados nesta Constituição”. Simples lembrança de que, pelo artigo 308 do mesmo anteprojeto, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, “incumbido da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” deixaria claro que o artigo 435 está incompleto, por não fazer referência à legitimação do Ministério Público.

Tomamos tal dispositivo do anteprojeto, ao qual voltaremos em tópico posterior, como exemplo de incoerência do anteprojeto da Comissão Provisória. Sabemos que se trata apenas de uma proposta. Mas não podemos negar-lhe prestígio, como subsídio à Assembléia Constituinte.

Longe de corrigir, pelo menos em termos estruturais, as divergências que apontamos, no tópico anterior, do Ministério Público atual, o anteprojeto não consegue, em seu conjunto, delimitar as funções da instituição.

Tudo isto ainda mais se agrava diante da criação, pelo artigo 56, do anteprojeto, da figura do “defensor do povo”. Apesar de tratar-se de instituição dispensável, ante o vulto do Ministério Público, admitindo-se a criação de defensorias do povo, o zelo “pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”, no mínimo, só servirá para estabelecer indesejável confusão com as funções já previstas no Cap. XI, do Ministério Público.

4 – NOVA SUGESTÃO PARA A FUNÇÃO DO ADVOGADO

FÁBIO KONDER COMPARATO, sugerindo função social ao advogado, observa que a regulamentação da profissão de advogado conserva características da época do Estado liberal. Por exemplo, ele defende interesses individuais e não sociais (cf. Função social do advogado, *in RT* 582/266). Outras características residiriam na exclusiva atuação processual “perante o Poder Judiciário, a Justiça administrativa ou os conselhos disciplinares”; na “majestade inatacável da lei” e na

organização corporativa, tendo “por finalidade precípua, se não exclusiva, a defesa dos interesses próprios dos advogados” (ob. cit., pp. 266/268).

Para COMPARATO, com o desprestígio “da ideologia liberal e o advento do Estado social, essas características próprias da profissão advocatícia perderam grande parte de sua justificativa” (ob. cit., p. 268). Passou a haver mudanças, com a intervenção do Estado na vida econômica e social, o “reconhecimento de direitos sociais independentes da ação do Poder Público” e maior ênfase para a proteção dos interesses coletivos ou difusos, de modo que, “ao assumir o patrocínio desses pleitos judiciais de interesse público, o advogado é, a um só tempo, autor e representante: exerce, em seu nome pessoal, autêntico *ministério público*” (ob. cit., p. 270, sendo nosso, o grifo, mas as letras inciais minúsculas do próprio texto; em tópico posterior, veremos que o ilustre jurista se refere à nossa instituição de outro modo).

Percebe-se que, embora sugerindo outra função para a nobre classe dos advogados, COMPARATO chega à expressão que ele não pode evitar e que, por coincidência, corresponde ao nome da nossa instituição.

Mas acontece que, seja pela tradição histórica, seja pela construção dogmática, tal função já pertence ao Ministério Público. Tudo isto se pode resumir com a conclusão do Congresso Internacional de Direito Processual Civil, realizado na Bélgica, Gent, em 1977, reconhecendo que “el Ministerio Público, en el proceso civil, es el encargado de la defensa del interés público (‘la causa pública’), y de las personas más desvalidas (o carentes de defensa, incapaces, ausentes, etc.’). — Tareas del Ministerio Público, relatório geral apresentado por ENRIQUE VESCOVI, *in Revista de Processo*, vol. 3 (10), abr./jun. 1978, p. 156).

A preocupação com a estrutura da nossa instituição na nova Constituição deve reafirmar suas funções, quando novas sugestões possam concorrer, se não para comprometê-las, em sua integridade, pelo menos para que se estabeleça perplexidade até agora ausente.

5 – NOVA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Escrevendo sobre ao-gestão chegamos a algumas conclusões, de que destacamos as seguintes: “6º) Conquanto o teor do art. 165, inc. V, da CF brasileira, com a redação resultante da EC nº 1, de 1969, seja considerado programático, seus efeitos, na verdade, pelo seu inegável caráter de norma jurídica, mostram-se imediatos, diretos e vinculantes, principalmente com relação ao legislador ordinário e toda a atividade legislativa futura. 7º) A L. nº 6.404/76 não podia omitir-se quanto à regulamentação da referida norma jurídica constitucional, o que equivaleria a derrogá-la, de modo incabível, impondo-se a aprovação de lei ordinária sobre a co-gestão empresarial entre nós”. (RF 286/52).

Aí está um dos grandes problemas constitucionais. Em preciosas monografias a respeito das normas jurídicas da Constituição, JOSÉ AFONSO DA SILVA demonstra que, em matéria constitucional, não há vagas recomendações ou meros conselhos, mas normas coercitivas, mesmo quando consideradas meramente programáticas, pois até haveria o risco da “caracterização, com programática, de toda norma

constitucional incômoda" (Aplicabilidade das normas constitucionais, SP, Ed. RT, 1968, p. 139).

Voltando ao artigo 435, do anteprojeto da Comissão Provisória, como prometemos no tópico nº 3, percebemos em sua parte final, empenho em dar eficácia às normas constitucionais, pois o Poder Judiciário "não poderá escusar-se de conhecer do mérito dos pedidos, quando forem invocados direitos e garantias assegurados nesta Constituição". As frequentes omissões legislativas deixariam de tornar-se obstáculo ao reconhecimento de direitos assegurados pela própria Constituição.

Também conforme promessa do tópico anterior, retornamos à doutrina de COMPARATO, desta vez em conferência feita na abertura do Congresso da OAB, Seção do Rio Grande do Sul, em julho de 1986 (Novas funções judiciais no Estado Moderno, in AJURIS, 37/189 e ss.). Para o ilustre jurista, há "descompasso" entre a nova concepção das funções do Estado e a estrutura constitucional em vigor (p. 190). A finalidade do Estado "já não é conservação mas a transformação da sociedade" (p. 192). Daí se segue "que a sociedade. . . ou os diferentes grupos por ela beneficiados, têm em conjunto um direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado" (p. 193). Quanto à ação judicial, surgem problemas, especialmente quanto à legitimidade para propor demandas desse tipo e quanto ao objeto da sentença (p. 193). Os EE. UU. são lembrados, como subsídio ao "direito constituinte", pois a partir dos anos 60, ali se multiplicaram "os processos judiciais tendentes a exigir a execução de políticas governamentais (*class-actions*, atuação de *public interest lawyers*, para COMPARATO, "autênticos agentes privados de um Ministério Público" – p. 194).

Cuidando, em síntese, apenas daquilo que possa interessar à eventual legitimação do Ministério Público, chegamos ao ponto em que COMPARATO destaca que o Poder Legislativo "pode infringir os mandamentos constitucionais de duas maneiras: quer editando leis contrárias à Constituição, quer deixando de editar as leis por ela exigidas. Ao lado da incostitucionalidade comissiva, coloca-se, portanto, o problema da inconstitucionalidade por omissão. É óbvio que, sendo o Legislativo um Poder constituído e não o representante do Poder Constituinte – verdade elementar que o Presidente da República e o Congresso Nacional desprezaram maliciosamente, entre nós – não podem os legisladores se considerarem como *constitutuente soluti*: tanto eles, quanto todos os demais Poderes Públicos, no Estado de Direito, hão de submeter-se ao império das normas constitucionais". (pp. 200/201)

Ante a evidente dificuldade de realizar, por via judiciária, a "aplicação imperativa das normas constitucionais que impõem ao Legislativo o dever de editar leis" (a preocupação pioneira da Constituição portuguesa de 1976 e sua revisão de 1982 mostrou-se "muito deficiente"), COMPARATO sugere que a nova Constituição fixe prazo para o Congresso Nacional aprovar as leis complementares, necessárias à aplicação dos dispositivos constitucionais (pp. 201/202). Após tal prazo, "o Ministério Público ou qualquer interessado poderiam pedir ao Poder Judiciário, segundo as regras normais de competência, a aplicação direta das normas constitucionais em questão ao caso concreto. A decisão judicial terá, então, efeito de coisa julgada nos limites das questões decididas" (tal solução foi inspirada a COMPARATO por acórdão do Tribunal Constitucional da República Federal Alemã, de 29.01.69, que determinou a aplicação direta da norma sobre igualdade absoluta de posição jurí-

dica de filhos legítimos e ilegítimos, na vida civil, estabelecida no art. 6º, alínea 5, da Constituição alemã, diante da omissão do legislador em adaptar o direito privado ao princípio constitucional" (p. 202).

Com frequência, temos visto belas promessas da Constituição ficarem sem qualquer resultado concreto, por falta da lei regulamentadora. O sistema a ser aprovado deve contemplar isto, prevendo solução institucional.

Também não é raro que a lei não seja cumprida a pretexto de que ainda não foi regulamentada por decreto. E decretos costumam ser aprovados, nada acrescentando, em essência, à lei regulamentada (como se aprovam leis desnecessárias, a título de regulamentação das normas constitucionais, como demonstramos que aconteceu com a Lei nº 5.621, de 4.11.70, em relação ao artigo 114, § 5º, da Constituição – cf. As normas estaduais de organização judiciária e as leis federais, in RT 517/17 e ss).

Nos limites do nosso tema, porém, cabe apenas sugerir que se adote a legitimação do Ministério Público para pedir ao Judiciário a aplicação direta das normas constitucionais no caso concreto. Afinal, por dispositivo em vigor da Lei Complementar nº 40/81, que deverá tornar-se norma constitucional, pelo anteprojeto da Comissão Provisória, ele é instituição "responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis", ainda que tal fórmula se reduza à incubência "da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Pois, como salientou CALAMANDREI, a propósito da legalidade na democracia, não se pode conceber a lei, principalmente a Constituição, "como strumento, ma come limite dell'autorità" (Construire la democrazia – (Premesse alla Costituente) – Opere giuridiche, v. 3, Morano Ed., p. 129).

Se, em certos casos, a aplicação direta das normas constitucionais não se mostra fácil (ex. da co-gestão, lembrada para ilustrar a omissão legislativa), não teríamos, por exemplo, a Súmula 612, do STF, que consagra tratamento discriminador em relação ao trabalhador rural, em matéria acidentária. Saliente-se que o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, acolhendo argumentação baseada na Constituição Federal, passará a aplicar, por analogia, aos rurícolas, a legislação relativa ao trabalhador urbano. A orientação do STF coloca em evidência, como também ocorreu com a pensão previdenciária aos dependentes do trabalhador rural falecido antes da Lei Compl. nº 11/71 (Súmula 613), a necessidade da norma constitucional que agora sugerimos.

Ainda que admitida também a legitimação de terceiros, deve atribuir-se ao Ministério Público a legitimidade para pedir ao Judiciário a aplicação direta das normas constitucionais ao caso concreto, na falta de ato normativo destinado a regulamentá-las.

6 – CONCLUSÕES

1º) A nova Constituição deverá trazer normas que concorram, se não para extinguir, pelo menos para reduzir as divergências e perplexidades existentes, em matéria não penal, no tocante às funções do Ministério Público.

2º) Em seu conjunto, as normas sugeridas pelo anteprojeto da Comissão Provisória acham-se longe de conseguir o aperfeiçoamento das normas estruturais relativas às funções do Ministério Público.

3º) Em nosso ordenamento jurídico, sugestão para função social do advogado, para que exerce atividades profissionais coincidentes com as funções do Ministério Público, não pode ser aceita.

4º) Como nova função do Ministério Público, propõe-se sua legitimação para pedir ao Poder Judiciário a aplicação direta das normas constitucionais ao caso concreto, quando verificada omissão na aprovação do ato normativo destinado a regulamentar tais normas fundamentais, admitida a legitimação de terceiros.

7 – BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Jacy de, *apud* T. M. CASTRO DO NASCIMENTO, Comentários à lei de Acidentes do Trabalho, 3ª ed., Porto Alegre, Síntese, 1978.

CALAMANDREI, Piero – Construire la democrazia (Premesse alla Constituente) *in Opere Giuridiche*, v. 3, Morano Ed.

COMPARATO, Fábio Konder – Função social do advogado, *in RT* 582/266.

Novas funções judiciais no Estado moderno, *in AJURIS*, v. 37/189.

DINAMARCO, Cândido R. – A instrumentalidade do processo, São Paulo. 1986.

FERRAZ, A. C. Camargo – A intervenção do MP em favor do interesse público, *in Reuniões de Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo. PGJ e APMP. 1974.

GOMES DA CRUZ, J. R. – A co-gestão, *in RF* 286/43.

As normas estaduais de organização judiciária e as leis federais, *in RT* 517/17.

MARQUES, J. Frederico – Manual de Direito Processual Civil, v. 1 – São Paulo. Saraiva, 1974.

NEGRÃO, Theotonio – Cód. Proc. Civ. e Leg. Proc. em vigor. São Paulo. Ed. RT. 1985 (e 1986).

SILVA, José Afonso da – Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo. Ed. RT. 1968.

VESCOVI, Enrique – Tarefas del Ministério Público, *in Revista de Processo*, vol. 3 (10), abr./jun. 1978.

OMBUDSMAN E MINISTÉRIO PÚBLICO DEFENSOR PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO

"Os homens percorrem quase sempre as estradas já existentes. Maquiável, O Príncipe, SP, p. 49.

VALDIR SZNICK
Procurador de Justiça - SP

SUMÁRIO:

I – ORIGEM DO OMBUDSMAN

II – FUNÇÕES DO OMBUDSMAN

III – EM OUTROS PAÍSES

IV – MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSOR DO POVO:

a) – Precedentes Históricos

b) – Atribuições – Direitos difusos;
– Ecologia e Meio Ambiente; Direitos do Consumidor; Abusos do Poder Público;
Conclusões

A sociedade moderna, dos meios de comunicação em massa, do gigantismo das metrópoles, do avanço tecnológico monstruoso e incontrolado, tornou ultrapassados conceitos sedimentados de há muito, através dos tempos.

Os meios de proteção à sociedade e seus membros tornaram-se rapidamente ineficientes a exigir novos métodos de proteção, novos organismos de fiscalização ao lado de novas leis de adequação do progresso vertiginoso ao minúsculo ser humano, o já chamado “rei da criação”.

Nações mais antigas, sentiram mais de perto o problema e se avançaram em soluções, à procura de uma normativa mais consentânea aos avanços da vida moderna nos mais variados campos: na vida econômica e nos meandros de novos campos como cibernética, informática e, como consequência colateral, devido ao maquinismo técnico-científico, os problemas e desastres ecológicos e a proteção à natureza e aos seus produtos, como também a proteção ao consumidor.

Ademais, o cidadão tornou-se isolado diante dessa problemática, sem proteção, como que lançado em uma selva: a selva de cimento. É necessário um órgão ou agente que possa prover e dar proteção aos interesses públicos individuais e aos interesses sociais.

As legislações não tem ação pública, em vários países, visando a proteção do indivíduo, ou um grupo de indivíduos — os interesses coletivos para sua proteção; a inexistência dos “class action” como de novos institutos que permitam a qualquer um do povo solicitar a tutela do Poder Público. Exceção são os juízos de amparo no México e o nosso Mandado de Segurança, ao lado da recente legislação da ação popular e da ação civil pública.

Os países europeus e a maioria dos países civilizados resolveram o problema estabelecendo um órgão para referida finalidade: o “Ombudsman”, de origem sueca, e hoje transplantada para vários países da Europa e de outros continentes.

É essa figura que vamos examinar que, entre nós, será o Defensor do Povo ou o Ouvidor-Geral.

I – ORIGEM DO OMBUDSMAN

O Ombudsman, etimologicamente Delegado ou Representante Parlamentar, já surgiu com o nome de Justitieombudsman (Delegado Parlamentar da Justiça), que tomou o nome, posteriormente, na lei Inglesa, de Parliamentary Comissioner — Comissário Parlamentar; na França, demoniado de Mediador; na Espanha, Defensor del Pueblo e, em Portugal, Provedor de Justiça; entre nós, o nome apropriado é Defensor do Povo ou Ouvidor-Geral.

Surgiu referido Delegado na Suécia, com Carlos XII, em 1713, logo após a guerra movida pela Suécia à Rússia. A finalidade era fiscalizar a ação de juízes e funcionários públicos

A Constituição Sueca, de 1809, (Rege ingsformen), a mais antiga Constituição escrita da Europa, após a abdicação do rei Gustavo IV, vem sistematizada nos arts. 96 a 105. O primeiro ombudsman, da época de Carlos XII, foi chamado de “Supremo Ombudsman do Rei” e, posteriormente, Justitie Kanlet, origem do chanceler (ministro) da Justiça.

Com a Constituição de 1809, o primeiro Justitie o ombudsman tomou posse em 1810. A Constituição previa dois Ombudsman.

Posteriormente, já nesse século, surgiu o Ombudsman Militar (Militie ombudsman) — NO ao lado do Justitie Ombudsman — JO.

Uma lei de 1967 elevou o Justitieombudsman para três, o que foi consagrado na recente Carta Constitucional Sueca, de 1975, entrada em vigor em primeiro de janeiro desse ano.

II – FUNÇÕES DO OMBUDSMAN

Como anotado, o Ombudsman, em número de três, estão com suas atividades assim distribuídas:

O 1º ombudsman tem por função fiscalizar impostos e o contencioso admi-

nistrativo-civil.

Ao 2º ombudsman cabe a fiscalização das Cortes de Justiça, o Ministério Público (que é seu órgão executor, em ações) e as Forças Armadas.

O 3º ombudsman vela pelo bem-estar social, seguro social e pela Educação.

O ombudsman tem o poder irrestrito de inspecionar. Assim uma das suas principais funções é fiscalizar a legalidade dos atos dos funcionários e autoridades públicas, exceção feita ao Presidente da República e ao chanceler da Justiça (Justitie Kanscer) quando então deverá cientificar na mais alta Corte de Justiça.

Pode fiscalizar e processar magistrados — juízes e membros do Ministério Público — governadores, administradores municipais e até ministros religiosos, no caso de educação e dos matrimônios religiosos.

Entre suas funções está a de assistir sessões na Corte Suprema (Högsta Domstolen, também Riksräddt), na Suprema Corte Administrativa (Regeringsrädden), Cortes de Apelação (Hövratten) e Tribunal Inferior (Radrätter).

Faz um relatório anual de suas atividades ao Parlamento. Faz viagens de inspeção a presídios, hospitais, prefeituras e outros órgãos públicos.

Seu trabalho ao lado de fiscalização e apuração de abusos, é uniformizar entendimentos administrativos e também, das instâncias inferiores judiciais, neste último caso provocando a manifestação da Corte Suprema.

Tem-se pois que investiga o ombudsman os fatos, critica e censura funcionários públicos, sugerindo sanções; inspeciona os órgãos e instituições públicas; presencia — assistindo às reuniões — as tomadas de decisões e — mediam a provocação a órgãos superiores — uniformiza os entendimentos administrativos (dos Tribunais Administrativos) e a jurisprudência dos Tribunais Inferiores, através da Suprema Corte.

Pode acionar penalmente qualquer funcionário público, se bem que em caso de ação penal se sirva do Ministério Público para essa finalidade. Inicia, ainda, ações e recursos contra a administração pública.

Portanto, o obmdusman surgido como procuradores do Parlamento (Riksdag) funcionando — até 1975 — um na área civil e outro na área militar com o nome de Procurador de Justiça (Ombudsman Justitie) e Procurador Militar (Militeombudsman).

É eleito pelo Parlamento Sueco, por 4 anos, pode ser exonerado, (art. 97), o que nunca aconteceu até hoje; sucede que pode ser reeleito e quando perde a confiança do Parlamento não é reeleito, o que ocorre com certa frequência.

O Parlamento não pode dar ordens nem determinar a ação do Ombudsman; cabe-lhe apenas o direito de censura. É escolhido pelo Parlamento entre juristas, advogados ou juízes, pois deve ser “altamente versado em Direito”. Seus vencimentos são iguais ao do juiz da Suprema Corte.

A principal fonte de trabalho do ombudsman são as queixas do cidadão — qualquer um do povo, mesmo estrangeiro, pode se dirigir a ele — e também as notícias publicadas na imprensa. A documentação existente em seu gabinete é pública e, portanto, acessível às pessoas.

A instituição desse agente teve tanto sucesso na Suécia que se criaram outros três cargos, não públicos pois não são eleitos ou fiscalizados pelo Parlamento, de

Ombudsman, a saber:

a) *Naringsfrihet Ombudsman – NO* – agente criado em 1954 é nomeado pelo Governo, em gabinete, e visa os casos do mercador e seus abusos. Funciona em estreita ligação com o Tribunal do Mercado (Norknadsdonstolen); com fiscalização na economia e seu mercado. Cuida do anti-truste.

b) *Konsummentombudsman – KO* – ombudsman do consumidor, criado em 1971, é escolhido também pelo governo, em Gabinete, e sua função é a fiscalização e as queixas oriundas do consumidor: preços, mercadorias não condizentes com a sua espécie e outras queixas;

c) O ombudsman da Imprensa, criado em 1969, é considerado um Ombudsman particular exatamente pela sua escolha; atua junto ao Tribunal da Imprensa (também chamado Corte de Honra), que teve sua origem em 1916, sendo o mais antigo Tribunal da Imprensa do mundo. É eleito por um dos três ombudsman, pelo presidente da Associação Sueca dos Advogados e pelo presidente do Comitê de Imprensa.

Na Suécia, o Procurador de Justiça (Riksaldagare – RA) é o Ministério Público, em sua estrutura. Interessante é salientar que a lei chamada Instrumento do Governo Sueco, de 1974 em seu art. 126, em que trata o ombudsman, a final salienta que “os promotores públicos assistirão ao Ombudsman mediante requisição”. Vê-se pois a disposição de atividades harmoniosas entre o Ombudsman sueco e o Ministério Público.

Em resumo, na Suécia, o ombudsman nasceu e surgiu – e ainda é assim até hoje – como um poder controlador que visava “assegurar a observância das leis pelos juízes e servidores públicos”.

III – EM OUTROS PAÍSES

A experiência do ombudsman sueco espalhou-se por outros países, irradiando-se, de início, para os países nórdicos: Finlândia, na Constituição de 1919 (art. 49), alterada posteriormente pelas Constituições de 1928, 1957 e 1971; Noruega, em 1952 com alterações da Carta de 1962; na Dinamarca, na Constituição de 1954 (art. 55).

A Finlândia, o país mais antigo a ter a Instituição, depois da criadora Suécia, tem muitas semelhanças com o descrito acima. Rapidamente vamos anotar apenas as divergências: assim, enquanto na Suécia o ombudsman pode ser destituído pelo Parlamento, na Finlândia (Suomi) não o pode; eleito pelo Parlamento este, se não confiar nele, pode não reelegê-lo.

A Constituição de janeiro de 1971 criou um Ombudsman assistente cujas funções, de ambos, estão estabelecidas no Regulamento para Funcionamento do Escritório do Ombudsman, de 25.09.1973, alterado em 31.12.1974. Na Finlândia é denominado Eduskunnan o lkensasiemies: Comissário Parlamentar. Pode processar os funcionários diretamente ou através do Ministério Público; sugere, conforme o caso,

a imposição de sanções disciplinares a funcionários públicos.

O ombudsman com mais ou menos influência foi introduzido em vários países. Com menor influência na Alemanha Federal (Bundesrepublik Deutschland), em sua Constituição (Grundgesetzes), no art. 45 b.

A Grã Bretanha o instituiu pela Lei de 1967 a Lei do Comissário Parlamentar (Parliamentary Commissioner Act), o mesmo ocorrendo com os demais países de influência britânica: Nova Zelândia, 1962; Guiana Britânica, 1966; Irlanda do Norte (1970).

A França estabeleceu o seu agente pela Lei nº 6, de 3 de janeiro de 1967, denominado mediador (médiateur). Israel, em 1972; Japão, Gana, Polônia e Iugoslávia, também instituiram o seu Ombudsman. Na URSS, há um assemelhado na Prokuratura. Nos Estados Unidos foi instituído apenas em três Estados, daí a necessidade de um promotor especial, em casos de especial gravidade e comoção pública (tais como Watergate e, no caso recente, da venda de armas para o Irã e ajuda aos contra, o chapado Irāqate).

Dois países muito próximos a nós, de recente Constituição – Portugal, em 1976 (art. 24) e Espanha, art. 54 – também instituiram a figura do ombudsman chamado de Defensor del Pueblo e de Provedor da Justiça.

Portugal – A Constituição portuguesa de 1976, em seu art. 24, estatui: “Os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor da Justiça que os apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reprimir injustiças.

24, 2: “A atividade do Provedor de Justiça é independente dos meios graciosos e contenciosos previstos nas Leis”.

Recebeu tal dispositivo constitucional a Regulamentação do Órgão pela Lei 81/77, de 22 de novembro e Lei 10/78: Reza o art. 1º da Lei 81/77: “função principal a defesa dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através dos meios informais, a justiça e a legalidade da Administração Pública”. (Conf. Alves Correia – Do ombudsman ao Provedor de Justiça).

Espanha – na Espanha, a figura do ombudsman chamado de Defensor del Pueblo foi introduzida na Constituição de 1978, em seu art. 54 e regulamentado pela Lei Orgânica 3/1981, de 6 de abril.

Na Espanha prevê-se além do previsto na Lei Orgânica os Defensores do Povo regionais. Assim, o art. 35 do Estatuto da Catalunha; o art. 15 do Estatuto Basco; o art. 15 do Estatuto da Galícia e art. 46, de Andaluzia. Prevêm o Defensor do Povo os projetos de Valência (art. 20) e de Aragão (art. 31).

A Lei Orgânica 3/1981, de 6 de abril, dispõe em seu artigo 1º: “El Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

É eleito por um período de 5 anos (art. 2º) e seu exercício cessa com a renúncia ou morte, com o cumprimento do prazo ou por negligência (art. 5º). É auxiliado por dois adjuntos (art. 8º).

Todos os organismos são obrigados a auxiliar o Defensor do Povo (art. 19) e as investigações realizadas pelo Defensor do Povo são feitas sob a mais absoluta re-

serva (art. 22).

Quando tem conhecimentos de delitos, informará o Fiscal Geral do Estado (correspondente ao Procurador-Geral da Justiça) para as medidas cabíveis (art. 25).

Nos Estados Unidos, em alguns Estados, é prevista a figura do ombudsman mas é ele ligado ao Poder Executivo, daí sofrer algumas críticas. Pela inexistência em âmbito federal — e mesmo na maioria dos Estados — da figura que ora estudamos é que — em casos graves e de repercussão nacional — como os recentes do Watergate e mais próximo, a da venda de armas aos iranianos e ajuda aos contras, o Irãgate, tem-se a nomeação de um Promotor Especial, que não é — necessariamente — um promotor público, de carreira.

Essas são, em síntese, em alguns países a normativa legal — e constitucional — do ombudsman.

IV – MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSOR DO POVO

a) Precedentes Históricos

Alguns autores já previram a figura do ombudsman, que chamaremos de Defensor do Povo em nossa Carta Magna. Assim, Oscar Alves de Melo (O Ombudsman parlamentar, in Rev. Informação Legislativa, nº 67, pág. 119/261 e João de Oliveira Filho no V Congresso Nacional da OAB, em 1974.

Em projeto, denominado do Poder Executivo, João de Oliveira Filho (Rev. Forense, 283; set. 1978) no referido projeto João de Oliveira Filho prevê a figura do ombudsman e o coloca como integrante do Ministério Público, no capítulo I, salientando que seus vencimentos são iguais ao do Ministro de Estado.

A Constituição do Peru, de 1979, coloca o ombudsman dentro das atribuições do Ministério Público, e designa a sua função (art. 250, 4) que é a de “atuar como defensor do povo perante a Administração Pública”.

Na Venezuela, a Constituição em seu art. 220, nº 5 (Constituição de 1961) prevê a figura, que na Exposição de motivos do Congresso se refere a essa Instituição vigente na Suécia, Finlândia e Dinamarca.

Com efeito dispõe o art. 220, nº 5 que é função do Ministério Público “intentar as ações e que tem lugar para fazer efetiva a responsabilidade civil, penal, administrativa ou disciplinar em que tiverem incorrido funcionários públicos no exercício de suas funções”.

Assim duas Constituições sul-americanas que contemplam esse instituto o colocam dentro do âmbito do Ministério Público.

B – Atribuições

Direitos Difusos

Modernamente, o progresso científico intenso, o uso de tecnologias novas, levam a uma degradação da vida do homem e também do meio ambiente, degradação essa que abrange o visual (paisagismo), a natureza (ecologia) além de outros bens,

como a conservação dos bens históricos (patrimônio histórico).

O interesse difuso é o interesse esparsa, disperso. A nosso ver melhor a conceituação de interesse coletivo, que abrange um grupo, uma coletividade.

Não só a expressão direitos difusos — de origem italiana — como também a proteção a esses interesses coletivos tiveram ampla divulgação e desenvolvimento na Europa nos anos 60/70 (Consulte-se José Carlos Barbosa Moereira, A proteção Jurídica dos Interesses Coletivos, Rev. Dir. Adm. 139, pág. 3 e seg.); O Ministério Público e a tutela jurisdicional dos interesses coletivos, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Paraná Judiciário, nº 5, 1983).

Esses interesses difusos podem assim ser enumerados: a proteção ecológica, da não poluição, da proteção aos bens paisagísticos, históricos, do consumidor, do direito à informação, da integração social e racial dos cidadãos, entre outros.

Como se vê, ressalta desde logo, entre outros interesses coletivos, como mais importantes, o referente à ecologia e meio ambiente e o que diz respeito à defesa do consumidor.

Ecologia e Meio Ambiente

O ser humano, ao lado de outros direitos inalienáveis, tem direito a um ambiente saudável e à boa qualidade da vida (aí compreendido o ar que respiramos, o alimento que ingerimos) para que possa não só viver mas também produzir e obter a felicidade. O meio ambiente inclui ainda a paisagem — com a preservação da flora e da fauna, e seu ecossistema — a pureza das águas, o visual e sonoro.

Ainda que timidamente existem leis tentando garantir esses direitos. No âmbito penal, quase todos na esfera das Contravenções Penais: e a proteção às florestas, à caça e pesca (Lei 4.771/65; Lei 5.197/67; Dec. Lei 221/1967); a poluição sonora (art. 42 e incisos) (Conf. VALDIR SZNICK, Contravenções Penais, EUD, 1987). No campo penal, a destruição de animais e árvores (art. 163), envenenamento, corrupção e poluição de água potável (art. 270/271) e a emissão de gás na atmosfera.

Com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981) já se deu um grande passo, criando órgãos e delimitando locais para a preservação do meio ambiente.

Mas somente com a edição da Lei 7.347/85 é que se previu a punição às agressões do meio ambiente, do ponto de vista civil, ou seja indenizando os desastres ecológicos. Há ainda a Lei de Parcelamento do Sólo Urbano 6.766/79. Assim, o art. 4º da referida lei prevê a ação civil pública para evitar dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Ao lado da tutela legal, abarcou o artigo os principais interesses coletivos (para alguns interesses difusos) questão a exigir a proteção legal.

Instituiu, nos moldes do processo civil, o inquérito civil visando a embasar as ações civis públicas e — aí uma visão do Defensor do Povo, o ombudsman — permitiu, em seu art. 6º que “qualquer do povo poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público”.

Temos, portanto, na Lei 7.347/85 a titulação do Ministério Público para agir em alguns dos mais prementes interesses coletivos.

Direitos do Consumidor

Essa normativa — a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 — em dando ao Ministério Público a titularidade em casos que são, nos países citados, atribuições do ombudsman, alargou sensivelmente a atuação do Ministério Público o que aliás já havia ocorrido com a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, Lei 304/82 que previa a atribuição ao Ministério Público para intentar ações no âmbito civil e penal em questões referentes a) meio ambiente; b) defesa do consumidor e c) patrimônio artístico, cultura, paisagístico e turístico.

Que é consumidor? Para nós, numa definição objetiva e simples, consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire uma mercadoria ou se serve de prestação de serviços para a sua utilização final.

Entre nós, conquanto incipiente, existe a proteção ao consumidor em leis como: Lei de Economia Popular; Lei do Inquilinato. Entre nós em termos de legislação o que existe são prescrições esparsas e diluídas mas nenhuma legislação sistematizada e com combinação eficiente.

Como anotado, na Suécia ao lado do Ombudsman do Consumidor, há, ainda o Tribunal do Mercado, ambos criação dos anos 70; na França, o mesmo ocorrendo no México e Venezuela, existem leis de proteção ao consumidor, ainda que não sejam condicificadas em uma legislação unitária.

Mas, no âmbito do Ministério Público, de maneira quase rudimentar, começam já a surgir Coordenadorias de Proteção ao Consumidor (a exemplo de São Paulo e Mato Grosso do Sul, das Coordenadorias do Meio Ambiente) como existem em São Paulo e Santa Catarina.

em São Paulo, há dois órgãos da Administração Pública ligados ao consumidor: o Procon — Proteção ao Consumidor e o DECON, Delegacia do Consumidor. Recém-criada secretaria de Estado — a Secretaria do Consumidor — órgão que tratará do assunto, pela sua própria limitação, funcionará burocraticamente — não afasta as funções do Ministério Público.

Na Costa Rica a Lei 6.315, de 10 de outubro de 1982 criou a Procuradoria dos Direitos Humanos e Defesa do Consumidor, confiada ao Ministério Público.

Abusos do Poder Público

Essa, foi em tese, a origem do Instituto do Ombudsman. Os abusos dos funcionários públicos vão desde a mera negligência administrativa — culposa ou dolosa — à má aplicação da lei, à desídia funcional, ao fato de não se comunicar ao Ministério Público a ocorrência de crimes, até a mais deslavada corrupção, o excesso de tributação (a exação fiscal).

Cumpre salientar, que em decorrência do abuso do Poder Público, fere-se também um outro interesse coletivo que é o *direito à ampla informação*.

O direito à ampla informação se biparte: 1º o direito a ser informado, de ter livre acesso à informação de maneira plena e ampla; 2º direito de informação — o direito de ter acesso às fontes para poder informá-lo e de fazê-lo de maneira mais livre possível, livre de amarras e peias ainda que possa ferir poderosos e políticos.

O *Poder econômico* também é outro que está a exigir proteção. Nem sempre poder econômico se confunde com direito do consumidor. Assim é que a dominação do mercado, a eliminação da concorrência, pelo menos de início, favorecem ao consumidor, muitas vezes barateando os preços.

Mas a criação de “pools” e “holdings” visam mais à criação de trustes e cartéis e faz-se necessária a presença de um ente a proteção nesses casos.

Ministério Público

O Ministério Público, no âmbito federal e no dos Estados, está organizado, estruturado e em condições de exercer as funções de Defensor Público.

Falando dele escrevia o prof. conibricense Jorge Figueiredo Dias que “é a instância formal de controle mais claramente ligada às agências definidoras da política criminal”, para anotar: “O Ministério Público é, por isso, a *instância de controle* em cuja ação é possível identificar um novo *coeficiente político*”. (Grifos) nossos, in D. Penal Econômico e do Consumidor, Coimbra, 1982).

Quando hodiernamente mais se atenta para os direitos fundamentais do homem — consagrados na Carta da ONU e em todas as legislações democráticas — não se pode esquecer da figura do Defensor Público e do Ministério Público.

O Ministério Público vela pela pessoa civil (Nascituro, nos seus atos mais importantes (casamento, separação) às suas últimas disposições (testamento e Fundação); já exerce hoje a função de garante da Constituição, fiscal da lei, titular da ação penal, promotor dos interesses coletivos (proteção ao meio ambiente e ao consumidor). Está, pois, em tese, titulado para exercitar a mais importante das funções hodiernas: Defensor Público.

A proteção aos direitos fundamentais, consubstanciados na constitucional garantias individuais, podem assim ser esquematizadas:

a) *liberdade* (contra abusos da autoridade — administrativa e judicial);

b) *vida* (proteção ao consumidor, ao direito, ao alimento pelo menos não-nocivo ao cidadão e a um meio ambiente saudável, ar, água, luz);

c) *igualdade* (discriminação racial, desigualdade no trabalho e discriminação da mulher);

d) *segurança* (combate à violência, abusos da autoridade policial e erros da autoridade judicial).

Todos esses direitos fundamentais do homem estão garantidos pelo Defensor Público. Mais ainda, se tal função for cometida ao Ministério Público.

Com a função de fiscalizar atos do Poder Executivo e Administração indireta, no exame de casos de violação à lei e a preservação dos direitos fundamentais do cidadão (supra), na promoção de responsabilidades de atos de corrupção, de enri-

quecimento ilícito da vantagem econômica indevida (Poder econômico) e na punição de escândalos governamentais.

Só assim, com essas *funções*, poderá assegurar o pleno exercício de liberdades individuais.

Para tanto terá o *poder* de requisitar a qualquer órgão da Administração e dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) documentos, além de servir-se da ajuda dos mesmos, especialmente organismos técnicos; exigir punição administrativa de funcionários e intentando, com maiores bases, a ação criminal e a ação civil pública.

E porque o Ministério Público? Inicialmente, porque é uma Instituição já devidamente estruturada e que, em segundo lugar, é composta de um pugilo de homens, que aliam tenacidade, conhecimento jurídico, experiência e combatividade.

Vem a calhar as palavras do ministro do Supremo, Cordeiro Guerra: "Em primeiro lugar, por uma probidade, uma integridade, acima do comum; em segundo lugar, por sua firmeza e veracidade ou seja, pelo caráter e, ainda, pela cultura servida pela experiência de um espírito arguto e atento às realidades de seu tempo e do seu meio". (in Rev. Direito, do Ministério Público da Guanabara, vol. 15, pág. 86/7).

CONCLUSÕES

Esquematicamente as conclusões são:

- I – A Constituição deve, a exemplo dos Estados Europeus, contemplar a figura do Defensor Público (ou Ouvidor-Geral).
- II – Terá o Defensor Público amplas atribuições na fiscalização de atos dos membros dos Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — e da Administração Indireta.
- III – Os interesses coletivos — proteção ao consumidor, meio ambiente, tutela a monumentos históricos, paisagísticos e turísticos, abusos do Poder Econômico, o direito à ampla informação — só serão amplamente garantidos com a instituição do Defensor Público.
- IV – As funções do Defensor Público serão exercidas pelo Procurador-Geral da República, na União e nos Estados pelos Procuradores-Gerais de Justiça. Lei ordinária federal disporá sobre constituição, eleição e atribuições do Defensor Público.

CONSUMIDOR, MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO

AUTORES: José Geraldo Brito Filomeno

Procurador de Justiça Coordenador Geral das Promotorias de Justiça de Proteção ao Consumidor do Estado de São Paulo.

Cláudio Eugênio Reis Bressane

Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Proteção ao Consumidor da Capital de São Paulo.

Edson José Rafael

Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Proteção ao Consumidor da Capital de São Paulo.

SUMÁRIO

- I – INTRODUÇÃO
- II – O CONSUMIDOR
 - Conceito
 - Direitos e deveres
- III – O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR
 - Âmbito administrativo
 - Âmbito civil
 - Âmbito criminal
- IV – CONSUMIDOR, MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUINTE
 - Histórico das constituições
 - Análise do projeto apresentado (Comissão Afonso Arinos)
 - Crítica ao "Ombudsman"
 - M.P.: defensor natural da sociedade
 - Sugestões aos Constituintes

V – CONCLUSÕES

VI – BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Longe de esboçarmos uma tese Jurídica, científica e inovadora, pretendemos, apenas, com este trabalho, transmitir a todos, nossas experiências colhidas e assimiladas no decorrer do tempo, junto à Promotoria de Justiça de Proteção ao Consumidor da Capital de São Paulo.

Já houve quem sentenciou que a “experiência” nada mais significa que um facho de luz voltado pra trás, frase, que, senão discordamos por inteiro pelo menos pretendemos dar alguns atalhos a todos os colegas.

Ultimamente, muito se tem falado e escrito a respeito da chamada proteção ou defesa do consumidor, dela procurando ocupar-se entidades públicas e privadas, além de líderes comunitários e políticos.

Referido tema, porém, há que preocupar não apenas tais entidades e pessoas e a classe política, mas também os juristas, os economistas, os psicólogos os sociólogos e naturalmente o próprio consumidor. E isto ante a simples constatação de que todos nós somos, em maior ou menor escala, consumidores de bens e serviços.

Em nosso país tem-se criado gradativamente, uma consciência nacional de proteção ao consumidor, com reflexos no meio parlamentar e no seio da sociedade civil que reage através da criação de várias entidades privadas e públicas de defesa ou proteção ao consumidor.

O Ministério Público do Brasil, de forma pioneira e com o devido resgate das tradições de vanguarda se fez presente nesta luta em favor dos consumidores, especialmente no aspecto administrativo civil da matéria, abandonando de vez a visão arcaica que restrinham a instituição a uma pura e estanque persecução criminal.

Saimos na frente e não seria honroso nesta etapa da vida institucional que atravessa o país, permitirmos qualquer retrocesso, quer na defesa ou proteção do consumidor, quer nessa nova atuação do Ministério Público do Brasil, o que sem dúvida aumentou sobremaneira a sua legitimidade e respeitabilidade.

Propala-se muito, hoje em dia, a figura do “Ombudsman” escandinavo dedicado ao consumidor, figura essa, ao nosso ver totalmente desnecessária — fala-se em um seu sucedâneo pátrio denominado “Ouvendor-Geral”, por exemplo — vez que, com vantagem pode ser substituída pelo Ministério Público, obviamente em cooperação com as entidades de proteção ao consumidor.

Vê-se nesse particular, a eterna mania nacional em copiar e adaptar instituições alienígenas, sem se ter a preocupação de melhor adotar e aparelhar as já existentes e arraigadas no seio do povo.

Parece-nos que é chegada a hora de tratarmos o assunto com espírito mais nacionalista, dando ao Brasil soluções mais brasileiras aos problemas nossos, de brasileiros.

CONSUMIDOR – CONCEITO

No dizer de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, “consumidor é o que consome. Aquele ou aquilo que consome, aquele que compra para gastar em uso próprio”. Mais adiante, ao definir consumo, procede nova definição de consumidor, qual seja: “aquele que aplica riquezas na satisfação de suas necessidades econômicas”.

Para o Direito há que se abandonar um pouco a concisão própria dos léxicos, e tentarmos mostrar a noção do que vem a ser consumidor levando em conta sobre tudo, o enfoque pelo qual ele é encarado.

Isto posto, abandonemos o aspecto jurídico que nos interessa e reconhecendo seu caráter interdisciplinar, e vejamos por primeiro o consumidor pelos aspectos econômicos, sociais e psicológicos a saber:

Do ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo o indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens;

Sob o prisma social é considerado como tal qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social.

Psicologicamente falando, considera-se o que consome o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.

Voltando ao Direito, e considerando que toda a relação de consumo possui pelo menos três características básicas: 1) envolve basicamente duas partes bem definidas, a saber de um lado o adquirente de um produto ou serviço e de outro o fornecedor ou vendedor; 2) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3) o risco de o consumidor submeter-se ao poder e condições dos produtores, donde podemos definí-lo:

Consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que isolada ou coletivamente contrate para consumo final em benefício próprio ou de outrem, a aquisição, prestação de serviços ou alocação de bens.

CONSUMIDOR – DIREITOS E DEVERES

Não são poucos os que reclamam para o nosso país uma legislação mais completa e abrangente a proteger os direitos do consumidor. Por outro lado, jamais viemos qualquer alusão a possíveis deveres dos que consomem, podendo-se acreditar inclusive que eles inexistem. Tal propensão (a de se preocupar exclusivamente com os direitos do consumidor) relaciona-se diretamente com a necessidade de cada dia mais ser o Estado obrigado a conter o abuso dos mais fortes nas relações contratuais talvez até para confirmar o que RUY BARBOSA tratou com muita sabedoria: “tratar desigualmente pessoas desiguais, na medida em que elas se desigualam”.

A preocupação não é só brasileira, vez que não é nova a ponderação de

GERARD CAS:

"A sociedade industrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes. O legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ordem pública e econômica. Depois de ter se manifestado com grande nitidez nas relações entre empregadores e assalariados, a diminuição da liberdade contratual concentram-se hoje nas relações de consumo que se estabelecem entre os profissionais fornecedores ou distribuidores de produtos e serviços, e os usuários particulares". (*in "La Défense du Consommateur"*, Ed. Presses Universitaires de France, 1980, página 9).

Na mesma esteira, EDUARDO POLO prelecionou:

"A defesa e proteção do consumidor constitui-se hoje em dia num dos temas extraordinariamente amplos e que afeta e se refere a casos de todos os setores de ordenamento jurídico. A variedade das normas que tutelam – ou deveriam tutelar o consumidor, pertencem não somente ao direito civil e comercial, como também ao direito penal e ao processual, ao direito administrativo e inclusive ao constitucional, determinou que os limites desse setor de interesses sejam pouco precisos, e porque não dizer, vagos e difusos".

(*in La Protección del Consumidor en el Derecho Privado*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980, pg. 22).

As garantias do consumidor também foram consagradas na Organização das Nações Unidas em oito mandamentos que passaram a ser conhecidos como "Declaração dos Direitos do Consumidor", a saber:

- 1º – DIREITO AO CONSUMO: acesso a bens e serviços básicos;
- 2º – DIREITO À SEGURANÇA: garantia contra produtos ou serviços que possam ser nocivos à vida ou à saúde;
- 3º – DIREITO À ESCOLHA: opção entre vários produtos e serviços com qualidade satisfatória e preços competitivos;
- 4º – DIREITO À INFORMAÇÃO: conhecimento dos dados indispensáveis sobre produtos ou serviços para uma decisão consciente;
- 5º – DIREITO A SER OUVIDO: os interesses dos consumidores devem ser levados em conta pelo planejamento e execução de políticas econômicas;

- 6º – DIREITO À INDENIZAÇÃO: reparação financeira por danos causados por produtos ou serviços;
- 7º – DIREITO À EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO: meios para o cidadão exercitar conscientemente sua função no mercado;
- 8º – DIREITO A UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL: defesa do equilíbrio ecológico para melhorar a qualidade de vida agora e preservá-la para o futuro".

A esses direitos acrescentaríamos mais três, inteiramente aplicáveis ao nosso País, quais sejam:

- a) – DIREITO À HABITAÇÃO: todos têm direito a um teto digno;
- b) – DIREITO À INSTRUÇÃO: todos têm direito a aprendizado escolar mínimo;
- c) – DIREITO À ALIMENTAÇÃO: todos têm direito à alimentação boa, qualitativa e quantitativamente.

Paralelamente aos direitos, achamos importante, como já dissemos anteriormente, declinar alguns deveres do consumidor, em número de sete, como seguem:

- 1º – DEVER DA INTELIGÊNCIA: ao efetuar suas compras para consumo;
- 2º – DEVER DA PESQUISA: para certificar-se das coisas melhores e mais baratas;
- 3º – DEVER DA EDUCAÇÃO: preparar-se para aquisição de bens de consumo;
- 4º – DEVER DO BOICOTE: a comerciantes desonestos e inescrupulosos;
- 5º – DEVER DA RECLAMAÇÃO: mais que um direito, é a reclamação um dever do consumidor consciente;
- 6º – DEVER DA HONESTIDADE: falando a verdade, ao reclamar junto aos órgãos de defesa ao consumidor;
- 7º – DEVER DA PRESERVAÇÃO: com relação ao meio ambiente, que a todos pertence.

Ainda com relação aos direitos do consumidor, podemos afirmar que nosso País, a despeito da legislação esparsa, somos que o consumidor se encontra satisfatoriamente protegido, e isto, desde há alguns anos.

Mesmo que de forma implícita, o consumidor recebeu atenção especial nas cartas magnas desde o ano de 1946, o mesmo ocorrendo com a constituição de 1967 e a vigente Emenda Constitucional de 1969.

Mais recentemente, e falando agora de legislação ordinária, não podemos deixar de mencionar a atualíssima Lei dos Interesses Difusos (Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985), como também e sobretudo a lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei nº 7244, de 7 de novembro de 1984), que sem dúvida ampliaram sobremaneira a proteção do consumidor em nosso País.

Sabemos bem das críticas — veementes críticas recebidas pelos doutrinadores pátrios com relação às leis supra mencionadas, em especial no que concerne à não previsão da “responsabilidade objetiva” pelos legisladores, na elaboração da Lei dos Interesses Difusos.

E, até concordamos com algumas delas, em especial a esboçada pelo ilustre Professor LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, desta forma:

“Daí a procedência do reclamo generalizado do direito comparado pela instauração, “de lege ferenda”, de uma responsabilidade do fabricante por risco criado. A inevitabilidade de falhas no sistema de produção industrial seriada (os chamados “Aussreiser”, desertores, na terminologia alemã) e a impossibilidade prática de sua eliminação, não obstante o emprego da máxima diligência, fazem surgir eventos danosos, que, reconduzidos ao esquema de culpa, ficariam irressarcidos pela inimputabilidade a qualquer ato ilícito”. (in “A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto”, Editora Resenha Tributária Ltda., 1984, pág. 214).

Sabemos também, tornar lei um antigo projeto ora em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 634/75) que prevê o tão almejado sistema bipolar da responsabilidade civil, retiraria de vez do consumidor lesado, a dificuldade ainda existente em provar-se a relação produto-dano-nexo causal-dolo ou culpa (imperícia, negligência e imprudência) — direito a indenização.

Contudo, se a responsabilidade objetiva ainda é um sonho temos que reconhecer não estar o Consumidor inteiramente desamparado, mesmo porque, se a quase totalidade dos casos concretos demonstram em maior ou menor escala culpa (*“lato sensu”*) do produtor ou fabricante, a proteção da Lei deixa de ser um sonho para se tornar realidade em nosso País desde 1916, com a vigência da responsabilidade civil subjetiva em nosso meio, conforme prevê o artigo 159 do Código Civil.

Se isto não é tudo, é muito, aliado obviamente às leis já mencionadas sobre “Interesses Difusos” e “Juizado Especial de Pequenas Causas”.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR

O Ministério Público do Brasil tem se aperfeiçoado constantemente na missão de defender cada dia mais os consumidores dentro do País. Em muitos Estados, em especial nas capitais, já existem as Promotorias de Justiça de Proteção ao Consumidor, trabalhando de forma exclusiva e especializada. Em São Paulo já há quatro

anos existe a aludida Promotoria de Justiça e mais recentemente em todas as comarcas do interior há, pelo menos, um representante do Ministério Público a prestar tal serviço, ainda que não na forma exclusiva.

Levando em conta que existem vários órgãos de proteção ao consumidor, quer no Estado de São Paulo, quer por muitos outros Estados, é notório que cabe ao Ministério Público dar a retaguarda Jurídica aos mesmos, isto com ou sem convênio firmado para tal fim.

Tal afirmação é feita face ao flagrante e indiscutível raio de ação do Ministério Público em comparação com os órgãos referidos, que é nitidamente menor. Na verdade, faltam-lhes legitimidade para requisição de inquéritos policiais, bem como para proceder notificações com condução coercitiva de reclamados.

Entendemos que a defesa do consumidor, quer pelos órgãos de proteção ao consumidor, quer pelo Ministério Público, deve ser efetuada em três aspectos e formas distintas: nos âmbitos administrativo, civil e criminal.

Assim sendo, no aspecto puramente administrativo, podemos ressaltar três pontos fundamentais:

1º – de orientação aos consumidores;

2º – de encaminhamento das reclamações aos órgãos de fiscalização da administração pública;

3º – de estudos e pesquisas.

Já no aspecto civil, queremos referir-nos diretamente à satisfação do consumidor com relação a prejuízos que experimenta nas relações de consumo, ou mesmo no que concerne ao próprio adimplemento das obrigações assumidas pelo produtor de bens e serviços, sem se olvidar, certamente, da ação civil pública.

Na promotoria de Justiça de Proteção ao Consumidor da Capital de São Paulo, de há muito se instaura procedimentos administrativos para resolução dos casos onde os reclamantes postulam por interesses individuais (consumidor único, isolado), ou no máximo interesses coletivos (consumidores vários, mas determinados) e, em aproximadamente 90% dos casos, se consegue o tão almejado acordo entre as partes, sendo a composição amigável referendada pelo Promotor de Justiça Oficiente (parágrafo único do artigo 55 da Lei nº 7.244/84), fazendo nascer título executivo extrajudicial em favor do reclamante.

Por outro lado, se os interesses são difusos — considerando aqui um amplo número de consumidores indeterminados — outro caminho não resta que a instauração de inquérito civil (com vistas à . . .), ou mesmo, a deflagração desde logo (independente até de prévio inquérito civil) da competente ação civil pública.

Por último, nos resta o aspecto criminal e, nesse mister, salientamos a requisição de inquérito policial, seu acompanhamento e posterior deflagração de ação penal contra eventuais produtores e ou comerciantes desonestos e inescrupulosos.

É inconteste, a persecução criminal, ao invés de isolada, pode e deve ser leva-

da a efeito em conjunto e consonância com as já mencionadas providências administrativas e civis, ressalvados apenas, a critério do Promotor de Justiça, possíveis acordos referendados onde a persecução criminal se torne desnecessária e inútil.

Finalizando, gostaríamos de ressaltar que o representante do Ministério Público deve-se vincular apenas aos "direitos do consumidor", sem jamais se envolver com seus possíveis "interesses", sob pena, de não distribuir bem, de forma imparcial, a necessária justiça.

CONSUMIDOR, MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUINTE

Muito se tem falado e pretendido inserir no novo texto constitucional, com relação a quaisquer direitos dos mais variados segmentos da sociedade brasileira.

Antes de falarmos especificamente sobre as pretensões dos Órgãos de Proteção ao Consumidor de todo o Brasil e a consequente atuação do Ministério Público, em favor do consumidor, necessário se faz, ao nosso ver, um breve histórico.

Já afirmamos que desde a Constituição Federal de 1946, notou-se uma tendência a proteger o consumidor nas Cartas Magnas, ainda, repetimos, mesmo que na forma implícita.

Na aludida Constituição de 1946, já se possibilitava intervenção no domínio econômico pela União, desde que assim exigisse o interesse público. Da mesma forma ficou previsto que a ordem econômica deveria ser organizada em conformidade com os princípios da Justiça social, bem como, ficou determinada reprimenda imediata a toda e qualquer forma de abuso econômico.

A vigente Constituição de 1967, mesmo após a Emenda de 1969, manteve os parâmetros anteriores, acrescentando contudo a função social da propriedade (artigo 160, III). Inovou ainda, quando ao tratar dos "Direitos e Garantias Individuais", o fez da forma exemplificativa e não exaustiva, declarando (inclusive para o consumidor), desde que decorrentes dos princípios constitucionais adotados. (art. 153, Parágrafo 6º da Constituição Federal).

Presentemente, as expectativas não são pequenas, e, no 6º Encontro Nacional de Entidades de Defesa do Consumidor, realizada em outubro de 1985, chegou-se a propor, "*in verbis*:

"CONSIDERANDO, a edição da Lei nº 7.347 de 24/06/85 que veio a disciplinar a Ação Civil Pública no que concerne à tutela dos interesses difusos dentre os quais se insere o direito do consumidor, inclusive às responsabilidades pelos danos causados ao consumidor;

CONSIDERANDO, ser função social do Estado intervir nas questões atinentes a abusos de poder econômico;

CONSIDERANDO, ser dever inarredável do Estado a defesa do consumidor;

CONSIDERANDO, a necessidade de serem inseridos expressamente no texto constitucional os direitos do consumidor, como relevante expressão de cidadania;

Os participantes do VI ENCONTRO NACIONAL DE ENTIDADES DE DEFESA DO CONSUMIDOR, reunidos na cidade do Rio de Janeiro nos dias 23, 24, 25 e 26 de outubro de 1985, vêm propor a inclusão no novo texto constitucional, no Título: "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

"Da Proteção do Consumidor"

Art. "x": São direitos do consumidor:

- I – A plena orientação e informação a respeito de bens e serviços oferecidos;
- II – A proteção à saúde e à segurança;
- III – A proteção dos seus interesses contra o abuso do poder econômico;
- IV – O resarcimento dos danos sofridos e medidas acautelatórias;
- V – Agrupar-se em associações e entidades a fim de defender seus interesses.

Art. "y": As associações a que se refere o inciso "V" do artigo anterior terão o direito de serem ouvidas pelos Poderes Públicos sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores.

Art. "z": Ficam proibidas as formas de publicidade dolosa, bem como os que induzem o consumidor à aquisição de bens ou serviços através de argumentos enganosos.

Parágrafo único: A publicidade de oferta de bens e serviços será disciplinada por Lei.

Art. "w": A União, os Estados e os Municípios deverão de acordo com as peculiaridades nacionais e regionais e conforme legislação ordinária, bem como os órgãos e entidades voltadas à proteção do consumidor poderão:

- I – Promover a informação e educação dos consumidores;
- II – Garantir os direitos difusos reconhecidos nos artigos anteriores através de medidas judiciais e extrajudiciais atinentes à espécie;
- III – Propor adequação da legislação específica às questões que julgarem relevantes na área de proteção do consumidor, perante os Poderes Legislativo e Executivo.

Art. "k": Os Estados, mediante leis locais de organização judiciária, instituirão Juizados Especiais visando a apreciação de causas decorrentes de relações de consumo, dentre outras, como meio de acesso rápido, eficaz e informação do consumidor ao Poder Judiciário".

É óbvio, presente no documento um certo exagero nas pretensões dos signa-

tários, mas de qualquer forma, mostra bem a perseverança, combatividade e a vontade de se reivindicar frente aos Constituintes.

Por seu turno, a Comissão Afonso Arinos, responsável pela elaboração de um anteprojeto da futura Constituição Nacional, a pedido do Exmo. Sr. Presidente da República, foi ao nosso ver mais feliz, face a concisão com que tratou a matéria:

artigo 36: Todos têm direito a meio ambiente saudável e em equilíbrio ecológico, à melhoria da qualidade de vida, à preservação da paisagem e da identidade histórica da coletividade e da pessoa.

Parágrafo 1º Garante-se ao consumidor a qualidade dos bens e serviços, a fiscalização da oferta, dos preços e da veracidade da propaganda.

Parágrafo 2º É assegurada a legitimidade do Ministério Público, de pessoa jurídica qualificada em lei e de qualquer do povo, para ação civil pública, visando à proteção dos interesses sociais a que se refere o presente artigo.

Contudo, como não poderíamos esperar só acertos da aludida comissão, e, ao nosso ver, não fora feliz por inteiro ao tratar dos direitos do Consumidor, pelo menos em dois aspectos.

Com efeito, equivocou-se primeiramente ao fazer a proposição temerária de permitir a legitimidade da ação civil pública a qualquer do povo, e, da mesma forma, errou ao pretender copiar de países europeus, a figura do "Ombudsman" junto ao nosso meio.

Ao nosso ver, a proposição é temerosa, vez que é sabido muitos são os problemas que o consumidor enfrenta no nosso País e, persistindo tal legitimidade, inúmeras seriam as ações inúteis e impensadas que, num certo espaço de tempo, levaria este recurso judicial a ficar completamente desmoralizado.

E, com efeito, a título de argumentação, vários tem sido os casos em que tão somente com a instauração de inquérito civil, é plenamente alcançado o objeto da latente ação civil pública: o industrial que melhora a qualidade de seu produto, ou aquele que altera cláusulas leoninas em contrato de adesão, bastando para isto, a simples notificação do Ministério Público.

Assim, mantida a sugestão da Comissão Afonso Arinos, pelos Constituintes (tornando pois Constituição), se veria rapidamente crescer em progressão geométrica inúmeras ações civis públicas contra tudo e contra todos, levando em lapso de tempo muito curto a uma completa e total desmoralização do princípio constitucional, tudo, sem conseguir seu maior objetivo: proteger de fato, o Consumidor.

Com melhor capacidade trabalhou o Legislador Ordinário ao elaborar a Lei dos Interesses Difusos, deixando a legitimidade da ação civil pública apenas ao Ministério Público e as Pessoas Jurídicas com determinados requisitos legais.

Assim, sugerimos que a concisão deva permanecer (qualquer Constituição respeitável deve contar com poucos artigos), alterando-se apenas o parágrafo criticado que passaria a ter nova e melhor redação:

Artigo 36: – mantida a redação já mencionada.

Parágrafo 1º – mantida a redação já mencionada.

Parágrafo 2º – É assegurada a legitimidade do Ministério Público e de qualquer Pessoa Jurídica qualificada em Lei para a ação pública visando a proteção dos interesses difusos a que se refere o presente artigo, devendo o servidor público e podendo qualquer do povo proceder a representação nesse sentido, contra os infratores do mesmo interesse.

Por último, mencionamos a sugestão da Comissão Afonso Arinos de se criar no nosso País, a figura alienígena do "ombudsman", nestes termos:

Artigo 56: É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição.

Parágrafo 1º: O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas.

Parágrafo 2º: Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios:

I – O Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos;

II – São atribuídos ao Defensor do Povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

III – As Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios deste artigo.

Ora, quer nos parecer que o chamado "Ombudsman" existente nos Países Nórdicos, já encontra um semelhante em nosso País, sobretudo após o advento da Lei Orgânica do Ministério Público, através da qual se lhe atribui a defesa, no âmbito administrativo, do consumidor, ou seja, de certa forma, completa o trabalho desenvolvido pelas entidades de proteção ao Consumidor.

É verdade que tal aspecto ficou ainda mais claro a partir do instante em que a Lei nº 7.347/85, legitimou referidas entidades e o Ministério Público a intentarem ação civil pública, bastando para isto que os interesses dos consumidores ultrapassassem o coletivo, vale dizer, difusos. Com relação a interesses individuais ou mesmos coletivos, já frisamos anteriormente, faríamos uso da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas que, como ficou consignado, dá-nos o poder de "homologar"

acordos entre Consumidores e Reclamados.

Assim, tal proposição sugerida aos Constituintes, repetimos, retrata particularmente a eterna mania nacional em copiar e adaptar instituições alienígenas, sem ter jamnais a preocupação de melhor dotar e aparelhar as já existentes arraigadas no seio do povo.

É sabido o “Ombudsman” tem sido e é realmente um grande defensor do povo (em especial contra os próprios Órgãos Governamentais) em seu País de origem e em alguns outros poucos países europeus onde foi adotado.

Contudo, o continente é europeu e não Sul Americano; a civilização ocal tem alguns milhares de anos, enquanto que nosso País ainda não conta com quinhentos completos, tudo, sem contar o nível de cultura e socialização do povo europeu, infelizmente, inda ausente no nosso País continente.

Não bastasse, nem tudo que serve para outros países, se adapta e adequa inteiramente ao nosso, vez que as diferenças de raça, posição geográfica, grau de cultura têm que ser consideradas.

Num paralelo grosseiro, poderíamos afirmar que não é segredo, o futuro de toda polícia de qualquer país é apenas e tão somente a polícia civil, dividida esta em fardada e não fardada.

Seria de indagar: É possível esta evolução no campo policial em nosso País presentemente?

A resposta, além de óbvia, deveria e deve ser utópica se não negativa.

Nosso País, federado e com grande diferença econômicas e sociais (alguns Estados não possuem ao menos a polícia civil), não tem como, neste instante, extinguir pura e simplesmente a polícia militar.

Na mesma tecla, se tem notícia que a polícia japonesa (aquele de dois ou mais policiais exclusivos por quarteirão); uma das mais avançadas do mundo, jamais poderá ser copiada pelo nosso País, face as flagrantes diferenças existentes entre os dois países.

Ou por outra, deveríamos copiar dos países islâmicos que amputam a mão dos ladões reincidentes aqui no nosso?

Ora, nosso País é o nosso e, a despeito de poder e dever olhar para as experiências alheias, nem tudo deve ser obrigatoriamente copiado.

Se assim não fosse, poderíamos sugerir que se copiasse dos Estados Unidos, as famosas eleições para Juízes, Promotores de Justiça e até mesmo para Delegados de Polícia, ou por outra que se tornasse exclusiva do Ministério Público, como por outra que se tornasse exclusiva do Ministério Público, como princípio constitucional, a legitimidade para quaisquer ações civis públicas, como é na atualidade, em Portugal. Acrescenta-se que Portugal, além de ser país europeu e guardar estreita relação com o nosso, tem uma das mais avançadas legislações, especialmente com relação ao Consumidor.

Ironia à parte, somos que nada deve ser copiado, mesmo porque, os países são diferentes e o nascimento do “Ombudsman” ocorreu em nações onde o Ministério Público é, de há muito atrofiado.

O “Ombudsman”, se criado como princípio constitucional, tem maior possibilidade de se tornar num futuro próximo muito mais uma nova forma de empre-

guismo do que propriamente um defensor do povo. Recente decreto presidencial de criação do primeiro Ouvidor Geral da Nova República, não nos desmente por inteiro.

Isto posto repetimos, o momento é de melhor aparelhar as instituições já existentes em nosso país, sem grandes cópias do que existe lá fora, e, de difícil ou impossível adaptação aqui dentro.

Concluindo, afirmaríamos que aceita a nossa tese, estaríamos a prestar dois grandes favores ao nosso país: — não teríamos o desnecessário e tornariíamos nossa futura Constituição menor (suprimiríamos um artigo, dois parágrafos e três incisos) e mais inteligível.

É o que pensamos.

CONCLUSÃO

- 1 — Aos Direitos conferidos universalmente aos consumidores, conforme resolução nº 039/248 da ONU, correspondem igualmente deveres.
- 2 — A defesa dos Direitos do Consumidor, deve ser efetuada em três campos distintos, a saber: administrativo, civil e criminal.
- 3 — Derivando os Direitos do Consumidor de Resolução Universal de Órgão Supraestatal de que o Brasil é signatário, merecem tratamento constitucional.
- 4 — Tratando-se, ademais, de direitos indisponíveis, quando difusamente considerados, sua tutela, embora não exclusiva por parte do Ministério Público, neste encontra seu mais legítimo titular, sendo pois absolutamente desnecessária a “importação” de modelos alienígenas (“Ombudsman”, “Defensor Del Pueblo” e similares), suprimindo-se por inteiro, o artigo 54, seus dois parágrafos e três incisos do anteprojeto Constitucional da “Comissão Afonso Arinos”.
- 5 — Ainda considerando as sugestões ofertadas pela “Comissão Afonso Arinos” notadamente em seu artigo 36, sugere-se para o parágrafo 2º, no que concerne aos Direitos do Consumidor, a seguinte redação:

Artigo 36 — Todos têm direito a meio ambiente sadio e em equilíbrio ecológico, à melhoria da qualidade de vida, à preservação da paisagem e da identidade histórica da coletividade e da pessoa. (sic)

Parágrafo 1º — Garante-se ao consumidor a qualidade dos bens e serviços, a fiscalização da oferta, dos preços e da veracidade da propaganda. (sic)

Parágrafo 2º — É assegurada a legitimação do Ministério Público e de qualquer Pessoa Jurídica qualificada em Lei para a ação civil pública visando a proteção dos interesses difusos a que se refere o presente artigo, devendo o servidor público e podendo qualquer do povo proceder a representação nesse sentido, contra os infratores do mesmo interesse.

- 6 — É imprescindível a criação de Procuradorias (âmbito federal) e Promotorias (âmbito estadual) Especializadas na Proteção ou Defesa do Consumidor, dotando e aparelhando melhor o Ministério Público para bem desempenhar tão nobre função.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉ LEGRAND – "L. OMBUDSMAN SCANDINAV" – Librairie Générale – Paris, ano 1970.
- CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA – "OS DIREITOS DO CONSUMIDOR" – Livraria Almeida – Coimbra, Portugal, ano 1982.
- CELSO BARROSO LEITE – "OMBUDSMAN: CORREGEDOR ADMINISTRATIVO" – Zahar Editores – Rio de Janeiro, ano 1975.
- EDUARDO POLO – "LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN EL DRECHO PRIVADO" – Editorial Civitas S.A., Madrid – Espanha, ano 1980.
- FRANK STACEY – "OMBUDSMAN COMPARED" Clarendon Press – Oxford – Great Britain, ano 1978.
- GUIDO ALPA – "TUTELA DEL CONSUMATORE E CONTROLLI SULL'IMPRESA" – Ed. Il Mulino, Bologna, Itália, ano 1977.
- JEAN CALAIS-AULOY – "DROIT DE LA CONSOMMATION" – Ed. Dalloz – Paris, ano 1980.
- J.M. OTHON SIDOU – "PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR" – Ed. Forense, ano 1977.
- NELSON NERY JÚNIOR – "A AÇÃO CIVIL PÚBLICA", e "RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO ECOLÓGICO" – Revista de Processo/Revista de Direito Público nº 76, ano 1986.
- VICTOR FAIRÉN GUILLÉN – "CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS" – Madrid, ano 1982.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DA ILEGALIDADE DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS NA CONSTÂNCIA DO ESTADO DE DIREITO

Autor: SÉRGIO ROXO DA FONSECA, 123 PROMOTOR DE JUSTIÇA DA CAPITAL DE SÃO PAULO, CURADOR DE MANDADOS DE SEGURANÇA E AÇÕES POPULARES CONSTITUCIONAIS

RESUMO:

- 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS
 - 2 – ADMINISTRAÇÃO
 - 3 – A COMPETÊNCIA VINCULADA
 - 4 – A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA
 - 5 – O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
 - 5.1. A Jurisprudência do Conselho de Estado
 - 5.2. O devido processo legal
 - 5.3. A contribuição de Celso Antônio Bandeira de Mello
 - 6 – O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
 - 7 – CONCLUSÕES
- I – BIBLIOGRAFIA

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado, tal como é hoje concebido, exterioriza o seu poder através de órgãos investidos na função pública.

Tal investidura sempre se procede por meio de lei orgânica e materialmente

considerada. Vale dizer que, não se reconhece a existência do Estado de Direito se não quando só ao legislador cabe atribuir função aos órgãos administrativos.

Assim tem cabida as palavras do professor CARLOS ARI SUNDFELD, que servirão de coda para o presente trabalho: "ao administrador só se reconhecem aqueles poderes expressamente outorgados por lei, a ausência dela não pode significar outorga de poderes, mas antes negação deles" (CARLOS ARI SUNDFELD, "Discricionariedade e Revogação do Ato Administrativo", publicação do V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, agosto de 1986, pág. 4).

Tanto isto é verdade que o exame do conjunto de funções atribuídas pelo legislador aos órgãos administrativos estampa o perfil jurídico do Estado, num determinado momento do seu aperfeiçoamento institucional.

Contudo, necessário se faz anotar que cabe ao legislador não só atribuir competências ao administrador, como também fixar a forma de seu exercício e a finalidade a ser alcançada por ele.

Tendo em conta a maneira pela qual se controla a legalidade dos atos administrativos, possível se torna dizer que são originários do exercício de duas diversas competências estatais.

Em primeiro lugar vislumbra-se o exercício de competência legal rigidamente definida pelo sistema normativo que se vale para tanto de conceitos unissignificativos para bem cintar a ação do administrador, não lhe permitindo alcançar outra finalidade que não aquela previamente fixada pelo preceito, cabendo-lhe aí, por conseguinte, apenas realizar a aptidão mecânica da regra à vista do acontecimento fático por ela abstratamente descrito. A subsunção, desta maneira, impera em tal área administrativa. Competência vinculada ou regrada foi o nome encontrado para esta entidade jurídica.

Em segundo lugar, a moderna dogmática conseguiu descrever uma outra competência definida pelo legislador por meio de conceitos jurídicos práticos, portanto, plurissignificativos. Em tal província, cabe ao administrador escolher entre várias finalidades apontadas pelo legislador uma que supõe ser a que mais satisfaz o interesse público, que lhe cabe resguardar. Competência discricionária foi o nome encontrado para esta entidade jurídica.

Vale a pena acrescentar que todas as duas competências examinadas têm origem na norma legal, muito embora numa seja possível verificar uma ação limitada do administrador em comparação com a outra que se caracteriza por sua maior amplitude.

Decorre daí que no Estado de Direito, a ilegalidade do ato administrativo há de ser apurada através do contraste que se faz entre o modelo abstratamente consi-

siderado pelo legislador e o fato sobre o qual o administrador aplicou o comando daquele emanado.

O que se procura destacar é a virtualidade do Estado de Direito consistente em rejeitar a convivência com a ilegalidade, que pode derivar, em sede de Direito Público, tanto da frontal violação da norma como pelo exercício de poder não atribuído pelo legislador à Administração.

Em verdade, a distinção existente entre as distintas competências examinadas

somente foi percebida com o advento do Estado de Direito. Isto porque no Estado de Fato, como é sabido, a vontade do princípio equivale à vontade da lei, transformando os atos administrativos em entidades incontroláveis.

Assim se observa que o Estado de Direito somente exsurge quando a Administração se submete ao princípio da legalidade, permitindo assim sejam os seus atos sindicáveis pelo órgão de controle externo.

Extrai-se esta conclusão da cátedra de MICHEL STASSINOPoulos para quem o Estado de Direito caracteriza-se pela soma dos seguintes elementos: a) a separação orgânica dos poderes; b) a submissão da Administração à lei; c) a precisa delimitação legal da atividade da administração e o campo de ação dos administrados; d) o controle do sistema pelo órgão jurisdicional e e) a redução das competências discricionárias (MICHEL STASSINOPoulos, "Traité des Actes Administratifs", Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Atenas, 1954, págs. 18/22).

Segundo a tradição jurídica brasileira o Ministério Público, como órgão do Estado Administração, tem inafastável realce no papel de órgão responsável pela defesa do princípio da legalidade mormente quando se tem em tela interesses intransigíveis, como aqueles que envolvem a constituição do ato administrativo.

Inserido, pois, na Administração, sobre ser o Ministério Público o defensor do princípio constitucional da legalidade (EC nº 1/69, art. 153, § 2º), encontra-se inteiramente submetido a ele, sendo, portanto, inconcebível, na vigência do Estado de Direito, venha atuar *contra legem* ou *praeter legem* pois os seus atos somente podem ser formulados *secundum legem*.

Perdeu nos poís quando apostrofamos. No Estado de Direito, a atuação do Ministério Público *contra legem* ou *praeter legem* se nos afigura como um pesadelo no paraíso.

Já se disse alhures, com reconhecida sabedoria, que pálida é a atuação ministerial na vigência do Estado de Fato, onde não pode encontrar meio de controlar os atos do princípio, nem força para exigir o cumprimento do princípio da legalidade.

Por conseguinte, no momento em que se procura jurisdic平izar os poderes do Estado, mais do que nunca, vale a pena examinar de um lado a ilegalidade administrativa e do outro lado a atuação do Ministério Público como órgão responsável pelo equilíbrio do sistema normativo vigente.

É o que se pretende modestamente alcançar por intermédio do presente trabalho.

2 – ADMINISTRAÇÃO

Após a consagração do princípio da tripartição dos poderes, possível tornou-se observar que a sua proposta não continha a rigidez dos modelos platônicos.

Ao contrário, comumente atribuía-se poderes administrativos e legislativos ao Judiciário; poderes administrativos e jurisdicionais ao Legislativo.

Levando-se em conta a razão de ser de cada órgão, foi dito que tais poderes eram atípicos.

Portanto, hoje em dia, ninguém nega a existência de poderes tipicamente ad-

ministrativos exercidos pelo Judiciário e pelo Legislativo pois também cabe a eles recrutar o seu pessoal, licitar e praticar todos os demais atos necessários para a consecução dos seus serviços, assim como faz o Poder Executivo.

O vocábulo *Administração* foi aquele eleito para abranger toda a atividade do Poder Executivo e mais as atividades administrativas do Judiciário e do Legislativo.

Por conseguinte, quando se diz que Estado de Direito exige a submissão da Administração ao princípio da legalidade, não se está referindo apenas aos atos administrativos constituidos pelo Executivo, mas também aqueles formulados pelo Judiciário e pelo Legislativo.

Tudo isto porque, independentemente de sua origem, o ato administrativo estampa a concreção da vontade abstrata da lei para a satisfação de determinado interesse público, razão pela qual deverá ser sempre precedido pela norma atributiva de poder, sob pena de afrontar o princípio da legalidade pois que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (EC nº 1/69, art. 153, § 2º).

Vem à baila a lição dos nossos grandes mestres de Direito Público, que assim timbraram a matéria.

"Jaz, consequentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito" (RUY CIRNE LIMA, "Princípios de Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 22).

Pois, ao menos na constância do Estado de Direito, administrar é "aplicar a lei de ofício" (M. SEABRA FAGUNDES, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Forense, 3ª edição, 1957, pág. 17).

Conclui-se então que independentemente de sua origem, todo ato administrativo deverá estar perfeitamente acomodado ao sistema normativo, sob pena de sua completa invalidade (ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL), "Extinção do Ato Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pág. 76).

3 COMPETÊNCIA VINCULADA

Valeu-se neste trabalho das expressões *competência vinculada* e *competência discricionária* em substituição de *ato vinculado* e *ato discricionário*.

Isto porque as expressões substituídas trazem consigo uma tão grande carga de vaguidão que servem para turbar o entendimento em lugar de facilitar a clareza da expressão (GENARO R. CARRIÓN, "Notas sobre Drecho y Lenguaje", Abeledo-Perrot, 3ª edição, pág. 31).

Em verdade, "los actos administrativos — decía Arias de Velasco — son más o menos reglados y más o menos discretionales. Debemos decir no que los actos son reglados o discretionales, sino que en todos los actos, por reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor, y que en todos los discretionales, por libres que los supongamos, se ejercita una actividad más o menos regladas" (GARRIDO FALLA, "Tratado de Drecho Administrativo", Institutos de Estudios Políticos, 1970, vol. I, pág. 444).

Superada a questão vocabular, tenta-se esboçar um conceito para competência vinculada ou regrada.

Tanto quanto possível seja, cabe ao legislador enunciar as regras, que deverão ser cumpridas pelo administrador, de maneira precisa, evitando-se assim qualquer forma de arbítrio.

Para alcançar tal meta, o legislador extraí do conhecimento científico conceitos exatos, que deverão ser aplicados mecanicamente pela Administração. Então vale-se ele de valor teórico verdadeiro, segundo a cátedra de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ ("Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo", Coimbra Editora, 1940, pág. 24).

É escusado dizer que seria desejável que o legislador sempre se valesse de conceitos científicos, portanto, unívocos e exatos.

Contudo, foi possível observar que a tarefa é atualmente impossível de ser cumprida. A exatidão do conhecimento científico não permeia todas as situações possíveis de serem previstas pelo Legislativo descer ao nível de detalhes, ao redigir a norma, sob pena de transformar-se em administrador, rompendo assim o princípio constitucional da tripartição de poderes.

No entanto, enquanto a redação da lei estampar um conceito unívoco e unisignificativo, estaremos em sede de competência vinculada ou regrada, região na

o controle da legalidade do ato administrativo se faz pela sua comparação com o modelo abstratamente considerado pelo legislador.

4 – A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

Contudo, às vezes o legislador não consegue emitir suas ordens por meio de conceitos unisignificativos, seja porque não tem condições técnicas para bem apreciar a concreção da norma; seja porque não pode descer ao nível do detalhamento da aplicação da norma para não confundir-se com o administrador.

Vale-se então de uma dicção proteiforme, por meio da qual indica várias opções para o administrador, que terá o poder de escolher aquela que melhor satisfaça o interesse público (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO E OUTROS, "Curso de Mandado de Segurança", Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, pág. 103).

Necessário se faz constar que a doutrina consegue perceber hoje perfeita distinção entre o conceito de competência discricionária e o que se chama por *conceitos imprecisos*.

Incontáveis vezes o legislador se vê obrigado a valer-se de conceitos jurídicos imprecisos, quando formula a regra de direito: boa fé, justo preço, mulher honesta, idoneidade moral, etc.

À frente de um conceito jurídico impreciso, não está o administrador livre para emitir o seu ato. Ao contrário, somente poderá formulá-lo após a devida e prévia precisão do conceito. Um preço é justo ou não é; um homem é honesto ou não é.

De sorte que a ação administrativa não é discricionária qualificadamente, mas sim vinculada a todos os vocábulos contidos no texto da norma. Isto significa dizer em palavras mais expressivas que cabe ao órgão de controle pronunciar-se sobre a legalidade do ato administrativo advindo de outorga de poderes por meio de concei-

tos jurídicos indeterminados.

"La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley e remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado há pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional" (EDUARDO GARCIA ENTERRIA E OUTRO, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial Civitas, 1983, 4^a edição, vol. I, páginas 434/5).

Ademais não se pode confundir discricionariedade e silêncio da lei. A competência discricionária, no Estado de Direito, dependerá sempre de prévia autorização legislativa (EC nº 1/69, art. 153, § 2º). O silêncio da lei portanto não implica a outorga presumida de poder, ao contrário corresponde à sua negação, tanto que ao nosso direito positivo repugna a existência dos regulamentos autônomos (EC nº 1/69), art. 81, III), como também se restringe ao limite do possível a delegação de poderes (EC nº 1/69, art. 6º, parágrafo único), como tão bem nos ensina o eminentíssimo professor CELSO RIBEIRO BASTOS ("Curso de Direito Constitucional", Saravá, 1984, 7^a edição, pág. 177).

Admite-se assim que a competência discricionária deriva da utilização pelo legislador de conceitos plurissignificativos no momento da formulação da norma jurídica, oferecendo-se então ao administrador variadas opções, entre as quais, deverá este último escolher a melhor que lhe pareça para a perfeita satisfação do interesse público.

Assim o exercício do poder discricionario é atividade de integração da norma jurídica, tendo assim a sua natureza. Em verdade, "por essencial necessidade, as leis são sempre uma obra inconclusa" (RECANSENSSICHES, "Filosofia del Derecho", Editorial Porrúa, 1959, 1^a edição, pág. 628).

Admitindo-se, pois, que a atividade do administrador é de integração da norma, tornando-se semelhante à iniciativa do legislador, conclui-se que se torna insindicável pelo órgão de controle.

Todavia, tal insindicabilidade, hoje em dia, restringe-se na medida em que evolui o sistema de contenção do exercício de poder pelo Estado.

É o que se pretende examinar a seguir.

5 – O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

Já se assinalou que a questão da discricionariedade nasce com o advento do Estado de Direito pois que a partir de sua institucionalização, impossível se torna confundir a vontade do princípio com a vontade da lei, muito ao contrário, é seu

pressuposto a submissão de suas ações à prévia autorização do Poder Legislativo.

Agora bem. Se o exame comparativo entre a hipótese da norma e o ato administrativo, as mais das vezes, permite um seguro controle de sua legalidade, o mesmo não se pode dizer quando se refere à discricionariedade.

Várias soluções têm sido encontradas para melhor viabilizar tal controle, procurar-se-á, em nome da síntese, elencar as mais famosas.

5.1 – A JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO DE ESTADO

O Conselho francês, com sua fecunda jurisprudência, conseguiu construir sólidas vias para o exame da legalidade da discricionariedade. Waline anota que tais são as vias por ele admitidas: a) vício de competência; b) vício de forma; c) violação de regra de fundo; d) inexatidão de motivos; e e) o desvio de poder.

As competências em Direito Administrativo não são intercambiáveis pois a partir delas se constrói a essência da norma atributiva de poder. O vício de incompetência invalida a ação do agente do serviço público.

Por outro lado, os atos administrativos são atos jurídicos formais. Por mais singela que seja a ação do órgão, que tenha competência para atingir a liberdade ou o direito do administrado, impõe-se a sua exteriorização segundo a roupagem modelada pela norma atributiva de poder.

O exercício da competência atribuída ao administrador não lhe confere o poder de violar qualquer tipo de norma jurídica. Veja-se que a atividade administrativa deve ser sempre atividade jurídica, impossibilitando, pois, sob pena de invalidez, servir de instrumento para violação de texto constitucional, infra-constitucional e até mesmo regulamentar (*legem patere quan ipse fecisti*). Assim a moderna doutrina do Direito Administrativo fulmina de nulidade as ações que enfrentam desde a lei materialmente considerada, como as normas editadas pela administração e até mesmo os princípios gerais de direito. A respeito tem cabida referência à cátedra de ENTERRIA: "El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el Juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Si así fuese, todo se reduciría a substituir una discricionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general" (EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA E OUTRO, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial Civitas, 1983, 4^a edição, página 449).

O vício pela inexatidão ou ausência de motivo, segundo a concepção francesa, refere-se aos pressupostos do ato administrativo, não se confundindo, por conseguinte, com a motivação ou fundamentação. É inválido o ato administrativo quando os seus pressupostos tácticos (motivos) não guardam relação de congruência com o seu objetivo (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, "Erro e Legalidade no Ato Administrativo", Edições Ática, 1962, pág. 133). O Conselho de Estado anulou a retirada de autorização formulada pelo prefeito de certo local porque "entre le moment où l'autorisation a été donnée et celle où elle a été rapportée, il n'y a eu aucun fait nouveau de nature à motiver légalement la second décision" (M.

WALINE, ob. cit., pág. 473).

O desvio de poder, certamente a mais importante criação do Conselho francês, também serve de instrumento para controle do poder discricionário, pois que o administrador não tem competência para alterar a finalidade apontada pelo legislador, quer o faça explícita, quer o faça implicitamente. É possível que o administrador entenda que outro seja o alvo do interesse público; é possível até mesmo que tenha justas razões para assim crer. Todavia, não pode afastar-se da trilha traçada pela norma atributiva de poder em busca de outra meta que não seja aquela mirada pelo legislador pois, se assim o fizer, inválido será o ato administrativo. O prefeito não pode valer-se de poderes conferidos para o asseguramento do domínio público, buscando com ele controlar a prostituição (M. WALINE, ob. cit., pág. 486). “La desviación de poder existe no solamente cuando el agente no persigue un fin de interés público, sino también cuando persigue un fin de interés público ajeno al que la ley le impone perseguir” (G. VEDEL, “Drecho Administrativo”, tradução da 6^a edição francesa, Ed. Aguilar, Madrid, pág. 508).

5.2 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O ato administrativo que tem como finalidade atingir direito ou liberdade do administrado, mormente quando se trata de exercício de competência discricionária, há de ser gerado no bojo de processo no curso do qual se assegurou o mais amplo direito de defesa (EC nº 1/69, art. 153, § 15).

O texto constitucional, que rege a matéria, não se contentou em assegurar o direito de defesa ao administrado, mas o direito à mais ampla defesa, o que parece significar que não autoriza o legislador infra-constitucional erigir qualquer obstáculo ao seu exercício.

É bem verdade que em outra época já se disse que o direito de defesa somente deveria ser reconhecido na esfera processual penal. Tal restrição não merecia subsistir até porque assim não era o que constava no texto. Tanto que hoje em dia a melhor doutrina proclama que “nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender” (J. C. MELLO FILHO, “Constituição Federal Anotada”, Saraiva, 2^a edição, pág. 449). Assim nem mesmo a decisão proferida pelo critério da verdade sabida não dispensa a prévia audiência do administrativo (RJTJSP, 14/219).

Neste sentido está a lição do grande mestre argentino Agustín Gordillo: “El principio si mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia — principio éste indiscutido en la doctrina y en la práctica — entonces es mediano que la voz del afectado, aún en el más claro de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito ó oportunidad del acto” (A. GORDILLO, “La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo”, RDP, 10/19).

Conclui-se assim que ainda mais na esfera da discricionariedade, o princípio do devido processo legal é imposição de norma inserida na Constituição vigente, ra-

zão pela qual se converte em eficiente meio de controle da legalidade administrativa.

5.3 - A CONTRIBUIÇÃO DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello proferiu conferência, de grande ressonância, no plenário do V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em agosto de 1986, ofertando grande contribuição para o controle da discricionariedade. Em face da sua grande relevância, pedimos vénia para ser aqui referida a partir das anotações que ali foram feitas.

O exercício do poder discricionário há de ser compreendido como uma parcela da atividade dos órgãos do Estado, cujo conjunto encontra-se, sem qualquer exceção, sob o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é suposto do princípio da igualdade pois impede seja pronunciada qualquer discriminação, inclusive em tema de discricionariedade.

O exame da causalidade do ato administrativo, assim considerada a relação de congruência existente entre os seus pressupostos e o seu objeto, há de ser efetivado para um perfeito controle da legalidade.

O quadro constitucional é de contenção do poder do Estado (EC nº 1/69, art. 81, III), razão pela qual a atividade administrativa merece ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, merecendo ser desconsiderada pelo órgão de controle quando se tornar formidável perante o interesse sacrificado.

Exigir-se a fundamentação do ato administrativo somente tem o efeito de aperfeiçoar o sistema jurídico porque, melhor que do antes, será possível garantir o efetivo controle da legalidade.

Os atos da administração não podem escapar do princípio da lealdade e da boa fé.

O princípio da probidade administrativa, já consagrado pelo art. 82, V, da EC nº 1/69, deve inspirar todo ato que exteriorize o exercício do poder discricionário.

O legislador, quando se vale de conceitos plurissignificativos, não espera que o administrador escolha um alvo entre os demais assinalados, mas sim que opte pela meta excelente na prossecução de satisfazer o interesse público.

Somente o respeito pela supremacia do interesse público, submetido o Estado ao princípio da responsabilidade e solidariedade social, poderá justificar o exercício de competências discricionárias, sempre derivadas da autorização legal, em busca do aperfeiçoamento da convivência humana.

Tais são os propósitos que deverão ser alcançados se, com a vigência da nova Constituição, for possível modernizar o país, institucionalizando na sua prática as exigências do Estado de Direito, esculpido pela dourina jurídica dos povos civilizados.

6 – O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é órgão da soberania da Pátria e inserido pelo texto constitucional na área da administração, mais precisamente, na área da adminis-

tração da justiça. Como órgão da administração somente pode agir, no contexto do Estado de Direito, em nome da lei e segundo a lei, nunca contra a lei.

Tem ele a atribuição de postar-se contra a atividade ilegal dos demais órgãos do Estado, seja em área de competência vinculada, seja em área de competência discricionária.

O exame da legalidade do ato administrativo deve ser efetivado em toda dimensão possível, tornando viável o seu controle.

O sistema normativo já tem legitimado o Ministério Público para atuar em feitos, que revelam a ilegalidade dos órgãos estatais: ação de mandado de segurança, ação declaratória de constitucionalidade, ação popular constitucional, ação de amparo aos interesses difusos.

A legitimação do Ministério Público, dentre outros fatores, deriva também da relevância da relação jurídica controvertida (CPC, art. 82, III). Os atos ilegais praticados pelos agentes da administração atingem o embasamento jurídico do Estado

de Direito. Daí se extrai que toda relação jurídica, que estampe o debate em torno da ilegalidade do ato administrativo, é virtualmente relevante para legitimar o Ministério Público processualmente pois lhe cabe a alta função de velar pelo respeito dos princípios basilares do Estado de Direito.

Sob tal ótica, a sua legitimação processual não derivará apenas da sua importância no curso de tais ações, mas também em razão das graves consequências geradas pelo rompimento do princípio da legalidade pelos órgãos do Estado.

O perfil do Ministério Público, traçado pelo sistema normativo, advindo da aplicação do texto constitucional a ser promulgado, há de mostrar a face do campeão do princípio da legalidade e, por conseguinte, também responsável pela permanência do Estado de Direito.

7 – CONCLUSÕES

a) O Ministério Público como órgão da administração somente pode agir *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *praeter legem*;

b) é pressuposto do Estado de Direito a submissão dos órgãos administrativos ao princípio da legalidade;

c) assim o efetivo controle da legalidade de todos os atos administrativos se impõe como exigência da institucionalização do Estado de Direito;

d) os atos praticados no exercício de competência vinculada controla-se pelo seu contraste com o modelo abstratamente considerado pela norma atributiva de poder;

e) os atos praticados no exercício de competência discricionária controla-se por meio das seguintes vias de acesso: a) vício de incompetência; b) vício de forma; c) violação de norma jurídica de fundo; d) ausência ou inexatidão de motivos;

e) desvio de finalidade; f) infração ao princípio do devido processo legal; g) infração ao princípio da proporcionalidade; h) infração ao princípio da lealdade ou da boa fé; h) infração ao princípio da probidade administrativa;

f) a ilegalidade administrativa viola princípio basilar do Estado de Direito, razão pela qual a relação jurídica, que se contorce processualmente, dela derivada, legítima a atuação do Ministério Público, nos termos do que dispõe o art. 82, III, do CPC;

g) é dever do Ministério Público velar pela legalidade dos atos provindos das ações dos órgãos estatais em nome do seu poder de instituição garantidora do Estado de Direito;

h) por conseguinte, impõe-se seja o Ministério Público despido de todas as atribuições próprias de advogado do Estado, por mais dignificantes que sejam, por incompatíveis com a sua definição constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- 1 – ALESSI, Renato – “La Revoca degli Atti Amministrativi” Giuffrè Editore, 1956, 2^a edição.
- 2 – ALESSI, Renato – “Principi di Diritto Amministrativo”, Giuffrè Editore, 1978, 4^a edição.
- 3 – BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – Controle Judicial dos Limites da Discricionariedade Administrativa”, RDP, 31-34/5.
- 4 – BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – “O Controle Judicial dos Atos Administrativos”, RDP, 32/18.
- 5 – BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Forense, 2^a edição.
- 6 – BASTOS, Celso Ribeiro – “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 1984, 7^a edição.
- 7 – CARRIÓN, Genaro, “Notas sobre Drecho y Lenguaje”, Abeledo Perrot, 3^a edição.
- 8 – CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz – “O Desvio de Poder no Ato Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- 9 – ENTERRIA, Eduardo García de – “Curso de Derecho Administrativo”, Edi-

- torial Civitas, 1983, 4^a edição.
- 10 – FALLA, Garrido – “Tratado de Derecho Administrativo”, Institutos de Estudios Políticos, 1970.
- 11 – FERNANDEZ, Tomás-Ramón – “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Civigas, 1983, 4^a edição.
- 12 – GORDILLO, Agustín – “La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo”, RDP, 10/19.
- 13 – LAUBADÈRE, A. de – “Traité Elémentaire de Droit Administratif” Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 12^a edição.
- 14 – LEITE, Luciano Ferreira, “Discretionalidade Administrativa e Controle Judicial”, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- 15 – LIMA, RUY CIRNE – “Princípios de Direito Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, 5^a edição.
- 16 – MELLO FILHO, José Celso – “Constituição Federal Anotada”, Saraiva, 2^a edição.
- 17 – PEREIRA, André Gonçalves – “Erro e Illegalidade no Ato Administrativo” Edições Ática.
- 18 – QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – “Reflexões sobre a teoria do Desvio do Poder Administrativo”, Coimbra Editora, 1940.
- 19 – RECANSÉNS-SICHES – “Filosofia del Derecho”, Editorial Porrua, 1959, 1^a edição.
- 20 – RIVERO, Jean – “Direito Administrativo”, Livraria Almedina 1981.
- 21 – STASSINOPoulos, Michel – “Traité des Actes Administratifs”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
- 22 – SUNDFIELD, Carlos Ari – “Discretionalidade e Revocação do Ato Administrativo”, publicação do V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Belo Horizonte, 1986.
- 23 – TÁCITO, Caio – “Direito Administrativo”, Saraiva, 1973.
- 24 – VEDEL, G. – “Drecho Administrativo”, tradução da 6^a edição francesa, Madrid, Ed. Aguilar.
- 25 – WALINE, Marcel – “Droit Administratif”, Sirey, 1963, 9^a edição.
- 26 – FAGUNDES, M. S. Seabra – “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, Forense, 1957, 3^a edição.
- 27 – FIGUEIREDO, Lúcia Valle – “Curso de Mandado de Segurança”, Ed. Revista dos Tribunais, 1^a edição.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DA NOVA REPÚBLICA
(Proposta de reforma constitucional e institucional)

Autor: Gaetano Amico

A presente tese será apresentada como 2^a alternativa se porventura não for aprovada pela 1^a Assembleia Nacional Constituinte a "Carta de Curitiba".

O autor

ÍNDICE DA MATERIA

- 1. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**
- 2. É MESMO O MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DA LEI?**
- 3. COMO O MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE EXERCIÇAR A AÇÃO PENAL**
- 4. SÍNTESE CONCLUSIVA**

BIBLIOGRAFIA

- 1 — Constituição da República Federativa do Brasil.
- 2 — Constituição da República Portuguesa.
- 3 — Costituzione della Repubblica Italiana.
- 4 — Constitucion de la Republica de Paraguay.
- 5 — Constitucion Política del Peru.
- 6 — The Constitution of the United States of America.

7 – Legislação Penal e del Processo Penal (Portugal).

8 – Codice Penale e Codice di Procedura Penale (Itália).

I – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei Complementar 40 elevou o Ministério Público ao reconhecimento de sua condição de instituição nacional permanente e essencial ao desempenho da função jurisdicional.

Embora a Lei Complementar 40 declare o Ministério Público como instituição nacional permanente e essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado, a nossa Lei Maior o situa nos artigos 94 e 95 como órgão do Poder Executivo. Muitos se acomodam com esta colocação ou sonham com o quarto poder que seria dado ao Ministério Público, alegando que se Montesquieu vivesse nos tempos atuais, daria ao Ministério Público o quarto poder com a função de defender a sociedade e a Lei perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado como afirma Alfredo Valladão.

O Ministério Público é uma figura necessária e essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado e como tal deve pertencer ao Poder Judiciário e não ser "um bacilo, vírus ou elemento estranho dentro de um corpo vivo e saudável que é a Magistratura".

Se o Ministério Público é essencial ao ato jurisdicional, como pode não pertencer à Magistratura? o que é? Nas constituições modernas e democráticas pertence ao Poder Judiciário. A Constituição Portuguesa em vigor no seu art. 225 estabelece que "os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos em Lei. A Constituição Italiana coloca o Ministério Público como parte do Poder Judiciário sob o capítulo "La magistratura" e na Ordem Judiciária estabelece que esta é constituída: pelos auditores, pelos juízes de cada grau, pelas prefeituras, pelos tribunais, pelas cortes e pelos "magistrados Públco Ministro".

Se os Juízes são magistrados e o Ministério Público é magistrado, qual é o papel de cada um? O Magistrado – Juiz que tem a função de "Jus dicere"; O Magistrado-Ministério Público é o representante do Estado-Sociedade que tem a função de "legem dicere". O Ministério Público diz a lei, isto é, dá corpo a lei abstrata no concreto ou invoca a lei no caso concreto e provoca o Juiz a julgar o caso concreto ou invoca a lei no caso concreto e provoca o Juiz a julgar o caso concreto dentro da lei invocada pelo Ministério Público, dando assim o Juiz, com a sua função jurisdicional, o direito a quem o tem: "jus dicere".

Não há necessidade de um quarto poder dentro do ordenamento jurídico-constitucional do Estado democrático, somente nos estados primitivos ou em certas monarquias paternalistas se fala de um poder moderador, mas com a maturidade democrática não há necessidade de um moderador, que modere as atividades dos poderes.

O Ministério Público não é o defensor dos interesses do Estado como afirma a Lei 6276/73 do Estado de Minas Gerais, para isso basta que o Estado contrate o seu advogado. O Ministério Público não é o fiscal da lei, como certos doutrinadores ou a mesma lei processual civil o chamam, ele é sim o "custos legis", o guardião da lei, aquele que age em nome da sociedade porque ele é o seu legítimo depositário. Na ordem jurídico-constitucional ele representa a sociedade, assim como o deputado representa o povo e o senador representa o estado da União. E como representante da sociedade ele age dentro de um sistema jurídico chamado judiciário, assim como os deputados e senadores agem dentro de um sistema jurídico chamado Legislativo. Assim como o deputado agindo em prol ou contra o governo não perde sua condição de legislador, assim também o Ministério Público agindo em prol da sociedade e como representante da sociedade não perde a sua característica de magistrado.

O Ministério Público é o "Tribunus dos Romanos", aquele que personificava a ordem jurídica-constitucional, ele vinha do povo, era eleito pelo povo e uma vez empossado era o representante da sociedade romana e tinha como função "dicere legem", defendendo-a e promovendo-a para salvaguardar os direitos e garantias individuais e por defender tudo isso os irmãos Gracis deram a própria vida.

O Ministério Público de hoje possui ou melhor deveria possuir as mesmas prerrogativas, visto ser ele o representante da sociedade e da lei, compreendida na verdadeira acepção da palavra que é a ordem jurídico-constitucional sobre o qual o Estado se fundamenta. Nesse sentido nós teríamos os três poderes tradicionais de Executivo, Legislativo e Judiciário; e no exercício da soberania nós teríamos: o Estado-Administração que executa os atos dentro da lei; o Estado-Legislador que legisla; o Estado-Juiz que julga o caso concreto dentro da Lei e o Estado-Sociedade que diz a lei "dicit legem", que todos devem obedecer. A função constitucional do Ministério Público no estado moderno é agir somente dentro do judiciário, como parte integrante e essencial à função jurisdicional do Estado.

A Lei Complementar 40 no seu art. 2º afirma: são funções institucionais do Ministério Público:

I – Velar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhes a execução;

II – Promover a ação penal pública;

III – Promover a ação civil pública nos termos da lei.

Como se observa a Lei Complementar quase timidamente afirma que o Ministério é o representante da sociedade, tanto que é dever velar pelo ordenamento jurídico constitucional, isto é, deve velar pela sociedade e pelas suas leis. Assim como as "Vestais Romanas" eram as depositárias das tradições das leis da "Res-Pública". também o Ministério Público é hoje o depositário da lei, "Custos Legis" e como representante da sociedade deve promover a sua execução única e exclusivamente dentro do judiciário por ser o foro apropriado para promover a ação pública. O Ministério Público é o "líder" da sociedade e atua dentro do judiciário porque ele é

Magistrado e não membro estranho ao judiciário. Assim como o líder do governo não é executivo e sim legislativo, assim também o Ministério Público é “líder” ou representante da sociedade e age dentro do poder judiciário porque é magistrado. O Ministério Público não faz parte do Executivo e nem é seu advogado e sim é o representante da sociedade e seu defensor agindo ou acionando todos aqueles que transgredirem a lei seja o mesmo executivo, legislativo ou judiciário.

Nunca a sociedade pode ir contra a lei porque seria uma “*contradictio in terminis*”, isto é, seria um contrasenso e assim como dizer que a lei é contra a lei, mas executivo, o legislativo ou judiciário podem transgredir a lei e por esse motivo o Ministério Público que tem como função constitucional promover a ação, pode ser do poder executivo e agir contra o mesmo? Se ele é, como afirma a Lei Mineira, já citada, o defensor dos interesses do Estado, pode agir contra o Estado?

Concluimos estas pequenas reflexões sobre o Ministério Público, afirmando que o mesmo é o representante da sociedade e como tal exerce uma parcela de soberania e embora não seja um poder independente aos três poderes tradicionais, ele é no exercício da soberania o Estado-Sociedade que age única e exclusivamente dentro do poder judiciário, como magistrado, por ter a função de ser instituição nacional permanente e essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado.

II – É MESMO O MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DA LEI?

O Código de Processo Civil estabelece que “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe no processo os mesmos poderes e ônus que as partes” e no artigo 82 estabelece os casos em que ao Ministério Público compete intervir, ainda o artigo 83 o chama diretamente de “fiscal da lei”, portanto o Ministério Público, no processo age como parte quando exerce o direito de ação e fiscal da lei nos casos enumerados no art. 82.

Examinemos a expressão “Fiscal da Lei”. O Dicionário escolar da língua Portuguesa de Francisco da Silveira Bueno no verbete “fiscal” diz “relativo ao fisco, empregado aduaneiro, indivíduo encarregado da fiscalização de certos atos ou da execução de certas disposições”. O Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira no verbete fiscal diz: Relativo ao fisco, empregado aduaneiro, pessoa encarregada da fiscalização de certos atos ou da execução de certas disposições”.

Como se pode observar o “munus” do Ministério Público não pode ser comparado ao verbete do dicionário. Como já tivemos oportunidade de escrever no nosso trabalho “Função Constitucional do Ministério Público”, o Ministério Público é o representante da sociedade e o depositário da ordem jurídico-constitucional sob cuja base se fundamenta o Estado. O Ministério Público no exercício da soberania do Estado tem o “munus” de “dicere legem” e em nome dela promover a ação pública para defender ou proteger a sociedade nos seus direitos e garantias individuais. O Ministério Público é um magistrado que, representando a sociedade, age como elemento necessário e essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado. O Ministério Público como representante da sociedade e de seu ordenamento jurídico-constitucional é o “iustos legis” e nunca pode ser o fiscal ou exercer a atividade

de fiscal visto que isso representa um “*contradictio in terminis*”, dado que ele não poderia ser no mesmo tempo a lei e o seu fiscal.

Ele é o representante da Sociedade e depositário das leis e como tal participa da atividade processual *sempre como parte*. Como esse raciocínio o Ministério Público exerce o seu munus constitucional na seguinte forma: Ele é parte quando em nome da sociedade promove a ação pública seja cível como penal; é co-partes quando autor da ação ou o réu da ação precisa do auxílio da Sociedade e isto acontece quando se trata de ações sobre o estado da pessoa, pátrio poder, tutela, isto é, nas ações em que se discute o direito do cidadão ou da pessoa, nesses casos o Ministério Público alia-se a uma das partes para tomar o partido desta, visto que está sendo ameaçada nos seus direitos e garantias individuais: ele é “cum partibus” com-as-partes quando as duas partes devem ser auxiliadas pela Sociedade para que os seus atos sejam dentro dos parâmetros legais e conforme finalidade social da lei.

Note-se que a figura do fiscal é a daquele que está observando atentamente com o intuito de flagrar o ilegal ou no sentido admonitório de prevenir o ilegal. Essa figura reflete a atividade processual do absolutismo ou das ditaduras, quando o rei francês dizia: L’État c’est moi” ou o rei inglês afirmava “I’m the law”, para esse clima de justiça e de direito, era necessário colocar um fiscal da lei, o qual ficava vigiando e observando o povo para depois denunciá-lo ao rei; nos tempos modernos durante o período de ditaduras, os fiscais da lei eram chamados: “SS” ou polícia secreta com o específico dever de observar a conduta pública e privada do indivíduo para depois denunciá-lo sempre em nome da lei, do direito ou da segurança ou do interesse do Estado.

Hoje a Sociedade através de seus representantes que é o Ministério Público não fiscaliza a lei para que esta seja cumprida, papel mais adequado para a polícia, e sim assiste os cidadãos nos seus direitos e garantias individuais, auxiliando-os nos seus pedidos de justiça. Nessa oportunidade o Ministério Público não é o fiscal da lei e sim o ajudante das partes para que as mesmas dentro do direito possam obter a justiça que tanto almejam.

O Ministério Público é com-as-partes e não contra-as-partes, e não é fiscal da lei e sim o representante da Sociedade que assiste os seus cidadãos-ora-partes, para que alcancem com a prestação jurisdicional do Estado a justiça que tanto necessitam.

III – COMO O MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE EXERCER A AÇÃO PENAL

No atual sistema penal a polícia judiciária, ex-ofício ou mediante requisição ou a requerimento do ofendido inicia o inquérito policial. O inquérito embora seja um procedimento administrativo, isto é, cometido o ilícito penal, a polícia procura no menor prazo (!) possível de tempo coletar as provas do fato criminoso e seu possível autor e através de um relatório enviará os autos ao juiz competente. O juiz, recebidos os autos, os enviará ao Ministério Público para apresentar denúncia. Da denúncia até a sentença o autor do ilícito será interrogado, ouvirá as testemunhas de ambos os lados e será sentenciado para ser declarado culpado ou absolvido.

Como se observa, a polícia ao apossar-se do indiciado faz o inquérito conforme o art. 20 do Código do Processo Penal: a autoridade assegurará no inquérito *sigilo*.

Io necessário a elucidação do fato ou “exigido pelo interesse da sociedade”. Quando o Código fala “sigilo necessário e elucidação do fato” deve ser lido infelizmente o que se lê nos jornais diariamente, maus tratos, espancamentos, torturas e até mortes por parte da polícia no tratamento sigiloso dispensado ao indiciado, o qual não se pode defender ou ser defendido visto que o inquérito é uma peça acusatória sem contraditório e sem presença de estranhos. Como pode a polícia acusar o cidadão quando o “munus de acusar” é privativo do Ministério Público que é o órgão institucional de promover e exercer ação penal? Como pode a polícia falar no “interesse da sociedade” quando é munus específico do Ministério Público representar a sociedade e ver o interesse dela? O poder executivo pode exercer o poder em benefício do bem comum no exercício da soberania que lhe confere a Constituição. A polícia pode prevenir o ilícito penal e agir em nome do bem comum, mas torna-se impossível falar de sociedade e interesse dela no inquérito policial ou nas investigações. No inquérito policial vez por outra é chamado um membro do Ministério Público para assistir ou presenciar fatos por si só evidentes com o intuito, mutas vezes, de disfarçar os métodos não muito polidos ou educados no tratamento do indiciado.

A Policia, no atual sistema de repressão ao crime, divide-se em administrativa e judiciária. A polícia administrativa é para garantir a ordem pública e impedir a prática de qualquer crime. Ela é chamada também polícia preventiva. A polícia judiciária atua após a prática de um crime coligindo os elementos necessários para apurar o fato criminoso e seu autor, ela é também chamada polícia repressiva. O art. 4º do Código de Processo Penal define a finalidade judiciária: “será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim apuração das infrações penais e da sua autoria”. Note-se que na realidade policial atual não existe a polícia judiciária porque ela se confunde com a administrativa, utilizando os mesmos locais, meios, métodos e autoridade. O que existe no mundo policial são agentes de polícia, investigadores, escrivães e delegados. No ápice da pirâmide está o delegado o qual no seu pequeno mundo repressivo é o único ditador dentro da sua delegacia, e a revelia da ordem, do direito, do respeito a pessoa humana, e dos direitos e garantias individuais, impõe o reino do terror e o império da violência.

Nesse quadro sombrio e desumano no qual o indiciado é a única vítima, salvo as devidas execuções, qual é o papel do Ministério Público e como deve o Ministério Público exercer a ação penal do mundo policial? Se é verdade que o Ministério Público é o representante do Estado-Sociedade que deve zelar pelo ordenamento jurídico-constitucional que ele encarna no exercício da soberania, ele deve atuar protegendo o cidadão’ que é célula vivente da sociedade (veja os trabalhos. “Funções constitucionais do Ministério Público” o “Ministério Público promove ou exerce a ação penal?” do mesmo autor) ou deve acusá-lo quando a sociedade é ofendida e envergonhada pela ação indigna de seu membro, ação essa prejudicial à sociedade e que em nome dessa, reclama por justiça. O Ministério Público representa o marco da legalidade entre o jus persecutionis do Estado-Administração e o jus puniendi do Estado-Juiz. O Ministério Público, como representante do Estado-Sociedade, é o único agente político que possui a faculdade-obrigação de ser o “dominus litis”, o iniciador da ação penal e deve exercer a ação penal desde o início do procedimento repressivo, isto é, desde o Inquérito até a sentença transitada em julgado. Segue-se

como conclusão lógica que a polícia judiciária deve ser subordinada ao Ministério Público o qual terá assim o seu espaço na estrutura policial-judicial.

O Promotor de Justiça, conforme a denominação da lei Complementar nº 40, é o “dominus litis”, mas na atual legislação é um elemento estranho a estrutura policial, e é também um elemento estranho a estrutura judicial porque não é magistrado e nem pertence ao poder judiciário.

Afinal qual é a estrutura do Ministério Público? Qual é o seu lugar na organização material da justiça? Quais são os meios que ele possui para promover e exercer a ação penal? Qual a sua autoridade como agente político? O Ministério Público é um elemento solitário e errante. A lei complementar nº 40 o chama “Promotor de Justiça e Procurador de Justiça”. A nossa legislação é falha e omite completamente o organograma do Ministério Público no contexto constitucional e legal, *parece que ele não encaixa com ninguém*. Se ele é promotor da ação penal deve ter uma estrutura organizada para coletar a prova, ônus este inerente ao cargo. Há um princípio jurídico que afirma que o ônus da prova cabe a quem alega. Se o Ministério Público não tem poder de procurar a prova da acusação, como poderá denunciar o criminoso? Se ele não avaliar, passar, aduzir as provas coletando-as diretamente ou através de seus auxiliares que são a polícia judiciária, como pode com toda consciência e responsabilidade acusar um cidadão (ele é membro, digo, um membro da sociedade que o Ministério Público representa) que nunca viu ou ouviu e provar em juízo a culpabilidade do mesmo? Será o Ministério Público é um simples repetidor das acusações que um delegado de polícia achou por bem mandar datilografiar? Essa situação seria menos vexatória se fossem utilizadas fitas magnéticas para produzir o que o acusado ou as testemunhas dissessem, não, nem isso é feito, o delegado dita ao escrivão as palavras e o sentido que a autoridade policial acha por bem dar, as respostas ou relatos que o indiciado e as testemunhas falam durante o inquérito. Será que é suficiente um simples inquérito, que é uma peça informativa, para tirar a liberdade do cidadão ou acusá-lo através de uma denúncia? Não há alguma falha no sistema penal vigente? Não há um “vacuum” entre o delegado e o juiz, entre a polícia e a justiça? E esse vacuum não é o lugar apropriado do Ministério Público? O Ministério Público como promotor de justiça não deveria, ter como sua subordinada e dependência a polícia judiciária para exercer com eficiência a ação penal? Na realidade a polícia administrativa receberia a “notitia criminis” e a polícia judiciária sob o comando do promotor de justiça iniciaria “o iter veritatis” apurando as infrações penais e sua autoria. O “iter veritatis”, deve ser o objetivo da apuração da infração e este “iter” não pode ser iniciado pela autoridade policial e sim pelo Ministério Público que como representante da sociedade tem a faculdade-obrigação de exercer a ação penal mas tendo como fim a verdade e a justiça. A conclusão do inquérido seria a denúncia e com essa o promotor de justiça possuiria todos os elementos probantes para denunciar o cidadão. Nesse modo o Ministério Público exerceria “de fato e de direito” a ação penal e em juízo seria capaz de acusar com responsabilidade e consciência por ter sido ele o coletador da prova.

O Ministério Público ,então acusaria um membro da sociedade que representa, com consciência e no mesmo tempo com pesar pensando no fracasso da socie-

dade que não foi capaz de educar no seu meio o seu cidadão no ideal do dever, do direito da justiça e também do amor.

SIÍTESE CONCLUSIVA

1) O Ministério Público como representante do “Estado Sociedade atua e exerce o seu “munus” no âmbito do ambiente judicial como instituição nacional permanente e essencial ao desempenho de função jurisdicional e para isso deve pertencer ao quadro do judiciário na seguinte forma:

- a) O poder judiciário é exercido pela Magistratura e pelo Ministério Público, organizações autônomas, e harmônicas entre si

Parágrafo único – Lei Complementar estabelece normas relativas a organização, ao funcionamento, a disciplina, as vantagens dos direitos e aos deveres da Magistratura e do Ministério Público.

2) O Ministério Público para promover e exercer a ação penal deve ter a direção, a orientação e a coordenação da polícia judiciária e também o poder de decretar a prisão cautelar ou incomunicabilidade do indiciado, nos casos previstos em lei, não podendo ser por mais de três dias, caso contrário será pedida ao Juiz a prisão preventiva.

A CARTA DE CURITIBA E A CONSTITUINTE

Autor: Hugo Nigro Mazzilli

1 – INTRODUÇÃO

Na história mais recente da instituição, traçada nestas últimas duas décadas, criou-se e desenvolveu-se o que se pode chamar de uma consciência nacional de Ministério Público. O ofício que a instituição exerce tem sido o elo comum a permitir cada vez mais se pense no Ministério Público como um fim a realizar no meio social, e não apenas como um conjunto de organismos estanques da União e dos Estados.

Essa consciência surgiu gradativamente.

Um dos maiores fatores dessa moderna história da instituição – o inesquecível líder Carlos Siqueira Netto – apontava que, após uma apertada e parcial vitória na Constituição de 1967, houve um retrocesso com a Carta outorgada por uma junta militar em 1969. A instituição estava sem um projeto definido, sem a conscientização da natureza e da importância das funções exercidas.

Nesse momento, anotou ele, que tanto contribuiu para gerá-lo, “iniciou-se um movimento visando, fundamentalmente, à criação de uma *consciência nacional de Ministério Público*, ciente de que o tempo das reivindicações isoladas e regionais havia cessado, pois o centro do poder se deslocaria dos Estados para a União”. (“Ministério Público – uma nova estratégia para o seu aperfeiçoamento” – Tese do V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, set. 77, publicada em justitia, 99:189).

Mas, a par dessa consciência nacional, Carlos Siqueira Netto também falava de uma *consciência social* da instituição. Historiando os vários Congressos e encontros do Ministério Público, contou da criação (para que também concorreu) da Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público → a CAEMP, que depois se transformou na Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP, justamente para desencadear a luta da instituição em prol de uma *consciência social de Ministério Público*.

E o que vinha a ser essa consciência social da Instituição? Não escondendo seu justo desapontamento após a Reforma do Judiciário em 1977, o inesquecível líder lamentava não ter surgido ainda uma consciência social em torno do Ministério Público: de sua conceituação, de sua importância, dos benefícios sociais que sua atuação dinâmica e desinteressada pode trazer à coletividade (id. ib.).

Hoje, passada exatamente uma década, estamos às vésperas de uma Assembleia Nacional Constituinte. O que mudou? Continuamos em busca dos mesmos

ideais de Carlos Siqueira Netto. Talvez maisertos, é verdade, mas até talvez por isso mais ansiosos ante a perspectiva de ser reconhecido na futura Lei Maior os princípios gerais próprios da Instituição, que a moldarão para os próximos decêndios — talvez pela nossa e ainda por várias outras gerações.

A incipiente abertura democrática que vivemos não pode dispensar um Ministério Público forte e independente, que efetivamente possa defender as liberdades públicas, os interesses difusos, o meio ambiente, as vítimas não só da violência como a dos chamados crimes do colarinho branco — ainda que o agressor seja muito poderoso ou até mesmo se o agressor for o governo ou os governantes.

Prova da "consciência nacional" de Ministério Público, é a Carta de Curitiba, aprovada em junho de 1986, pelos Presidentes de Associações Estaduais de Ministério Público e pelos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, na qual os princípios gerais da instituição foram proclamados harmonicamente, numa assembleia que reuniu as lideranças dos Estados de Norte a Sul do País.

Prova da "consciência social" que o Ministério Público tem despertado, é o Anteprojeto Afonso Arinos, que, elaborado por ilustre comissão, não apenas reconhece a importância e o papel que um Ministério Público bem aparelhado e com os predicamentos apropriados pode conferir à coletividade, como ainda assegura a Instituição um relevo que jamais nenhum texto constitucional nem de longe conferiu ao Ministério Público.

Entretanto, não nos iludamos. O principal está por vir, ou seja, o reconhecimento pelos representantes do povo — os constituintes — da efetiva consciência social da Instituição.

E terão também eles tal consciência? Tem o Ministério Público chegado ao povo, bem como aos seus representantes nesta Constituinte, para que também eles reconheçam o que o Ministério Público pode fazer, o que deve fazer, o que está fazendo, quais nossos instrumentos de trabalho, quais nossas garantias, quais nossas principais falhas e qualidades, bem como nossas mais urgentes reivindicações?

Ousamos crer que, em parte, a resposta é positiva. Há muito idealismo, há muita luta na Instituição. Mesmo com a notória falta de instrumentos legislativos e até materiais adequados, ainda assim, atrás da mesa de cada órgão da Instituição, em cada comarca deste País, há normalmente um promotor que atende o público, que processa os criminosos sejam ricos ou pobres, que defende o meio ambiente, que zela pelo acidentado do trabalho, pelo incapaz, pelo trabalhador... A seriedade e a honestidade de tal trabalho é reconhecida por quantos, junto conosco, colaboram na prestação jurisdicional.

Entretanto, ainda está longe o Ministério Público de corresponder a tudo o que dele se espera, ou pelo menos se pode esperar. Enquanto nas pequenas cidades do interior o promotor é um verdadeiro "ombudsman", que recebe e apura praticamente qualquer denúncia, — nas grandes cidades, fala-se em criar um "ouvidor do povo" fora do Ministério Público. O próprio governo, pelo decreto nº 93.714, de 15 de dezembro de 1986, criou um burocrático órgão de fiscalização, mas sintomaticamente a ele subordinado, que chamou de "Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão — CÓDICI" (o que se pode esperar de um órgão sem a menor independência perante o governo?). Pudera! Infelizmente, nas grandes cidades, o povo muitas vezes sequer sabe a quem procurar. Além disso, os reais poderes da Instituição mui-

tas vezes não são efetivamente usados contra os governantes e os mais poderosos, pois concentram-se propositalmente nas mãos de umas poucas pessoas, os procuradores-gerais, que muitas vezes fazem parte do governo e da estrutura de poder.

Uma justa auto-crítica é necessária. Já a fizera, em parte, o estimado Carlos Siqueira Netto:

"É verdade que, ao lado da incompreensão que se nota em relação ao Ministério Público, seus próprios integrantes têm parcela acentuada de culpa: não querer abrir mão de certos privilégios-problemas, como a advocacia ou a atividade político-partidária. Não exigir a reformulação dos métodos de trabalho na primeira e segunda instâncias; não se submeter à mesma sorte dos comarcas. Podendo ali residir e não o fazendo; substituindo atuação eficiente, dinâmica, vigilante, pelo gosto bem latino de pareceres enfeitados e até inócuos; não fixar a atenção principal na necessidade fundamental de controlar o fato social que lhe vem à mão, ficando na periferia e superficialidade de ação burocrática e, às vezes, inútil". (id. ib.).

Contudo, embora em nada nos agrade, a bem da verdade, ainda há uma página dessa história moderna na Instituição que, se bem que felizmente já vencida, ainda está por ser escrita e certamente o será. Trata-se, especialmente, do último período autoritário, onde houve épocas em que todas as instituições civis se lhe curvaram.

Mas é justamente para que hoje, na abertura democrática, as maiores e mais importantes instituições civis cumpram sim o verdadeiro papel de defesa dos interesses da coletividade — interesses estes que não se confundem com os dos governantes ou com os do próprio governo —, é justamente para isto, que as instituições que detêm graves parcelas da soberania do Estado, devem ser dotadas de instrumentos que lhe assegurem a plena autonomia, a total independência, em prol da própria coletividade.

O Ministério Público, assim como o Judiciário, não pode jamais ser servil a governo ou governante algum. Necessita de estrutura segura, contornos e princípios definidos. O procurador-geral não pode ser um "chefe", no sentido literal do termo, como se fosse um dono da instituição, que pudesse, com a designação e a advocacia, fazer como se fosse o titular da verdade. Todos os membros da Instituição precisam de predicamentos elevados, na mesma proporção que transcedente é sua verdadeira função: a defesa dos interesses indisponíveis da coletividade.

2 — ORIGENS PRÓXIMAS DOS ANTEPROJETOS DE MINISTÉRIO PÚBLICO

Como se sabe, quando a oposição, liderada por Tancredo Neves, venceu as eleições presidenciais indiretas de 1984, havia uma expectativa nacional, bem como

um compromisso do governo eleito, no sentido de convocar uma assembléia nacional constituinte, a qual pudesse dar uma nova e legítima ordem jurídica ao País.

O atual governo federal, retomando a idéia de Tancredo Neves, nomeou a chamada "Comissão de Notáveis", com cinqüenta nomes, que fizeram vir a Lume o fruto de seu trabalho, conhecido como "Anteprojeto Afonso Arinos", em homenagem ao presidente dessa Comissão de Estudos Constitucionais.

Enquanto isso, cada setor da sociedade tem apresentado suas sugestões, suas críticas, sua contribuição, enfim: a classe dos advogados, o Supremo Tribunal Federal, os tribunais de contas.

O Ministério Público não poderia ficar alheio a esse movimento, pois tão de perto lhe interessa o seu exatolugar na futura Constituição, suas atribuições, garantias e impedimentos. Não vamos falar, apenas, na mobilização institucional que ocorreu por ocasião das vésperas da frustante reforma constitucional de 1977, a que já nos referimos, nem da mobilização a que se seguiu igualmente desaletador resultado quando da votação das emendas constitucionais por eleições diretas, emendas essas que foram abandonadas pelo governo, ao menor sinal de contrariedade, nos estertores do governo Figueiredo. Falaremos da mobilização mais recente, surgida a partir do VI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ("Ministério Público e Constituinte" — São Paulo, junho de 1985, *Justitia*, vol. 131).

Hoje, podemos dizer que o Ministério Público nacional também tem o seu anteprojeto que procura responder às principais questões pertinentes à Instituição, tendo em vista a nova ordem constitucional que se espera. Seu anteprojeto se chama "A CARTA DE CURITIBA", tendo sido aprovado no I ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA E PRESIDENTES DE ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, realizado em junho de 1986, na Capital do Paraná.

Buscaremos neste trabalho cotejar os principais pontos da proposta da Comissão Afonso Arinos com os da Carta de Curitiba, não deixando de ter em conta uma visão comparativa com os princípios hoje vigentes.

Comecemos por examinar as origens do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, no tocante ao Título do Ministério Público.

a) ORIGENS DO ANTEPROJETO AFONSO ARINOS

Nos primeiros meses de 1986, o procurador-geral da República José Paulo Seplveda Pertence — que era um dos componentes da Comissão de Estudos Constitucionais — elaborou sua proposta de texto para o Ministério Público. Antes de apresentá-la à Comissão, porém, numa deferência à direção da Confederação Nacional do Ministério Público — CONAMP (da qual, entretanto, ainda não fazem parte os procuradores da República), convidou Luiz Antônio Fleury Filho e Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo (presidente e secretário da CONAMP), para uma apreciação conjunta do trabalho. Várias sugestões da liderança da CONAMP foram, então, incorporadas ao texto, que veio a ser apresentado à Comissão.

Nas vésperas do aludido Encontro de Curitiba, em 19 de junho do mesmo ano, noticiava-se que o Comitê nº 5 da Comissão de Estudos Constitucionais

aprovara a proposta Pertence, com algumas modificações, entre as quais a principal, que era a inclusão da proibição da advocacia (que não tinha constado da proposta). A seguir, submetido o texto à apreciação do Plenário da Comissão, este último deu-lhe forma final, mantendo o texto básico nas suas linhas gerais, mas inserindo algumas importantes modificações (o texto final procura manter a ação de interpretação de lei em tese; busca retirar a figura do defensor do povo dentre as funções do Ministério Público; mantém o princípio da independência funcional dos membros da instituição, mas limita-o com o amplo campo das designações, com o que reduz o alcance prático da inamovibilidade; elimina a proibição do exercício da advocacia; equipara à da Magistratura a remuneração dos membros do Ministério Público que exercam suas funções sob dedicação exclusiva et.).

b) ORIGENS DA CARTA DE CURITIBA

Por outro lado, vejamos as origens do Anteprojeto CONAMP, também referido como Carta de Curitiba.

Em inícios de 1985, fora remetido um questionário a todos os promotores de Justiça do País, questionário esse elaborado e distribuído pela CONAMP. Indagava-se nele qual a opinião de cada promotor a respeito da correta posição constitucional do Ministério Público (dentro de qual Poder? Em título ou capítulo à parte?); a propósito das principais proibições e garantias; sobre a escolha da chefia da Instituição e dos critérios para assegurar-lhe mandato e demissibilidade.

A seguir, em junho de 1985, São Paulo sediara o já referido VI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, que teve como objetivo preparar teses de nível constitucional, visando a formular propostas preparatórias para os trabalhos da Constituinte, no que diz respeito à instituição do Ministério Público.

Ora, nos primeiros meses de 1986, uma comissão nomeada pela CONAMP, tendo às mãos não só o resultado das respostas dos questionários, como também as conclusões aprovadas no VI CONGRESSO, — elaborou uma consolidação, um texto ainda sem maior organicidade, mas que procurava assentar os pontos primordiais, para os quais a maioria dos promotores do País, bem como as principais teses do VI CONGRESSO tinham convergido. O objetivo era deles extrair uma proposta de Ministério Público com vistas à Constituinte, proposta essa que deveria ser o documento final do I ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA E DE PRESIDENTES DE ASSOCIAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO, que seria realizado em Curitiba, entre 20 e 22 de junho do mesmo ano.

Em trabalhos preparatórios do Encontro, a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo e a Associação Paulista do Ministério Público compuseram conjuntamente uma comissão para trabalhar sobre aquela consolidação provisória da CONAMP, visando a sistematizar, a dar organicidade e profundidade ao texto que seria discutido e votado no Encontro de Curitiba. Desta comissão fizeram parte Fleury e Araldo, além de Cláudio Ferraz de Alvarenga, José Emanoel Burle Filho, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Wálter Paulo Sabella e o autor deste trabalho. Necessário nos pareceu unificar o texto CONAMP com o da Co-

missão Afonso Arinos, como ainda buscar uma fórmula que respeitasse as peculiaridades do Ministério Público da União e dos Estados, sem prejuízo de disposições comuns, que coubessem a ambos.

Essa fórmula foi encontrada por meio de um anteprojeto, a que na ocasião chamamos de “Síntese”, o qual conciliava o que de melhor existia na Consolidação CONAMP com a parte referente ao Ministério Público, já aprovada pelo Comitê nº 5 da Comissão de Estudos Constitucionais. O texto “Síntese” ainda dividia os dispositivos em parte geral (aplicável ao Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal e Territórios) e em parte específica, ora do Ministério Público da União, ora do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Concedendo um grande voto de confiança às lideranças da CONAMP, o plenário do Encontro decidiu-se a votar o Anteprojeto Síntese, que foi a final aprovado, com as naturais modificações e aperfeiçoamento resultantes do trabalho colegiado, vindo a ser o que hoje se chama “A CARTA DE CURITIBA”.

3 – A MOÇÃO DE CURITIBA

Ante a necessidade de unir esforços nacionais em busca do objetivo comum, que é o fortalecimento do Ministério Público em benefício da própria comunidade, — todas as Associações intergrantes da Confederação Nacional do Ministério Público — CONAMP, e todas as Procuradorias Gerais de Justiça vinculadas ao Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, dispuseram-se a subscrever uma Moção, na qual se assumiam os seguintes compromissos:

- I – Apoiar junto à Assembléia Nacional Constituinte o texto então aprovado;
- II – Abster-se de apresentar diretamente emendas ao texto, encaminhando-as à direção da CONAMP e do Conselho;
- III – Delegar à direção da CONAMP e do Conselho a adequação do texto às peculiaridades dos trabalhos da Constituinte, desde que obrigatoriamente observados seus princípios.

3 – ANÁLISE DA PROPOSTA DE CURITIBA

Assim vistas as origens dos anteprojetos CONAMP e Afonso Arinos (este último apenas no tocante ao título do Ministério Público), ora cabe fazer uma análise da proposta do Ministério Público Nacional com vistas à Constituinte. Ou seja, dentro do compromisso assumido em Curitiba, é oportuno conhecer, discutir, criticar e buscar aperfeiçoar o texto, sob o qual poderão, talvez, várias gerações de promotores exercer suas funções com a desejável proficiência.

5 – POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL

A primeira questão que se enfrentou foi a de onde colocar o Ministério Público dentro da Constituição: no Capítulo do Poder Executivo, como ocorre na Carta vigente, de 1969? No do Poder Judiciário, como se deu na Constituição de 1967? No do Poder Legislativo, como querem alguns? Ou em capítulo ou título à parte, como nas Constituições de 1934 e 1946?

Embora se reconheça que, pela natureza intrínseca das suas funções o Ministério Público exerce atividade administrativa (promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional: cf. RT 494:269) — na verdade é questão de conveniência que o Ministério Público encontre não uma utópica posição de “quarto poder”, e sim um título ou capítulo autônomo, para desvinculá-lo de uma dependência excessiva de qualquer dos poderes do Estado.

Mas isto não basta: o mais importante é conferir-lhe não só instrumentos, como garantias e impedimentos para bem desempenhar suas funções com liberdade e independência, desde a sua chefia até ao mais novo promotor de justiça substituto.

Veja-se que a proposta CONAMP, nesse passo aceita pelo Anteprojeto Afonso Arinos, propõe um título ou capítulo próprio para o Ministério Público.

6 – DISPOSITIVOS COMUNS

Passemos à análise dos dispositivos comuns ou genéricos, que se destinam tanto ao Ministério Público da União como ao dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. São os que conceituam a instituição, lhe conferem autonomia, garantias e impedimentos.

a) CONCEITO

O art. 1º da Carta de Curitiba diz que “O Ministério Público, instituição permanente do Estado, é responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica.”

Suprime-se a referência a ser “essencial à função jurisdicional do Estado”, que se acha presentemente no art. 1º da Lei Complementar nº 40/81, bem como no art. 308 do Anteprojeto Afonso Arinos, porque tal referência é duplamente incorreta: diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extra-judiciais, no atendimento ao público), como, paradoxalmente, diz menos do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, naqueles em que haja algum interesse indisponível ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da própria lide, cf. art. 82 do Código de Processo Civil).

Por outro lado, afiança-se o papel da instituição em defesa do regime democrático. Trata-se de inspiração haurida da Constituição portuguesa de 1976, que lhe

atribui a defesa da “legalidade democrática” (art. 224, 1).

Destina-se o Ministério Pùblico à defesa do interesse pùblico. Tal expressão ainda é muito criticada, por ser imprecisa segundo os críticos, parece-nos mais feliz do que a enumeração falha, porque casuística, de outros textos que falam de interesses sociais, interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, interesses coletivos, difusos, transindividuais, etc. Na verdade, a expressão mais abrangente ainda é a do interesse pùblico, que, no dizer de Renato Alessi, compreende o interesse pùblico primário e o secundário. Com efeito, não há confundir o interesse do bem geral, com o interesse da administração (ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêm o interesse pùblico) – o que nem sempre faz coincidir, respectivamente, o interesse pùblico primário com o secundário. E é pelo primeiro deles que se deve sempre zelar realmente o Ministério Pùblico.

Por fim, fala-se no zelo pela observância da Constituição e da ordem Jurídica, com o que se cobre todo o campo de atuação ministerial.

Há um parágrafo no art. 1º do texto CONAMP, afirmando que “qualquer do povo pode provocar a atuação do Ministério Pùblico” – não só uma afirmação didática, como um compromisso de destinação e de função.

b) AUTONOMIA INSTITUCIONAL

O art. 2º do texto CONAMP busca assegurar, pormenoradamente, a infraestrutura e os requisitos materiais para efetiva autonomia funcional, administrativa e financeira (destinação orçamentária própria e global, provimento de cargos e funções etc.).

c) FUNÇÕES EXCLUSIVAS E CONCORRENTES

Interessante será ora nos determos na análise das funções do Ministério Pùblico, que basicamente se resumem em promover a aplicação e a execução das leis (art. 3º).

Dentro de seus misteres, ora a função institucional lhe deve ser privativa (como representar por incompatibilidade de lei ou ato normativo com normas de hierarquia superior; promover a ação penal pùblica e supervisionar inquéritos, podendo requisitá-los e avocá-los; intervir em processos judiciais nas hipóteses previstas em lei ou quando entender cabível; promover inquérito para instruir ação civil pùblica); ora as exerce sem exclusividade (como a função de defensor do povo, ou a de promover a ação civil pùblica, ou a de exercer outras funções compatíveis com sua finalidade).

Não fala o texto CONAMP em representação por “inconstitucionalidade” e sim em representação por “incompatibilidade”, expressão mais genérica, pois pode alcançar mesmo a lei que, quando editada, era constitucional, mas, ou porque uma nova constituição lhe sobreveio, ou porque uma emenda constitucional lhe é posterior, passou a ser inconciliável com a Lei Maior.

d) AÇÃO PENAL PÙBLICA

Quanto à promoção da ação penal pùblica, é longo reclamo da doutrina de que seja abolido o procedimento penal de ofício, uma teratologia que faz concentrar nas mãos do julgador os poderes de acusação, em prejuízo do devido processo legal (RT 554:429). Com a exclusividade da ação penal pelo Ministério Pùblico, elimina-se esse grave erro da legislação atual. E mais: com ela também se evita a “ação penal popular”, que se apresenta dourada por trás das apariências da abertura democrática, em prol das liberdades pùblicas, e que volta e meia é cogitada na imprensa no intuito às vezes de minimizar as atribuições do Ministério Pùblico.

É verdade que, num sentido mais abstrato, todo poder emana do povo e em seu nome será exercido: isto não quer dizer, entretanto, que seja qualquer do povo que, em concreto e individualmente, possa ou deva tomar decisões técnicas sobre matéria da soberania do Estado: assim, não só fazer a lei, como julgar, como administrar, são poderes hauridos do povo, numa democracia, mas, salvo em limitada medida, não são nem devem ser tarefas diretamente exercidas pelo povo ou, mais ainda, por um único particular. Tem o povo um corpo de agentes políticos, regularmente investidos pela soberania do Estado em funções que exigem conhecimentos técnicos, serenidades, objetividade e sobretudo independência. As ações penais populares, contudo, têm no art. 108, parágrafo único, da Lei de Falências, um triste exemplo – dispositivo esse que se presta – como notoriamente se sabe – a uma fonte de extorsões e advém de uma lei editada em período de totalitarismo e não de abertura democrática. . . A acusação privada em crime de ação pùblica se pressaria a móveis privados, a vinganças particulares ou a conivências aptas a frustrar futuramente uma apuração mais séria. Afinal, a decisão de não acusar, em crime de ação penal pùblica, não gera nenhuma lesão de direito individual (pela sua lesão de direito individual o cidadão sempre pode acionar o Judiciário; o que não tem razoabilidade é que, em busca de um interesse pùblico de que é titular o próprio Estado soberano, um particular se substitua ao órgão político, que tem independência no exercício de suas funções, e passe a agir em razão de móveis privados).

O que se deve almejar, isto sim, é um sistema mais eficiente de controle do arquivamento do inquérito, vale dizer, de controle dos mecanismos da não proposta da ação penal pùblica pelo Ministério Pùblico, já que a experiência atual demonstra ser insatisfatório o sistema do art. 28 do Código de Processo Penal (que põe nas mãos de uma única pessoa, o procurador-geral, em muitos Estados e na União demissível “ad nutum” pelo eventual réu, os poderes supremos de afastar uma acusação penal contra este último. . .). Nossa proposta será atribuir a um órgão ministerial colegiado (Conselho Superior ou Colégio Superior do Ministério Pùblico) a decisão final da não proposta da ação penal pùblica. E isto porque um órgão colegiado, em regra, tem maior independência, já que a pluralidade de componentes estaria em tese menos sujeita a pressões políticas ou pessoais. De resto, a última palavra sobre o arquivamento do inquérito civil já é dada por um órgão ministerial colegiado, pelo menos no sistema da Lei da Ação Civil Pùblica (art. 9º da Lei nº 7.347/85).

e) PODER INVESTIGATÓRIO

Ainda é fundamental que ao Ministério Público se reconheçam mais poderes investigatórios, pois é inadmissível que, sendo o destinatário do inquérito policial, não tenha maior ingerência sobre este, cuja finalidade é apenas servir de base à "oppinio delictis" e oferecimento da denúncia pelo próprio promotor de Justiça.

f) INTERVENÇÃO EM JUÍZO

Por outro lado, a redação genérica da proposta CONAMP permite à instituição intervir nos processos judiciais nos casos previstos em lei "ou quando entender existir interesse que lhe caiba defender". Evitam-se as enumerações taxativas e, portanto, incompletas; contudo, não se deixa a intervenção ao arbítrio imotivado do órgão, pois tem de ser iluminada pela destinação institucional afirmada no art. 1º do anteprojeto.

g) O DEFENSOR DO POVO

Quanto às funções não privativas, a primeira delas que se buscou, foi manter para a instituição a figura do "defensor do povo". Há alguns anos, de forma insistente, tem-se buscado em figuras alienígenas (como o "ombudsman" dos países escandinavos) o modelo ideal para um "ouvidor" ou um "defensor" do povo" em nosso país. Já sustentamos que um Ministério Público forte e independente dispensaria tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto o Ministério Público, entre nós, além da investigação, tradicionalmente tem a função de levar às barras dos tribunais os responsáveis pelas violações ("O promotor de justiça e o atendimento ao público", Saráiva, 1985).

Entretanto, em que pesem tais considerações, a Comissão Afonso Arinos em sua reunião plenária, abandonou o anteprojeto Pertence — já aprovado no Comitê nº 5 — e que incorporava o defensor do povo no Ministério Público; criou tal Comissão de Estudos Constitucionais um defensor do povo fora do Ministério Público, em campo de atuação que é próprio a este último, no qual já atuava e melhor ainda atuará, caso se saia desta Constituinte com uma Lei Maior que realmente atenda às expectativas da instituição.

E mais. Pelo recente decreto nº 93.714, de 15 de dezembro de 1986, foi criada uma Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão — CÓDICI, evidentemente mais um órgão burocrático, manipulado pelo Executivo, a quem está totalmente subordinada. Que independência poderemos esperar dessa "Códici", nas reclamações contra os abusos que partem das autoridades ligadas ao mesmo poder?...

De qualquer forma, fica aqui nossa esperança e nossa certeza. A esperança de que o legislador constitucional reconheça ser desnecessário criar novos organismos sem a míima autonomia e independência, apenas burocraticamente ainda mais a atuação do Estado; e a certeza de que, apenas se forem conferidos instrumentos de trabalho às Instituições que já existem, serão coibidos os abusos por violações de direitos humanos — das quais o Estado aliás dá e sempre deu um dos maiores exemplos.

h) AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Quanto à promoção da ação civil pública em defesa de interesses difusos, é este um novo campo de atribuições que o Ministério Público já conquistou, na defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural (Lei nº 7.347/85; v. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 16:34-65).

i) NORMA DE ENCERRAMENTO

Por fim, o art. 3º consagra dois princípios básicos: um, a norma de encerramento, pela qual poderá o Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades institucionais; outro, no sentido de que suas funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira (cf. art. 55 da LC 40/81).

j) ORGANIZAÇÃO

O art. 4º da Carta de Curitiba pormenoriza as normas gerais de organização, funcionamento e disciplina da instituição (ingresso sob concurso, promoções voluntárias, julgamento pelo mais alto tribunal junto ao qual o órgão ministerial atue).

II) GARANTIAS

As garantias dos membros da instituição foram previstas no art. 5º: a primeira delas, naturalmente, é a independência funcional — a verdadeira nobreza, que tanto eleva a instituição, segundo a qual desde o promotor substituto até o procurador-geral, todos gozam de independência no exercício de suas funções.

O Anteprojeto Afonso Arinos, entretanto, procura nitidamente minimizar tal garantia, pois insiste na independência funcional "sem prejuízo da unidade e da indivisibilidade da instituição" e, ao cuidar da inamovibilidade, alça o poder de designação do procurador-geral a limites incontroláveis (art. 313, inc. I, e alínea "b" do inc. II).

Cremos firmemente que, de modo incomparável, melhor é a proposta CONAMP, que está de acordo com as aspirações do Ministério Público Nacional, bem evidenciadas no VI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ocasião em que ficou bem claro que todos desejam a prevalência do princípio do "promotor natural", segundo o qual a lei é que deve discriminar previamente as atribuições do órgão ministerial, não se aceitando designações ilimitadas e discricionárias só a pretexto da unidade e chefia da instituição (RT 494:269 e s.). Tanto assim que no Anteprojeto CONAMP, de forma superior, a inamovibilidade é "no cargo e nas respectivas funções". Caso contrário, a inamovibilidade seria uma falácia: bastaria que o procurador-geral, mantendo o promotor na comarca, lhe suprisse as funções...

A vitaliciedade é aquela em que o órgão não pode perder o cargo senão por sentença judiciária; não mais se admite a perda do cargo por decisão administrativa, o que desfiguraria a vitaliciedade (seria, antes, estabilidade).

A irredutibilidade de vencimentos e a paridade com os dos órgãos judiciá-

rios correspondentes foi proposta encampada pela Comissão Afonso Arinos, que só admitiu raras equiparações, somente em casos de funções iguais ou assemelhadas. Entretanto, pelo anteprojeto desta última, é mister que o órgão ministerial exerça suas funções sob o regime de dedicação exclusiva, para haver a equiparação.

m) VEDAÇÕES

Passemos às vedações. Além daquelas já constantes da Lei Complementar nº 40/81 (art. 24), o texto CONAMP, levando em conta a expressiva manifestação dos colegas em favor do impedimento do exercício da advocacia, consagrou-o no seu texto – o que não foi, infelizmente, seguido pela Comissão Afonso Arinos.

Entendemos incompatível o exercício da advocacia pelo Ministério Público, como a maioria dos Estados também o entende, tanto que assim o demonstraram na votação da Carta de Curitiba. Esta última apenas ressalva, nas disposições transitórias, um direito de opção para os que atualmente ainda exerçam tal mister privado, mas busca evitar que, doravante, essa situação persista, a prejudicar a independência da instituição.

Veda-se exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo cargo público eletivo, administrativo de excepcional relevância, ou de magistério (proposta CONAMP); ou exercer qualquer outra atividade pública, salvo uma única função de magistério, e cargo ou função em comissão, com autorização do procurador-geral, na forma da Lei (Anteprojeto Afonso Arinos).

Na verdade, os dois textos não consagram a vedação a atividades político-partidárias, também objeto de significativa aspiração de grande número dos colegas que responderam ao questionário da CONAMP. Embora entendamos que tal vedação deve advir e é desejável que exista, não temos grandes esperanças de vê-la consagrada, pois em grande parte depende ela apenas da vontade dos próprios legisladores e políticos, muitos dos quais não têm interesse na sua concretização.

7 – NORMAS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Vencidas as disposições comuns, a proposta CONAMP passa a cuidar, nos arts. 8º a 12, dos dispositivos peculiares ao Ministério Público da União, o qual compreende o Ministério Público Federal, o Eleitoral, o Militar e o do Trabalho.

a) MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Atendendo a ponderações do procurador-geral da República, que honrava com sua presença o Encontro de Curitiba, a proposta CONAMP nesse passo é igual à da Comissão Afonso Arinos, ou seja, atribui àquele a “direção superior” do Ministério Público da União, mas a “chefia” apenas do Federal e do Eleitoral. Isto significará um sistema em que o Ministério Público Militar e o Trabalhista terão chefes próprios, sob uma “direção superior” alheia, o que, se em direito

administrativo é imaginável, em termos de independência e autonomia ministeriais é simplesmente impertinente.

Como integrante da delegação paulista, participamos do Encontro de Curitiba, bem como dos debates em plenário. Insistimos, na ocasião, em que os procuradores-gerais do Ministério Público Militar e Trabalhista tivessem as mesmas garantias que os demais procuradores-gerais, ou seja, mandato no cargo. Afinal, seria desmoralizador para a proposta CONAMP ou para a da Comissão Afonso Arinos, que só tivessem mandato o procurador-geral da República, bem como os procuradores-gerais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, negando-o aos procuradores-gerais do Ministério Público Militar e do Trabalho... Como se as mazelas da demissibilidade “ad nutum”, que maculam irremediavelmente a independência da instituição, só valessem para alguns dos ministérios públicos, e não para todos...

b) PROMOTOR-GERAL

E aqui um parênteses. Atendendo a uma tese de Horácio Bortz, aprovada no VI Congresso Nacional do Ministério Público, buscou-se no anteprojeto CONAMP uma unificação de terminologias para se referir ao chefe do “parquet” como o “promotor geral”. Tal proposta, aceita no VI Congresso, encontrou discordância do atual procurador-geral da República, ali presente, e, para deferência a seu entendimento, coexistiram no texto CONAMP as duas expressões: procurador-geral para os chefes do “parquet” da União e promotores-gerais para os demais. A razão da ressalva foi a de que o Ministério Público da União ainda é – e pretende continuar a sê-lo – “procuradoria” da Fazenda. Essa seria a razão de manter a tradicional expressão.

c) REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO

Contudo, se esse foi, aliás, um dos motivos para separar em seções diversas os dispositivos comuns e os específicos para o Ministério Público da União e para o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, – na verdade temos como incompatível o exercício da advocacia pelo Ministério Público, como já adiantáramos, ainda que tal advocacia se exerça em prol de interesses da própria Fazenda Pública. Afinal, como ficaria o procurador-geral da República, para opinar ou para recorrer, quando de um conflito entre o interesse público primário e secundário, na clássica divisão de Renato Alessi, já referida? Suponhamos que, numa decisão de que só caiba recurso seu, e a União esteja defendendo interesse público secundário (visto do ponto de vista da administração, o que nem sempre se confunde com o bem comum, como temos fartos exemplos), – com quem ficará o defensor de ambos os interesses?! E nos casos em que deva dar um parecer: estará opinando como advogado da Fazenda ou como defensor da coletividade?! Ora, respondendo exatamente a uma questão de ordem do então procurador-geral sobre esse dilema, o Supremo Tribunal Federal lhe redargüiu: interesse e fiscalização não se conciliam, pois quando o chefe do “parquet” é advogado, deixa de ser Ministério Público (RTJ 62:139 e, especialmente, p. 143).

É, pois, desejável que o Ministério Público se descarte das funções de advocacia da Fazenda — no que, pelo menos a nível de Ministério Público estadual, tanto a proposta CONAMP como a da Comissão Afonso Arinos são coincidentes.

d) ESCOLHA DO PROCURADOR-GERAL

Importante é anotar como se pretende seja a escolha do procurador-geral da República. Pelo texto Afonso Arinos e pelo da CONAMP, a escolha será feita pelo presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e servirá, por tempo determinado, que não poderá exceder, entre tanto, o período presidencial correspondente (art. 9º).

Lastima-se que na proposta pertinente à União, não se tenha chegado ao mesmo ponto dos Estados, que já asseguraram em ambos os textos em estudo o princípio de que todos os demais procuradores-gerais ou promotores-gerais serão escolhidos dentro da classe, o que é o mais lógico e ideal.

e) DESTITUIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL

Cria-se um sistema de destituição do chefe do “parquet” federal, que, pelo texto Afonso Arinos, seria de iniciativa do presidente da República, depois de a ela anuir o Senado; pelo anteprojeto CONAMP, a destituição só ocorrerá em casos de abuso de poder ou omissão grave no cumprimento dos deveres do cargo, por deliberação do Colégio Superior e pelo voto mínimo de dois terços. É melhor a solução da Carta de Curitiba, mais uma vez, já que afasta ingerências políticas na demissão desse importante órgão do Ministério Público, conferindo maior independência à instituição.

8 – NORMAS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Examinemos agora as principais observações peculiares ao Ministério Público dos Estados, bem como ao do Distrito Federal e Territórios.

a) VEDAÇÃO DO PROCURATÓRIO DO ESTADO

A primeira característica (art. 13) é a vedação da representação judicial das pessoas jurídicas de direito público interno — o que seria desejável alcançar-se também para o Ministério Público da União, como se viu acima.

b) LITISCONSÓRCIO

Tanto um, quanto outro dos anteprojetos em comento, criam um sistema de litisconsórcio entre o Ministério Público dos Estados e o Federal (art.

13 § 2º; art. 14, Parágrafo único, inc. II, da Carta de Curitiba; art. 96, § 4º, do Anteprojeto Afonso Arinos). Poderá surgir nas hipóteses em que, por iniciativa do Ministério Público local, o tribunal estadual reconheça a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Federal.

A bem da verdade, deve ser anotado que, juntamente com Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Édis Milaré, já anteriormente preconizávamos tal atuação litisconsorcial (v. nossa tese “O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição”, VI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 1985; *Justitia*, 131-A:45; RF 294:155 e s.), quando sustentamos o cabimento da intervenção simultânea do Ministério Público Federal e Estadual para casos peculiares. Aliás, na recente questão do leite europeu contaminado pelo acidente nuclear de Chernobyl, com base em referida tese, por iniciativa do procurador de Justiça José Geraldo Brito Filomeno, até mesmo já foi proposta ação civil pública da Lei nº 7.347/85, no primeiro caso concreto de que se tem notícia de efetivo litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e um Ministério Público estadual (o do Estado de São Paulo).

c) ESCOLHA E DESTITUIÇÃO DO PROMOTOR-GERAL

Quanto à escolha do promotor-geral de Justiça dos Estados, a proposta CONAMP é mais precisa que a do anteprojeto Afonso Arinos, que preferiu relegar a matéria para a Constituição e as leis estaduais. A Carta de Curitiba, porém, corretamente prevê desde logo a eleição do chefe do “parquet” local, dentre os integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida recondução uma vez, cabendo sua destituição nos mesmos casos do procurador-geral da República.

9 – DISPOSITIVOS EXTRAVAGANTES

Por último, o anteprojeto CONAMP estipula algumas garantias e dispositivos fora do título ou do capítulo próprio, entre os quais destacaremos os mais importantes.

Prevê-se a intervenção federal nos Estados, para assegurar as garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como sanciona-se como crime de responsabilidade do presidente da República atentar contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público.

Ainda se buscou uma nova definição do chamado “quinto constitucional”, propondo-se que as listas tríplices (a Comissão Afonso Arinos fala em listas sextuplas) sejam formadas com nomes escolhidos pela própria classe tributária (a Ordem dos Advogados do Brasil ou o Ministério Público). Assim, melhor se alcançará, presume-se, o objetivo do legislador constitucional de “temperar” os tribunais, pois cada classe terá como escolher os componentes mais representativos da combatibilidade e militância da sua carreira, em vez da escolha atual, onde em tese os juízes tenderia a escolher dentre os que mais já se aproximam de seu próprio modo de ser.

Dentre as garantias fundamentais do indivíduo, a proposta CONAMP sugere que conste o seguinte princípio: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção. Ninguém será acusado na ação penal pública, senão por um órgão do Ministério Público”. O acréscimo final visa a consagrar o princípio do promotor natural, a que já nos referimos, mas agora sob uma ótica diversa. Realmente, este é o primeiro direito do acusado: o de receber a acusação independente, de um órgão do Estado escolhido previamente segundo critérios e atribuições legais, abolido não só o procedimento de ofício, como a acusação privada.

10 – ENCERRAMENTO

Enfim, se a nova Constituição moldar um texto que corresponda às expectativas da instituição, teremos por certo não só os instrumentos de trabalho para uma atuação serena, segura e imparcial, destinada só à defesa do interesse público primário, como teremos também as garantias necessárias para fazê-lo.

O compromisso assumido em Curitiba é significativo: conhecer o texto, discuti-lo e criticá-lo, unindo-se o Ministério Público nacional e a sociedade em geral, no aperfeiçoamento da Instituição.

11 – CONCLUSÕES

1º) Dentro do espírito da Moção de Curitiba, deve-se apoiar junto à Assembleia Nacional Constituinte o Anteprojeto CONAMP de texto para o Ministério Público.

2º) Quaisquer aperfeiçoamentos à Carta de Curitiba devem ser buscados pela via da CONAMP.

3º) Não há necessidade de criação de novos organismos burocratizados do Estado para o mister de defensor do povo, cabendo naturalmente a função de ouvidor ou de defensor do povo ao próprio Ministério Público.

4º) Deve ser vedada a representação das Fazendas pelo Ministério Público, em qualquer nível.

5º) Deve ser repudiada a restrição à inamovibilidade constante do Anteprojeto Afonso Arinos (art. 313, inc. II, alínea “b”), consagrando-se o princípio de que o promotor não pode ser afastado de suas funções, exceto por remoção, assegurada ampla defesa.

6º) Não se deve admitir nenhuma hierarquia nem direção superior entre cada Ministério Público e os demais, nem mesmo uma direção superior do procurador-geral da República sobre os Ministérios Públicos do Trabalho, Militar ou Estaduais.

7º) Todos os chefes de Ministério Público devem chamar-se “promotores-gerais”, sem exceção.

8º) Os chefes de “parquet”, em todos os níveis, só podem ser escolhidos dentre os integrantes da respectiva instituição.

MINISTÉRIO PÚBLICO E MAGISTRATURA
MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO

SUMÁRIO:

I – INTRODUÇÃO

- I.1 – Inserção no Poder Executivo*
- I.2 – Instituição Autônoma*
- I.3 – Quarto Poder*
- I.4 – Membro do Poder Judiciário*

II – ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PODER JUDICIÁRIO

IV – CONCLUSÕES

V – BIBLIOGRAFIA

Autores:

*PEDRO DOS SANTOS BARCELOS e
EVARISTO ANANIA DE PAULA*

*TESE: MINISTÉRIO PÚBLICO E MAGISTRATURA –
MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO*

“Uma coisa é separação de poderes, e outra, muito diversa, distribuição de funções”.
Prof. SAMPAIO DÓRIA.

INTRODUÇÃO

Abster-nos-emos de prolongar sobre a história de Ministério Público, mesmo porque, atualmente, a questão tem sido exaustivamente tratada e de todos conhecida.

Apenas, não poderíamos deixar de registrar o seu nascimento nos idos do Século XIV na França, quando seus componentes faziam às vezes do Rei. Um decreto de 1.790 já determinava que “os oficiais do Ministério Púlico” teriam as funções de “comissário do rei” e “acusador público”. Os tempos passaram e, gradativamente, novas funções foram surgindo e outras atribuições foram dadas, até chegarmos à titulariedade – da Ação Cível Pública.

Nos Estados mais evoluídos encontramos a Instituição situada dentro do ordenamento jurídico de forma diferenciada. Nos Estados Unidos, constitui o Departamento da Justiça, dirigido pelo “ATTORNEY GENERAL”, que integra o Gabinete da Presidência da República e ao Presidente diretamente subordinado, podendo, inclusive, ser chamado à sucessão do Governo, em sexto lugar, no caso de vacância.

Na França, pertence ao Poder Judiciário, subordinada diretamente ao Ministério da Justiça. Seus membros e os juízes integram uma só carreira e recebem o título de Magistrados, podendo, inclusive, Membros do Ministério Público serem nomeados como Juízes e, vice-versa, mas possuindo carreira independente.

Em Portugal, a Magistratura do Ministério Público, representa o Estado junto aos Tribunais, recebendo a garantia constitucional da independência em relação aos demais poderes e, em situação idêntica à da França, no sentido de reconhecer as duas magistraturas.

A tendência de autonomia é encontrada em países saídos do colonialismo em passado não remoto, como se vê das Constituições da Tunísia, de 1959, do Gabão, de 1961, da Coréia do Sul, de 1962, e da Argélia, de 1963.

Na Itália, pela Constituição de 1947, pertence ao Poder Judiciário “stricto sensu” e tem as mesmas garantias e privilégios dos magistrados e estão subordinados ao Conselho Superior da Magistratura que também é formado por membros do Ministério Público. Na Espanha, de sua vez, onde são chamados “Ministério Fiscal” possui as mesmas garantias, vantagens e dignidade dos Juízes.

É, no entanto, conveniente esclarecer que, em países onde ainda não institucionalizaram a autonomia do Ministério Público, estão a surgir praxes políticas ou regras jurisprudenciais que proíbem ou condicionam a ingerência dos governos em assuntos a ele inerentes.

Em nosso País, a sua evolução histórica passando pelas Constituições de 1934, 46 e 67, o Ministério Público não se firmou como parte de um dos poderes do Estado, nem como instituição independente, porque ora figura no Poder Judiciário (como é o caso da Constituição de 1967), ora em capítulo autônomo (Constituição de 1946) ou “como órgão de cooperação nas atividades governamentais” na Constituição de 1934. Estas razões fizeram com que a instituição perdesse o seu brilho junto à sociedade.

Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, surge uma esperança de que a instituição seja resgatada com toda sua altitude.

Muito se tem escrito e debatido sobre o Ministério Público nos últimos anos e, especialmente nos últimos dias, visando a sua melhor colocação dentro da nova ordem mandamental. Teses das mais variadas têm surgido. Podemos dividir

las em quatro grupos: a) dos que defendem o Ministério Público deva ser inserido dentro do Poder Executivo; b) como um quarto poder estatal; c) em capítulo autônomo e, d) como componente do Poder Judiciário.

Até hoje, não há uma corrente superior à outra, mas as que têm tomado forma ultimamente, são no sentido de que deva figurar em capítulo autônomo ou no Poder Judiciário.

I.1 – INSERÇÃO NO PODER EXECUTIVO

A tese de que o Ministério Público deva figurar no Poder Executivo não ganhou força em nosso meio, muito embora esteja inserido em nossa atual Constituição. É muito simples descobrir porque tal situação perde forças, visto que, pertencendo a esse Poder, conforme fora idealizado pelo Jurista PEDRO ALEIXO, ao elaborar um projeto de constituição aproveitado pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69, conforme cita CARLOS MEDEIROS DA SILVA, o ordenamento constitucional espelhando uma tendência autoritária de governo, retirou várias garantias do órgão e procurou fazer com que o mesmo servisse de um simples mandante do Poder Executivo para garantir o arbítrio do autoritarismo. Sorte é que os membros do “Parquet” permaneceram seguros em seus postos, salvo raras exceções.

I.2 – INSTITUIÇÃO AUTÔNOMA

Como instituição autônoma, vários trabalhos elaborados por eminentes colaboradores, defendem o Ministério Público localizado em capítulo à parte na Constituição, ou seja, de que não fique vinculado a nenhum dos poderes do Estado, tendo acima de si, somente a Lei, com estrutura própria e independente. A própria CONAMP, através dos trabalhos realizados em Curitiba — de onde surgiu a “Moção de Curitiba”, firmada por todas as associações do Ministério Público do Brasil, defende a ideia de que a Instituição deva figurar em capítulo à parte, independente dos poderes do Estado. Assim também é entendimento, como é o caso de SÉRGIO DE ANDRÉIA FERREIRA, do Ministério Público fluminense, em seus “Princípios Institucionais do Ministério Público”. Na mesma direção se posicionaram os pernambucanos ROMILDO RAMOS DA SILVA e GUSTAVO AUGUSTO DE LIMA, no VI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, em São Paulo, com a tese “O Ministério Público na ordem jurídica constitucional” e, bem assim, outros mais.

I.3 – QUARTO PODER

No direcionamento do Quarto Poder também vários estudiosos têm defendido a tese de que o Estado deveria ser formado por quatro poderes, acrescendo-se aos três já existentes, o Ministério Público, chegando a afirmar ALFREDO VALADÃO que: “O Ministério Público se apresenta como figura de um verdadeiro poder do Estado. Se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o “Espírito das Leis”, por cer-

to não seria tríplice, mas quádrupla a divisão dos poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a sociedade e a lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos, ou dos próprios poderes do Estado”, conforme citação de MARCO ANTONIO INACARATO – “Da conceituação doutrinária e legal do Ministério Público”, no I CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Também o colega ADÃO BONFIM BEZERRA, Promotor de Justiça de Goiás, em tese apresentada no 2º PROJUS, realizado em Campo Grande-MS no mês de junho de 1986, defende a idéia de que o Estado deva ser constituído de quatro poderes — executivo, legislativo, judiciário e ministério público e, nesse mesmo sentido EDMUNDO MUNIZ BARRETO, da Procuradoria da República, PEDRO NUNES GALVÃO, do Ministério Público paulista e outros expositores do Congresso Nacional de São Paulo, em 1985.

I.4 – MEMBRO DO PODER JUDICIÁRIO

Como inserido no Poder Judiciário. É uma das teses privilegiadas entre os estudiosos do assunto. São inúmeros os trabalhos apresentados em congressos, ou escritos independentes de qualquer apresentação pública.

O ilustrado VALDIR SZNICK, da Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo, em tese desenvolvida no último Congresso Nacional da classe, se posiciona como sendo o Ministério Público uma instituição do Poder Judiciário, tendo-se por vista serem suas atividades de natureza judiciária.

Neste mesmo sentido o ex-Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal, Dr. JOSÉ DILERMANO MEIRELES, em conferência proferida no “Grupo de Estudos Carlos Siqueira Neto”, da Associação Paulista do Ministério Público em 10.10.84, intitulada “O Ministério Público na Constituição — Proposta de Encadramento”. Com eles encontramos numerosos e luminares expoentes da cultura jurídica que saíram em defesa deste posicionamento.

II – ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Assembléia Nacional Constituinte já se encontra instalada. Os senhores constituintes terão que tomar uma posição, acatando uma das correntes sobre a posição do Ministério Público dentro do contexto jurídico do Estado brasileiro e nós, promotores, procuradores, magistrados, advogados e toda a sociedade em geral, temos o dever de levar até eles, constituintes, o que há de melhor para os destinos da nação e para as instituições.

Os defensores das várias correntes têm suas razões e seus princípios. O momento é de decisão, agora ou nunca! E é nesse sentido que aqui estamos para dar a nossa parcela.

Não criamos uma tese diversificada das quatro já referidas anteriormente e sim, somamos àqueles que defendem a Instituição figurando constitucionalmente, como membro do Poder Judiciário, aprimorando, modestamente, este entendimento.

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PODER JUDICIÁRIO

Não podemos concordar com as teses dos que não aceitam o Ministério Público como inserido no Poder Judiciário, porque tais argumentos não nos convencem. Vejam que é contraditório ter o Ministério Público dentro do Poder Executivo intervindo no Poder Judiciário, conforme se expressou JOSÉ DILERMANO MEIRELES, obra citada: “Se o Ministério Público faz parte do Executivo e é essencial à prestação jurisdicional do Estado, o livre funcionamento do Judiciário fica na dependência de um agente de outro Poder. Nesse caso, deixaria o Judiciário de constituir um poder autônomo, porque o Ministério Público passaria a representar um interventor do Executivo no Judiciário, e isto importa em negação como Poder”.

Também não podemos concordar com o Ministério Público inserido dentro da Constituição em capítulo autônomo, porque ficará a instituição maleável e sem suporte da vontade popular. Princípio que rege a nossa Constituição e que por certo será a base ou suporte da futura, “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”, legítima aspiração no estágio social em que vivemos.

MONTESQUIEU, ao idealizar a trilogia dos poderes, o fez obedecendo à história, à ciência, à mitologia, etc, etc. Não acreditamos que a afirmativa de ALFREDO VALADÃO, citada anteriormente, de que, se o filósofo tivesse escrito hoje sua obra “L’Esprit des Lois” teria idealizado quatro poderes para o Estado.

A sua divisão tricótoma é perfeita. Tanto assim que se estende a tudo o mais que se tem por sagrado. Vejam o exemplo:

na família: o pai, a mãe e o filho;
na vida: o nascimento, a existência e a morte, ou a mocidade, a madureza e a velhice;
no tempo: o passado, o presente e o futuro;
no sol: o nascente, o zênite e o ocaso;
a trindade cristã: o Pai, o filho e o Espírito Santo, etc.

A trilogia é tão antiga, quanto ao universo e ao homem, e não há dúvida que o filósofo idealizador dos poderes do Estado, nela se inspirou. Não encontramos, mesmo na ciência moderna, nenhuma instituição que possua quatro suportes.

Criar um quarto poder será desestabilizar o Estado, porque irá fugir da lógica estrito e lato sensu. Ou teremos que criar cinco, sete e assim números sucessivamente ímpares de poderes para o Estado, ou deixar com que os três permaneçam.

Nossa defesa se faz no sentido de que o Ministério Público pertença ao Poder Judiciário, diferenciando das demais até hoje apresentadas, no sentido de que este não seja, simplesmente, exercido pela Magistratura e pelo Ministério Público, mas sim, composto em igualdade de condições pelas duas instituições. Às vezes esta situação parece apenas um jogo de palavras, mas não o é. O Ministério Público e a Magistratura figurando como suporte, evidentemente com diferentes atribuições, em igualdade de condições é o fato diferenciador do compor e do exercer.

Por que abraçamos a tese de que o Ministério Público deva fazer parte do Poder Judiciário?

As razões são diversas. Em primeiro lugar adotamos a doutrina dominante especialmente na Europa, em que países como Portugal, Bélgica e Itália ou, na América Latina, como Colômbia, Peru, Uruguai, Chile e Nicarágua o reconhecem como fazendo parte do Poder Judiciário

O Congresso Nacional de "JUSTIÇA DEMOCRÁTICA", realizado em janeiro de 1977 em Madrid, Espanha, proclamou de plano que "serão membros do Poder Judicial os Juízes e Magistrados e os representantes do Ministério Público" e em particular que "o Ministério Público, membro do Poder Judicial, será independente do Poder Executivo, desligando-se da tradicional representação do Governo perante a Justiça, para ser defensor da legalidade".

Essa posição não é nova. Segundo LUIS MATTIROLO em seu "Tratado de Derecho Civil", antes de 1890, a Itália já adotava o sistema, "según la cual las dos carreras son iguales y comunes en cuanto a los aumentos de estipendios y a las promociones, y los Magistrados, que pertenecen a la una y a la otra, están comprendidas en una sola graduatoria. Pero, consideramos también que la ley de 1890 mantuvo sabiamente en vida la carrera del Ministerio Público, *distinta en cuanto a las funciones* de la carrera de la Magistratura judicante. Las funciones, en efecto, del Ministerio Público, aun cuando se queiram limitar, son esencialmente diversas de las de los jueces; y su diversidad exige que las dos carreras sean mantenidas separadas".

RUY BARBOSA com sua iluminada inteligência, usando a palavra Magistratura como símbolo do Poder Judiciário, disse que: "O Ministério Público é patrono das causas, intérprete parcial de conveniências coloridas com mais ou menos maestria; é rigorosamente personificação de uma alta magistratura". Continuando disse mais, "que onde quer que se vá vuscar a tal respeito a lição dos mestres e o ditame das legislações, se achará que o Poder Judiciário abrange com os Juízes e Tribunais, o Ministério Público, elemento integrante e substancial da Magistratura, investida nas funções da Justiça". Resumindo, prossegue dizendo que: "em suma, a Magistratura se distribui entre os Juízes que julgam de direito e os Procuradores-regionais que dele dizem, aparelhando, facilitando e esclarecendo a ação dos primeiros. Uns e outros, pois, são a meu ver, membros do Poder Judiciário" (in ALFREDO VALADÃO – RT 225/33, citado por VALDIR SZNICK, op. cit.).

O ilustre procurador paulista em seu ensinamento por nós abraçado, ainda trás à luz alguns outros entendimentos que nos arvoramos em reproduzir – SABATINI (Principi di Diritto Processuale e Penale Italiano) ensina: "O Ministério Público pertence à ordem judiciária e esta se distribui em duas categorias: os que manifestam a função jurisdicional e os que manifestam a função de velar pela lei, in genere, e de agir na tutela do direito".

Ainda, de ENRICO SPAGNA MUSSO (in Problemas Constitucionais do Ministério Público da Itália", Justitia – vol. 53, pág. 25) que escreve: "a atividade do Ministério Público que mesmo que não se queira definir como jurisdicional sempre se inserirá no procedimento jurisdicional e que é, de qualquer forma, atividade judiciária". Na seqüência, "no prosseguimento jurisdicional e que é, de qualquer forma, atividade judiciária". Na sequência, "no prosseguimento jurisdicional tem havido repartição de poderes conferindo-se ao Ministério Público a

iniciativa e ao Juiz, a decisão". Para ele, "o termo magistrado abrange também os componentes do Ministério Público" (pág. 37). VASSALI, in "Potestá Punitiva", pág. 198, preleciona "que o Ministério Público é órgão jurisdicional".

AMPHILOPHIO FREIRE DE CARVALHO, que também ilustra o trabalho em apreço, agora na tese do V CONGRESSO NACIONAL DE 1985, já lecionou que, "absolutamente não exclui do quadro da Magistratura (Poder Judiciário) o Ministério Público, órgão essencialmente judiciário, pela natureza, quanto o são pelo mesmo critério das funções que lhe pertencem, os magistrados julgadores".

OCTACILIO PAULA SILVA – em sua obra "Ministério Público", citando GALDINO SIQUEIRA ensina o seguinte, "que os órgãos do Ministério Público, tornando o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o representante da sociedade, o procurador dos interesses gerais da União (ou dos Estados e Territórios) e o promotor da ação pública contra as violações do direito, se não se constituem uma magistratura no sentido restrito, porque não são órgãos diretos judiciários, isto é, não julgam... não deixam de fazer parte integrante e necessária do Poder Judiciário, por isso que é com sua provocação, que se exerce em regra a função de julgar em matéria penal".

ALCINO SALAZAR, ao escrever o "Poder Judiciário – Bases de sua reorganização", assim se expressou a respeito dessa questão: "No caso do Ministério Público a realidade é que sua atuação se desenvolve substancialmente na área do Poder Judiciário. Participa essencialmente da formação do ato jurisdicional. Supre no processo judicial a iniciativa que o judiciário não tem. Sua missão é promover a execução da lei, tarefa justamente cometida ao Poder Judiciário. No quadro deste, pois, é que se dá enquadramento legítimo do Ministério Público".

E, prossegue: "O Poder Judiciário, sem o Ministério Público, fica incompleto. Não pode funcionar, enquanto se refere à Justiça criminal e, quanto ao mais, ainda no tangente às suas mais importantes atribuições. É mais do que um órgão auxiliar ou de cooperação. É peça fundamental no sistema.

Este douto, que foi por mais de cinco lustros ativo integrante das lides forenses, assim conclui seu pensamento: "De resto, a condição de independência do Ministério Público decorre de sua posição de parte integrante do organismo judiciário, como assinalado". Evidenciando-se, "a necessidade da revisão do mecanismo do Ministério Público com o objetivo de adaptá-lo àquela condição e à finalidade que lhe é atribuída".

São todas estas as razões básicas que nos levaram a convencer que o Ministério Público, deva, realmente, pertencer ao Poder Judiciário.

Indagar-se-ia ainda que, como fazer parte do Poder Judiciário? (sem descharacterizar a sua função).

É sabido que o estado brasileiro, constitui-se de três poderes e que não sofrerá, por certo, alteração numérica em sua próxima Constituição.

A Câmara dos Deputados e o Senado, na sua dualidade formam o Poder Legislativo. Tais instituições são independentes entre si, porém harmônicas do ponto de vista da integração de funções.

A futura Constituição, pelos estudos já publicados, demonstra que, certamente o regime de governo a ser adotado no Brasil, será o Parlamentarismo,

segundo os estudiosos, o mais democrático e, efetivamente, o governo dos povos em sua mais ampla concepção.

O Parlamentarismo tem suas linhas mestras centradas na dicotomia do mandado, um Chefe de Estado que representa a nação e um Chefe de Governo que a administra. Então, o Poder Executivo será também dividido entre duas instituições com atribuições diversas, porém em consonância.

De sua vez, o Poder Judiciário no sistema tradicional de nosso País, onde não há divisão da Instituição que o representa, às vezes confundindo-se com ele próprio torna autoritário e antidemocrático, porque não dá margem da efetiva reciprocidade de controle de seus atos.

O que apresentamos de novo em nossa pretensão é de que, também o Poder Judiciário, deva apresentar essa dualidade de atribuições, uma de forma a provocar a sua atuação e outra de decidir a provação, sem qualquer interferência de competência. Seriam dois momentos teleológicos diferentes: um de tutela dos valores da Justiça e outro de tutela dos valores do Estado.

Não é justo que o Poder Judiciário continue a ser exercido de forma unitária, contrariando o princípio da representatividade, no sistema dual existente nos outros poderes.

Doctrinariamente e, principalmente na legislação alienígena, na grande maioria dos países mais desenvolvidos, o Ministério Público pertence ao Poder Judiciário. Tal entendimento, como já vimos, ganha corpo e espaço nas posições que, desde há muito, vêm sendo tomadas pelos nossos mais ilustres pensadores do Direito brasileiro.

Assim, o Ministério Público deverá figurar na Constituição como uma das instituições que formam o Poder Judiciário, que ficará composto por Magistratura e Ministério Público.

As referidas instituições, suportarão dito poder em igualdade de condições e, dentro da competência que a Lei lhes estabelecer.

Sem dúvida alguma que a legislação ordinária deva estabelecer as atribuições e competências, sem quaisquer interferências recíprocas.

CALAMANDREI (Derecho Procesal Civil – vol. II), define bem as atribuições ministeriais quando afirma que, "O Ministério Público tem, pois, a função específica de por em movimento os órgãos judiciais, sua atividade não é de jurisdição, mas sim, de iniciativa, estímulo, impulso de jurisdição.

A atividade do Ministério Público não seria de participação direta no exercício da jurisdição e na criação das providências em que ela se manifesta, consiste, não em prover, senão em requerer que os órgãos competentes a provenham".

Segundo ainda o ensinamento de CHIOVENDA, podemos caracterizar a função ministerial, "como sendo o representante da lei, e a personificação do interesse coletivo perante o órgão jurisdicional, representado pela magistratura" (Poder Judiciário).

Assim, diante de tais ensinamentos, podemos concluir que o Ministério Público terá condições de exercer as suas funções com independência, sem adentrar nas da Magistratura, que serão delineadas em Lei.

Com as garantias de limitações de atribuições, em que uma instituição não

adentrará no campo alheio, não correrá o perigo de que uma venha aniquilar a outra.

A futura Constituição Brasileira, nas bases em que foi proposta, democraticamente, deverá resgatar os mais legítimos anseios populares. Neste sentido, integrando o Ministério Público ao Poder Judiciário, com uma das colunas de sua sustentação, não só servirá de base à sua real posição, como também resgatará uma antiga imagem popular de que, efetivamente, os membros do Ministério Público incorporaram o Poder Judiciário.

Não se diga ainda em relação ao quinto constitucional e ao fato de que, com muita freqüência os membros do Ministério Público serem convocados ao exercício da Magistratura, como é o fato recente do Presidente JOSE SARNEY haver indicado a Ministro do Tribunal Federal de Recursos o Subprocurador da República FRANCISCO DE ASSIS TOLÉDO.

Verificando não existirem incompatibilidades ao desempenho das funções entre Ministério Público e a Magistratura, teremos então de analisar a questão de organizicidade de cada uma dessas instituições, que deverá ser tratada em lei complementar proposta por cada uma delas, em conjunto, ao Congresso Nacional. Desta forma, terão organização independente, com quadro de pessoal próprio, estrutura e direção apropriadas. Também deverá ficar estabelecido na Constituição Federal que o Poder Judiciário terá uma presidência, cujo titular sairá, alternativamente, dos quadros da Magistratura e do Ministério Público, com competência apenas administrativa, que trabalhará dentro de um cronograma traçado em Lei.

Deverá ainda constar na Constituição que o Poder Judiciário tenha dotação própria em termos percentuais do orçamento nacional e, finalmente, que seja estruturado no sistema federal e estadual.

Sugerimos para a nova Constituição, que seja elaborada de forma sintética e não analítica, especialmente no trato do Poder Judiciário, para evitar o uso de artículos que poderiam ser mais explicitados em Lei Complementar.

Para tanto oferecemos o seguinte texto:

CAPÍTULO – : – Da divisão de Poderes

Artigo – : São poderes do Estado, independentes e harmônicos, o legislativo, o executivo e o judiciário;

CAPÍTULO – : Do Poder Judiciário

Artigo – : O Poder Judiciário é constituído pela Magistratura e Ministério Público, que funcionarão independentes, sob a presidência, alternativa, de um dos membros de uma das instituições que o compõem, assegurando-se a seus componentes igualdade de direitos e deveres;

§ único –: Lei Complementar de iniciativa da Magistratura e do Ministério Público regulamentará as normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres dos seus membros, respeitadas

as garantias de vitaliciedade, irremovibilidade e irredutibilidade de vencimentos;

Artigo – : O Poder Judiciário será organizado em âmbito federal e estadual;

§ único –: O Poder Judiciário terá dotação orçamentária de % (x por cento) da receita da União e dos Estados, respectivamente;

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Artigo : A Lei Complementar, que regulará o Poder Judiciário, a ser proposta pelas instituições que o formam, terá que ser votada pelo Congresso Nacional, até 120 (cento e vinte) dias após a publicação desta Constituição.

IV – CONCLUSÕES

PRIMEIRA – O Ministério Público deve fazer parte do Poder Judiciário, juntamente com a Magistratura em igualdade de condições e independência.

SEGUNDA – A direção do Poder Judiciário deverá ser exercida, *alternativamente*, por um dos membros da Magistratura e do Ministério Público.

TERCEIRA – A Constituição deverá ser redigida de forma sintética, especialmente no que se refere ao Poder Judiciário, sendo a matéria regulamentada por Lei Complementar.

QUARTA – O Poder Judiciário terá dotação orçamentária própria, nos âmbitos de sua competência a nível federal e estadual.

Jataí, 01 de março de 1987.

PEDRO DOS SANTOS BARCELOS

Promotor de Justiça de CAÇU-GO e Professor de Processo Civil III no centro de Ensino Superior de JATAÍ-GO (CESUT).

EVARISTO ANANIA DE PAULA

Promotor de justiça de JATAÍ-GO e Professor de Penal I e II no Centro de Ensino Superior de JATAÍ-GO (CESUT).

V – BIBLIOGRAFIA

1 – BEZERRA, ADÃO BONFIM – “O Ministério Público e a Constituinte”

– IIº PROJUS – Campo Grande, junho de 1986;

2 – CALAMANDREI, PIERO – “Derecho Procesal Civil” – Vol. II – Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1953;

3 – CARNELUTTI, FRANCISCO – “Sistema de Derecho Procesal Civil” – vol. 2 – Uteha Argentina 1944;

4 – CHIOVENDA, JOSÉ – “Princípios de Derecho Procesal Civil” – Reus S/A – Madrid 1977 – Tomo I;

5 – CONAMP – “Moção de Curitiba” 1986;

6 – FERREIRA, SÉRGIO DE ANDRÉIA – “Princípios institucionais do Ministério Público” – 3a Edição, Rio de Janeiro, 1985;

7 – MALUF, SHAID – “Direito Constitucional” – Sugestões Literárias – 15ª Edição, 1983;

8 – JUSTITIA – Vol. I, Anais do I CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1973;

9 – MATTIROLO, LUIZ – “Tratado de Derecho Judicial Civil” – Tomo I – Réus S/A – Madrid, 1930;

10 – MEIRELES, JOSÉ DILERMANO – “O Ministério Público na Constituição – Proposta de Enquadramento – Rev. MPDFT, Brasília nº 01 – 1º Semestre Jan. 1985, separata;

11 – SALAZAR, ALCINO – “Poder Judiciário – Bases para reorganização” Forense, Rio de Janeiro – 1ª Edição, 1975;

12 – SILVA, OCTACILIO PAULA – “Ministério Público” – Sugestões Literárias – 1ª Edição, 1981;

13 – “O Estatuto do Magistrado e as perspectivas futuras do Direito” – Edição do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público – Livraria Almedina, Coimbra, 1978 e,

14 – TESES DO VI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – “Justiça e Constituinte” – São Paulo, 1985.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO

Autor: Cláudio José Ferreira de Melo

1 – INTRODUÇÃO

O Ministério Público não se originou por determinismo legal, mas, pelo contrário, teve sua origem vinculada a situações de fato, normalmente surgidas no decorrer da vida de cada sociedade. Assiste razão a Hélio Tornaghi, ao salientar que a instituição “formou-se lenta e progressivamente em resposta às exigências históricas. Concentraram-se num mesmo órgão atribuições antes deferidas a diversos, mas todas relacionadas com a defesa da ordem pública”. (1)

As disposições legais que surgiram através dos séculos, com referência à estrutura e organização do Ministério Público, na França, Alemanha, Itália, Espanha, etc., foram em decorrência natural oriunda de situações jurídicas privadas no sentido de proteger certos interesses em razão da Ordem Pública e dos anseios da sociedade. A legitimidade das necessidades dos indivíduos corre pari passu com o interesse geral sobre as pessoas e os bens. A situação do menor, dos loucos, dos ausentes, de todos os carentes de amparo e representação na defesa dos seus direitos, bem como a fiscalização da aplicação da lei e a vigilância do Erário Público, legitimam como resultante a atuação do Ministério Público. Poder-se-ia dizer que o Estado está para a sociedade, assim como o Ministério Público para o interesse público e o direito do cidadão. Faz-se mister, portanto, rever-se a posição do Ministério Público no quadro geral do Direito e da história.

2 – AS ORIGENS

Nos tempos mais remotos as civilizações apresentaram situações sociais que necessitavam de ser codificadas ou consolidadas em textos legais. Daí o conhecimento da instituição do Ministério Público como fato isolado, principalmente, pela razão de haver existido funcionários que tinham funções diferenciadas e que hoje são atribuídas ao Ministério Público. Na verdade, a instituição não surgiu sob texto legal, porém, o texto legal criava a assistência pública para a defesa dos interesses privados e a instrução penal, que, apesar de ser a Ação Penal, própria de qualquer do povo, contudo, tinha de ser realizada por funcionários, presidida por um juiz, objetivando, assim, a realização da justiça.

Comenta-se que a origem do Ministério Público deve-se a antiga Grécia

a partir da Codificação de DRACon, por ser a primeira manifestação do direito escrito entre os povos helênicos. Os gregos tinham, à lei, todo o devido respeito e consideração por forma expressiva da vontade do povo e isso era fundamental para que a "polis" mantivesse estável às situações daqueles que a compunham, assevera GARIBALDI, (2) que era facultado a qualquer pessoa promover acusações perante os tribunais, contra os transgressores da lei, em nome da própria comunidade, mormente quando o crime era cometido contra a pessoa. Nasceu, aí, talvez, a forma mais rudimentar do "jus acusatione", cristalizada na pessoa do acusador, fragmento de um Ministério Público difuso e impessoal, na defesa dos interesses do Estado.

Ocorre, que, antigas civilizações, antes da Codificação grega, tiveram situações semelhantes nas suas sociedades, geralmente, de natureza privada, que exigiram a presença de funcionários para realizar a justiça: ora juízes, ora sacerdotes. Um fato relevante era sempre a presença do Monarca, que, para sua sustentação política, deles precisava. No Egito do antigo Império, por ser autocrata, o Monarca exigia dos súditos tributos consideráveis, possuindo funcionários para cobrar os tributos devidos e de sua livre escolha. A administração estava distribuída entre diversos funcionários que se dirigiam às cidades, e, como salienta VEIT VALENTIM, "sua principal tarefa era a arrecadação em espécie, dos tributos que gravavam toda atividade lucrativa" (3) Afora isso, existia uns funcionários que exerciam outras funções. "O Egito, há 4.000 anos A.C. tinha um corpo de funcionários com atribuições que bem se pode considerar como precursores do Ministério Público de hoje. Eram seus deveres: "I) ser a língua e os olhos do rei do país; II) castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III) acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV) ser o marido da viúva e o pai do órgão; V) fazer e ouvir as palavras da acusação indiciando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI) tomar parte nas instruções para descobrir a verdade". (4) Cabe observar que essas situações não foram exclusividade dos egípcios. Isso, porque, se formos repassar a história do povo romano, as encontraremos e além do mais, na época da dominação romana existiam os "praefects egypti", que tinham, por zelo, observar o desenvolvimento das "coisas públicas", bem como informar ao Imperador, a situação do fisco. Por essa razão, outros alegam ser romana, a origem da Instituição do Ministério Público. "Os irenassos, os vestores, os procuradores de César, na Roma antiga, exerciam funções compatíveis plenamente com as que hodiernamente desempenham os membros do Ministério Público". (5) Acreditamos que a falta de maiores subsídios históricos tem conduzido a tal pensamento. Em Roma, existiram tantos funcionários quanto exigiram as circunstâncias da época. República e Império foram diferentes entre si, porém gardaram alguma identidade através dos tempos e foi justamente essa identidade que se propagou, depois da queda do Império Romano, por toda a Europa, influenciando mais a umas do que a outras sociedades. O que ocorreu foi o fato de que a defesa dos cidadãos romanos era feita por magistrados.

Na República, a magistratura substituiu o "rex", de natureza colegial vitalícia. Esses membros da magistratura eram chamados de praetores, e, somente quando

da expansão romana é que desenvolveram suas funções, tendo como consequência, os "praetor maximus" e os "praetor minos", até alcançar a instituição dos cônsules. Daí as duas magistraturas. Existia a "cum imperio" – onde se encontravam os cônsules, os praetor e os magistratus sine imperio – onde se encontravam outros magistrados de menor competência, como os questor, os censores, os tribunos do povo. Os cônsules, que, embora gozasse de poder de império, tinham não somente a direção das forças armadas e a segurança pública, mas também a administração da Justiça Criminal e Civil, além de gerir o erário público. Os praetores tinham o poder de julgar sem última instância, cuja competência era do Consulado. Os magistrados sine imperio tinham a obrigação de defender os interesses da plebe e a prerrogativa da inviolabilidade pessoal. Com Augustus, o Imperador, diferenciou-se a magistratura, principalmente com os "Príncipes", que detinham, segundo Cícero, o poder sobre o povo e de origem quase divina estando abaixo apenas do Imperador. (6) O Príncipe est rector rei publicae, era um protetor do Império Romano, espécie de órgão consultivo com poder de decisão administrativa e judicial semelhante ao Conselho de Estado moderno. Controlavam administrativamente as atividades das Assembleias, do Senado e as dos magistrados, inclusive, uma de suas atribuições, era a do conhecimento da Jurisdição Civil na forma de cognição; e a da repressão penal. Posteriormente, é que Augustus, ao restringir-lhe os poderes, transferiu-os para o Senado. Com a criação das Jurisdições, surgiram os "praefectus urbi", e, como adverte. NOCK (in The emperor's divine comes – JRS – XXXVII – 1947 – p. 104), era uma espécie de chefe de polícia que tinha sob seu comando as Cortes urbanas com cerca de 4.000 a 6.000 homens fora de Roma. Vários outros magistrados surgiram denominados de "praefects annonae", "vigilium" e o "praefects aegypti" com funções de jurisdição nas províncias. Os questores parricidii, que segundo L'Etienne, nas suas Institutas de Justiniano explicadas, diz serem funcionários e magistrados que tinham a função de se apresentar aos tribunais criminais para preparar a instrução. (7) Existiam, também, os *procuradores do rei*, que, na opinião de J. MARQUARDT, na sua Organização do Império Romano – T. 2 – E. Editeur 1892 – p. 581, era mais do que um administrador nomeado pelo imperador e pessoalmente responsável perante ele, que tinha competência como vice-rei, nas províncias, com poderes variáveis, sendo o maior deles serem agentes do fisco, representando o rei perante os súditos. Torna-se enfadonho e foge ao presente trabalho expor todas as situações histórico-romanas. Cabe, aqui, relembrarmos as palavras de BENEDICTO CAMPOS, ilustre membro do Ministério Público de São Paulo, quando salientou que alguns autores procuram vislumbrar no Direito Romano as origens do Ministério Público. Parece-nos inexato tal ponto de vista. Inexistiu em Roma um magistrado que tivesse as funções idênticas às do Ministério Público, quer no processo civil, quer no processo penal'. (8) Portanto, várias foram as situações da sociedade romana que face a certas circunstâncias impuseram funcionários para a realização da Justiça e Política de Roma. Inúmeros Estados tomaram para si a origem do Ministério Público. Torna-se conveniente a advertência de que toda a Europa, devido a expansão Romana, sofreu, uns países mais, outros menos, forte influência do Direito Romano e de sua administração.

A Itália, o sul da França, a Espanha e Portugal estiveram quase sempre vincu-

lados aos costumes do Direito Romano. Outros, como a Alemanha, a Áustria e Países Baixos, resistiram ao domínio dos romanos, por serem povos de costumes conservadores, mas sofreram influência. O norte da França, Polônia, Hungria, tiveram seu direito nacional mesclado, porém, bem conservado, e a Irlanda e Inglaterra, não se deixaram modificar, principalmente, a partir dos Normandos, que criaram o sistema do "Common law". É de suma importância que se diga que a queda do Império Romano teve como consequência o desuso e a não aplicação sistemática do Direito escrito, originando o fortalecimento do Direito costumeiro. Bizâncio, que herdara dos romanos suas copilações, introduziu na política parte do direito otomano. Com a queda de Constantinopla, e declínio de Bizâncio, em 1050, iniciou-se a expansão islâmica. Não mais existia os praefects urbi, questors ou os cônsciles; prevalecia a autoridade do soberano e os *procuradores do rei*, que sob o seu jugo percorriam áreas em busca de riquezas devidas ao fisco. Basicamente foi o que restou. A punição dos crimes estava nas mãos do soberano e qualquer do povo poderia reclamá-la. Os procuradores do rei tiveram suas atribuições aumentadas à época de Carlos Magno, sem contudo deixar de ser os olhos e os ouvidos do rei no sentido de defender o tesouro e a sua fortuna, semelhantes aos CURIOSI, que no fim do Império Romano percorriam as províncias para informar o Imperador dos abusos cometidos. Permanecia a acusação privada. Durante toda a Idade Média, até a metade do século XIV, difusas eram as situações em que se encontrava o Ministério Público. Com o fim da Idade Média, surgiu o fortalecimento do comércio entre os povos, principalmente na Itália, em Veneza, Nápoles e Florença. O sistema da propriedade não estava sozinho, junto, o crescimento da classe burguesa, pela possibilidade de alcançar o Poder. Renovaram-se os textos romanos pelos glosadores, principalmente, IRNÉRIO, ACCURSIUS. Do Direito Canônico advém a figura do "vindex religionis", que não somente acompanhava o andamento do feito, como também o fiscalizava. Em Veneza surgiu o "advocatori de comun", em Nápoles, o "avvocato della corte" e em Florença, o "conservatori della leggi", com algumas atribuições do Ministério Público Moderno, como deseja MANZINI e PERTILE. Adverte LUIS MATTIROLO, que, "as origens do Ministério Público Fiscal disputam vivamente os doutos, há quem o quer retroceder às instituições romanas sob o Império que os fez descender dos Miss Dominice de Carlos Magno e outros dos advogados da parte pública e dos Procuradores do Rei, e dos barões dos tempos feudais, outros da República Veneziana e outros do Promotor Fiscal da Inquisição espanhola. Porém, a maior parte dos escritores vê no Ministério Público de hoje uma instituição essencialmente francesa, surgida no século XIV... Na Espanha, no reinado de Don Juan I, em 1387, foi criado o Ministério Fiscal a quem DON GALO ESCARTIN considera a origem do Ministério Público. Entendemos não ser verdade, haja vista que, à época da dominação dos Godos e Visigodos, existia a figura do SAYÃO, que como bem diz JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, "muitas vezes exercia certas funções de Ministério Público, quer promovendo as acusações, quer promovendo as prisões preventivas..." (in Proc. Crim. Bras. – 1901 – LAEMMERT – Rio de Janeiro). Por outro lado, J. J. PLUNTCHLI assevera que, "em várias constituições da Idade Média se descobrem alguns germes da instituição Jo procurador público, aos quais, por exemplo, pertencem os *inquisidores* e os bai-les (oficiais da Coroa) da Suécia..." "na Alemanha existiam os chamados Juízes re-

latores e instrutores (*nachgangen narchrichter*), que tinham por função realizar a fase instrutória do processo". (9) Apesar de distante de Roma, os ingleses sofreram invasões, contudo os Bretões e posteriormente os Saxões e Normandos mantiveram os seus costumes como força de lei ao criarem o sistema do Common law. Depois das invasões dos Anglo-Saxões, os romanos que ficaram foram expulsos e se estabeleceu uma nova ordem jurídica. Os bárbaros mantinham para a administração da Aldeia um oficial denominado de REEVE, que era magistrado e administrador com a finalidade de exigir tributos. De 1154 a 1204, surgiu com os Normandos a Corte financeira do rei denominada de "bailles capitales", escolhida pelo rei dentre os membros da Cúria. Enquanto na França no século XIII dava-se o primeiro passo para a organização da Instituição do Ministério Público, a Inglaterra continuava feudal. Somente após a Revolução Francesa é que foi criada a instrução criminal exercida por oficiais denominados de "Attorney General", sendo auxiliado por "Solicitor General", que também apresentava os negócios do Estado e interesse do rei. Nem a BILL de 1854, nem a de 1870 organizou o Ministério Público, só ocorrendo com a Lei de 03 de julho de 1879, com a "Procection of offences act", que dirigia os negócios criminais, preparando as peças e as encaminhando ao Procurador Geral. Na Escócia existia o Procurador Geral semelhante a Inglaterra, auxiliado por um "Crown Solictor", com a atribuição de punir os culpados. No Cível, o Ministério Público criou-se em 1862, como um órgão que funcionava junto às Cortes, nas causas de Divórcio e nulidade de casamento. Nos Estados Unidos da América, quando colônia, prevalecia o Common law. Com a Independência, criou-se o quadro de Procurador por Departamento. A Federação impôs à União um Departamento de Justiça que tem órgãos para promover a fiscalização das leis oriundas do Congresso e dizer da sua legalidade constitucional, mantendo a cláusula "Good behavior", e no crime a polícia judiciária é que forma os elementos para a livre convicção do Promotor que acata ou não o pedido para formular a acusação em nome do Estado-membro. Coube a França a primeira criação legal do Ministério Público. GARSONNET, (10) diz que "a ordenança de 25 de março de 1302 é a primeira que faz menção ao Ministério Público: ela ordena que os procuradores do rei aspirem o mesmo juramento dos magistrados, paguem a si mesmo e seus substitutos. Napoleão I criou o quadro de Procurador Geral, mais antigo que o Ministério Público, como se fosse procurador do rei. Posteriormente surgiram os dois quadros: o Ministério Público e o "Barreau" (espécie de quadro de advogados de ofício), que tinham atribuições diferentes. O livro "Le Ministère Public et le Barreau" – Leurs Droit et Leurs Rapports – Paris – 1860, de JACQUES LECOFFRE ÉDITEUR – afirma que "a França pode assim reivindicar o Ministério Público como uma instituição eminentemente nacional; qualquer palavra sobre suas origens e sobre seus serviços acha aqui seu lugar". De um lado o Ministério Público e de outro a Ordem dos Advotados que juntos do Tribunal fazem Justiça à sociedade Francesa. O fato de GLASSON e GARRAUD afirmarem a existência do Ministério Público antes de FELIPE – o Belo – não tem mais relevância, haja vista que existia um corpo de funcionários denominados de Advogados Gerais dos comuns, que eram chamados a defender os interesses do rei junto aos tribunais, que se denominavam "Gens du roi" (Ordenança de 02 de outubro de 1354). Ocorre que, na França existia o princípio "la plume

est serve, mais la parole est libre", que mais tarde caracterizou-se como princípio básico do Ministério Público, que significa que os membros obedeciam ao seu superior hierárquico, porém tinham o direito de concluir suas próprias opiniões e convicções junto ao tribunal, fato esse que não ocorreu na Alemanha, onde não existia a independência da oralidade dos membros do Ministério Público. Até a Revolução, várias Ordenanças melhoraram a atuação do Ministério Público, e com a implantação da República, houve restrições, sendo depois restaurada.

3 – O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL – BRASIL COLÔNIA

Com o descobrimento, o Brasil Colônia conheceu as Ordenações Manoelinhas, de 11 de março de 1521, copilação de RUY BOTO – chanceler-mor do reino de D. JOÃO II, apelidado de D. MANOEL – o Venturoso – e J. CONTRIN, corregedor do Cível da Corte, que substituíram as Ordenações Afonsinas de 1446 e as demais leis que surgiram. Nessas Ordenações apareceu a figura do Promotor de Justiça. "O Promotor de Justiça deve ser letrado e bem entendido, para saber espertar e aleguar as causas e razões que para lume e clareza da Justiça e para inteira conservação dela convém". (Caio B. Campos – p. 14). (11) Com as Ordenações Filipinas surgiu a distribuição da Justiça, que detinha a confiança do rei. Ao lado dos Procuradores da Coroa ou da Fazenda, existiam os Desembargadores, os Correidores da Coroa dos Feitos Cíveis, o Promotor de Justiça e os solicitadores da Casa da Suplicação. (Ord. Fil. – fls. 175-I – 1824-Tít. 412). Somente com o Regimento de Tomé de Sousa, de 17 de dezembro de 1548, considerado a 1ª Constituição do Brasil, criou-se a organização administrativa e Judiciária do Brasil e só com o Regimento de 09 de março de 1609, fundou-se a Relação da Bahia, onde figuravam o Ouvidor Geral, o Procurador da Coroa e Fazenda e o Promotor de Justiça, ao lado de um Chanceler, três agravistas, um Provedor de defuntos e resíduos e dois Desenbargadores extravagantes. Em 14 de abril de 1628, surgiu o então Regimento que criou o Ouvidor Geral do Brasil, com alçada no Cível e no Crime, até cem mil réis.

Brasil Império – Com a Independência, D. Pedro, em 1823, reconvalidou as Ordenações Filipinas. A Carta Constitucional de 1824, em nada contribuiu para a Instituição, salvo a recomendação de um Código Civil e Criminal (art. 179, § 18). Em 1830, criou-se o Código Criminal e em 1832, o Código de Processo Criminal. A partir de 1845, através do Projeto de nº 117, JOAQUIM DE SÁ E J. A. MARINHO propuseram a reforma do Judiciário, seguindo-se outros projetos de diversos parlamentares, dentre os quais destacamos: o de nº 138, de 1845, de FRANÇA LEITE, que dispunha de um capítulo: *Do Promotor de Justiça*; o de nº 52, de 1848, de NUNES MACHADO; nº 52-A, de 12 de maio de 1848, da autoria de J. A. PIMENTA BUENO; outros de B. de ALMEIDA; MARTINS F. RIBEIRO DE ANDRADA, que ficou sem andamento; de J. T. NABUCO DE ARAÚJO, estendendo-se até o ano de 1869. (12) Vários livros foram publicados sobre a atuação dos Promotores Públicos, destacando-se os Comentários de VICENTE DE PAULA, ao Código Criminal; os Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro e Direito Público e Análise da Constituição do Império, de PIMENTA BUENO, de quem se têm belas páginas. O livro de TAVARES BASTOS, denomina-

do "As Atribuições do Promotor Público" e de JOÃO MENDES, "O Processo Criminal Brasileiro", os últimos no início da República. (13) Apesar dos esforços, o Promotor Público, durante o Império, não passou de um agente do Poder Executivo junto ao Poder Judiciário. A própria lei 261, de 1841, no seu Capítulo III, art. 22, estabelecia: "Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier". (grifos nosso)

4 – O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Foi o Governo Provisório que, através do Decreto 1.030 de 14 de novembro de 1890, organizou a Justiça no Distrito Federal e o Decreto de nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que fez a Reforma na gestão do então Ministro da Justiça – Campos Sales. Na sua Exposição de Motivos, dizia: "o ministério público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da Justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da República, vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhes em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela couber". E no seu art. 21, determinava que o Procurador Geral seria um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, *vitalício e nomeado* pelo Presidente da República. Nisso houve um progresso, pois antes o exercício do cargo estava condicionado à cláusula "enquanto bem conviesse" e agora tornava-se vitalício, apesar da nomeação. A Constituição de 1891, da palavra de Rui Barbosa, não se dignou em ter um capítulo sobre o Ministério Público. Apenas no seu art. 58, § 2º, referia-se à nomeação do Procurador Geral, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal. J. Barbalho aplaudiu, tecendo comentários, sob a oposição de Pedro Lessa. (14) A Lei nº 180 de 29 de julho de 1895, substituiu a vitaliciedade do Procurador Geral pela cláusula de ser *conservado no cargo enquanto bem servir* – semelhante a máxima americana – *during good behavior* – e talvez sob a influência de C. Maximiliano e J. Barbalho, "evoluiu" para o princípio da demissibilidade "ad nutum" principalmente este último que considerava a vitaliciedade um erro e salientando dizia: "desde que é um agente do governo, embora da mais alta categoria e gozando de predicamento de magistrado, pertencendo mesmo a classe dos magistrados, todavia, com relação a função especial de que fica investido é um delegado e precisa ser de inteira confiança de quem nomeia" (in Cons. Federal – Comentários – F. Briguiet & Cia. – 1924 – pág. 312). Isso levou o S. T. F. decidir na apelação Cível nº 3.481, do Juízo Federal do Pará, figurando como apelado o Dr. Arthur de Sá e Souza, Procurador Seccional, na sessão de 23 de abril de 1926, in verbis "ainda quando se não dê cláusula – enquanto bem servir o sentido da vitaliciedade, que ela tem na Inglaterra e nos Estados Unidos, como está reclamando a boa hermenêutica, em todo o caso, não é lícito desconhecer que entre nós ela oferece ao nomeado relativa garantia de não poder ser privado do seu cargo, senão apurando que *mal serviu* o seu cargo. Bem servindo e enquanto bem

servir, não; o amparado pela cláusula não pode ser dispensado. "Apesar dos esforços criou-se constitucionalmente a demissibilidade "ad nutum" do Procurador Geral da República, que não é advogado do Executivo porém da sociedade quando em risco o interesse público ou difuso e da lei quando ultrajada. Rui Barbosa, na Ação de Reparação Civil, em nome de brasileiros prejudicados pelos atos arbitrários de abril de 1892, disse; com referência ao Procurador da República, que o M. Público, "é órgão da Justiça Pública, não é patrono de causas, intérprete parcial de conveniências, coloridas com mais ou menos maestria; é, rigorosamente, a personificação de uma alta magistratura. A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrário, em todos os feitos onde servisse, "dizer do direito", isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da Justiça. Dessa trilha creio que se desviou, mais do que seria desculpável, o nobre procurador da República na contestação de fls. onde se acentua na intransigência de suas prevenções e paixão exclusivista do advogado". (15)

Mesmo com todas essas lições, permaneceu o Ministério Público, sob o julgo do Decreto 1030 de 14 de novembro de 1890, o Decreto nº 2.579 de 17 de agosto de 1897, que complementou as disposições sobre a organização judiciária do Distrito Federal, o que levou a Amaro Cavalcante, na exposição de motivos a dizer que se antes do Decreto 1030 estava vinculado, agora já não era um simples agente do Poder Executivo. Em nada adiantou tal assertiva pois a situação do "parquet" continuou a mesma. Daí Alfredo Valadão, em publicação na Revista dos Tribunais de São Paulo — vol. 221 — p. 33/39, questionou sobre a posição do Ministério Público na Constituição, dizendo: "Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão dos Poderes. . . ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, outro órgão acrescentaria ele, o que defende a sociedade e a lei perante a Justiça, parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado".

Com a reforma de 1926, nada foi inovado. A Constituição de 1934, foi a primeira a tentar estruturar o Ministério Público, ao dedicar-lhe o Capítulo VI, Seção I, considerando o Ministério Público como Órgão de cooperação nas Atividades Governamentais, dando-lhe organização, do art. 95 em diante. R. Lyra (obr. cit. p. 19) resolveu, satisfatoriamente, embora sem unidade, o problema do Ministério Público, dando-lhe a devida importância no quadro das Instituições. O Prof. T. Brandão Cavalcante salientou que a "colocação do Ministério Público entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais, veio dar-lhe um relevo que só existia pela natureza das funções que sempre exerceu, mas veio, também, por outro lado, surgir um novo debate sobre sua posição perante o Poder Executivo". Fazendo referência a tal posição, Bento de Faria, eminent Jurista, dizia que, se n a França "prevalece, ainda, a vetusta e abstrusa idéia de ser o Ministério Público órgão Executivo, meio à disposição desta para pôr em ação o Judiciário, no Brasil, aquele corpo de funcionários é órgão "da sociedade" defensor dos interesses coletivos, guarda das leis, magistratura "de pé", na acepção legítima e ampla dos vocábulos" (apud de Antônio M. dos Reis — A Constituição Federal Brasileira de 1934 — 1934-A. Coelho Branco Ed. pág. 198). A Constituição de 1937, do Estado Novo, em nada inovou, pelo contrário, houve um retrocesso da Instituição, até o advento

da Constituição de 1946. No mais, apenas houve a publicação do Decreto-Lei 996 de 27 de dezembro de 1938, que dispôs sobre a organização da Justiça Federal. Somente em 03 de maio de 1943 surgiu o Decreto-Lei nº 5.454, que modificou o anterior e introduziu-lhe modificações no que concerne às atribuições dos Procuradores Adjuntos do Procurador Geral da República, parecendo-nos uma espécie de secretário geral da Procuradoria da República.

Com a Constituição de 1946, foi restaurado o prestígio da Instituição, ao dedicar o Título III do Capítulo IV do Poder Judiciário. Porém, não passou pela crítica de Pontes de Miranda que disse: "se bem que ligado ao Ordenamento Judiciário, não faz parte da Justiça — não é órgão jurisdicional, mas administrativo" (Com. a Const. de 1946-p. 350 — Livr. Boffoni — Rio).

Nessa Constituição, assegurou-se a estabilidade, vedou-se a remoção disciplinária, instituiu-se a carreira para concurso público, criou-se descentralização dos órgãos do M.P. na Federação, junto a Juízos e Tribunais.

A *Constituição de 1967*, manteve as linhas gerais da anterior e estabeleceu a aposentadoria voluntária aos (30) trinta anos de serviço e equiparação dos vencimentos dos membros do M. P. com os da Magistratura (art. 139 — parágrafo único). Com a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, que deu nova redação a Constituição de 1946, colocou o Ministério Público na Seção VII do Capítulo VII, que trata do Poder Executivo, mantendo a demissibilidade "ad nutum" do Procurador Geral da República e sua nomeação de livre escolha do Presidente, ficando a cargo do Estado-Membro sua organização, observando-se o concurso público para o início da carreira, estabilidade e a inamovibilidade, salvo pela conveniência do serviço. Com o advento da Emenda Constitucional nº 7 de 1977, modificou-se o art. 96 da Constituição Federal e com nova redação estabeleceu que lei complementar determinaria normas gerais para a organização do M. P. Estadual. Em agosto de 1981, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional a mensagem 327/81, dispondo sobre normas gerais a serem adotadas pelos Estados Membros, transformando-se no Projeto de Lei nº 223-A/81, com redação final, 223-E, que depois de sancionada, passou a Lei Federal orgânica nº 40, de dezembro de 1981, que estabeleceu a estrutura e organização do Ministério Público Federal e a ser reiterada pelos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Apesar de nos seus artigos 1º e 3º estabelecer, ser o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tornando-o responsável perante o Judiciário, pela defesa da Ordem Jurídica e dos interesses individuais e pela observância da constituição e leis, não corrigiu antigas distorções e reclamos da Instituição que impede sua fiel atuação e desempenho. Entendemos que para que isso ocorra, faz-se mister romper com a chamada "tradição" pela modificação de certos conceitos de Direito Constitucional e, porque não dizer, de Teoria Geral do Estado. Essa função cabe aos juristas, aos doutos do Direito Público, o que pretendemos apresentar é, apenas, uma perspectiva nova da posição do Ministério Público na Constituição. Entendemos que a funcionalidade da atividade do Estado deve traduzir não somente a manutenção dos serviços públicos, da ordem pública, de sua atuação na ordem jurídica internacional como também a bipolarização das leis, isto é, a sua devida elaboração tendo em vista os interesses

coletivos e difusos e os individuais indisponíveis. Faz-se necessário uma modificação da legislação ordinária, principalmente o Código Civil, Penal e os Processuais, para que o Estado traduza-se não apenas pelo seu poder de Império mas como uma entidade necessária ao desenvolvimento social e econômico da Nação. Para que isso ocorra não pode o M.P. continuar tolhido de suas verdadeiras funções institucionais, principalmente aquelas que é a da fiscalização da lei, do zelo pelo princípio da supremacia da Constituição e a defesa dos interesses coletivos, individuais indisponíveis e os difusos. No entretanto, o que se vê, durante toda a história Constitucional brasileira, é a Instituição ser relegada a segundo plano como não tivesse nenhuma importância para o desenvolvimento do Estado como um todo. Já está no tempo de mudanças necessárias que permitam ao M. P. Público exercer suas dignas funções impedidas que foram pelos pensadores políticos de então. Entendemos que se “*Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido*” é um princípio democrático que insere- ser o Poder Soberano do Estado privativo da Nação. O exercício do Poder Soberano é realizado por funções de órgãos que realizam e perpetuam a vontade popular quais sejam: o Executivo, O Legislativo e o Judiciário que na verdade, no mundo moderno, temos que considerá-los, não como *poderes* em si mesmos mas como frações do Poder Soberano que em última análise é o *poder do povo*. Daí falar-se hoje em dia que não existe “poderes do Estado” mas funções de um mesmo Poder, separadas e com finalidades próprias. Ocorre que essa divisão de poderes vinda do Direito Francês que “povoou” o mundo desde o século XVIII, já não mais satisfaz tendo em vista o desenvolvimento das instituições públicas e econômicas sem se falar no desenvolvimento da mentalidade social e que necessitam de um novo aparato jurídico por saber-se, acima de tudo, que não existe sociedade ou Estado sem uma ordem jurídica, sem o direito. Se existe um órgão que legisla, um outro que executa e administra e outro que julga por que não existe um outro que fiscaliza? uns dirão que o Estado já dispõe de mecanismos no sentido de fiscalizar os demais órgãos e a máquina administrativa do Estado. Salientarão que existe o Tribunal de Contas que faz o controle financeiro e orçamentário externo, auxiliando o Congresso Nacional e os órgãos de controle interno, instituídos por lei, junto ao Executivo e outros afirmariam a existência do Ministério Público, como órgão fiscalizador da lei e de sua execução. Acontece que nenhum desses argumentos é suficiente para determinar a presença de uma fiscalização da atuação da atividade do Estado e de seus órgãos. O Tribunal de Contas não tem a independência necessária pois sofre de “*atrofia*” haja vista que quando descobrem irregularidades nas contas dos entes públicos e emitem parecer no sentido de rejeição, as enviam para o poder Legislativo que discricionariamente pode ou não arquivá-las, imaginem! mesmo as que tiverem irregularidades passíveis de apuração criminal.

Por outro lado o Ministério Público não tem a devida independência face que em várias situações está sujeito a “vontade política” dos governantes. Basta que se indique a *demissibilidade* do Procurador Geral da República; A situação daqueles membros da instituição que se vêm numa verdadeira “guerra sem mortes” quando entram em uma lista tríplice para promoção por merecimento e que depende de ato administrativo discricionário do Governador do Estado, sendo muitas das vezes obrigados a recorrerem a políticos. Isso não pode mais continuar,

sob pena de jamais termos uma Instituição independente e a quem cabe fiscalizar a lei e fazer punir os culpados, pois na pior das hipóteses, existirá uma dívida moral ou de amizade, pondo em risco os interesses do povo. Entendemos que se faz necessário criar-se um Capítulo, no Título I da Constituição Federal, criando-se a função fiscalizadora do Poder Soberano dando-lhe a estrutura normativa geral.(16)

Título I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Capítulo I

art. 19 ... (omissis)

art. 29 – Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.

Parágrafo Único – O exercício do Poder do Estado será realizado pelas funções Executiva, Legislativa, Judiciária e fiscalizadora.

Capítulo II DOS ÓRGÃOS FISCALIZADORES DO PODER DO ESTADO DE DIREITO

art. ... – São órgãos permanentes e essenciais ao funcionamento da atividade estatal o Ministério P. Público e os Tribunais de Contas.

SEÇÃO I DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. – O Ministério P. Público é instituição permanente e essencial do Estado responsável pela defesa da Ordem Jurídica Nacional e dos interesses sociais, difusos e individuais indisponíveis.

Parágrafo Único – Qualquer do povo poderá provocar a atuação do Ministério P. Público.

Art. – São princípios institucionais do Ministério P. Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. – Ao Ministério P. Público fica assegurada autonomia administrativa e financeira com dotação orçamentária própria e global.

Parágrafo único – O Ministério P. Público proporá seu orçamento ao Legislativo bem como a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.

Art. – São funções institucionais do Ministério P. Público:

I – velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhe a execução;

II – promover a Ação Penal Pública e supervisionar os procedimentos investigatórios podendo requisitá-los e avocá-los;

III – promover a Ação Civil Pública e tomar medidas administrativas executórias em defesa dos interesses difusos e sociais e dos interesses individuais indisponíveis;

IV – fiscalizar os atos da Administração Pública e promover ação própria quando eivados de ilegalidade e ferir interesse da Nação;

V – respeitada a competência vertical federativa, representar por constitucionalidade de lei ou ato normativo em face desta Constituição;

VI – requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública, órgão federal, estadual ou municipal ou pessoas jurídicas de direito privado, salvo sigilo de Segurança Nacional, ouvido o órgão competente, com a finalidade de apuração de infrações penais ou de instrução no processo civil;

VII – todos os cargos do Ministério Público serão exercidos por funcionários de carreira obedecida a ascensão funcional e o rodízio das Chefias pelo Colégio dos Procuradores;

VIII – conhecer sem exclusividade de representações por violação de direitos humanos e sociais e difusos, por abusos do poder econômico e administrativo, apurá-las eclar-lhes curso, como defensor do povo, junto ao Poder competente.

Art. – São assegurados aos membros do Ministério Público todos os direitos e vantagens da magistratura judicante.

CONCLUSÕES

- 1 – Deve-se criar um Capítulo especial para o M.P. como órgão fiscalizador da Soberania Nacional e a ordem Jurídica.
- 2 – O M.P. poderá ser provocado por qualquer do povo.
- 3 – Cabe-lhe a defesa dos direitos individuais indisponíveis bem como os interesses difusos e coletivos;
- 4 – O Procurador Geral da República será escolhido pelo Colégio de Procuradores por um período de dois anos, por rodízio.
- 5 – O M.P. poderá requisitar de qualquer autoridade pública documentos e tudo o que se fizer necessário para a instrução dos feitos, bem como de pessoas jurídicas de direito privado, resguardados o sigilo, ouvido o órgão competente.
- 6 – Serão assegurados aos membros do M. Público todos os direitos e vantagens da magistratura judicante.
- 7 – Os Procuradores Gerais das Justiças Estaduais, serão escolhidos pelo Colégio dos Procuradores, por período igual de dois anos.
- 8 – Os membros do M. P. não poderão mais compor Tribunais salvo a assentão na carreira;
- 9 – Ao M.P. será assegurado gratificações por exercício no serviço Eleitoral, Trabalhista e nos casos de necessidade por parte da União nos feitos da Fazenda Nacional, aplicando-se o princípio da sucumbência.

BIBLIOGRAFIA

- 1 – Comentários ao Código de Processo Civil – 29 ed. Ed. Rev. dos Tribunais – pag. 277; La Folosofia de la autoridad, Rensi-Barcelona – 1930-pa.75.
- 2 – Perfil do Ministério Público – J. Avelar Caribé – 1981 – págs. 11 – Recife Roberto Lyra Theoria e Prática da Promotoria de Pública - 1937-pag.09 – Ed. Jacintho – Rio.
- 3 – História Universal – vol. 19 p. 64 e seg.
- 4 – Valori – apud R. Lyra obr. cit. pag. 09; O Ministério Público na ordem jurídica Constitucional de M. A. Inacarato p. 84 – Justitia vol. 66; O vigente Tratamento Constitucional do Ministério Público – Ursolino Tavares Leão - Justitia vol. 74 – p. 105.
- 5 – Avelar Caribé – obr. cit. p. 10.
- 6 – Holmest Rice – The Roman Republic and The Founder of the Empire – vol. I – Oxford – 1928 – pag. 92; P. Jors – W. Konkel – Derecho Privado Romano – Labor 1937 p. 50 e 51.
- 7 – Institutes de Justinien - T. 29 1846 – pag. 406; Théodore Marezoli – Precis d'un cour sur L'enseble dum Droit Prive des Romains – p. 18 e seg.
- 8 – Organization de L'Empire Romain – E. Thorin Editeur – 1892 – p. 579 a 585. Compêndio de Direito Romano – I vol. – p. 103, 212 e segs. – F. Bastos – 1977. O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil – Rev. Tribunais – 1976 – p. 04.
- 9 – La Administracion, La organisation administrativa – Inglaterra, France, Alemania – Meyer – pa 230 – Derecho Publico Universal t. 29; Madri – 1880 – p. 334 – Gongora Ed. J. Blunschli; Tratado de derecho Judicale Civil – vol. – 19 - 1930 – Ed. Reus – pa. 413; M.A. Inacarato obr. cit. p. 84; Mario Pertini – Dell ordinamento Guidiziario Italiano – vol. XII – parte 29 – 1912 – pag. 524.
- 10 – História da Inglaterra – Andre Maurois – Pngetti Ed. pag. 29; La Monarquia.
- 11 – Subsidios para a História Nacional de J. Câmara – t. I 1973 – Brasiliiana.
- 12 – Constituição Política do Império do Brasil – J. Pires M. – Rio 1876 P. 152.
- 13 – Do Poder Judiciário – Pedro Lessa – 1915 – Francisco Alves: p. 404 – C. Maximiliano Com. A Const. Brasileira – Jacintho Ribeiro – 1918 – p. 585. J. Barbalho – Com. a Const. de 1891 – Aristides Milton – Com. a Const. Federal: História, texto e Comentários – 1898 29 ed.
- 14 – idem J. Barbalho, C. Maximiliano obr. cit. pag.
- 15 – R. Barbosa: Os atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo – Cia. Impressora: 1893 – pag. 11.

VII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E MINISTÉRIO PÚBLICO

Antônio Herman V. Benjamin
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

*"Em toda parte o homem é um agente perturbador.
Aonde quer que plante seus pés, a harmonia da
natureza é transformada em discórdia".
The Earth as Modified by Human Action
George Perkins Marsh, 1874.*

ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E MINISTÉRIO PÚBLICO

I – INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Direito Ambiental tem feito largos progressos no Brasil. Embora no terreno doutrinário e até mesmo legal tal avanço seja facilmente perceptível, difícil é apontar efeitos concretos generalizados no campo do combate efetivo ao desastre ecológico que ameaça o País. O Ministério Público, (primeiramente em São Paulo e progressivamente em outros Estados do Brasil), e algumas entidades privadas vêm desempenhando um árduo esforço nesta área. Em consequência, um aparato legislativo moderno de proteção ambiental começa a tomar corpo, principiando com a Lei n. 6.803, de 2 de Julho de 1980, seguindo-se as Leis n. 6.938, de 31 de Agosto de 1981 e 7.347, de 24 de Julho de 1985, e o Decreto n. 88.351, de 1 de Julho de 1983. Certos fatores provocaram esta preocupação com o meio ambiente: a possibilidade de extinção dos suprimentos de água potável, o escasseamento de alimentos sadios, a súbita contaminação tóxica do ar que respiramos bem como dos oceanos e lagos que envolvem o planeta, a presença na cadeia alimentar de metais letais, a deterioração das cidadezinhas, refúgios e recantos turísticos do interior, temas da nossa poesia e canção popular, a perturbação psicológica provocada pela poluição acústica nas cidades grandes, o acúmulo de lixo atômico, a poluição do solo por pesticidas e herbicidas pouco conhecidos e até proibidos e a ameaça permanente de desastres ecológicos.

Em contradição com este despertar ecológico, o desenvolvimento desenfreado e descontrolado permanece um mito difícil de ser vencido, assim como a in-

tocabilidade e ausência de transparéncia do Estado que o promove. Hoje, no Brasil, o Estado ainda é autor ou cúmplice dos maiores atentados à nossa natureza. Nesta área, todavia, a discussão que se trava não é contra o desenvolvimento, mas em favor de mecanismos, instrumentos e políticas que o harmonizem com a preservação de um meio ambiente saudável.

Nos Estados Unidos, a par de uma evidente conscientização nacional sobre os valores ambientais, há uma legislação abrangente e avançada e órgãos rigorosos na sua aplicação. A "Lei Nacional de Política Ambiental" (NEPA), na sigla inglesa para National Environmental Policy Act, de 1969, é, sem dúvida, o maior suporte legal para todo movimento preservacionista americano e fonte na qual países do mundo inteiro, inclusive o Brasil, foram buscar inspiração.(1) Nesta matéria, o Brasil e os Estados Unidos têm diversos pontos em comum. Destes, o mais importante, contudo, é a previsão, tanto no direito americano como no Brasileiro, do Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

Desde já, é oportuno ressaltar que o EIA não é um fim em si mesmo, sendo apenas um dos instrumentos da política ambiental do Estado. Tampouco é uma panacéia capaz de resolver, de uma hora para outra, todos os problemas que atormentam a proteção ecológica. Sua simples previsão legal não soluciona, de uma vez por toda, os vazios em que se debate o Direito Ambiental. Ao revés, o EIA traz, em si, o germe da inocuidade. "Em definitivo, o sucesso de um programa de EIA depende, em larga medida, da natureza e qualidade do sistema judiciário e administrativo encarregado de revisá-lo".(2) Por outro lado, não pode ser considerado isoladamente de um contexto mais largo, onde se inclui a questão democrática do poder e a importância do crescimento econômico do País. Demais, não é todo dano ecológico que dispara a elaboração do EIA. Isso porque preservação do meio ambiente e desenvolvimento não são valores absolutamente antagônicos mas com-

patíveis.(3) O Direito Ecológico não convive com a infantilidade de acreditar que por seu intermédio pode-se alcançar um estado de inalterabilidade absoluta do meio ambiente às custas do estancamento, por inteiro, do processo de crescimento. "Só porque um projeto tem aspectos ecológicos não significa sua eliminação automática".(4) Aí reside a função principal do EIA que é retirar do órgão de decisão a discricionariedade absoluta tanto no aprovar como no rejeitar liminarmente um determinado projeto. É, pois, um instrumento de segurança para a sociedade e para o proponente do projeto. Aqui vale trazer à colação as palavras do Senador ambientalista norte-americano Henry Jackson no sentido de que "política ambiental, interpretada abrangemente, está preocupada com a manutenção e gerenciamento daqueles sistemas de suporte-da-vida, naturais ou produzidos pelo homem, sobre os quais a saúde, a alegria, o bem estar econômico e a sobrevivência física da humanidade dependem. Política ambiental não pode ser confundida com esforços estreitos e objetivando unicamente a preservação dos aspectos naturais ou históricos do meio ambiente em um estado de inalteração perpétua. Qualidade ambiental não significa, necessariamente, preservação indiscriminada ao preço de sacrificar a realização de outros objetivos nacionais, mas implica um exame cuidadoso de todos os meios alternativos para alcançar as carências humanas legítimas".(5)

O EIA tem como premissa básica a participação da sociedade na análise e crítica de projetos, programas e alternativas de desenvolvimento, buscando uma harmonia produtiva entre homem e meio ambiente. A importância e oportunidade da intervenção e fiscalização do Ministério Público (MP) no processo de elaboração do EIA é mais que evidente: normalmente a sinceridade e imparcialidade de quem elabora um EIA é que determina sua utilidade no combate à devastação ecológica.(6)

Assim, não basta apenas exigir ou prever a elaboração do EIA. Há que se contar com um controle efetivo do mesmo, que possibilite a ingerência da sociedade na sua preparação, quer através de corpos intermediários próprios (entidades privadas preservacionistas), quer mediante atuação de órgão independente, como o Ministério Público.

A presente tese busca, de modo exageradamente resumido, lançar algumas idéias sobre a necessidade, base legal e natureza da intervenção do MP na fiscalização do EIA, tentando fazer uma análise rápida da legislação na matéria. A tese tenta apontar e reparar as lacunas existentes na Lei nº 6.938/81, incompatíveis com os tempos democráticos em que vivemos e que, por outro lado, dificultam qualquer intervenção do MP no controle do EIA. Face aos limites impostos à extensão da mesma, a tese, infelizmente, deixa de fora conceitos técnicos e legais imprescindíveis em trabalho mais aprofundado e pretensioso. Nesta matéria, um estudo abrangente do direito comparado, especialmente da legislação americana (NEPA e a Regulamentação final, para implementação do NEPA, editada pelo Council on Environmental Quality – CEO), matriz do EIA brasileiro, é extremamente útil para compreensão do nosso direito.(7)

* O autor gostaria de deixar seu sincero agradecimento ao Professor e amigo Roger W. Findley, sem dúvida um dos maiores ambientalistas dos EUA, pelas valiosas lições recebidas e pela enorme paciência demonstrada ao guiar-lhe pelos caminhos nem sempre claros do Direito Ecológico. Menção especial também merecem os colegas do Ministério Público de Illinois, Regina Haasis e Dan Slack pelo carinho com que receberam o autor e por sempre encontrarem tempo e boa vontade para solucionar dúvidas e corrigir erros.

II – O ESTUDO DO IMPACTO AMBIENTAL (EIA)

A) CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A manipulação do solo, da água, do ar, da vegetação, a utilização de meios de transporte modernos e, de uma maneira geral, o aproveitamento dos recursos naturais pelo homem, criam riscos diretos e indiretos para toda humanidade, muitos deles provocando modificações ambientais profundas e irreversíveis. "Em qualquer proposta de construção ou desenvolvimento, é prática comum, tanto do ponto de vista econômico como de engenharia, preparar uma análise da necessidade do projeto e da relação entre os custos e benefícios monetários. Recentemente, a sociedade tem reconhecido que, em adição a estas análises e discussões cotidianas de necessidade, deve haver uma detalhada avaliação dos efeitos do proposto projeto no meio ambiente e, consequentemente, de seus custos e benefícios ecológicos, separados dos monetários. Postas juntas, estas avaliações compõem o Estudo de Impacto Ambiental"(8), (EIA), também conhecido por Análise de Impacto Ambiental (AIA) ou Avaliação de Impacto Ambiental (AVIA). (9) O EIA tem quatro características principais: integra a atividade de planejamento, serve para divulgação ampla de informações, é uma ferramenta importante no processo decisório e funciona como um instrumento eficiente de manejo ambiental. (10)

O EIA nada mais é do que "um estudo das prováveis modificações nas diversas características sócio econômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto"(11). Para a melhor doutrina, o EIA "deve ser, substancialmente, um documento científico de coleta de dados de várias fontes e que prediz o resultado da introdução de novos fatores no ecossistema"(12), envolvendo a avaliação dos impactos em quatro fases da atividade, quais sejam, projeto, construção, operação e abandonoamento.(13) O escopo do EIA tanto é garantir que no processo de decisão o órgão leve em conta valores ambientais, como, também, propiciar ao público e à certos órgãos representantes de interesses coletivos – através de divulgação de seu conteúdo e facilidade de intervenção – instrumental hábil de controle de decisões.

B) O DIREITO BRASILEIRO E O EIA

1. O SISTEMA DA LEI Nº 6.803/80

O EIA foi introduzido no direito brasileiro pela Lei nº 6.803, de 3 de Julho de 1980 que cuida das "diretrizes básicas para o zoneamento INDUSTRIAL nas áreas críticas de poluição", (grifo nosso). Sua abrangência era bastante limitada, cobrindo apenas "áreas críticas de poluição" e nestas, aplicando-se somente às zonas de "uso estritamente industrial". Contudo, nem todo projeto nas zonas de uso estritamente industrial era merecedor de EIA, exigindo-se sua elaboração somente na implantação de "polos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei." (Art. 10, §§ 2 e 3).

Os parágrafos segundo e terceiro, do art. 10, estabelecem que "2 – Caberá exclusivamente à União, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados,

aprovar a delimitação e autorizar a implantação de ZONAS DE USO ESTRITAMENTE INDUSTRIAL que se destinem à localização de polos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei. 3 – Além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas A QUE SE REFERE O PARÁGRAFO ANTERIOR será precedida de ESTUDOS ESPECIAIS DE ALTERNATIVAS E DE AVALIAÇÕES DE IMPACTO, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução adotada." (grifo nosso).

Assim, podemos concluir que o EIA referido na Lei 6.803/80, para ser exigido, requer três pressupostos: que a área do projeto a) seja urbana e de zoneamento estritamente industrial; b) considere-se crítica; c) destine-se à localização de polos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, instalações nucleares ou outros definidos em lei.

Como bem preleciona o festejado Paulo Afonso Leme Machado, "A Lei 6.803/80 obriga as avaliações de impacto e os estudos de alternativas como condição para serem aprovadas ou desaprovadas as zonas de uso estritamente industrial que se destinem à localização de polos petroquímicos, carboquímicos, cloroquímicos e instalações nucleares." (14)

Fruto ainda do regime autoritário, é de se observar que, em nenhum momento, a lei previu a participação da comunidade no processo decisório de escolha das alternativas ou sequer na fiscalização do EIA.

Assim, o EIA no sistema da Lei 6.803/80, espremido pelas limitações impostas, tanto pela taxatividade de suas hipóteses de ocorrência, como pela aplicabilidade setorizada do diploma (para projetos industriais), tem estreita utilidade no processo diário de destruição da natureza. Deixa de fora, ao desabrigar, a quase totalidade de projetos e programas em tese passíveis de provocar degradação ambiental. Por último, pela ausência de intervenção popular, transformar-se em verdadeiro "EIA-fas de conta".

2. O SISTEMA DA LEI 6.938/81

A Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981, que traça a "Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação", na parte referente aos "instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente", determina que "Art. 9 – São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: I... II... III – A AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS", (grifo nosso).

Aqui, o EIA adquire alcance imensamente mais largo que aquele previsto na Lei 6.803/80, embora ainda ressentindo-se de obscuridade legislativa. Embora ampliado no que tange ao campo de sua abrangência, o EIA, na Lei 6.938/81, ainda é um espírito a procura de um corpo, em busca de suas feições identificadoras. De qualquer modo, o EIA não é mais instrumento apenas para a "implantação de zonas de uso estritamente industrial que se destinem à localização de polos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos ou a instalações nucleares", mas faz parte de um rol mais abrangente de "instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente". A diferença não é apenas formal, mas de substância e de extensão. Como se percebe, não trazendo a Lei 6.938/81 os limites e travas draconianos da Lei 6.803/80, o EIA não está sujeito, na delimitação de sua ocorrência, à camisa de força das "zo-

nas de uso estritamente industrial". Ao revés, é "instrumento", por assim dizer, "sem contra indicação", sendo prescrito para a realização de toda uma "Política Nacional do Meio Ambiente", não importando se se trata de "zona de uso estritamente industrial", de "uso predominantemente industrial", ou de "uso diversificado", assim como também não tendo relevância se o projeto ocorre em "área crítica de poluição" ou não, em zona rural ou urbana, se é industrial ou agrícola, se é petroquímico ou não. Na nova lei, o EIA é um instrumento com "objetivos" mais amplos, entre os quais estão a "compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" e a "preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas a sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida." (Lei 6.938/81, art. 4, I e VI).

Em resumo, o EIA, com a moldura (ou ausência de moldura?) que lhe deu a Lei 6.938/81, não se sujeita a qualquer limite pertinente à categoria, tipo ou classe de atividade produtiva e poluidora, sendo exigível tanto para ações e projetos públicos ou privados, industriais ou não industriais (agrícolas, habitacionais, de transporte, ou mesmo de lazer), urbanos ou rurais, em áreas críticas ou não, petroquímicos, nucleares ou não. O EIA é requerido não só para projetos que degradam diretamente o meio ambiente, como ainda para os que, indiretamente, atacam o equilíbrio ecológico. Seu requisito gerenciador é sua destinação à "manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo". (Lei 6.938/81, art. 2, I).

Andou bem a Lei 6.938/81 ao não distinguir, para fins de EIA, a atividade poluente pela natureza da sua emissão ou causa próxima. De fato, diferença nenhuma há, em termos de devastação ecológica, entre poluição causada por atividade industrial ou de outra origem, como, por exemplo, os grandes projetos agrícolas. Ameaça ou dano efetivo nasce não só de um programa nuclear, mas, também, de projetos agropecuários, com desmatamentos extensivos e aplicação descontrolada de pesticidas em áreas próximas a reservas florestais com espécies raras ou em extinção, ou, ainda, com sua utilização nas proximidades de nascente de rios.

A própria regulamentação da Lei 6.938/81, no artigo que cuida do EIA, não faz qualquer distinção entre fontes diretas ou indiretas de poluição. Ao revés, estabelece que todas as atividades "capazes, SOB QUALQUER FORMA, de causar degradação ambiental" dependem de prévio licenciamento e, existindo "impacto significativo", elabora-se o EIA. (Decreto nº 88.351/83, art. 18, caput e § 1, c), grifo nosso).

Se a Lei 6.938/81 avançou, e por isso recebe aplausos, também não deixa de merecer críticas profundas no que tange ao tratamento dado ao EIA. O EIA como que se esconde entre os diversos artigos do estatuto. No que toca ao EIA, a lei está mais para madrasta do que para mãe. Cinco são seus defeitos principais nesta matéria:

- a) ausência de definição de EIA;
- b) imprecisão terminológica;
- c) discricionariedade do CONAMA na requisição do EIA;

- d) silêncio quanto aos requisitos mínimos e momento de preparação do EIA;
- e) não previsão da participação do público e Ministério Público no processo do EIA.

3. O DECRETO N° 88.351/83

O Decreto 88.351, de 1 de Junho de 1983, regulamenta as Leis nº 6.938/81 e 6.902/81. Parte do que deveria estar na Lei 6.938/81, encontrou acolhida no Decreto, assento menos seguro e mais sujeito às modificações de humor dos eventuais detentores do poder.

Na sua Seção II, ao cuidar da competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) diz que "Art. 7 – Compete ao CONAMA: I – ... II – ... III – ... IV – determinar, quando julgar necessário, antes ou após o respectivo licenciamento, a realização de ESTUDO DE ALTERNATIVAS e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados de GRANDE PORTE, requisitando aos órgãos e entidades da Administração Pública, bem como às entidades privadas, as informações indispensáveis ao exame da matéria." (grifo nosso). Por seu turno, o art. 18, no capítulo IV, que trata do licenciamento de atividades, dispõe que "A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis. Parágrafo 1º – Caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos segundo os quais serão exigidos ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL para fins de licenciamento, contendo, ENTRE OUTROS, os seguintes itens: a) diagnóstico ambiental da área; b) descrição da ação proposta e suas alternativas; c) identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos ou negativos. Parágrafo 2º – O estudo de impacto ambiental será realizado por técnicos habilitados, e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), correndo as despesas por conta do proponente do projeto. Parágrafo 3º – Respeitada a matéria do sigilo industrial, assim expressamente caracterizada a pedido do interessado, o RIMA, devidamente fundamentado, será acessível ao público.", (grifo nosso).

É evidente a influência norte-americana no Decreto 88.351/83. O decreto inovou sem, contudo, contrariar a Lei 6.938/81. Os avanços em muito vencem as definições técnicas ou de redação do texto. Não sobra a menor dúvida que o legislador tentou acertar e, de fato, modelou-se no que de melhor há no direito comparado: o NEPA e sua regulamentação. Detalhes essenciais à elaboração do EIA não foram diretamente tratados pelo texto legal. Assim, pode-se indagar: a) Qual o tipo de projeto que torna o EIA obrigatório? b) Qual o procedimento e conteúdo do EIA? c) Qual o momento de preparação do EIA? d) Como se dá a participação do público na elaboração do EIA? e) Que papel está reservado para o Ministério Público?

A Resolução nº 001, de 23 de Janeiro de 1986, expedida pelo CONAMA, preencheu algumas destas lacunas deixadas pela legislação principal.

4. A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001/86

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com base no art. 48 do Decreto 88.351/83, expediu a Resolução nº 001, de 23 de Janeiro de 1986, visando, fundamentalmente, definir Avaliação de Impacto Ambiental, dando-lhe contornos mais nítidos e estabelecendo responsabilidades e diretrizes gerais para sua elaboração. A Resolução, de maneira mais extensiva que o Decreto, porém ainda incompleta, dissecava o procedimento do EIA, respondendo as questões “SE”, “QUANDO”, “POR QUEM”, “COMO” e “O QUE”.

Impacto ambiental é definido como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante de ação humana que, direta ou indiretamente, afete a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, bem como a qualidade dos recursos ambientais (art. 1).

O art. 2, de maneira exemplificativa, enumera algumas atividades que detonam a elaboração do EIA, tais como, entre outras, mineração, extração madeireira e construção de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, aterros sanitários, complexos e unidades industriais e agro-industriais, e projetos urbanísticos.

Os artigos 5, 6, 7 e 8 cuidam do EIA. Os artigos 9, 10 e 11, por seu turno, descrevem o conteúdo e procedimento do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

5. CASUÍSTICA E OBRIGATORIEDADE DO EIA

O Decreto 88.351/81 não elenca, de modo claro, indutivo e taxativo, um rol de hipóteses em que o EIA seria exigido. Nem poderia fazê-lo, sob pena de querer enumerar aquilo que não permite enumeração, ou descer a minúcias que a prática diária condena à ineficácia. O CONAMA, entretanto, através da Resolução 001/86, listou, a título de exemplo, algumas atividades que dispõem a exigência de elaboração de EIA. Não se pode, contudo, pensar que qualquer ação, projeto ou atividade, nem qualquer impacto ambiental, motive a elaboração de EIA. De qualquer modo, segundo o decreto, e nos passos da legislação americana, há que se entender que tal acontecerá somente quando a ação seja capaz de provocar “impactos SIGNIFICATIVOS, positivos ou negativos, no meio ambiente” (art. 18, § 1, c), (grifo nosso).

Sendo a elaboração de EIA procedimento custoso, geralmente demorado e complexo, não deve ser visto e entendido como pré-requisito natural e universal para todo e qualquer licenciamento de atividade. Do contrário, o EIA perderia sua utilidade de “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (Lei 6.938/81, art. 4, I). O EIA não é nem pode ser transformado em impedimento à atividade econômica e ao desenvolvimento da nação. Antes, é instrumento de racionalização da utilização dos recursos ambientais. A ação que dispara a elaboração de EIA não é outra senão aquela que, se materializada, trará alterações significantes, mesmo que não irreparáveis, no meio ambiente.

6. PROCEDIMENTO E CONTEÚDO DO EIA

O Decreto 88.351/83 e a Resolução 001/86, ao cuidar do conteúdo do EIA, impõem alguns requisitos mínimos, quais sejam: a) diagnóstico ambiental da área de influência do projeto; b) descrição da ação proposta e suas alternativas, bem como medidas mitigadoras; c) identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos ou negativos do projeto; e d) elaboração de programa de acompanhamento dos impactos. Determina, ainda, que o EIA seja realizado por técnicos habilitados e que tenha forma escrita, autuado que é em um Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

O RIMA, espelhando as conclusões do EIA, trará, como conteúdo mínimo, os objetivos, justificativas e descrição do projeto e dos impactos ambientais, a caracterização da qualidade ambiental futura, levando em conta as alternativas possíveis e medidas mitigadoras. Por derradeiro, em conclusão, recomendará a alternativa mais favorável (Resolução 001/86).

Demais, é sempre bom ressaltar que o EIA atende aos interesses da sociedade e não dos particulares envolvidos. Seus requisitos mínimos são inderrogáveis pela vontade das partes e não podem ser arredados sob pena de comprometimento integral do EIA. Mesmo outros dados não diretamente exigidos pelo Decreto ou Resolução podem e devem, no caso concreto, ser requisitados, sob pena de invalidade absoluta do EIA (Resolução 001/86, art. 6, § único).

Por fim, é mister que o público tenha ampla intervenção na preparação do EIA. O Decreto 88.351/83 e a Resolução 001/86 prevêm, tão apenas, o “acesso” do público ao RIMA, (art. 11).

7. MOMENTO DE PREPARAÇÃO DO EIA

O momento para realização do EIA é, normalmente, anterior à expedição da licença, mesmo que se trate de licença-prévia. A única exceção é quando o CONAMA, de maneira fundamentada, mesmo após o licenciamento, exige o EIA, (Dec. 88.351/83, art. 7, IV). No âmbito dos Estados não se abre tal possibilidade, devendo o EIA ser elaborado como passo preliminar à licença, a não ser que uma licença existente seja revogada ou anulada por vício exatamente no EIA anterior. De qualquer modo, licença não se pode conceder sem que o devido EIA tenha sido elaborado. Do contrário, a finalidade do EIA se quedaria impossível de realização e o próprio EIA se transformaria em farsa para encobrir um licenciamento irregular. O objetivo maior do EIA é influir no mérito da decisão administrativa de concessão da licença. Se esta já foi expedida ou mesmo se a decisão já está tomada, o EIA não tem qualquer valor. Não tem cabimento no nosso Direito a figura do EIA “a posteriori”. Não se pode perder de vista que a tarefa do EIA, “é tentar uma análise integrada das consequências dos projetos, no estágio mais cedo possível de planejamento, para trazer à tona os efeitos da atividade particular enquanto as opções ainda estão abertas à reconsideração da desejabilidade da ação ou do seu modo de operação antes que uma decisão irremediável seja tomada.” (15)

O escopo do EIA é inserir no atuar administrativo considerações de ordem

ecológica. E o licenciamento é o momento adequado que tem o Poder Público para exercer tais considerações. Sem elas — em sendo o caso — toda atividade administrativa está irremediavelmente comprometida por vício essencial, vez que o administrador fugiu aos padrões jurídicos estabelecidos e obrigatórios.

C) MINISTÉRIO PÚBLICO E EIA

1. NATUREZA DA INTERVENÇÃO

No Brasil, a intervenção direta no MP na área ambiental é recente. Do mesmo modo, não é antiga a legislação brasileira nesta matéria. Em decorrência das disposições legais vigentes, ao “Parquet” está reservado um papel vital na proteção ecológica. Não seria demasiado afirmar que, pela primeira vez em sua história, o Ministério Público recebe a incumbência de tutelar o bem jurídico “vida” por inteiro. Não apenas a “vida” humana isoladamente considerada, mas todo o meio ambiente harmônico que circunda o homem. Em outras palavras: suas atribuições vão além da proteção a simples existência física do ser humano e atingem o resguardo às fontes, estruturas e elementos que propiciam, mantêm e ornamentam esta mesma existência.

Nos últimos anos, após receber base legal mímina, o Ministério Público, a partir do Estado de São Paulo, tem desenvolvido um ambicioso, pioneiro e bem sucedido trabalho de tutela ecológica. Primeiro, a nível das comarcas, com a criação das Curadorias de Meio Ambiente (Lei Orgânica Estadual nº 304/82, art. 32, I, 34, a) Segundo, num plano mais amplo, com a organização da “Coordenadoria de Meio Ambiente”. Por último, através de cursos, palestras e seminários, com o desenvolvimento, “interna corporis”, de uma “consciência de proteção ambiental”. (16)

Todavia, muito do que se tem realizado permanece circunscrito à esfera repressiva (de persecução penal e civil), normalmente com repercussões preventivas apenas residuais. A via mais curta e eficiente, do ponto de vista econômico, aberta ao Ministério público na tutela do meio ambiente é a “intervenção administrativa direta de prevenção”, realizada através da fiscalização dos instrumentos de controle colocados à disposição dos órgãos técnicos, entre os quais se destaca o EIA. Ironicamente, é exatamente neste terreno que o MP menos se tem destacado.

Os órgãos governamentais, e, portanto, o MP, dispõem de três mecanismos fundamentais de tutela ambiental (17). O primeiro e menos direto de todos, é a “via educativa”, objetivando conscientizar a população e carrear suporte político para os programas do governo. O segundo e mais direto de todos, é a chamada “via persecutória penal”. O terceiro, de características fundamentalmente preventivas, é a denominada “via procedural” e que visa trazer considerações e valores ambientais para o processo decisório de licenciamento de projetos e programas de desenvolvimento. Seu exemplo mais conhecido é o EIA. A “via procedural” tem sido festejada nas legislações mais modernas do mundo, principalmente porque a experiência tem demonstrado que é extremamente caro e ineficiente esperar a ocorrência do dano ambiental para, só então, atuar com base no direito tradicional. (18)

A preocupação do Ministério Público não deve ser apenas com a correção a

curto prazo dos erros provocados pelo avanço tecnológico desordenado, mas também com a preservação do meio ambiente numa perspectiva a longo prazo. O primeiro procedimento (correção) é, via de regra, preontemperante e repressivo e judicial (persecução penal e reparação civil), ou seja, a ação do Ministério Público ocorrerá após dano. Diferentemente, o segundo é eminentemente preventivo e administrativo, pressupondo, entre outras medidas, a fiscalização da elaboração e execução dos EIA’s. Numa perspectiva econômica, este é o caminho mais eficiente, rápido e barato, não só para a Instituição como para a sociedade como um todo.(19) A atividade administrativa do Ministério Público, no que se refere à tutela dos interesses difusos — inerente às suas atribuições de Ombudsman — é tão ou mais importante que a judicial. A respeito da legislação americana comenta-se que os “Tribunais, sobrecarregados e com conhecimentos limitados na matéria ambiental, devem ser o último recurso no processo de execução do NEPA, e não o único. Um órgão do tipo Ombudsman, ..., está especialmente moldado para preencher esta lacuna crucial no processo atual de proteção ao meio ambiente”.(20) Na atividade preventiva, o Ministério Público não só fiscaliza, como também, participa da formulação de políticas e programas. Deixa de ser simples órgão executor e se transforma em órgão criador. Ademais, é sempre útil reafirmar, preservar é sempre menos custoso que restaurar. Já se disse, com certo sarcasmo, que para realmente recompor o meio ambiente teríamos que volver milênios no tempo para consegui-lo: no mínimo até o período neolítico.

2. A BASE LEGAL PARA A INTERVENÇÃO

Dois são os suportes principais e específicos para a intervenção do Ministério Público Brasileiro na matéria ambiental: as leis 6.938/81 e 7.347, de 24 de Julho de 1985.

A lei 6.938/81 deu ao MP, pela primeira vez, legitimidade para “propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente” (art. 14, § 1). Se antes a preservação ecológica pelo MP era eminentemente repressiva-penal e sempre de caráter indireto, após a promulgação do novo ordenamento, sua intervenção passou a ser direta, mas ainda com características essencialmente repressivas, embora já na área da reparação civil.

Por seu turno, a lei 7.347/85 representou um divisor de águas e um marco modernizador no direito brasileiro.(21) Tratou-se de avanço pioneiro na América Latina na área da proteção aos interesses difusos e na questão do acesso à Justiça.

Uma de suas inovações tem especial relevância para a intervenção do MP na fiscalização do EIA. Trata-se da extensão do já tradicional poder do MP para requisitar “documentos, certidões e informações de qualquer repartição PÚBLICA...,” — nos termos acanhados da Lei Complementar 40/81 (art. 15, I, grifo nosso) — para, também, de modo mais abrangente, “requisitar de qualquer organismo PÚBLICO ou PARTICULAR ... EXAMES ou PERÍCIAS, ...” (Lei 7.347/85, art. 8, § 1, grifo nosso).

Ora, o EIA, em termos simples, nada mais é que uma “perícia” técnica sofisticada e aprofundada dos impactos ambientais de um determinado projeto, acrescida de considerações sobre alternativas para a ação e análise econômica.

Portanto, ao MP é lícito:

- a) propor ação civil reparatória diretamente (dano já ocorrido), (Lei 7.347/85, art. 5);
- b) ajuizar ação cautelar visando evitar o dano (dano por ocorrer), (arts. 4 e 5);
- c) instaurar sob sua presidência o inquérito civil apropriado para instrução da inicial e, no curso daquele, requisitar ao órgão competente a elaboração do EIA, tanto antes como após a ocorrência do dano (art. 8, § 1, 1ª parte); ou
- d) requisitar unicamente o EIA, mesmo sem abertura do inquérito, mas sempre com vistas à propositura de ação civil pública. Novamente, é despicienda a existência ou não de dano concreto, bastando simples possibilidade que o mesmo venha a suceder (art. 8, § 1, in fine).

Logo, usando seu poder requisitante, tanto dentro como fora do inquérito civil, tanto antes como após a ocorrência do dano, tanto para atacar uma concessão de licença prestes a se concretizar como uma licença expedida irregularmente sem o devido EIA, o MP pode exigir a elaboração de EIA.

Assim, no nosso ordenamento, ao lado do "EIA original" teríamos um "EIA derivado" de requisição do MP. Isto porque, em muitos casos, só um EIA pode dar ao MP os subsídios técnicos necessários à propositura da ação civil, especialmente a de natureza cautelar.

III – CONCLUSÕES ARTICULADAS

1 – O Ministério Público, no Direito brasileiro, tem atribuições para requisitar, intervir e fiscalizar a elaboração de Estudos de Impacto Ambiental.

2 – A obrigatoriedade do EIA, bem como seus requisitos e procedimentos mínimos, momento de preparação, participação do público e fiscalização pelo MP devem estar previstos na Lei nº 6.938/81.

3 – A Lei nº 6.938/81 necessita aperfeiçoamento, recomendando-se, entre outras, as seguintes emendas:

3.1 Alterando o art. 7:

Art. 7 – ...

Parágrafo único – Integrarão, também, o CONAMA:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...

e) Um representante do Ministério Público Federal, com prévia experiência na tutela ambiental, a ser indicado pelo Procurador Geral da República;

f) Um representante no Ministério Público Estadual, com prévia experiência na tutela ambiental, a ser indicado pela Confederação Nacional do Ministério Pú- blico.

3.2 Modificando o art. 9:

Art. 9 – ...

- I – ...
- II – ...

III – Estudo de Impacto Ambiental;

3.3 Acrescentando um novo artigo entre os atuais arts. 10 e 11:

Art. ... – Nos casos em que o projeto, construção, instalação, modificação, encerramento ou funcionamento de unidade ou complexo industrial, agropecuário ou qualquer outra atividade ou programa, sob qualquer forma, de modo direto ou indireto, cause ou seja capaz de causar degradação ou alteração significante no meio ambiente, o licenciamento ambiental depende da elaboração prévia de Estudo de Impacto Ambiental.

Parágrafo Primeiro – O Estudo de Impacto Ambiental conterá, no mínimo:

- a) descrição do projeto ou atividade propostos e de suas alternativas;
- b) diagnóstico da área a ser afetada;
- c) previsão, identificação e análise dos impactos significativos negativos e beneficiais, a curto e a longo prazo, do projeto ou atividade bem como de suas al- ternativas;
- d) análise ambiental da relação custo-benefício entre o projeto ou atividade e as alternativas.

Parágrafo Segundo – O órgão competente para emitir a licença ambiental dará ciência da abertura do Estudo de Impacto Ambiental ao Ministério Público da União e do Estado em que o projeto ou atividade esteja ou estará localizado, sendo-lhes permitido juntar e requisitar perícias e providências, bem como opinar sobre o mérito do projeto ou atividade.

Parágrafo Terceiro – O Ministério Público, da União e dos Estados, poderá, sempre de modo fundamentado, requisitar do órgão competente a elaboração ou revisão de Estudo de Impacto Ambiental.

Parágrafo Quarto – As Associações Ambientais e de Moradores terão acesso ao Estudo de Impacto Ambiental, podendo juntar documentos e perícias, bem co- mo requerer providências, respeitada a matéria de sigilo industrial, assim expressa- mente caracterizada a pedido do interessado.

NOTAS

- (1) A literatura sobre o NEPA e EIA é vasta e diversificada e extrapola o terreno restrito do Direito, envolvendo outras ciências. Para uma excelente e concisa análise do NEPA, consultar Roger W. Findley e Daniel A. Farber, Environmental Law in a Cutshell, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1983, p. 21-54. Destaque tam- bém merece a obra do Prof. William H. Rodgers Jr., Environmental Law, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1977, com suplemento de 1984, p. 697-834. Ver, ade- mais, Anderson, Mandelker and Tarlock, Environmental Protection: Law and Poli- cy, Boston, Little, Brown and Company, p. 683-794. Para uma análise pormenori- zada do NEPA, ver Frederick R. Anderson, NEPA in the Courts, Baltimore, Resour- ces for the Future, Inc., 1973. Na matéria, a obra mais completa e recente é Daniel R. Mandelker, NEPA: Law and Litigation, Wilmette, Illinois, Callaghan and Com- pany, 1984, com Suplemento de 1985. Os seguintes livros podem ser úteis em pes- quisa mais ampla: Arbuckle e outros, Environmental Law Handbook, Rockville, MD, Government Institutes, Inc., 1985, p. 370-396; Frank F. Skillern, Environmen- tal Protection, Colorado Springs, CO, Shepard's/McGraw-Hill, 1981, p. 20/82. Mais

especificamente sobre EIA, consultar Kaiman Lee and Lauren L. Koumjian, Environmental Impact Statement, Boston, Environmental Design and Research Center, 2nd ed., 1978; Paul N. Cheremisinoff and Angelo C. Morresi, Environmental Assessment and Impact Statement Handbook, Ann Arbor, Ann Arbor Science Publishers Inc., 1977; Sherman J. Rosen, Manual for Environmental Impact Evaluation, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, Inc. 1976; Neil Orloff, The Environmental Impact Statement Process: A Guide to Citizen Action, Washington, D.C., Information Resources Press, 1978; Frank L. Cross and Ronald Barbaro, Primer on Environmental Impact Statements, Westport, Conn., 1973.

(2) David S. Zalob, Perspective Internationale sur les Orientations Actuelles du Droit et de la Procedure en Matière d'Impact sur l'Environnement, Revue de Droit, vol. 9, n. 2, Quebec, Faculté de Droit, Université Sherbrooke, p. 529.

(3) Conferir, An Environmental Agenda for the Future, preparado pelas dez mais importantes associações ambientais dos EUA, e editado pela Island Press, Washington, D.C., 1985.

(4) Ralph J. Melancon, Environmental Law – NEPA of 1969, Loyola Law Review, 1971-1972, vol. XVIII, n. 3, New Orleans, Loyola University, School of Law, p. 726.

(5) Henry M. Jackson, Environmental Policy and the Congress, Natural Resources Journal, vol. 11, Julho 1971, n. 3, Albuquerque, NM, The University of New México School of Law, p. 414.

(6) Ver Burton C. Kroos, Preparation of an Environmental Impact Statement, University of Colorado Law Review, vol. 44, n. 1, Agosto 72, UCLR, Inc., Boulder, Colorado, p. 145.

(7) Impende relembrar que após a entrada em vigência do NEPA e a introdução do EIA como instrumento obrigatório no processo de proteção ambiental, inúmeros países, de um modo ou de outro, introduziram tal Estudo no seu sistema legal. Na França o EIA foi criado pela Lei n. 76.629/76 e implementado pelo Decreto n. 77.1141/77. Luxemburgo seguiu a mesma trilha através da Lei de 17 de Julho de 1978 (art. 1). No Canadá, o Environmental Assessment and Review Process (EARP) foi introduzido em 1973 por uma diretiva do Gabinete e, em 1979, o Department of Environment Act foi emendado com vistas a dar mais poderes ao Ministério do Meio Ambiente nesta matéria. Na província de Alberta, Canadá, o EIA foi introduzido pelo art. 8 do Land Surface Conservation and Reclamation Act, de 1980. Para uma avaliação da situação italiana, ver Stefano Lanzavecchia, Il Balancio di Impatto Ambientale e le Banche-Dati Territoriali nel Quadro della Riforma Sanitari, Archivio Giurídico "Filippo Serafini", vol. CCII, Fasc. 3-6, 1982, S.T.E.M.-Mucchi, Modena, p. 579-602. Para um estudo ainda atual do direito europeu, consultar S. Ercman, European Environmental Law, Bubenberg-Verlag, AG Bern, 1977. Um trabalho mais recente é J. McLoughlin e M.J. Forster, The Law and Practice Relating to Pollution Control in the Member States of the European Communities: a Comparative Survey, London, Graham and Trotman, 2nd edition, 1982. Na Grécia, o primeiro movimento em prol do EIA veio com a Norma 1.032/80, expedida pelo "Conselho Nacional para o Planejamento Físico e Meio Ambiente". A Lei de Proteção Ambiental da República Popular da China, aprovada em 13 de Setembro de 1979, estabelece, em seu art. 6, o dever de instituições e empresas de velar pelo

meio ambiente e que "em planejando novas construções, reconstrução ou extensão de projetos, um relatório das possíveis consequências ambientais deve ser submetido ao Departamento de Proteção Ambiental e outros Departamentos relevantes, para exame a aprovação antes que o projeto possa ser iniciado." A Austrália, em 1974, promulgou o Environmental Protection Act, com previsão expressa do EIA, o qual deve ser submetido ao Ministério para o Meio Ambiente e Preservação (a respeito das falhas do modelo australiano, ver Andrew C. Gross e Nancy E. Scott, Comparative Environmental Legislation and Action, The International and Comparative Law Quarterly, vol. 29, Part 4, Out. 1980, The British Institute of International and Comparative Law). Uma visão geral da proteção ambiental no Direito Comparado está em A. Dan Tarlock e Pedro Tarak, An overview of Comparative Environmental Law, Denver Journal of International Law and policy, vol. 13, n. 1, Fall 1983, Denver, University of Denver, College of law, p. 85-108.

(8) Luna B. Lepold e outros, A Procedure for Evaluating Environmental Impact, in Readings in Environmental Impact, New York, MSS Information Co., 1974, p. 295.

(9) Em verdade, com precisão técnica, EIA e AIA são termos distintos. Porque só os impactos significantes de um projeto exigem a elaboração de EIA, uma análise preliminar de todos os impactos é feita, resultando daí a decisão de elaborar ou não o EIA. Tal avaliação preliminar compõe a Análise de Impacto Ambiental. A AIA é uma descrição escrita apenas dos impactos da ação. Já o EIA descreve científica, profissionalmente e em detalhe os impactos ambientais e as alternativas e incorpora, ademais, todos os comentários, críticas e perícias juntados pelas partes intervenientes. A AIA é documento inicial. O EIA é documento final. Se a decisão do órgão responsável é pela elaboração de EIA, os dados e material coletados pela AIA podem ser aproveitados, como ponto de partida, na composição daquele. Neste sentido, conferir R. K. Jain e outros, Environmental Impact Analysis, New York, Van Nostrand Reinhold Company, 1977, p. 17.

(10) James A. Roberts, in Environmental Impact Assessment, San Francisco, CA, Freeman, Cooper and Company, 1975, p. 218.

(11) R. K. Jain, ob. cit., p. 3.

(12) Randall L. Taylor, Implementation of the Environmental Impact Statement, in Land Use and Environmental Review, New York, Clark Boardman Company, Ltd., 1979, p. 119.

(13) P. S. Elder, Environmental Impact Assessment in Alberta, Alberta Law Review, vol. XXIII, n. 2, Edmonton, Alberta, p. 287.

(14) Paulo Afonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo, RT, 1982, p. 67/68.

(15) Sandra K. McCallum, Environmental Impact assessment: a Comparative Analyses of the Federal Response in Canada and the United States, Alberta Law Review, vol. XIII, n. 3, Edmonton, Alberta, - 378.

(16) Para uma listagem das ações propostas pelo MP de São Paulo, conferir Édis Milaré, Tutela Jurídica do Meio Ambiente, RT 605/23.

(17) Um quarto mecanismo, chamado "via econômica ou de mercado", vem sendo aclamado pelos estudiosos do direito ambiental e direito administrativo. Por ainda

se encontrar mais no terreno teórico que prático, não merece maior destaque no presente trabalho. Ver Peter Z. R. Finkle, Canadian Environmental Law in the Eighties: Problems and Perspectives, Dalhousie Law Journal, vol. 7, n. 2, April 1983, Halifax, Canada, Faculty of Law of Dalhousie University, p. 257-276.

(18) O EIA não é o único mecanismo "procedimental" ou "administrativo" possível de utilização pelo MP na tutela ambiental. Outros como, por exemplo, assento e voz nos órgãos consultivos colegiados são opções que se abrem à Instituição. Além disso, a atividade de mediação do MP nos litígios ambientais, ainda sem suporte legal direto, será outro meio para tal tutela.

(19) Deve-se ressaltar que a tutela judicial também pode ser usada preventivamente (ação cautelar). Entretanto, os tribunais hesitam em analisar o mérito da decisão administrativa ambiental. Nada impede que o MP, no plano administrativo, não só discuta os aspectos procedimentais do EIA, como também opine sobre a conveniência e oportunidade da concessão da licença ambiental para o projeto em questão. Neste sentido é exemplar a lição de Roger Findley no sentido de que na aplicação do NEPA os tribunais não chegam propriamente a proibir permanentemente o projeto, mas, tão somente, suspendem-no até que um EIA adequado seja preparado. Vale dizer, o poder judiciário não deseja tomar o lugar dos poderes executivo e legislativo no que toca ao balanceamento entre meio ambiente e desenvolvimento. (Conferir Conferência proferida no Estado de São Paulo, em 05 de Dezembro de 1985, a convite do MP e com tradução de Antônio H. V. Benjamin).

(20) Fran Hoffinger, Environmental Impact Statements: Instruments for Environmental Protection or Endless Litigation?, Fordham Urban Law Journal, vol. XI, n. 3, 1982-1983, New York, Fordham University School of Law, p. 566.

(21) Para um excelente estudo sobre a tutela dos interesses difusos e ação civil pública, ver o trabalho dos colegas do MP paulista Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelso Nery Jr., A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos, São Paulo, Saraiva, 1984.

Tese:

"MINISTÉRIO PÚBLICO E CONSTITUINTE: O QUARTO PODER DO ESTADO"

Autor: Guilherme de Souza Nucci — Promotor de Justiça

SUMÁRIO:

- I – Introdução
- II – Enfoque histórico da Constituição
- III – Surge a identidade: Povo e Ministério Público
- IV – O Anteprojeto Constitucional, o Sistema de Governo e o Ministério Público
- V – A busca do Quarto Poder do Estado
- VI – O Ministério Público e a "Comissão Afonso Arinos". Visão crítica
- VII – Conclusão
- VIII – Conclusão articulada
- IX – Bibliografia

I – INTRODUÇÃO

Através dos tempos, a evolução da teoria constitucional, acoplada à prática de inúmeras Constituições, trouxe uma situação de perplexidade ao mundo contemporâneo: todas as nações politicamente organizadas clamam pela existência de uma Constituição escrita, mas, ao mesmo tempo, na realidade, pouco se respeita a Carta Magna.

Entendemos ser esta a grande razão de desestabilização política de muitas sociedades, pois o ideal sempre foi um "governo das leis", onde as normas advêm das próprias relações humanas e não da vontade arbitrária de um único grupo, ou até mesmo de um único homem. Em contraposição, não se admite, portanto, o chamado "governo de homens".

O fortalecimento do mencionado "governo das leis", estabilizador dos conflitos sociais, somente poderá efetivar-se com o advento de uma Carta Magna forte e representativa, além de uma marcante fiscalização de seu cumprimento.

Dentro desse contexto, surge a Constituinte e, na sua esteira, o Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985.

Em que pese o fato do Presidente José Sarney ter afirmado, em 03 de setembro de 1985, quando da instalação da Comissão Provisória, que "eles não se reuni-

raõ para ditar aos Constituinte que textos devem aprovar ou não”, sabe-se ser o Anteprojeto Constitucional o único esteio concreto de que dispõe a Constituinte para seus estudos e discussões. Eis af a razão fundamental do presente trabalho de- ver ser realizado em confronto com tal texto provisório.

Ademais, a previsão dos membros da “Comissão Afonso Arinos” irá, certamente, integrar os debates da Assembléia Nacional Constituinte, de onde advirão as normas fundamentais da Nação brasileira.

Propõe-se no presente estudo a análise da posição constitucional do Ministério Público na futura Constituição, em confronto com suas finalidades precípuas, bem como com o regime de governo escolhido. Acreditamos haver íntima ligação entre tal escolha e a colocação do “Parquet” dentre os Poderes Estatais.

“A lei deve ser a organização social da liberdade”

Tancredo Neves

II – ENFOQUE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

A Constituição escrita, como a conhecemos atualmente, surgiu por volta do século XVIII, a fim de assegurar, de maneira cabal, a liberdade e os direitos fundamentais do indivíduo, disciplinando o uso do poder e impedindo a sua concentração abusiva, com a promoção da organização da sociedade e acesso de novas classes sociais ao poder político. Na realidade, sentiu-se necessidade de “passar por escrito” princípios já em vigência, acrescentando alguns novos, que aperfeiçoassem a promissora sociedade industrial que despontava.

Ainda no século XVIII, com as idéias de Emmanuel Joseph Sieyès, na obra “Qu'est-ce que le tiers État?”, consolida-se o entrelaçamento da Constituição com as reivindicações do povo, o Terceiro Estado. Assim, inicia o autor o seu trabalho com as seguintes colocações: 1º) “O que é o Terceiro Estado? — Tudo; 2º) “O que tem sido ele, até agora, na ordem política? — Nada; 3º) “O que é que ele pode? — Ser alguma coisa.” (Emmanuel Joseph Sieyès, ob. cit., pág. 63, Ed. Laber Juris).

O povo desloca-se, então, da simples posição de mero observador para a de participante ativo na estrutura jurídica da comunidade, na medida em que é, efetivamente, o Terceiro Estado (“Tudo”), sem privilégios (“Nada”), mas que reivindica inúmeras mutações sociais (“Ser alguma coisa”).

Para tanto, elabora Siyès sua teoria na base de que a nação é a verdadeira titular do Poder Constituinte e a Constituição elaborada tem como destinatário o povo.

Historicamente, pois, a Carta Magna escrita fixou as diretrizes e os princípios para uma sociedade democrática e justa, regulando a interferência do Estado nas relações sociais e na promoção dos direitos fundamentais dos menos favorecidos.

III – SURGE A IDENTIDADE: POVO E MINISTÉRIO PÚBLICO

Pergunta-se: o objetivo máximo de uma Constituição é fortalecer o Poder Pú- blico para evitar a desigualdade social e econômica, ou restringi-lo para coibir seus abusos?

A resposta a essa indagação é fundamental, pois é procurada há anos, por inúmeras correntes ideológicas e em árduos debates políticos. O que ousamos respon- der, na verdade, é que tanto o *fortalecimento* do Poder do Estado para garantir o equilíbrio da sociedade, como a sua *restrição* para evitar o abuso desmedido, per- dem ambos a razão de ser se não houver um eficiente meio de fiscalização e contro- le.

Fortalecer ou restringir, sem fiscalizar, é tão inócuo quanto nada prever.

Ainda mais quando se sabe que a Constituição Federal é o espelho da socieda- de, no qual as pessoas querem viver, mas somente ela não faz a comunidade tornar- se democrática ou justa.

Podemos colocar, agora, a tese a ser discutida: quem exercerá essa fiscaliza- ção?

Ora, quem melhor a exercitá-la, senão o próprio titular do Poder Constitui- te: o povo?

Este, no entanto, dentro das estruturas criadas para representá-lo e defendê- lo não conhece Instituição mais profícua que o Ministério Público, por sua tradição e raízes, bem como por sua atuação e independência.

Na evolução das Constituições brasileiras e nas leis inferiores, o Ministério Pú- blico vem adquirindo autonomia, independência, prestígio e respeito, espelhando uma situação de verdadeiro Poder de Estado, livre de qualquer vinculação.

Apesar de não haver, nas leis, ainda, total abono a essa posição do “Parquet”, indubitável se torna para todos os juristas pátrios que se trata de uma instituição nacional e permanente, que visa garantir a correta observância da Constituição, a devida aplicação da lei, defendendo os interesses indisponíveis da sociedade exer- cendo uma patente atividade fiscalizadora, sendo essencial à atividade jurisdicional do Estado.

Outra não foi a conclusão desenvolvida na tese “Aspectos da Estrutura Orgâ- nica do Ministério Público”, dos autores Jaques de Camargo Penteado e outros, do Grupo de Estudos “Carlos Siqueira Neto” onde vislumbra-se a seguinte afirma- ção: “o Ministério Público deve ser legalmente conceituado como ‘Órgão da Sobera- nia do Estado’, a sociedade politicamente organizada’ e não apenas como ‘institui- ção permanente’ ”.

Assim, também, o conceituam os autores da tese “Ministério Público na Cons- tituição federal: organização básica; competências institucionais; garantias e impedi- mentos”, de Rosana Grimberg e outros, do “Parquet” pernambucano, quando men- cionam que o Ministério Público é, em última análise, o “órgão defensor dos interes- ses da Sociedade”.

Realizado o entrelaçamento entre a Instituição e o povo, deve-se avaliar a importânci a dessa ligação na estrutura pretendida pela Constituinte.

IV – ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL, O SISTEMA DE GOVERNO E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Pairá sobre a Constituinte um intenso debate centralizado na escolha do futuro regime de governo que servirá ao Brasil.

Discute-se entre várias hipóteses: presidencialismo puro, semipresidencialismo, parlamentarismo puro, semiparlamentarismo, presidencialismo travestido etc.

Não importam os nomes a serem dados, pois na essência os constituintes certamente buscam, assim como o fizeram os membros da Comissão Provisória, um sistema de governo que reduza os poderes do chefe do Executivo, e sua consequente hipertrofia sobre os demais Poderes, mas também uma nova estrutura política, que confira maior fortalecimento aos representantes diretos do povo, no Poder Legislativo. Explica-se que, com essa modificação, os três Poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, sairiam fortalecidos e decididamente harmônicos e independentes entre si.

Entendeu a “Comissão Afonso Arinos” fixar o semiparlamentarismo como sistema de governo, onde o Presidente da República, eleito por sufrágio universal, dividisse o poder com o Presidente do Conselho de Ministros, que poderá ser imposto pela Câmara dos Deputados à revelia do chefe da Nação.

Entretanto, antes mesmo que o anteprojeto fosse discutido, no plenário da Assembléia Nacional Constituinte, um dos integrantes da Comissão de Estudos, o Prof. Miguel Reale, em sua obra “Liberdade e Democracia”, Ed. Saraiva, pág. 92, resolveu pronunciar-se contrário a tal solução, optando por um outro sistema, ao qual denominou de “semipresidencialismo”. Para este regime, o Presidente da República não dividiria o poder com o Presidente do Conselho de Ministros, mas sim contaria com a colaboração de um Ministro-Coordenador, com função meramente opinativa. Tudo para preservar a harmonia entre o Legislativo e o Executivo.

De outro lado, o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no seu comentário ao Anteprojeto Constitucional, esboça uma afirmação no sentido de que, em verdade, a Comissão adotou um verdadeiro sistema presidencialista disfarçado sob a vestimenta parlamentarista mas que continua forte e poderoso.

A discussão em torno do sistema ideal de governo para a nação brasileira encontra-se longe de vislumbrar uma solução conciliadora, mas demonstra, evidentemente, a flagrante preocupação geral com a busca do regime perfeito à harmonia dos três tradicionais Poderes Estatais.

Sabe-se que, unicamente com tal harmonia, é que se poderá encontrar a estabilidade política da nação. A importância do tema chega a transcender suas próprias barreiras, atingindo fatos essenciais: não existirá estabilidade social e política sem a interdependência ideal dos Poderes do Estado, que, por sua vez, não se fará presente sem que haja a verdadeira harmonização entre os mesmos. E, por derradeiro para que exista tal estabilidade, há necessidade da presença da fiscalização da sociedade, impedindo abusos e interferências de um Poder em outro e assegurando a correta função de cada um deles.

Nada mais infalível do que a atuação fiscalizadora de um Quarto Poder: o fiscalizador, exercido pela sociedade, pelo povo. E não basta que tal fiscalização resulte de um mero “órgão especial”, pois nas exatas palavras de José Maria Zucheratto, ilustre membro do Ministério Público Mineiro, em sua tese “Ministério Público – Impedimentos e Garantias Constitucionais”, somente o poder é “livre, autônomo, não obedece a subordinação alguma, salvo a da Constituição”, ao passo que a função exercida por um órgão qualquer “não é livre, não é autônoma, obedece a várias subordinações”.

Conclui-se, portanto, que o sistema de governo a ser escolhido deverá estar voltado essencialmente para uma nova concepção de divisão dos Poderes do Estado: Executivo, Legislativo, Judiciário e Fiscalizador. Isso porque não importam longas discussões a respeito, somente, do regime de governo (se presidencialista ou parlamentarista, com mais ou menos poderes para o Presidente) sem que se volte tal debate para a harmonização dos Poderes Estatais, que, em verdade, são a base para a estabilização política do país.

V – A BUSCA DO QUARTO PODER NO ESTADO

O embasamento para a existência de um quarto Poder do Estado é encontrado em inúmeras obras de renome, entre as quais “Ministério Público – Quarto Poder do Estado (1915)”, de autoria de Alfredo Valladão. Mas, na realidade, a melhor base de sustentação para tal proposição figura na própria história da Constituição e de seus fundamentos, assim como no conhecimento das raízes históricas e tradicionais do Ministério Público.

Já pudemos desenvolver que a Constituição é da essência de uma sociedade democrática e justa, mas que somente a sua existência não traz a democracia e a justiça.

Logo, a Constituição requer fatores reais para sua verdadeira implantação. Um desses fatores, por exemplo, é a previsão das garantias dos direitos individuais. Mas, na atualidade, percebe-se que é falsa a noção de que o direito de um indivíduo acaba quando começa o direito de outro. Ora, esquece-se da existência de um outro interesse, o coletivo, que é exercido no mesmo lugar e ao mesmo tempo que os interesses individuais.

Dessa feita, com o exemplo fornecido, vai-se vislumbrando a importância crescente do coletivo sobre o individual, a importância da sociedade como um todo na elaboração das normas que estruturam a nação.

Eis que, o Quarto Poder do Estado, legítimo do povo, encarna sua função e atividade com a do Ministério Público. Nada mais justo e perfeito que seu exercício pelo “Parquet”. Assim, a Instituição defensora da sociedade elevar-se-ia à categoria de Poder Estatal onde buscaria todos os fatores e atributos necessários ao pleno funcionamento de suas atividades. Haveria, pois, o Ministério Público, como instituição de raízes sociais, totalmente independente dos três Poderes tradicionais.

Encontramos no Anteprojeto Constitucional da “Comissão Afonso Arinos” o intuito de realizar tal transformação, quando inseriu o Ministério Público na Seção V, do Capítulo V, do Título II, da Constituição, ao lado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, ainda encontra-se tripartida a divisão dos Poderes Estatais no art. 83, “In verbis”: “São Poderes dos Estados o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes, harmônicos e coordenados entre si”.

Por que não inserir aqui o Ministério Público, na sua atividade de Poder Fiscalizador?

Seria a superação, já apregoada por muitos, do anacrônico modelo da tríplice divisão das funções do Estado.

A necessidade de defender a Constituição e velar por seu primado e obser-

vância é a verdadeira natureza do Quarto Poder, que assegurará a longa duração da Carta Magna e sua credibilidade.

Os fatores de descrédito da Constituição Federal podem ser resumidos nos seguintes: 1) sua não aplicação como Lei Fundamental; 2) linguagem complicada e pedante; 3) desinteresse do povo.

No mínimo, pode-se fixar que as razões primeira e terceira têm sua origem no descumprimento das normas fundamentais. Uma sociedade que possui desacreditada sua Lei Máxima não pode possuir estabilidade, nem instituições duradouras.

É imperiosa a existência de uma "consciência constitucional" na nação brasileira, com a previsão de mecanismos na própria Constituição para efetivar a aplicação dos direitos de deveres lá previstos.

A quebra da certeza desses direitos e deveres e da própria coerência do sistema jurídico da sociedade elimina qualquer segurança social, tornando o povo, verdadeiro titular do Poder, em indefesa força política e vítima da arbitrariedade dos poderes. E isso tudo acontece quando não se respeita a Constituição, fazendo impossível a respeitabilidade do padrão de justiça de um povo.

O presente estudo tem por finalidade, portanto, a fixação do princípio da criação expressa do Quarto Poder Estatal, com suas funções e atribuições para a garantia da harmonia dos tradicionais Poderes do Estado e para a segurança jurídica da estrutura da nação.

VI – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A "COMISSÃO AFONSO ARINOS".

VISÃO CRÍTICA.

A título de exemplificação das colocações anteriormente apresentadas, cabe no momento tecer algumas críticas concretas ao Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória.

É sabido que os seus membros procuraram adotar uma fórmula há muito tempo exigida por inúmeros juristas pátrios, com relação ao Ministério Público, no sentido de desvinculá-lo do Poder Executivo, concedendo-lhe independência e garantias.

É fato que a colocação do Ministério Público nos quadros do Poder Executivo abomina a qualquer estudioso de suas raízes históricas. O "Parquet", considerado "defensor dos interesses da sociedade", verdadeira "magistratura de pé", não pode, ao mesmo tempo, representar a lei e defender os interesses do Executivo. São posições antagônicas e díspares.

No mesmo sentido, em que pesem doutes opiniões em contrário, não se pode colocá-lo no Poder Judiciário, pois não seria coerente um verdadeiro Poder Fiscalizador dentro dos quadros de um Poder fiscalizado.

Dessa maneira, o Anteprojeto o separa dos demais Poderes concedendo-o uma seção à parte. Mas, infundadamente, prevê, ainda, os seguintes pontos: 1) representação judicial da União pelo Ministério Público Federal (art. 97, art. 311, I e art. 312, § 3º); 2) não concessão ao "Parquet" da livre escolha de seu chefe (art. 310 e 3) não consideração explícita de sua inclusão como um dos Poderes do Estado (art. 83).

Ora, não há como exercer imparcialmente a fiscalização dos Poderes, da lei

e da própria Constituição, tendo que defender os interesses da União e de suas autoridades. Não se pode, também, aceitar o fato de dividir-se o Ministério Público em Federal e Estadual, com diferentes atribuições, pois em nada contribui para o aperfeiçoamento da Instituição como Poder de Estado. E, nesse sentido, sem fazer qualquer separação, o art. 308, § 1º, considera o "Parquet" uno, indivisível e independente.

A unidade, indivisibilidade e independência não podem ser aplicadas "in toto" ao Ministério Público Federal, em face de sua subordinação à defesa das causas da União.

Como Poder Fiscalizador, a Instituição deve ser totalmente imparcial, sem atribuições de funcionar como defensor do Executivo. Além do mais, a escolha dos chefes do "Parquet", federal e estadual, é de competência exclusiva de seus membros. Nenhuma interferência do Poder Executivo deveria haver constitucionalmente prevista. Ao contrário, a autonomia nessa eleição deverá estar assegurada na futura Carta Magna.

Dessa forma, com tal garantia, as representações por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo ficariam mais autênticas, sem quaisquer ingerências, por pressão ou cobrança, por parte de outro Poder do Estado.

Inúmeras e inegáveis conquistas foram alcançadas pelo Ministério Público com a edição do Anteprojeto Constitucional em estudos, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, com sua equiparação à magistratura, bem como a autonomia financeira e administrativa e o mandato determinado do Procurador Geral da República, entre outras. Mas, não caberia neste trabalho a análise sistemática minuciosa das funções e atribuições do "Parquet", pois a colocação do mesmo dentre os Poderes Estatais já cumpre perfeitamente o seu papel no crescimento da Instituição.

VII – CONCLUSÃO

O Ministério Público é, sem dúvida, o guardião, o sentinela perpétuo da Constituição Federal. E, concomitantemente, um fiel defensor dos interesses indisponíveis da sociedade. Encontra-se ao lado do povo, titular do Poder Constituinte, representando-o na tarefa de fiscalização dos três tradicionais Poderes do Estado, constituindo verdadeiro Poder Fiscalizador.

Seu reconhecimento como Quarto Poder Estatal trará inúmeras consequências na ordem jurídica da nação, como, por exemplo, a legitimidade para proposição de ação popular, a atribuição de impetrar mandado de segurança contra atos lesivos aos direitos líquidos e certos do indivíduo e da sociedade em conjunto, desde que tenham reflexos na ordem constitucional, entre outras.

Atuará, guardadas as devidas proporções, como um verdadeiro Poder Moderador, que visará incessantemente a busca da manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos demais Poderes do Estado.

Tal proposição não encontra sérios obstáculos na ordem constitucional tradicional do Brasil, em face de, na realidade, a histórica tripartição dos Poderes, de Montesquieu, já ter perdido, há muito, o seu papel fundamental. Na realidade, somente subsiste tal divisão para garantir a instauração de um governo moderado.

Além do mais, a própria Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sistematicamente, acatou a idéia do Ministério Público como Quarto Poder Estatal, colocando-o na Seção V, do Capítulo V, do Título II da Constituição, ao lado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por derradeiro, outra não poderá ser a conclusão lógica de um processo constituinte que intenta formar uma Carta Magna do futuro e não do passado.

A Constituição deve ir evoluindo juntamente com a evolução da sociedade, mas nunca deverá ser desrespeitada a pretexto de eventuais “mudanças sociais”, pois se tais mudanças forem desordenadas poderão vir a contrariar os interesses fundamentais do povo.

“O desrespeito à Constituição faz á mudança adquirir o caráter de desordem social”, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari.

Haverá sempre um caminho seguro e estável para trabalhar as mudanças sem contrariar a Constituição Federal.

Existe, atualmente, com certeza, o prestígio teórico da Carta Magna, pois sua existência fornece prova de normalidade política na ordem social.

Importa, pois, com o advento da futura Constituição assegurar mecanismos de defesa da ordem constitucional a fim de que da teoria passe a existir o prestígio da Lei Fundamental na prática das relações sociais e humanas.

De nada adianta fixar direitos fundamentais se não se concede os meios adequados para protegê-los. E, tais mecanismos encontram-se, indubitavelmente, na normativização do Poder Fiscalizador do Estado, formado pelos quadros do Ministério Público, onde o povo encontrará a proteção necessária a seus direitos e garantias essenciais.

O ato pelo qual se edita uma nova organização fundamental para o Estado, uma nova Carta Magna, depende, para condição de validade, de sua eficácia, pois com esta surge a base para o estabelecimento de um ordenamento jurídico positivo e para o surgimento de uma consagrada supremacia constitucional.

Nas lições de Miguel Reale, “tudo aconselha tentar novos caminhos, mas com a devida cautela a fim de não recairmos nos excessos que tenho simbolizado com a imagem de um movimento pendular desequilibrado, ora no sentido do Executivo, ora do Legislativo”.

É chegado o momento da verdadeira harmonia entre os Poderes do Estado, soberano e democrático.

Somente assim estará criado o caminho para o encontro da sociedade justa que todos buscamos vivenciar.

VIII – CONCLUSÃO ARTICULADA

- 1º) A evolução da teoria constitucional demonstrou que, atualmente, todas as nações politicamente organizadas clamam pela existência de uma Constituição escrita, mas nem todas cumprem as normas fundamentais contidas na Carta Magna;
- 2º) Somente com o estabelecimento de um “governo das leis” é que se poderá atingir a esperada estabilização social e política;
- 3º) Sieyès, em sua famosa obra “Qu'est-ce que le tiers État?”, consagra a impor-

tância do povo na elaboração da estrutura jurídica da sociedade, atuando ativamente com suas reivindicações;

- 4º) Não importa discutir o fortalecimento ou a restrição ao Poder Público se não existir um meio eficaz de fiscalização desse mesmo Poder;
- 5º) Surge como titular desse Poder Fiscalizador o povo, detentor do Poder Constituinte;
- 6º) E, para a representação do povo, evidencia-se o Ministério Público, como defensor dos interesses indisponíveis da sociedade e fiscal e guardião da Constituição e das leis;
- 7º) Para tanto, deve-se erigir o “Parquet” à categoria de Órgão da Soberania do Estado e não apenas como instituição permanente;
- 8º) No Anteprojeto Constitucional optou-se por um sistema semiparlamentarista de governo, que suscitou e suscitará acirrados debates na Assembléia Nacional Constituinte e da doutrina pátria. Ocorrerá que, em verdade, a escolha do sistema de governo deverá estar intimamente ligada com a busca do regime ideal para a harmonia dos Poderes do Estado. Sem tal harmonia não haverá estabilização social ou política;
- 9º) A integração dos Poderes, sua harmonização e independência dependem da criação do Poder Fiscalizador, que fornecerá o equilíbrio necessário à implementação dessa estabilidade;
- 10º) O Quarto Poder Estatal encontra seus fundamentos, portanto, na própria história da Constituição, bem como nas raízes do Ministério Público;
- 11º) O “Parquet”, instituição defensora da sociedade elevar-se-á à categoria de Poder Estatal onde encontrará base para sua atividade fiscalizadora;
- 12º) O anteprojeto não nega tal posição ao Ministério Público, mas não foi explícito em sua colocação na futura Carta Magna, omitindo-o do art. 83, que trata dos Poderes do Estado;
- 13º) Busca-se, pois, romper a timidez do Anteprojeto Constitucional situando expressamente o “Parquet” como o Quarto Poder Estatal;
- 14º) Dessa colocação adviriam inúmeras consequências, entre as quais: a livre escolha do chefe da Instituição, a níveis federal e estadual, a não representação judicial da União por parte do Ministério Público Federal, entre outras;
- 15º) O aperfeiçoamento da Instituição viria portanto trazer maior credibilidade à Constituição Federal, servindo para sua longa duração e estabilização das normas fundamentais, esteio da comunidade;
- 16º) Quebrar-se-ia, na prática, a tradicional divisão tripartida dos Poderes do Estado;
- 17º) O Ministério Público, guardião perpétuo da Carta Magna e dos interesses indisponíveis da sociedade, seria reconhecido como Quarto Poder do Estado, o Fiscalizador, contribuindo para a verdadeira harmonia dos demais Poderes, o que tornaria a Lei Máxima respeitada e consagrada, fortalecendo a nação e trazendo a “consciência constitucional” ao povo;
- 18º) A nova estrutura traria, por fim, a real condição das estruturas políticas tradicionais caminharem rumo à construção de uma nação verdadeiramente democrática e justa.

IX – BIBLIOGRAFIA

- 1 – Miguel Reale, "Liberdade e Democracia", Ed. Saraiva, 1987;
- 2 – Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "O Anteprojeto dos Notáveis", Ed. Saraiva, 1987;
- 3 – idem, "O Poder Constituinte", Ed. Saraiva, 1985;
- 4 – idem, "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 1982;
- 5 – Dalmo de Abreu Dallari, "Constituição e Constituinte", Ed. Saraiva, 1986;
- 6 – Emmanuel Joseph Sieyès, "Qu'est-ce que le Tiers État?", Ed. Liber Juris 1986;
- 7 – Raymundo Faoro e outros, "Constituinte e Democracia no Brasil de Hoje", Ed. Brasiliense, 1985;
- 8 – Enos da Costa Palma, "Programa de Princípios Institucionais do Ministério Público", Ed. Liber Juris, 1986;
- 9 – Octacílio Paula Silva, "Ministério Público", Ed. Sugestões Literárias, 1981;
- 10 – Campanhole, "Constituições do Brasil", Ed. Atlas, 1981;
- 11 – José Maria Zucheratto, Tese: "Ministério Público –Impedimentos e Garantias Constitucionais";
- 12 – Antônio Lopes Neto, Tese: "Ministério Público e Direitos Humanos";
- 13 – Rosana Grimberg e outros, Tese: "Ministério Público na Constituição Federal: Organização Básica, Competências Institucionais, Garantias e Impedimentos";
- 14 – Joaquim Cabral Netto, "A Federação Brasileira, a Justiça e o Ministério Público";
- 15 – Fernando Antônio de Vasconcelos, "Posição do Ministério Público na Constituição" (Tese);
- 16 – Valdir Sznick, Tese: "Situação Constitucional do Ministério Público";
- 17 – Sérgio de Andréa Ferreira, Tese: "O Fuguro do Ministério Público e a Nova Ordem Constitucional";
- 18 – Jaques de Camargo Penteado e outros, Tese: "Aspectos da Estrutura Orgânica do Ministério Público";
- 19 – José Dilermano Meireles, Tese: "Ministério Público -Sua Gênese e Sua História";
- 20 – Carlos Bobadilha Garcia, Tese: "O Ministério Público e a Constituição";
- 21 – Alfredo Valladão, Tese: "Ministério Público, Quarto Poder do Estado".

A IMUNIDADE FISCAL DOS SERVIDORES CIVIS E MILITARES PARA EFEITOS DO IMPOSTO SOBRE A RENDA

TESE APRESENTADA AO 7º CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE BELO HORIZONTE, MINAS GERAIS, BRASIL

Autor: Dr. José Luiz Bragança de Azevedo Júnior
(Promotor Público de 4ª entrância na inatividade)
Jurista
Endereço: Rua Xavier Ferreira 84, Auxiliadora, Porto Alegre-RS, Brasil ou
Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul
Avenida Borges de Medeiros nº – Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

I – INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do Século passado, a economia do País, quase inteiramente *agro-pastoril* e *extrativa*, baseando-se na prospecção das jazidas de metais nobres – e ouro e a prata – e jazidas diamantíferas e de pedras preciosas em geral – começou a experimentar dificuldades em razão da Legislação Abolicionista (Lei dos Sexagenários, Lei do Ventre Livre, Abolições Provinciais ou Parciais e por fim Abolição Total), que, interessando o sistema de trabalho então vigente, abrandou-o e consideravelmente.

O *Princípio de Isonomia* ou de Igualdade Jurídica havia se tornado um Princípio de Direito Público Interno e Internacional, desde o Congresso de Viena de 1816, que havia transfundido a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a Magna Carta de Inglaterra de 1215 e outros Diplomas como basilares da Paz firmada e esteio da Santa Aliança, organismo diretor, então, da Sociedade das Nações, ou seja, da Comunidade Internacional.

(Esse seria o sentido da expressão Café Vienense, uma modalidade de café ainda hoje servido não somente no grande terraço do Palácio de Schoenbrunn, como nas confeitorias das grandes cidades da Europa e cujo uso remontaria aos intervalos das sessões do Congresso de Viena).

Foi assim que Notabilidades Nacionais do tempo, como Francisco Gê Acayabá de Moctizuma, Visconde de Jequitinhonha em 1867 em Reflexões sobre as Finanças do Brasil, o Dr. Afonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de Ouro Preto,

em 1879 em "O Crédito Móvel", o Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira durante a Monarquia; e na República, os Drs. Ruy Barbosa, Rodrigues Alves, Serzedelo Correa, Felisbelo Freire, Otávio Rocha, Antônio Carlos, Leopoldo de Bulhões, Homeno Batista, Souza Reis e muitos outros, em consequência do progresso industrial e para acompanhar a prosperidade mobiliária propuseram a instituição de um imposto novo com o nome de Sobre a Renda, tal qualmente o Imposto Sobre a Renda concebido por William Pitt em 1789, com receita extraordinária ou espécie de Finta especial para financiamento das sucessivas Guerras Mundiais da época em que participara a Grã Bretanha, por isso mesmo extinto em 1816, embora restabelecido por Robert Peel em 1842, também em virtude de dificuldades internacionais, mas com exoneração ou isenção das rendas inferiores a 150 libras esterlinas.

Cutros Países, contemporaneamente procediam de igual maneira, como a Suíça, em 1840, a Áustria em 1849, a Itália em 1864, e por fim antes do início desse Século, a Austrália, a Nova Zelândia, a Holanda e a Prússia.

Todavia a "Cadeirinha" ou "Liteira" que se encontra com freqüência nos Museus das pequenas e grandes cidades brasileiras e que mostra o antigo sistema financeiro da obtenção de receitas por via de uma modalidade variável de parceria na prospecção das jazidas de metais nobres — o ouro e a prata — as chamadas lavras — ou de diamantes e pedras preciosas em geral continua, como a mais eficiente e usado pelas grandes Potências da atualidade.

Ainda hoje os jornais desta Cidade anunciam a chegada ao Brasil do Presidente do Zaire, Coronel Mobutu, a fim de visitar o Presidente Brasileiro e propôr-lhe a exploração em sistema de parceria de uma Mina de Ouro nesse País Africano.

Outras atividades industriais a complementam, como a prospecção e refino de Petróleo, e a posterior fabricação e comercialização dos seus derivados, como a gasolina, a benzina, o querezene, o gás de cozinha; o fornecimento de Energia Elétrica, e os Transportes, como a Navegação e as Ferrovias, com enorme rentabilidade, se exploradas comercialmente.

Para resumir, de toda maneira, além das grandes potências já citadas, foi somente em 1913 que Joseph Caillaux conseguiu a aprovação no Parlamento Francês da Lei sobre o Imposto de Renda, somente exigido em França a partir de 1917 enquanto no Estados Unidos para tanto houve necessidade de o Congresso Norte-Americano promulgar a 16ª Emenda Constitucional redigida assim:

"Emenda XVI

A décima sexta Emenda, adotada pelo Sexagésimo Primeiro Congresso, foi ratificada por trinta e oito dos quarenta e oito Estados, e passou a fazer parte da Constituição a 25 de fevereiro de 1913 —".

"O Congresso terá poderes para impor e arrecadar taxas ou impostos, seja qual for a fonte donde provenham, sem distribuição proporcional entre os diferentes Estados e sem levar em consideração qualquer recenseamento ou cômputo".

Por quanto o Congresso Norte-Americano havia já rejeitado as primeiras Leis sobre o Imposto de Renda propostas durante a Guerra de Secessão, face a necessidades emergenciais da guerra civil, e a Corte Suprema o declarou inconstitucional em 1896.

Como quer que seja no Brasil, foi somente a partir de 1926 que se passou a arrecadar o Imposto de Renda com base no antigo Regulamento Souza Reis, que

se referia às Leis 4.625 de 1922, 4.738 de 1923 e 4.984 de 1925, sob a denominação de Imposto Complementar Progressivo e Proporcional.

Cerca de duzentas Leis e Decretos-Leis, a grosso modo subseguiram-se, até hoje, alterando-o, continuamente, tornando o seu controle muito difícil até para os fiscalistas.

II — A IMUNIDADE FISCAL PARA EFEITOS DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DOS TEMPLOS, PARTIDOS POLÍTICOS E INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO OU ASSISTÊNCIA SOCIAL

Consoante o Art. 19, Inc. III da vigente Constituição de 17 de Outubro de 1969, é vedada no Brasil às três Pessoas de Direito Público Interno, ou seja à União, aos Estados Federados e aos Municípios, a instituição de impostos sobre os Templos Religiosos de qualquer Culto, e Patrimônio, a Renda e os Serviços dos Partidos Políticos, as instituições de Educação ou de Assistência Social, o Livro, os Jornais e os Periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

Essa vedação estendeu-se sempre como co-extensiva aos autores, jornalistas, professores, pintores, escultores, etc.

A respeito disse o Eminentíssimo Ministro e Professor Aliomar Baleeiro, no seu livro Introdução à Ciência das Finanças, Vol. II, página 481:

"Ainda sob a égide das garantias à liberdade de Manifestação do pensamento e amparo à educação e à cultura, há de ser entendida a regra do Art. 203, que impede impostos diretamente sobre direitos do autor (de obras escritas, pintura, escultura, gravura, música, propriedade literária, artística ou científica etc.) e a remuneração de Professores e Jornalistas".

Essa disposição de resto, remonta às Constituições anteriores, como se vê da Constituição de 18 de setembro de 1946, Art. 31 Inc. V, letras a, b e c; Constituição de 10 de Novembro de 1937, Arts. 32 e 34; Constituição de 16 de Julho de 1934, Art. 17, Inc. X; Constituição de 1891, Art. 11, Inc. 2.

E a sua regulamentação foi editada pela Lei nº 3.193 de 4 de Julho de 1957 que dispõe sobre a isenção de impostos dos Templos de qualquer Culto, Bens e Serviços de Partidos Políticos, Instituições de Educação e de Assistência Social — mantida pela Lei nº 4.612 de Abril de 1945 que concedia idêntica isenção a General Conference of Seventh Adventist dos Estados Unidos à União Sul Brasileira da Igreja Adventista, pelo Ato Complementar nº 63 de 4 de Setembro de 1969, etc.

III — O ANTIGO DISENTO ENTRE AS AUTORIDADES JUDICÁRIAS E ADMINISTRATIVAS A RESPEITO DA IMUNIDADE FISCAL PARA EFEITOS DO IMPOSTO SOBRE A RENDA

Não cabe aqui renovar o antigo dissenso entre as Autoridades Judicárias e Administrativas a respeito da Imunidade Fiscal para efeitos de Imposto sobre a Renda, como retrata a Jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal do Brasil no Mandado de Segurança nº 623 de 27 de setembro de 1939, em que

foram recorrentes Ex-Ofício o Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Pública e o Dr. Procurador Regional e Recorrido e Desembargador Oldemar de Sé Pacheco, publicado a fls. 297-302 da Revista Forense, por onde se vê que foi com muita contrariedade e reserva que o Pretório Excelso teve que aceitar a tributação de vencimentos do Judiciário e do Funcionalismo Estadual, como se vê pelos carentes votos proferidos nesse memorável julgamento pelos Srs. Ministros Otávio Kelly, Carlos Maximiliano, Cunha Mello, José Linhares, Eduardo Espíndola, Armando de Alencar e Washington de Oliveira.

Passo a transcrever a ementa do e Venerável Acórdão.

Paralelamente, na doutrina é de se citar, entre outros, o artigo titulado "O Imposto de Renda e a Isenção de Classes" do Ilustre Fiscalista, o Professor Dr. Augusto de Bulhões, antigo Diretor do Imposto Sobre a Renda do Brasil, publicado a páginas 9 a 23, do Vol. 18 da Revista de Direito Administrativo.

Nesse trabalho, S. Exa. — que tive a honra de conhecer pessoalmente por ocasião de uma visita que fez à cidade de Porto Alegre e fez uma conferência sobre a sua especialidade no Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, posicionou-se com severas restrições à imunidade fiscal dos Servidores Civis e Militares, Jornalistas, e Escritores, como se vê das Cópias xerox em anexo, a despeito de se encontrar na Legislação Comparada de Países Adiantados e Cultos como a Suíça, o Canadá, etc. inúmeros precedentes.

Com efeito, a Suíça face aos resultados negativos das duas grandes Coligações de Estados Federados próximas — a Alemanha, a Áustria e Hungria — em fins do Século passado em princípios deste — como o Ressurgimento e a própria 1ª Guerra Mundial — em razão de como se diria, um certo exagero na percepção de impostos diretos pelo próprio Governo Central — preferiu transferir aos Cantões a competência para cobrança do Imposto Sobre a Renda, manifestando-se estes nas suas Leis Cantonais, via de regra, pela imunidade fiscal para efeitos do Imposto Sobre a Renda para os Servidores Civis e Militares.

Assim, entre outros, os Cantões de Aargau, Nidwalden, Berna, Basileia e Genebra, etc.

Não contendo — como é o caso da Lei Orgânica do Cantão de Genebra — disposições expressas a respeito — a Imunidade Fiscal para efeitos do Imposto Sobre a Renda — resulta — é expresso — da Jurisprudência da Corte Cantonal Genebrina.

Possivelmente, — suponho — se tenha constatado — não ser fácil a percepção dessas contribuições, nesse caso, de Servidores Civis e Militares.

Identicamente, no Canadá se encontra com o Income Tax Act de 1971, a dualidade de Legislação para Imposto de Renda — ou seja a Federal para os Territórios Federais — regiões próximas ao Polo Norte cobertas permanentemente de gelo — e as Provinciais, tal qual resulta dentre outros do Bill de C.25de 1971, C-37 de 29 de Janeiro de 1979 e 26 de Março de 1979, conforme Edwin C Harris, Q. C. B. Com., LL. B., LL. M/CA, R.I.A., Edição de Butterworth & Co. Toronto, Canadá — com um sem número de "exemptions" ou isenções ou imunidades por qual.

De resto, nos Estados Unidos entre outros nos julgados *Marbury versus Madison* e *Mc Culloch versus Maryland* de 1804 e 1819, com o Chief Justice John Marshall ficou assente como um dos aspectos positivos do Recurso Judicial, que a Suprema Corte pode estabelecer e firmar uma interpretação autorizada do Direito Constitucional de seu País.

IV – APRECIAÇÃO POSSÍVEL DA IMUNIDADE FISCAL PARA EFEITOS DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DOS SERVIDORES CIVIS E MILITARES PELA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

Instalou-se como se sabe em 19 de Fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26 (número 26) de 27 de Novembro de 1985, sob a Presidência de Sua Excelência o Senhor Ministro Moreira Alves, atual Presidente do Colendo Supremo Tribunal Federal, antigo Procurador da República, portanto antigo membro do Ministério Público e Professor na Faculdade de Direito de São Paulo, da Universidade Federal de São Paulo.

É de se esperar que questões jurídico-constitucionais como essas repercutam entre os Srs. Legisladores Constituintes do Brasil na atualidade, a quem incumbe a elaboração da futura Constituição do Brasil, aproveitando com a sua larga experiência de Parlamentares, os precedentes de um passado ainda recente, prestando com o acrisolado patriotismo, a sua homenagem de respeito e veneração aos Juriconsultos e Notabilidades Brasileiras que os antecederam na atual Assembléia Nacional Constituinte.

BIBLIOGRAFIA

Livros Consultados:

- 1 – Uma Introdução à Ciência das Finanças — Aliomar Baleeiro, Volumes I e II, Edição da Revista Forense.
- 2 – The New Encyclopaedia Britanica in 30 Volumes. Ed. William Benton, 974 — Chicago, London, Toronto, Geneva, Sidney, Tokyo, Manila, Seul, e Johanesburg.
- 3 – Die Steuern der Schwiz — Los Impôts de la Suisse, I, II e III Teil. Verlg fur Recht und Gesellschaft Ab, Basel.
- 4 – Constituições Federais — 1954.
- 5 – Vademeum Forense — Osny Duarte Pereira, Edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986.
- 6 – Canadian Income Taxation, Edwin C. Harris, Edição Butterowrth, Toronto 1979.
- 7 – Comentários a Constituição Federal, Ferreira Filho, 1984.
- 8 – Comentários a Constituição federal, 1984, Pontes de Miranda.

**TIPO PENAL: SUA IMPORTÂNCIA NO INTERROGATÓRIO
E CONFISSÃO DO ACUSADO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO.**

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA
Procurador de Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal

MYRTES DE ALMEIDA GUERRA MARQUES
Procurador de Justiça

WILSON BRANDÃO CURADO
Procurador de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução: influência da configuração do tipo penal sobre a confissão.
 2. Confissão: conceito e objeto.
 3. Autoria
 4. Divisão da confissão: simples e qualificada.
 5. Confissão e os componentes estruturais do tipo.
 - 5.1 Tipo objetivo
 - 5.2 Tipo normativo: aspectos jurídicos e culturais.
 - 5.3 Tipo subjetivo: dolo e outros elementos subjetivos.
 6. Confissão no contexto da teoria finalista da ação.
 7. Conclusões.
1. INTRODUÇÃO: INFLUÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL SOBRE A CONFISSÃO.

O tipo penal e a confissão guardam, entre si estreita relação, sofrendo a última total influência do primeiro, seu conteúdo integrador. A confissão, consequência do interrogatório (art. 187, V, do CPP), tem por fonte o interrogatório, conforme oportuna expressão de José Frederico Marques, lembrando o Mestre paulista o disposto no art. 190 do CPP, segundo o qual infere-se que a confissão incide sobre a autoria do fato típico, objeto da imputação, conforme veremos adiante.

Inserida no título "Da prova", cap. IV, bem assim no projeto 83, arts. 272 a 276, a confissão não decorre do interrogatório com a simplicidade que muitos lhe atribuem. Bem pelo contrário. A interpretação do que seja um ato de confissão

relaciona-se com a composição estrutural da figura típica que se quer ver reconhecida. Ganha em complexidade o entendimento desse ato probatório à medida que o material de trabalho teria um tipo rico em elementares, como dado referencial.

Bem mais simples a avaliação do resultado do interrogatório em tipo penal, como o homicídio (art. 121 do CP), comparada à confissão em tipos plenos de elementares e de natureza diversificada.

Aceita-se, para o agente, como confissão sua, a resposta afirmativa. o “sim”, a título de sedução, por exemplo, pelo fato de o mesmo ter consumado relação sexual com mulher virgem, mesmo maior de 14 e menor de 18 anos de idade? Para muitos, lamentavelmente, seria a resposta, no entanto desastradamente falsa.

O equívoco tem sua explicação na ausência do mais elementar conhecimento do significado do tipo penal em face da confissão.

2. CONFISSÃO: CONCEITO E OBJETO.

Entende-se por confissão, no sempre duto magistério de Tourinho Filho, o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade.

A delimitação do âmbito dessa responsabilidade informa a relevante discussão acerca do objeto da confissão.

Tornaghi, em seu Compêndio, define a confissão como “a admissão, pelo réu, da autoria do crime”. A definição traduz bem o que vem a ser confissão, desde que se tome o conceito do crime restritamente, resumindo apenas ao fato típico, primeiro aspecto dô crime.

Dentro do presente estudo sobressai o tema objeto da confissão, para o qual converge a finalidade do trabalho.

A questão versa, portanto, sobre o objeto da confissão, seu conteúdo ou sua extensão, aspecto, sem dúvida, estreitamente ligado às características penais do tipo ao qual se ferira. Aliás, o tema é comum ao objeto da prova, em geral, que se identifica com a veracidade da imputação feita ao réu com todas as circunstâncias, como ensina Tornaghi.

Mais técnico, Camargo Aranha, em recente monografia — muito bem elaborada, por sinal — sobre a prova, dá a seguinte lição sobre seu objeto: “o que confessa é a autoria de um fato”. A seguir, na mesma página, acrescenta o Professor e Magistrado paulista: “Não se confessa a existência de um fato, nem o elemento subjetivo, mas apenas a autoria”. Mais abaixo, completa: “confissão incide sobre a autoria de um fato, conclusão da qual discordamos, em parte, a partir do enfoque que devemos aos conceitos de fato e autoria, que se interpenetram”.

Por fato, que seria o objeto exclusivo da confissão, entende-se o fato típico , na diversidade de suas elementares, inclusive o elemento subjetivo básico, que é dolo, na concepção moderna e atual do tipo, formulada através da teoria finalista da ação. O fato, mencionado, transcende os limites da pura objetividade como dado meramente descritivo. Não se circunscreve ao fato bruto, de que fala Roberto Lyra Filho.

Objeto da confissão é a imputação, é o fato constitutivo do crime, escreve o sáudoso Magalhães Noranha.

Finalmente, José Frederico Marques: objeto da confissão é o que vem descrito na imputação.

Nosso Código de Processo Penal (arts. 188, V, e 190) consagra a autoria da imputação como o objeto da confissão, no que é repetido através do projeto 83, arts. 275 e 276, § 1º.

Tudo muito pacífico até agora. O objeto da confissão é a imputação. Confessa o réu quando reconhece ser verdadeira a imputação que lhe é feita.

Mas quando é verdadeira a imputação, que vem no contexto do ato acusatório? A veracidade da imputação só se compatibiliza com a realização da totalidade do tipo e a resposta à indagação posta.

Não são raras as confissões que não refletem a deliberação dos interrogados. Respondem afirmativamente porque não lhes explicam o conteúdo e o significado da indagação, notadamente o termo “imputação”.

Outras vezes o réu, quando interrogado, nega ter o conhecimento da condição de funcionário público da pessoa que atende, mas, diante de sua confirmação de oferta de propina ao funcionário público, tem-se por consumada a confissão de corrupção ativa, a despeito da carência da elemtar subjetiva, que consiste no conhecimento da condição, aspecto intelectual do dolo. O réu, mesmo confirmando o oferecimento indevido, mas atribuindo-o ao desconhecimento da elementar normativa, acima mencionada, não confessa o crime de corrupção ativa mesmo ao afirmá-lo parcialmente, o que descaracteriza por inteiro a confissão pretendida.

Fato ou crime, conforme a precisão terminológica, na sua integridade, e cuja autoria se procura, é o objeto da confissão, resultado do interrogatório.

Para complementação, vejamos o que se pode compreender por autoria.

3. AUTORIA

Autoria é a atividade do agente traduzida na realização do tipo penal.

Para Johanes Wessels a base da autoria está no tipo penal, seguindo a mesma orientação do Mestre alemão Reinhart Maurach, quando define autor como a pessoa que leva a cabo a ação executória legalmente tipificada, isto é, quem realiza as características legais do tipo.

Confessando a autoria, esta incidirá, necessariamente, sobre o tipo, mas em toda sua extensão, alcançando os aspectos objetivos, normativos e subjetivos do mesmo. O tipo normal e o tipo anormal. Aliás, considerando as mais modernas concepções acerca da colocação do dolo na economia do delito, não resta mais nenhum tipo normal sustentado, tão-somente, em bases materiais objetivas, como era comum exemplificar-se com o tipo “homicídio”.

A autoria de um fato, que o réu confessa, tem seus contornos, seu delineamento, no reconhecimento de que o praticou na abrangência material, normativa e subjetiva. Negada uma dessas características, ainda que confirmada a imputação quanto às demais, tem-se a negativa de autoria, posto que esta, como já ficou assinalado, é a atividade do agente traduzida na realização do tipo penal.

4. DIVISÃO DA CONFISSÃO: SIMPLES E QUALIFICADA.

Costumam os autores dividir a confissão em simples, qualificada, complexa,

judicial e extrajudicial. No momento interessam-nos as duas primeiras divisões, em razão do tema objeto do presente trabalho.

Configura-se a confissão simples com o reconhecimento da autoria do fato típico, na sua globalidade, enquanto, na forma qualificada, o réu, após a confissão, ou simultaneamente, opõe ao fato confessado circunstâncias várias que excluem o crime, pela ocorrência de causas excludentes da antijuridicidade ou eximentes de pena. Pela confissão qualificada pela invocação de excludente de antijuridicidade e culpabilidade o réu busca o caminho da absolvição, com respaldo no artigo 386, V, do Código de Processo Penal.

A confissão qualificada afirma o tipo, mas cega o crime, quando exclui um de seus componentes: antijuridicidade ou culpabilidade. Lourival Vilela Viana, no entanto, depois de procurar o significado de fato típico em Beling e Maggiore, sustenta, contra a opinião de todos ou da maioria, que, quando o réu negar um elemento de tipicidade, ao confessar o fato ter-se-á uma confissão qualificada. “A é acusado de ter cometido um furto com violência (art. 155, § 4º, I, do CP). Ouvido, confirma a subtração, mas repudia a violência”. Na mesma página cita o exemplo do réu que confirma a conjunção carnal, mas nega o aproveitamento da inexperiência ou justificável confiança da vítima nele, acusado.

Nos dois exemplos transcritos não houve confissão qualificada, nem confissão simples. O réu, em ambos os modelos exemplificativos, simplesmente negou a imputação a ele dirigida, ao negar parcela do tipo. No primeiro exemplo o réu confessou um furto simples, negando, porém, o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração de coisa, enquanto no exemplo de sedução, com a não aceitação do abuso da inexperiência ou justificável confiança, elementares sem as quais o fato perde sua tipicidade, o réu negou a imputação, visto ter esta como objeto o fato típico, como ensinou José Frederico Marques, e o fato, à míngua de dados integradores, deixou de se consolidar.

A recusa da responsabilidade, pela invocação da exclusão de elementos complementares do crime, se bem sucedida no curso da instrução criminal, dá ensejo ao juízo absolutório, com suporte no art. 386, V, do CPP, ao passo que a procedência absolutória, respaldada na negativa, ainda que de apenas parcela do tipo, tem seu fundamento normativo assentado no art. 386, III.

5. CONFISSÃO E OS COMPONENTES ESTRUTURAIS DO TIPO.

A confissão do réu subordina-se inteiramente à estrutura do tipo. Simples é a interpretação da confissão, dependendo da menor ou maior complexidade estrutural do tipo. Temos — e em grande profusão — que, ricos em dados normativos e subjetivos, exigem, no ato do interrogatório, uma resposta clara, compreensiva de todas as elementares, sob a pena de não se ter uma confissão, a despeito do “é verdadeira a imputação”.

Os diversos componentes típicos interferem no conteúdo das respostas do acusado, conforme segue.

5.1 TIPO OBJETIVO.

Conforme veremos oportunamente, não temos tipos meramente objetivos.

Os dados objetivos, relacionados com a ação, como tempo, meio e modo de sua execução etc., são aspectos que se juntam a outros elementos, formando o tipo.

A afirmativa da ação típica, vista sob o ângulo exclusivo da objetividade, da materialidade, não se eleva à categoria de confissão se não confirmados os demais componentes do tipo. Insuficiente para a confissão da autoria de homicídio e aceitação da morte da vítima, pelo réu, eis que esse tipo, como todos os demais, não prescinde de mais elementares, encontradiças em todas as figuras penais, como o dolo ou a culpa.

A resposta afirmativa à morte de alguém desacompanhada, entretanto, de outros requisitos deve levar o juiz a reconhecer que o réu negou a imputação que lhe foi endereçada, “não confessou crime”, mesmo afirmando que matou alguém. Ao rímesmo resultado se tem que chegar no tipo de estupro: o réu aceita a imputação da prática do ato sexual, mas nega a imputação no que toca ao dissenso da vítima, circunstância elementar nessa espécie delitiva.

5.2 TIPO NORMATIVO : ASPECTOS JURÍDICOS E CULTURAIS.

Dentre os tipos que a doutrina chama de “anormais”, por extrapolarem os limites de mera descrição, temos os tipos normativos, que se repartem em normativos puros e normativos culturais.

A par dos elementos objetivos, o legislador insere em várias figuras típicas certos componentes que exigem, para sua perfeição, um juízo de valor dentro do próprio campo da tipicidade, ensina Damásio E. de Jesus a propósito dos elementos normativos. Tais componentes a que se refere o Mestre paulista podem ser de conotação jurídica ou apenas cultura (“indevidamente”, “justa causa”, “funcionário público”).

No tipo penal construído à base de exigência de inserção de normas jurídicas, o interrogatório do acusado deve dirigir-se no sentido de apurar o fato na abrangência dos dados típicos normativos, caso se queira a confissão do réu nos autos.

Se o interrogado confirma que devassou conteúdo de correspondência fechada dirigida a terceiro (art. 151 do CP), omitindo-se, entretanto, se o fez indevidamente, talvez por omissão da pergunta, não se pode ter por confessado o crime de violação de correspondência, em face da ausência da elementar normativa. Duvído, porém, que tal resposta não trará, como consequência, o registro da confissão determinada pelo magistrado. Tal registro, por outro lado, impedirá o réu de buscar a desobrigação de ônus do processo através de um *habeas-corpus*, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido (art. 41, I, do CPP).

Dezenas de novos exemplos poderiam ser trazidos, o que é desnecessário.

Outros tipos penais, que sobem a mais de dezena, perfazem-se na dependência do conteúdo de conotação cultural (mulher honesta, ato ou objeto obsceno, reputação, inexperiência ou justificável confiança, etc). A confissão, em tais modelos penais só se define se confirmados pelo réu todos os componentes do tipo, de nada adiantando, para esse fim, a resposta positiva à ação física inserida no núcleo do tipo. Responder que manteve conjunção carnal com mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos, não é confessar o crime de sedução, uma vez que tal comportamento é atípico, em razão da ausência da base cultural do tipo. Algumas vezes, ou a

maioria delas, o réu, expressamente, nega ter ocorrido o abuso de confiança ou a justificável confiança, mas o juiz dita para o escrivão: "respondeu que é verdadeira a imputação que lhe é feita".

Confessou o que? Confessar-se a autoria de um fato típico, inocorrente em tantas oportunidades, sem qualquer protesto, o que pode ensejar um juízo condenatório injusto.

5.3 TIPO SUBJETIVO: DOLO E OUTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS.

O Mestre Frederico Marques, dissertando sobre o objeto da confissão, conclui que esta recai sobre fatos e acontecimentos da vida do mundo exterior ou da vida psíquica interior.

O reconhecimento da imputação, pelo réu, para se alçar à categoria de confissão, deve abranger o dolo, porque este integra o tipo, o tipo subjetivo, como a culpa se insere no tipo normativo.

Se o réu, no exemplo de um homicídio ou lesão corporal, imquirido ou não, nega a consciência e vontade na realização de qualquer das duas condutas, bem assim afasta a negligência, imperícia ou imprudência, esse réu terá negado a veracidade da imputação, não terá confessado o delito, em que pese o confirmar a causalidade física de qualquer dos dois eventos.

O dolo, integrando-se no tipo, deve ser abrangido na resposta do réu, nos termos do art. 188, V, do CPP.

Igualmente deve-se proceder em relação a outros elementos subjetivos que ocorrem no tipo. Não configurada estaria a confissão de furtos se o acusado negasse o *animus* de ter a coisa para si ou para outrem. Ainda que o réu admita a acusação quanto aos elementos materiais e normativos inseridos no art. 319 do CPP., mas negando a finalidade de satisfazer sentimento ou interesse pessoal, componente subjetivo, que se acresce ao dolo, não haverá como falar em confissão. Negou-se veracidade à imputação. Aliás, é bem rara pergunta nesse sentido.

6. CONFISSÃO NO CONTEXTO DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO.

A confissão, como ato do autor da conduta criminal, não poderia fugir às colocações dessa posição doutrinária, que vem da teoria finalista da ação.

Deslocando-se o dolo e a culpa dos limites da culpabilidade para o contexto do tipo, através de sua inclusão na conduta, seu primeiro elemento, surge, como corolário inevitável, para a configuração da confissão, sua extensão ao dolo e à culpa. Só se tem por confessada uma infração penal quando afirmativa a resposta quanto à presença do dolo e da culpa, animando os dados materiais do fato.

A negativa da representação e vontade, bem assim da culpa, por seus componentes, acarreta a consequência da frustração da confissão, eis que, tendo a confissão o tipo por objeto, inocorrente o dolo ou culpa no conteúdo da ação, o resultado é a negativa da autoria da ação, sabido que o âmbito desta cobre todo o tipo.

Negada a imputação, em virtude da carência de dolo ou de culpa na estrutura da conduta do réu, não terá pertinência a indagação contida no art. 188, VI, mas procederá a providência do parágrafo único do mesmo dispositivo, quando o acusa-

do se explicará a respeito da negativa da imputação por lhe faltar o dolo.

7. CONCLUSÕES.

- 1^a) A resposta afirmativa, segundo o disposto no art. 188, V, do CPP, presume a confissão do réu.
- 2^a) A negativa a aspecto objetivo do fato, como dissenso da vítima, nos crimes violentos contra os costumes, p. ex., impede a formação da confissão.
- 3^a) Não confirmado qualquer dado normativo do tipo jurídico ou cultural, ainda que respondida afirmativamente a base material do mesmo, inocorre o ato da confissão.
- 4^a) O mesmo se verifica negado o dolo ou qualquer outro elemento subjetivo do tipo, ainda que aceitas as elementares objetivas e normativas.
- 5^a) Cabe ao Ministério Pùblico, como paladino do princípio da verdade real, cujo interesse no processo é a justa composição do litígio, a fiscalização do interrogatório do acusado, que deve refletir a realidade dos autos.

NOTAS.

01. José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II/329, nº 483.
02. Fernando da Costa Tourinho Filho — *Processo Penal*, 6^a. Edição., vol. 3/245.
03. Hélio B. Tornaghi — *Compêndio de Processo Penal*, vol. III/842.
04. Hélio B. Tornaghi, *Instituições do Processo Penal*, 2^a. edição., vol. 3/430, 1977.
05. Adalberto José G. T. de Camarco Aranha — *Da Prova no Processo Penal*, p. 63, nº 2.4.
06. Roberto Lyra Filho, in *Estudos de Direito e Processo Penal*, em homenagem a Nelson Hungria, p. 382.
07. Edgar Magalhães Noronha, *Curso de Direito processual Penal*, 10^a Ed., pág. 108.
08. José Frederico Marques — ob. vol. e loc. cits.
09. Geraldo Batista de Siqueira — “*Adulterio, crime pluris – subjetivo, eventualmente delito monossubjetivo. Reflexos na ação penal privada*”, in *Jurispenal do STF* 45/21, RT 570/279 e *Revista Jurídica* 98/129.
10. Johannes Wessels, *Direito Penal – Parte Geral* – pág. 116.
11. Reinhart Maurach — *Tratado de Direito Penal*, vol. 11/303.
12. Lourival Vilela Viana — *Da Confissão Penal*, p. 83.
13. José Frederico Marques — ob. cit, vol. 11/237.
14. Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 8^a. Ed., vol. 1/252.
15. José Frederico Marques —ob. cit., vol. 11/329.

HABEAS-CORPUS: RECURSO VOLUNTÁRIO E INTIMAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

Henrique Barbacena Neto
Procurador de Justiça em Goiás

SUMÁRIO

- 1— Introdução.
- 2— O *habeas corpus* e o Ministério Público.
- 3— A titularidade do direito do Promotor de Justiça ao recurso voluntário.
- 4— O recurso necessário.
- 5— Cumulação de recursos.
- 6— Necessidade de intimação do Promotor de Justiça.
- 7— A intimação do Ministério Público no direito futuro.
- 8— Conclusão.

1. Introdução

Apesar da clareza literal do texto do art. 581, inc. X, do Código de Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência ainda não sedimentaram em nosso país uma orientação pacífica quanto à questão do cabimento de recurso voluntário das decisões que, no primeiro grau de jurisdição, concedem *habeas-corpus*. Embora francamente majoritária e preponderante em ambos os campos, a posição favorável ao mencionado recurso não é absoluta. Em consequência, ocorre, às vezes, vacilação no tocante ao reconhecimento da necessidade de ser o Promotor de Justiça intimado de tais decisões.

A matéria, apesar da discreta controvérsia que encerra, não tem, no entanto, sido alvo de maior interesse de magistrados e membros do Ministério Público, con quanto atinja ponto sensível do equilíbrio social, já que à comunidade tanto ofende a prática ou iminência de violência ou coação ilegal sobre a liberdade locomotiva dos cidadãos, como uma equivocada ordem de *habeas-corpus* para trancamento de um inquérito policial, na consideração e reconhecimento sumário de uma atipicidade que, reexaminada sob um juízo mais rigorosamente técnico, revela-se inexistente.

Dessa realidade advém que nem sempre é o Promotor de Justiça intimado da decisão concessiva de ordem de *habeas-corpus*. Aliás, na maioria dos casos, pelo menos em Goiás, a omissão dessa providência de comunicação processual, mesmo após identificada, não tem sequer motivado irresignação dos próprios agentes do *parquet*. É imperioso observar, ainda que, na prática, os Promotores de Justiça não

têm manifestado recurso, conforme faculta a lei, quando intimados de decisões da espécie em referência, embora se registrem casos em que a subida do feito ao superior grau de jurisdição, por força do recurso *ex-officio*, tenha resultado no provimento deste e na consequente desconstituição da decisão do juízo monocrático.

A partir desse quadro, visa o presente trabalho, sem pretensão de grandes incursões doutrinárias ou de exaurimento do tema, oferecer uma modesta contribuição no sentido da busca de definição de um posicionamento pragmático quanto ao problema em face do vigente ordenamento jurídico.

2. O *habeas-corpus* e o Ministério Público

Na verdade, os Promotores de Justiça não funcionam no processo de *habeas-corpus* em primeira instância e dele participam apenas quando são impetrantes.

Talvez na aspiração de celeridade no julgamento do pedido, pela urgência que ele envolve, resida o motivo que inspirou o legislador a excluir a participação do Promotor de Justiça desse processo, tal como fez no tocante à fiança. Quanto a esta, no entanto, a lei processual foi bem explícita ao determinar a ouvida do representante ministerial após a concessão do benefício. “Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.”, diz o art. 333 do Código de Processo Penal. Já com relação ao *habeas-corpus* esse Código foi menos explícito, limitando-se a deferir o recurso em sentido estrito às decisões concessivas ou denegatórias da ordem, o que leva, por via de interpretação sistemática, ao mesmo resultado, porquanto não se pode conceber o exercício do recurso sem a precedente vista do processo, máxime quando do evolver deste não participou o eventual recorrente.

De outro lado, não se pode perder de vista que é bem recente a construção da base normativa asseguratória da participação do Ministério Públicos nos pedidos de *habeas-corpus* perante a segunda instância. Os Procuradores de Justiça passaram a officiar em tais processos a partir da vigência do Decreto-lei nº 552, de 25 de abril de 1969, editado pelo Presidente ARTHUR DA COSTA E SILVA. Até então, era nenhuma a participação do *parquet* nesses processos.

Com efeito, dispunha o art. 611 do Código de Processo Penal (expressamente revogado pelo art. 2º do DL nº 552/69): “Quando o recurso for de “*habeas-corpus*”, o procurador geral não terá vista dos autos”.

O citado decreto-lei tornou obrigatório a concessão de vista ao Ministério Público, nos tribunais, dos autos relativos a processos de dois dias, abrindo-se, de tal arte, oportunidade à oferta de uma contribuição que tem se revelado fecunda e altamente proveitosa aos interesses da Justiça.

Todavia, restringindo-se ao processo nos Tribunais, o Decreto-lei nº 552 guardou absoluto silêncio sobre o trato da questão no primeiro grau de jurisdição.

Mas, embora não participe do processo até a sentença, o Promotor de Justiça tem, a partir dela, direito ao exercício da atividade recursal, que lhe é expressamente conferido pelo art. 581, inc. X, do Código de Processo Penal. Para que esse direito não resulte cerceado, é indispensável que a relação da sentença seja comunicada ao representante do Ministério Público por via de intimação.

3. A titularidade do direito do Promotor de Justiça ao recurso voluntário

Pressuposto fundamental de todo e qualquer recurso é a sucumbência, que pode ser direta ou reflexa, conforme o ensinamento sempre preclaro de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (1).

Dá-se a sucumbência *reflexa* quando resulta atingida pela decisão pessoa que está situada fora relação processual. É o caso do Promotor de Justiça no processo de *habeas-corpus*. Ele não é parte, salvo quando impetrante, hipótese que não está em cogitação; nem atua efetivamente como *custos legis* antes da sentença. Da prolação desta, no entanto, exsurge o natural interesse da atividade fiscalizadora, que é aatributo indissociável da função ministerial, como está consagrado no art. 257 do Código de Processo Penal.

Proclama JOSÉ FREDERICO MARQUES que “no processo penal brasileiro, o Ministério Público tem duas funções básicas, segundo se infere no art. 257 do Cód. de Proc. Penal: a) promover a execução da lei; b) fiscalizar essa execução. Na primeira delas — prossegue o laureado jurista — o Ministério Público é parte — ^{1º} partie poursuivante — como diz GARRAUD; e assim o considera o Código expressamente, nos arts. 499 e 501. Quando fiscal da lei — *custos legis* — o Ministério Público atua, não como parte em causa, mas como representante do interesse público numa causa entre outros. Enquanto o juiz age em função do interesse externo da composição da lide, o Ministério Público atua em função de interesses públicos conexos com interesses em conflito. Nessa posição, pode não se limitar a emitir opiniões e pareceres, procurando, ao revés, influir na causa com elementos introduzidos por sua iniciativa” (2).

É da sucumbência, direta ou reflexa, que brota o interesse legitimador da atividade recursal. A titularidade do direito ao recurso a quem tem interesse na reforma ou modificação da decisão. Essa regra tem assento legal no parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal.

MANZINI — citado por MAGALHÃES NORONHA — observou que “em relação ao Ministério Público, o requisito do interesse para recorrer deve considerar-se com maior amplitude do que em relação às outras partes, já que o Ministério Público, na esfera de sua função, tem sempre interesse em que se aplique exatamente a lei” (3).

PINTO FERREIRA, em enfoque objetivo, afiança que “quanto ao recursos estrito voluntário, pode ele ser interposto, tanto das sentenças concessivas como das denegatórias do *habeas-corpus*, tanto pelo paciente como pelo representante do Ministério Público, para a 2ª. instância” (4).

Julgando a Carta Testemunhável nº 47.891, a 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu que “é o Ministério Público, na qualidade de

1. *Processo Penal*, Saraiva, 1983, 4º vol., pp. 241/242.

2. *Forense*, 1965, vol. II, p. 50.

3. *Saraiva*, 1966, p. 459.

4. *Teoria e Prática do “Habeas Corpus”*, Saraiva, 1979, p. 62.

fiscal da lei e com interesse na propositura da demanda, parte legítima para recorrer da decisão concessiva de “*habeas-corpus*” e que determinou o trancamento do inquérito policial que tinha por objetivo a apuração de fato que, em tese, constitui crime” (5).

Descabe, portanto, infirmar-se o interesse do Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça seu agente junto ao juiz de primeiro grau, para recorrer em sentido estrito diante de concessão de *habeas-corpus*. Afinal, sobrepondo-se à sua posição de parte comum, há a sua função institucional de *custos legis*, que a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, em seu art. 1º, elevou à condição de *essencial* à função jurisdicional do Estado, como “responsável, perante ao Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade”, bem assim “pela fiel observância da Constituição e das leis”.

O Código de Processo Penal dissera, em seu art. 257, que “o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”. Agora ocorre mais do que isso, posto que passou o *parquet* a integrar a *essência* da função jurisdicional, tornando-se desta indissociável, *esvi-legis*.. Ora, se ele é *essencial* à função jurisdicional, esta não pode validamente realizar-se sem a sua participação.

4. O recurso necessário

O recurso *ex-officio*, doutrinariamente dito *necessário*, *obrigatório*, *compulsório*, ou *oficial*, é de origem lusitana e foi instituído, como relata FERNANDO DA COSTA COUTINHO FILHO, “por volta do século XIV, para jugular a onipotência desenfreada dos Juízes, em face do *processo inquisitivo* que dominava a Europa Continental” (6).

Absorvida do direito português, por repasse através do regime das Ordenações, que vigorou entre nós no período colonial e continuou vigendo nos primeiros tempos do Império, foi essa modalidade atípica de recurso mantida no Código de Processo Penal vigente.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, seu ferrenho adversário, aponta-o como “uma anomalia cuja manutenção, em nosso sistema processual, é de todo injustificável”(7), máxime diante do moderno aparelhamento do Ministério Público e da aptidão dessa Instituição para promover, através de recursos voluntários, o reexame de decisões eventualmente injurídicas, com maiores vantagens.

Trata-se de um recurso excepcional na própria concepção legal. Com efeito, diz o art. 574 do Código de Processo Penal que os recursos serão voluntários. Essa é a regra geral, exceptuando-se dela os casos previstos em lei, nos quais os recursos

5. Revista dos Tribunais, vol. 441, p. 442.

6. Ob. cit., p. 253.

7. Estudos de Direito Processual Penal, Forense, 1960, p. 261.

hão de ser interpostos, de ofício, pelo juiz. Um desses casos é o “da sentença que conceder *habeas-corpus*”, ex-vi do inc. I do referido art. 574.

Segundo o escólio de ARY AZEVEDO FRANCO, conforme o “art. 574, temos, como regra, que o recurso será sempre voluntário”(8).

O recurso necessário não se subordina às regras gerais pertinentes à atividade recursal, nem se vincula aos pressupostos objetivos e subjetivos dos recursos. Sua interposição é *ex-lege* e independe de qualquer fundamentação.

Dizendo ser o *ex-officio* um “recurso sem recorrente”, em que “o Juiz recorre da sua própria decisão, sem ser parte, sem ser vencido e sem ter interesse na reforma”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO lembra que “na justa observação de Alcides de Mendonça Lima, o recurso necessário não pode ser considerado recurso, pois o Juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar inconformado com a sua própria decisão... Ademais, quando alguém recorre, evidentemente há de desejar seja o seu recurso provido. No recurso *ex officio* dá-se o contrário: o Juiz deseja que o Tribunal não lhe dê provimento. Por tais razões, diz-se que o recurso *ex officio* não é propriamente um recurso, e sim uma providência, uma medida prevista em lei, em situações especiais, porque interesses superiores reclamam mais cautela na solução dos litígios”(9).

Assim, não se pode atribuir ao recurso necessário, para viabilizar a aspiração de modificação da prestação jurisdicional, uma equivalência de eficácia em relação àquele manifestado pelo titular do interesse recursal, sob pena de provável sacrifício da pretensão sucumbente na decisão alvejada pelo recurso.

5. Cumulação de recursos

Nada impede a cumulação dos recursos necessário e voluntário. O primeiro decorre de uma imposição da lei e o juiz não pode furtar-se a promovê-lo. O último é uma faculdade de que pode ser exercitada, ou não, pelo titular do interesse.

PAULO LÚCIO NOGUEIRA é categórico: “O recurso obrigatório não exclui o voluntário” (10).

MAGALHÃES NORONHA sustenta idêntica opinião: “É ele interposto na própria decisão e ocorre nulidade se o Julgador não o fizer (art. 564, nº III, n). Sobe assim, nos próprios autos e é apreciado conjuntamente com a sentença. Não exclui, entretanto, o recurso voluntário. Coexiste com ele, sendo de manifesta vantagem que a parte recorrente possa chamar a atenção do Juiz *ad quem* para pontos que o Juiz *a quo* não feriu na decisão recorrida, providência que ficaria frustrada, se inadmissível o recurso voluntário, pois, é sabido que o *de ofício* não comporta razões nem contra-razões” (11).

Nessa mesma esteira é o pensamento do festejado JOSÉ FREDERICO MARQUES.(12)

Outrossim, a interposição do recurso voluntário em sentido estrito, conquan-

8. Código Processo Penal, Forense, 1960, vol. III, p. 112.

9. Ob. cit., p. 254.

10. Curso Completo de Processo Penal, Saraiva, 1985, p. 234.

11. Ob. cit., p. 466.

12. Estudos de Direito Processual Penal, Forense, 1960, p. 262.

to não tenha o condão de liminarmente excluir o *ex-officio*, pode, conforme o poder de convencimento demonstrado nas respectivas razões, evoluir para a reforma da decisão recorrida, hipótese em que, se a reforma for de modo que inverta totalmente o resultado, o recurso necessário deixará de existir. Em outras palavras: reformada a decisão de forma que a concessão do *habeas-corpus* seja revogada, o recurso *ex-officio*, que é uma providência aplicável *ex-lege* apenas às decisões concessivas, desaparecerá, não terá seguimento, por faltar-lhe, então, objeto.

É sabido que, concedida a ordem de *habeas-corpus*, pode o juiz, diante de recurso voluntário, reformar a decisão concessiva, na oportunidade que lhe oferece o art. 589 do Código de Processo Penal, se pelas razões oferecidas pelo recorrente ficar convencido de que não foi acertada a concessão. É este, sem dúvida, um dos pontos altamente positivos do recurso *stricto sensu*. Obsta-se, assim, em muitos casos, a subida de recursos de provimento garantido, salvo se sobrevém idêntico recurso da parte contrária.

É perfeitamente possível a convivência dos recursos necessário e voluntário no mesmo processo de *habeas-corpus*. Ary Azevedo Franco esboçou resistência à idéia dessa coexistência, mas assentiu afinal que não se abalancaria, como magistrado, a negar recurso ao Ministério Público quando manifestado o *ex-officio*, levando em conta, inclusive, vários precedentes, sob o Código de Processo Penal do Distrito Federal; de regime idêntico, admitindo recurso do Ministério Público “ao lado do juiz, e, por singular coincidência, em uma das vezes que assim aconteceu, o representante do Ministério Público que interpôs o recurso foi precisamente o Dr. ROBERTO LYRA, ilustre membro da comissão que elaborou o atual Código de Processo Penal”.(13)

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, oficiando como Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, no Recurso de Habeas Corpus nº 123.273-Ibiúna, em que figuraram cumulativamente como recorrentes o MM. Juiz de Direito e a Justiça Pública, o primeiro em caráter necessário e o último voluntariamente, exerceu normalmente o seu mister e propôs a reforma da decisão recorrida, sem suscitar qualquer dúvida quanto à convivência de ambos os recursos, a qual foi tratada pelo notável penalista bandeirante com a maior naturalidade.(14)

Aliás, essa eventual coexistência é respaldada na própria lei processual penal (arts. 574, I e 581, X, CPP).

6. Necessidade de intimação do Promotor de Justiça

Assentado que o Ministério Público é titular de direito à atividade recursal em sede de decisão concessiva de *habeas-corpus* na primeira instância, inobstante lançada a ordem de remessa em virtude do recurso *ex-officio*, posto que ambos os recursos podem conviver, há de ser o Promotor de Justiça intimado da deci-

são e de ter ele vista dos autos, a fim de que exercente, se entender comportável, o direito de recorrer.

Não tendo oficiado no feito antes do julgamento do pedido, o Promotor de Justiça só toma conhecimento dele através da intimação. Em razão disso, sonegar-lhe a comunicação do decisório, via de intimação pela forma legal, equivale a infirmar-lhe o direito ao recurso e até mesmo a negar vigência ao art. 581, inc. X, do Código de Processo Penal.

Ademais, o estatuto de processo penal é bastante claro, de outra parte, ao cominar pena de nulidade à falta da “intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso” (art. 564, III, “o”).

É óbvio que a intimação do Promotor de Justiça, “nas condições estabelecidas pela lei”, será *pessoal*. É o que deflui do texto da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981:

“Art. 20 – Além das garantias asseguradas pela Constituição, os membros do Ministério Público gozarão das seguintes prerrogativas:

.....
V – receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição”.

Podemos destacar que por vezes diversas, oficiando em recursos *ex-officio* de *habeas-corpus* fluentes perante o Tribunal de Justiça de Goiás, tivemos oportunidade de requerer diligência para intimação do representante ministerial de primeiro grau e sempre vimos deferidas as nossas solicitações nesse sentido dirigidas aos relatores. Exemplos disso, dentre outros, estão no Recurso Ex-Ofício de Habeas-Corpus nº 3.457, de Campos Belos, de que foi relator o eminentíssimo Desembargador JOAQUIM HENRIQUE DE SÁ, bem como no Recurso Ex-Ofício de Habeas-Corpus nº 3.521, de Goiânia, relatado pelo ínclito Desembargador PEDRO SOARES CORREIA. No entanto, casos há, na Corte Goiana, de indeferimento, pelo relator, de requerimento de diligência para suprimento da falta de intimação do Promotor de Justiça quanto à decisão concessiva de *habeas-corpus*.

7. A intimação do Ministério Público no direito futuro

Tratando com mais objetividade e precisão a intimação do Ministério Público com relação às decisões proferidas em processos de *habeas-corpus*, o projeto de Código de Processo Penal, ora em exame no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 1.655/83, oriundo do Poder Executivo), regula a matéria com clareza e, de modo definitivo, põe fora de qualquer debate a compulsoriedade da referida providência de comunicação processual. Com efeito, diz o art. 661 do citado projeto:

13. *Ob. cit.*, pp. 114/115.

14. *Justitia*, vol. 98, pp. 386/388.

"O Ministério Público deve ser sempre intimado dos atos decisórios proferidos em processos de *habeas corpus*, arrazoando e contra-arrazoando os recursos interpostos".(15)

Não ficará margem para qualquer dúvida.

8. Conclusão

De tudo o que foi exposto, a inferência que alcançamos é no sentido de que o Promotor de Justiça tem legitimidade para recorrer *stricto sensu* diante de concessão de *habeas-corpus* pelo juízo monocrático. Independentemente do recurso *ex officio* e, como corolário lógico e natural dessa titularidade de direito à atividade recursal, é impositiva a sua intimação da decisão concessiva do *remédio heróico*, nos termos da legislação vigente.

A EXCLUSÃO DA INDICIAÇÃO

Bonni dos Santos

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá.
Membro do Ministério Público-RJ.

Com este trabalho, visou-se ressaltar a função institucional do Ministério Público como *custos legis*, na atividade persecutória do estado administrativo.

À ilharga foram deixados o histórico, o teórico, o comparativo e o erudito, em homenagem aos destinatários (comunidade profissional no campo jurídico-penal) e dada a larga abrangência prática do tema.

São muitas e severas as críticas feitas ao sistema repressivo do nosso Código de Processo Penal, como se o defeito estivesse na essência e não na forma.

Para alguns, "constitui verdadeiro absurdo qualquer *procurador* (sic) poder indiciar um suspeito". (Entrevista do criminalista MARCELO CERQUEIRA ao matutino "O Globo" do dia 22 de fevereiro de 1987, pág. 10). Nessa edição, o respeitável matutino carioca ressalta a política a ser desenvolvida pelo futuro governo do Estado no combate à violência, com destaque, entre outras, da seguinte medida: "HAVERÁ UM PROMOTOR NAS DELEGACIAS, PARA FAZER O ACOMPANHAMENTO DOS INQUÉRITOS INSTAURADOS". Registre-se que não refere à malsinada sindicância preliminar.

Como se percebe, mais um equívoco: não há necessidade do Ministério Público com presença física nas Delegacias de Polícia para fazer valer o princípio da legalidade referente a ação penal nos casos em que a repressão penal é do interesse da sociedade como um todo. A investigação policial, como tarefa principal da polícia judiciária, pode e deve ser controlada pelo Ministério Público, como *custos legis*.

Assim, para lavratura de auto de flagrante ou instauração de inquérito, aspectos da chamada *persecutio criminis*, a polícia judiciária está subordinada à lei e o Ministério Público velará por esta assertiva.

15. Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 1.655/83, Senado Federal, Brasília, 1983, vol. 1, p. 257.

Constitui exagero afirmar que o estado administrativo, por seu órgão próprio (polícia judiciária) possa valer-se da natureza inquisitiva e unilateral do procedimento investigatório até para constranger a pessoa objeto da investigação.

A discricionariedade na atuação da polícia judiciária tem fundamento maior na situação de desequilíbrio social que aparece com a transgressão à norma, tanto que o agente não avisa ao Estado (guardião da paz pública) que vai delinquir. Se é assim, também o estado investiga, sem que o investigando possa opôr resistência. Não obstante tal ordem de fundamento a atividade do Estado, na repressão ao crime, não pode ser arbitrária.

Individioso, então, que deve haver um mínimo de discernimento, de prudência para que não ocorra ofensa irreparável à boa fama das pessoas, sem justo motivo.

Só nos Estados policialescos é que a atividade da polícia judiciária é deturpada e arbitrária.

Indo logo ao tema, a simples suspeita não basta para a indiciação, que constitui ato administrativo específico da autoridade policial (Delegado de Polícia, ou Comissário de Polícia).

Essa afirmação já fizemos, em duas oportunidades distintas, perante o poder judiciário. Numa, em 28 de julho de 1977, no Inquérito número 419/75, da 5ª Delegacia de Polícia da Cidade do Rio de Janeiro, tombado no Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital; noutra, em 16 de setembro de 1983, no Inquérito número 133, da Delegacia de Homicídios, ajuizado à 1ª Vara Criminal (I Tribunal do Júri) da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

No primeiro dos fatos apontados, um cidadão lusitano foi indiciado (qualificado, preegredado, identificado e tudo o mais) como emitente de um cheque sem suficiente provisão de fundos, cujo respectivo talonário lhe havia sido subtraído do interior de um veículo de sua propriedade estacionado em logradouro público (fato registrado em outra delegacia circunscricional). Numa segunda perícia grafológica mais atenta, na qual os ilustres peritos se penitenciaram pelo equívoco, concluiu-se, não ter sido ele o autor da emissão. Enquanto era desenvolvido o inquérito, o lusitano foi impedido de sair do país, como fazia habitualmente, porque constava anotação de crime de estelionato em sua folha de antecedentes do instituto identificador.

No segundo caso, um nacional foi indiciado (submetido às formalidades legais) porque a vítima de um crime de homicídio havia instituído um seguro de vida em seu favor pouco tempo antes. Esta circunstância levou a autoridade policial a afirmar que só ele, o indiciado, tinha interesse na morte do instituidor do seguro. Após a indiciação, tomou-se conhecimento de que a vítima deixara várias dívidas insolvidas, com pessoas de variados níveis sociais.

Atentamente analisados os fatos, concluimos por requerer a exclusão das respectivas indiciações, com as anotações e comunicações consequentes no cartório do Juízo, na Distribuição da Justiça e no Instituto Félix Pacheco, para efeito de cancelamento puro e simples.

Com efeito, a lei considera causas para a indiciação a CONVICÇÃO ou a PRESUNÇÃO, ex-vi do artigo 59 1º letra "b", do Código de Processo Penal. Com

tais expressões o legislador indígena estabeleceu para a presunção valor semântico semelhante ao da convicção, face a conjunção alternativa empregada no texto.

O C.P.P. conceitua indício como "a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". (artigo 239).

O emérito mestre HELIO TORNAGHI, nas suas Instituições de Processo Penal, vol. II/141, Forense/1959, preleciona: "Indícios são circunstâncias, são fatos provados, que, por sua relação com o fato criminoso ou o autor dele, levam a admitir a existência do crime na sua materialidade ou a autoria".

E arremata o festejado mestre: "São, portanto, provas indiretas e podem ser absolutamente convincentes, como é o caso do álibe, indício negativo de autoria".

Do mesmo sentir é AFRÂNIO SILVA JARDIM, eminente Professor de Direito Processual Penal e Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Em trabalho recentemente publicado na Revista Forense, volume 295 – Separata, deixa ressaltado: "Os indícios (fatatos provados), relativos ao fato que se deseja provar, é que permitem, por dedução, termos a certeza do *fato probandum*".

Extreme de dúvida o indiciado é o pretenso autor do crime.

A rigor, a lei não exige a certeza, mas não se satisfaz com mera suspeita.

Se o processo (ação penal) constrange, mesmo que legal, igual consequência opera a indiciação; e as formalidades dela decorrentes constituem pesado ônus a ser suportado pela pessoa indiciada.

A partir da indiciação, a submissão do indiciado à identificação pelo processo dactiloscópico é medida determinada na lei processual penal.

A questão sempre efervescente de saber se a identificação causa ou não constraintamento tem seu aspecto relevante menos na situação física de "sujar os dedos" do que na consequente anotação de antecedentes criminais.

Se antecedentes sociais não se confundem com antecedentes criminais pode-se ter um cidadão de bem contando, eventualmente, com anotação em sua folha penal, ao passo que um contumaz criminoso possua folha imaculada. Aquele, pelas anotações, não pode ausentar-se do distrito da culpa para o exterior, sem autorização especial e expressa; e, em caso de pronúncia perante o juri, verbi gratia, terá sua prisão cautelarmente decretada, ex-vi do artigo 408 § 2º, da lei penal de ritos. Já o delinquente, enquanto não submetido à identificação estará livre de locomover-se.

A indiciação constitui, pois, ato administrativo próprio. Por isso, deve ser motivadamente expresso em indícios e não em meras suspeitas.

O controle da atividade da polícia judiciária, no particular aspecto da indiciação, deve ser feito pelo Ministério Público, como *custos legis*.

Assim, se a indiciação decorrer de equívoco, de erro grosseiro, de propósitos inconfessáveis do tipo perseguições pessoais etc.) da parte da polícia judiciária cabe ao Ministério Público opor-se a tal prática, promovendo a exclusão da indiciação.

Acrescente-se que a indiciação não pode ser desfeita pela própria polícia judiciária, posto que estaria agindo no sentido do arquivamento implícito da investigação em relação à pessoa indiciada. A admitir-se tal prática estaria ela (a polí-

cia judiciária) contornando o dispositivo do artigo 17, do Código de Processo Penal, no que veda à polícia arquivar inquérito policial.

O Ministério Público, como agiria no exercício do controle da atividade persecutória da polícia judiciária? A solução será o Ministério Público propor ao juiz a exclusão da indicação, proposta que ficará sujeita à solução alvitrada no artigo 28, do CPP. Se o juiz concorda e decreta a exclusão, a polícia judiciária não mais poderá indicar a pessoa excluída, enquanto não obtidas novas provas indicantes; e, mesmo assim, deverá contar com a aquiescência do Ministério Público.

Acentue-se que a exclusão da indicação, assim realizada, é mais do que um simples arquivamento, posto que corresponde a uma desconstituição, a um desfazimento do ato de indicar, fazendo cessar todos os efeitos deste e desaparecendo com as anotações, registros etc., notadamente no referente a antecedentes criminais.

Diga-se que a hipótese poderá ocorrer inclusive no momento conclusivo da atividade investigatória da polícia judiciária, tanto que o Ministério Público, ao examinar autos de inquérito concluído, se verificar inexistir o menor indício para propor a ação penal e tiver que opinar pelo arquivamento, deverá promover, primeiro, a exclusão da indicação e, depois, o arquivamento dos autos para que figure desconstituída a indicação e anulados os seus efeitos. Dependendo do estilo, a medida poderá ser embutida no pedido genérico de arquivamento, produzindo, contudo, os efeitos de desfazimento em relação à pessoa do ex-indicado.

CONCLUSÃO

a) a polícia judiciária só pode indicar o pretenso autor do crime a partir de verdadeiros indícios e mediante despacho motivado;

b) o Ministério Público, no procedimento investigatório (flagrante ou inquérito) desenvolvido pela polícia judiciária funciona como *custos legis* e, como tal, deve exercer o controle da atividade persecutória daquela, tanto no sentido do princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal pública como garantia dos direitos constitucionais do cidadão;

c) a indicação equivocada, a decorrente de erro grosseiro, de má-fé etc. deve ser desconstituída, via exclusão da indicação promovida pelo Ministério Público perante o juiz, observado o procedimento alvitrado no artigo 28, do Código de Processo Penal;

d) o Ministério Público, ao propor arquivamento de inquérito policial por absoluta ausência de indício em relação à pessoa indicada deverá manifestar-se pela desconstituição da indicação e desfazimento de registros e anotações relativos a antecedentes análogos.

e) a polícia judiciária não pode reindicar a pessoa excluída, enquanto não obtidas novas provas e se não houver aquiescência do Ministério Público.

Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 1987.

BONNI DOS SANTOS

Nota: O autor é Professor de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – e Membro do Ministério Público-RJ.

BIBLIOGRAFIA

HÉLIO BASTOS TORNAGHI – Instituições de Processo Penal, vol. II pág. 141 – edição Forense de 1959.

AFRÂNIO SILVA JARDIM – “O ônus da prova na ação penal condenatória, in Revista Forense, vol. 295 – Separata.

A PRISÃO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Autor: Afrânio Silva Jardim

1. INTRODUÇÃO

Estas breves notas partem de algumas premissas e retomam algumas idéias estabelecidas em nosso trabalho anterior intitulado “Visão sistemática da prisão provisória no código de processo penal”, constante da coletânea de estudos que publicamos no ano passado pela Editora Forense, sob o título *Direito Processual Penal*, ao qual pedimos vénia para remeter o leitor.

Naquela oportunidade, ao delimitar o objeto das medidas cautelares penais no sistema processual penal em vigor, sustentamos que a prisão em decorrência de sentença penal recorribel não tem a natureza cautelar, tratando-se de execução provisória da pena. Por isso, esta espécie de prisão não foi estudada sistematicamente naquele ensaio.

Passado período relativamente longo, de permanente reflexão, resolvemos dar ao tema um tratamento mais preciso, procurando harmonizar tal espécie de prisão com o sistema de prisão e liberdade provisória, segundo metodologia anteriormente desenvolvida. Acreditamos ter chegado a soluções novas, de indiscutível valor prático.

Desta forma, são modestos os objetivos deste singelo estudo, cujo enfoque será precipuamente o dogmático, em busca de uma compreensão lógica de como operam dois subsistemas importantes do Cod. Proc. Penal em vigor.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO RESULTANTE DA EFICÁCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

É comum encontrarmos, na grande maioria de nossos melhores autores, a afirmação de que a prisão decorrente de sentença recorribel tem natureza cautelar, e, por conseguinte, é uma espécie do gênero prisão provisória.

No sentido acima assinalado, veja-se, por todos, a posição doutrinária do ilustre professor Romeu Pires de Campos Barros em seu excelente livro *Processo Penal Cautelar*, Rio, Forense, 1982, p. 275/278.

Nota-se uma incontida repulsa dos mais renomados especialistas em admitir, no Processo Penal, a chamada execução provisória, tão comum no processo civil. Alguns vêem na execução provisória penal um instituto prejudicial aos réus, que começariam a cumprir pena antes da apreciação de ser recurso pela superior instância.

Assim, torna-se imperioso afastar esta falsa impressão, incorporada à doutrina

do Direito Processual Penal, resultante mais de uma visão errônea dos efeitos do instituto do que de uma interpretação científica e sistemática do processo. Até porque, conforme demonstraremos oportunamente, o reconhecimento da natureza de execução penal provisória à prisão resultante de condenação recorrível somente beneficia o réu.

Inicialmente parece-nos patente a ausência de cautelaridade na prisão que ora nos ocupa, cuidando-se, na verdade, de verdadeira tutela satisfativa, ainda que sujeita a eventual modificação.

Como se sabe, toda e qualquer forma de tutela cautelar há de estar marcada pelas seguintes características:

- a) Acessoriedade: o processo ou medida cautelar está sempre vinculado ao resultado do processo penal;
- b) Preventividade: destina-se a atividade cautelar a prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim;
- c) Instrumentalidade hipotética: a tutela cautelar não é um fim em si mesma, mas visa a assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional desempenhada no processo de conhecimento ou execução. Como “instrumento do instrumento”, tem por escopo tutelar os fins e os meios do processo satisfatório, podendo incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente o direito alegado, que surge apenas como viável ou provável;
- d) Provisoriedade: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo satisfatório.

Ora, bem examinada a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível, vamos constatar que nenhuma das características acima mencionadas nela estão presentes, ao menos no sentido estrito que as compreendemos.

Em verdade, tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação.

Fácil perceber que esta prisão não visa a prevenir danos prováveis, (*periculum in mora*) pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração outra que não os pressupostos objetivos alinhados na regra do art. 594 do Cod. Proc. Penal, que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva.

Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita a condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado, (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o.

Finalmente, também não vemos a marca da provisoriade, (*rebus sic stantibus*), já que a sentença de mérito não se alicerça em fatos ou situações eventuais ou passageiras, pois é definitiva, no sentido processual. A sentença penal condenatória não é prolatada para ter eficácia subordinada ao resultado de um outro processo satisfatório.

Afastada a natureza cautelar da prisão em decorrência de sentença penal recorrível, não sendo espécie de prisão provisória, vejamos agora se podemos falar em execução provisória da pena em face do sistema processual vigente.

Dispõe a norma do artigo 393, inc. I, do Cod. Proc. Penal:

“*São efeitos da sentença condenatória recorrível*”

Inc. I — ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, bem como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança”.

Destarte, em face do teor da regra acima transcrita, *a prisão é um efeito da sentença. Esta, a sentença, passa a ser o título da prisão do réu condenado*. Se o acusado já se encontrava preso por outro motivo, incidindo tal eficácia sentencial segundo o disposto no art. 594, fica substituído o título da prisão anterior. Repetindo, o réu será preso ou permanecerá preso em razão da sentença de mérito condenatória. Tal percepção é importante para que não se continue, nesta hipótese, a trabalhar com o sistema de prisão e liberdade provisória, conforme salientaremos em item mais adiante.

Entretanto, tal eficácia prevista no art. 393, inc. I, poderá ser paralisada pelo recurso do réu, caso tenha ele efeito suspensivo por incidir alguma das hipóteses previstas no art. 594 do Cod. Proc. Penal, as quais serão analisadas oportunamente. Neste caso, tendo efeito suspensivo a apelação do réu, não se instaura a execução penal provisória, podendo continuar a ser utilizado o sistema de prisão e liberdade provisória.

Importa salientar, portanto, que a eficácia susensiva da apelação do réu impede tão somente a sua prisão como efeito da sentença impugnada (execução provisória da penal), não vedando a custódia cautelar caso esteja presente algum motivo que autorize a decretação da prisão preventiva do réu, conforme deixamos escapar acima. Isto, lamentavelmente, tem passado despercebido pelos aplicadores do direito.

Assim, se a apelação do réu não tiver efeito suspensivo, instaura-se a execução penal desde logo, ainda que em caráter provisório. Neste caso, beneficia-se o réu dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, (Lei nº 7.210/84), funcionando a sentença de mérito como título único e exclusivo da prisão, substituindo-se a qualquer outro anterior, não mais cabendo falar-se em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva anteriormente decretada.

Inversamente, tendo efeito suspensivo a apelação do réu, em razão da sentença condenatória não ficará preso. Em outras palavras, o réu não ficará preso como efeito da sentença. Tal não impede que venha a ser preso preventivamente, presentes os requisitos do art. 312 do Cod. Proc. Penal, bem como possa o réu ter a sua eventual prisão em flagrante substituída pela liberdade provisória do art. 310, § único, ou ter a sua prisão preventiva revogada, se for o caso, nos termos do art. 316. Tal visão sistemática do fenômeno processual não tem sido compreendida na prática judiciária.

O leitor mais exigente pode questionar se a simples interpretação sistemática dos artigos 393, inc. I e 594 realmente autoriza tais ousadas conclusões, princi-

palmente porque elas têm como premissa a afirmativa de que o Cod. Proc. Penal admite a chamada execução provisória. Cremos que sim. Nada obstante, não operamos apenas com as duas normas acima mencionadas. Outros dispositivos vêm em nosso socorro, conforme demonstramos a seguir.

Vejamos, primeiramente, o teor do art. 637 do Cod. Proc. Penal, não revogado pela Lei nº 3.396/58, *in verbis*:

"O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arazoado: pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença". (grifamos).

Claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tradição de nosso direito processual em geral, teremos, necessariamente, uma execução de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, à míngua de efeito suspensivo do apelo heróico. Este fenômeno sempre existiu em nosso direito, embora, no processo penal, muitos não se tenham dado conta ou tirado todas as suas consequências jurídicas.

Se assim ocorre na sistemática do recurso extraordinário, por que situação idêntica não ocorreria quando desse tão somente efeito devolutivo à apelação do réu? Jamais se sustentou que a prisão em decorrência de acórdão impugnado por recurso extraordinário fosse uma medida cautelar, ou seja, mais uma espécie de prisão provisória.

Mas não é só. Temos outros dispositivos legais autorizando o nosso entendimento de que a prisão como efeito da sentença condenatória tem a natureza de execução provisória da pena aplicada. Vejamos o que diz o art. 669, inc. I, do Cód. Proc. Penal:

"Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo:

Inc. 1º — quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança".

Não cremos que esta norma esteja revogada pelo art. 107 da Lei de Execução Penal. Semelhante regra já encontrávamos no Cód. Penal no art. 674, em vigência simultânea com o aludido art. 669, inc. I. A melhor interpretação é no sentido de que os dispositivos legais têm campos de incidência diversos. A carta de guia é indispensável para a instauração da execução penal definitiva, o que não impede que a natureza da prisão como efeito da condenação seja a de execução provisória. Em outras palavras, a exigência de expedição de carta de guia refere-se tão somente à execução penal definitiva.

É lógico que a fiança referida nos artigos 393, inc. I, 594 e 669, inc. I, não tem a natureza de contra-cautela. Se a prisão não é cautelar, a caução aí não funciona como substitutivo de algo que não existe. *In casu*, o legislador permitiu que o réu, mediante determinada quantia, pudesse adiar o começo de sua execução penal, aguardando o desfecho do seu recurso. Parece lógico afirmar que a natureza cautelar

de uma determinada medida não pode ser depreendida de uma suposta contra-cautela, mas, inversamente, a caução somente terá a natureza de contra-cautela se funcionar como sucedâneo de uma medida cautelar. É intuitivo.

Por derradeiro, vale a pena chamar a atenção para a parte final do art. 597 do Cód. Proc. Penal, que será útil para resolvemos, mais adiante, o tormentoso problema criado pelo art. 160 da Lei de Execução Penal. Por ora, pela dicção da norma invocada, podemos dizer que estamos diante de uma execução penal provisória, pois a suspensão condicional da pena se aplica desde logo, independentemente do recurso do réu. Note-se que o "sursis", no sistema atual, tem como condição o cumprimento de uma pena restritiva de direito. Veja-se o art. 78, § 1º, do Cód. Penal, com a nova redação dada pela lei nº 7.209/84.

Desejamos fechar este item do nosso trabalho invocando o magistério de autores da maior relevância no cenário acadêmico brasileiro. O sempre acatado professor Hélio Bastos Tornaghi assevera que "a prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, embora sujeita a condição resolutiva que é a reforma da sentença. E o próprio fato de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutiva está a mostrar que a prisão não era provisória". (*Instituições de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1977, vol. 3º, p. 167).

Os professores Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreatta e Sérgio de Moraes Pitombo, autores de momeada e que participaram da elaboração da reforma penal de 1984, também admitem a execução provisória da pena, ou seja, sem que o título executivo penal tenha se tornado perene, *in verbis*:

"Muitos embora o enunciado formal da presunção de inocência possa abrange a extensão do princípio até o trânsito em julgado da sentença condenatória, em nosso sistema a executoriedade da decisão condenatória não depende da sentença definitiva, isto é, não modificável através de recurso. Com efeito, dispõe o art. 393, inc. I, do Cód. Proc. Penal, que é efeito da sentença condenatória "ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança".

Como consequência, se o condenado é posto desde logo em prisão, antes do desfecho da eventual apelação, tem-se que, se o início da execução da pena privativa de liberdade ocorrer em regime fechado ou semi-aberto, em tal oportunidade se deverá realizar o exame criminológico". (*Penas e medida de segurança no novo código*. Rio, Forense, 1985, p. 70). (grifamos)

3 – A IMPORTÂNCIA PRÁTICA DA CORRETA CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FACE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

A distinção que se procurou fazer não tem importância meramente sistemática e científica, o que, por si só, já justificaria o esforço exegético. Na realidade, o resultado prático da correta caracterização da natureza jurídica da prisão que estamos estudando é da maior relevância no cotidiano forense, seja pela excelência das soluções que permite, diante de intrincados problemas concretos, seja pela

grande incidência destas questões no processo.

Vamos chamar a atenção deste aspecto através de um problema que formulamos em recente concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Reflita o leitor sobre o seguinte caso:

'Caio foi condenado a quatro anos de reclusão. A sentença, todavia, ainda não transitou em julgado, pendente o recurso interposto pelo réu. Ocorre, porém, que, desde o momento em que Caio foi preso até os dias de hoje, já se passaram três anos. Por isso, Caio postulou o seu livramento condicional. O Conselho Penitenciário, sob o argumento de que se encontram cumpridas as formalidades e demais requisitos legais, opina pelo seu deferimento. Pergunta-se: seria cabível o livramento postulado por Caio na espécie?".

A toda evidência, o correto enfrentamento desta questão não dispensa o exame da natureza da prisão de Caio, após a sentença condenatória recorrida. Se entendermos que se trata de uma prisão provisória, de natureza cautelar, jamais poderemos aceitar a aplicação do livramento condicional, como incidente que é de uma execução que não existiria. Entretanto, salta aos olhos a injustiça de manter Caio preso, naquelas circunstâncias. Muitos chegam a sugerir que Caio desista do recurso para a sua condenação transitar em julgado, a fim de se beneficiar do livramento condicional. Tal solução não pode ser, evidentemente, a melhor, pois obrigaría o recorrente a se conformar com uma condenação que reputa injusta para não continuar preso.

Se entendermos que, com a condenação, a anterior prisão em flagrante de Caio é substituída pela prisão resultante da eficácia da sentença penal, que instaura uma verdadeira execução da pena em caráter provisório, não haverá maiores óbices em acolher a postulação de Caio e conceder-lhe o livramento condicional, sem prejudicar o réu através do qual busca a sua absolvição. Tal solução se apresenta aceitável mesmo que o Ministério Público tivesse recorrido. Aliás, é o que ocorre diariamente em face do processamento de recurso extraordinário interposto por qualquer das partes, tendo em vista o já citado art. 637 do Cód. Proc. Penal.

Outro exemplo ressalta ainda mais a relevância da distinção que procuramos fazer neste estudo. É comum encontrarmos no fórum réus condenados à pena privativa de liberdade para ser cumprida em regime aberto, na modalidade de prisão albergue. Se o réu assim condenado tiver bons antecedentes não poderá apelar em liberdade, tendo em vista o disposto no art. 594 do Cód. Proc. Penal. Então ficamos com a seguinte embarcadora situação: se o réu não apela, transita em julgado a sua condenação e ele permanece em liberdade no regime de prisão albergue. Se recorre, terá que ficar preso até final apreciação do seu recurso no xadrez da delegacia local, por tratar-se, segundo entendimento majoritário, de prisão provisória.

Entretanto, se entendermos que, por não ter a sua apelação efeito suspensivo, a prisão do réu tem a natureza de *execução provisória*, produzindo desde logo a sentença seus regulares efeitos, deverá o réu ser submetido imediatamente ao regime aberto, conforme decidido na sentença que está sendo aplicada. A prisão em flagrante do réu é substituída por novo título, a sentença condenatória recorribel. Chega-se a uma solução absolutamente justa, operando-se corretamente com o sis-

tema processual.

Por outro lado, conforme deixamos escapar na parte inicial destas notas, reconhecendo-se a natureza de execução provisória à prisão que estamos estudando, enquanto estiver em tramitação o recurso do réu, poderá ele se beneficiar com a mudança do regime de cumprimento de pena, da remição da pena pelo trabalho na forma do art. 126 da lei nº 7.210/84, das saídas temporárias disciplinadas nos artigos 122/125 da citada Lei de Execução Penal, sendo o preso legitimado a postular o reconhecimento dos direitos elencados no art. 41 da lei executória, etc. Se entendermos, ao contrário, que tal prisão tem a natureza cautelar, não podem incidir as regras apontadas, pois a execução somente se instauraria após o trânsito em julgado da condenação. Em outras palavras, a apelação do réu lhe seria invariavelmente prejudicial.

4 – HIPÓTESES EM QUE SE INSTAURA A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA. O CÓDIGO VIGENTE E O PROJETO DE LEI Nº 7.869 DO EXECUTIVO. CRÍTICA.

Evidentemente neste item trataremos tão somente da execução penal provisória em razão de sentença condenatória recorrível. Pela própria finalidade do trabalho, descabe examinar profundamente aquela outra execução provisória resultante de recurso extraordinário admitido pelo Presidente do Tribunal recorrido. A rigor, vamos interpretar a regra do artigo 594 do Cód. Proc. Penal, com a redação dada pela lei nº 5.941 de 1973, vamos apreciar proposta de sua alteração e sugerir redação fiel ao que aqui se sustenta.

Segundo o Direito Positivo vigente, cuidando-se de infração inafiançável, o condenado somente poderá apelar em liberdade se tiver bons antecedentes. Lógico que, tendo bons antecedentes, será necessariamente primário. Vale dizer, tendo maus antecedentes, o réu condenado à pena superior a dois anos de reclusão, (não detenção – art. 323, I), terá a sua pena executada imediatamente, vez que o seu recurso não dispõe de efeito suspensivo. A sentença é executada independentemente da apelação que venha a ser interposta.

Agora, tal não ocorre se o réu for condenado a infração afiançável e, com maior razão, a infração da qual se livre solto, mesmo que tenha maus antecedentes. Aqui não se inicia a execução provisória da pena, vez que, nestas hipóteses, a sua apelação tem efeito suspensivo.

Em resumo, somente poderá ser iniciada a execução provisória da sentença recorrida se, tendo maus antecedentes, o réu for condenado por crime inafiançável.

Note-se que a nossa análise parte de uma perspectiva não tradicional. Não estamos perquirindo os casos em que o réu condenado pode apelar em liberdade. Queremos saber em que situações a sua apelação tem efeito suspensivo. Assim agimos para evitar erros metodológicos, pois o réu poderá ficar em liberdade mesmo que, com maus antecedentes, venha a ser condenado a pena até quatro anos, gozando o regime aberto nos termos do art. 33, § 2º, letra 'c', do Cód. Penal. Basta não ser coincidente.

Assim, a nossa interpretação do art. 594 do Cód. Proc. Penal tem como escopo saber em que hipóteses se instaura a execução provisória da pena, por não ter a sentença os seus efeitos suspensos pela apelação do réu. Esta é a exata colocação que nos interessa.

No título seguinte do trabalho tentaremos utilizar este nosso enfoque exegético no plano sistemático, ou seja, aplicando-o em harmonia com o sistema de prisão e liberdade provisória. Por ora, apenas queremos salientar esta nova ótica de examinar a regra do art. 594, fiel aos postulados desenvolvidos anteriormente.

Cabe agora tecer algumas considerações sobre a proposta legislativa mais recente e concreta de alterar a norma supra mencionada. Referimo-nos ao projeto nº 7.860/85 que ora se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Tal projeto, por sua amplitude, não merecerá de nossa parte, nesta oportunidade, análise geral ou global. Neste passo, sob este aspecto, nos limitamos a afirmar que se trata de um dos piores projetos de que tivemos conhecimento. Basta dizer, na parte que nos toca, que o seu artigo 1º revoga tacitamente o atual art. 594, enquanto o seu art. 3º cria um parágrafo único para o atual art. 594, que estará revogado pela entrada em vigor do próprio projeto, se convertido em lei (sic).

Na obstante, a nossa crítica é também de fundo. Pela simples leitura do mencionado art. 1º do projeto, constata-se facilmente que os seus ilustres autores não entenderam o sistema processual vigente, demonstrando apenas preocupação de restringir ao máximo a "possibilidade de o condenado apelar em liberdade". Assim, além de exigir a primariiedade e bons antecedentes, refere-se também ao reconhecimento de ausência de periculosidade e ausência de habitualidade na prática criminosa. Ao depois, em parágrafo único de difícil inteligência, de enorme extensão, cria inúmeras e casuísticas restrições à regra do *caput* do artigo, fazendo menção a diversos artigos do Cód. Penal e de lei especiais. Note-se que este parágrafo teria a mesma função restritiva que o parágrafo único criado para o art. 594 do Cód. Proc. Penal, o que nos deixa ainda mais perplexos. Aliás, como já dissemos, o projeto em toda a sua inteireza é absolutamente inaproveitável.

Em resumo, além dos injustificados defeitos de forma, o projeto continua a se preocupar com a questão de poder ou não o réu apelar em liberdade, nesta ou naquela hipótese, quando a questão deve ser deslocada para a outorga ou não de efeito suspensivo à apelação do réu.

É certo que o direito vigente se apresenta exageradamente liberal, dando efeito suspensivo à apelação do réu independentemente da gravidade do crime reconhecido na sentença ou qualquer outro aspecto relevante que poderia ser considerado pelo legislador. Sob este aspecto, os chamados bons antecedentes dizem muito pouco. Como vimos, para a outorga de efeito suspensivo à apelação do réu basta que ele, sendo primário, tenha bons antecedentes, qualquer que seja o crime praticado e qualquer que seja a pena aplicada na sentença recorrida.

Creemos que tal liberalidade não se justifica em nossos dias, não atendendo aos anseios sociais de maior eficácia da atividade jurisdicional do Estado. Este aspecto avulta nas condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, sempre a penas altas. É de todos sabido que, em respeito à soberania do Tribunal Popular, eventual recurso de apelação, de cabimento estrito, jamais poderá levar o segundo grau de jurisdição a absolver o réu. O máximo que a apelação poderá conseguir é diminuir a pena

aplicada, ou levar o réu a novo julgamento pelo Tribunal de Júri.

Por outro lado, parece-nos sumamente injusto negar o duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade de apelar, ao réu pelo fato de não ter ele se recolhido à prisão, tendo maus antecedentes em crimes inafiançáveis. É preciso distinguir nitidamente a desejável ampla admissibilidade dos recursos no processo penal e a conveniência de se iniciar a execução penal desde logo, malgrado a recorribilidade da sentença condenatória. A prisão não deve funcionar como mais um requisito de admissibilidade da apelação do réu de maus antecedentes, mas o seu recurso não impedirá a instauração da execução provisória da pena aplicada. Este é o correto entendimento da questão, segundo nosso entendimento.

Desta maneira, levando em linha de conta o preceito constitucional que assegura aos acusados ampla defesa no processo penal, com os recursos a ela inerentes, (art. 153, § 15º), não deve o legislador ordinário vedar o recurso ao réu apenas porque, nesta ou naquela hipótese, ele não está preso. Não vemos porque o réu, que se julga injustiçado, tenha de ficar preso para tentar remover tal injustiça. Os recursos devem poder ser apreciados no seu mérito independentemente da prisão dos recorrentes. É do interesse público que os erros se desfaçam na segunda instância, motivo pelo que tal possibilidade não deve ficar limitada pela não prisão do réu.

Forçoso é também reconhecer que, embora a apelação do condenado possa ser admitida independente de sua prisão, *de lege ferenda*, o interesse público na célebre aplicação da lei penal, em alguns casos, impõe o imediato início da execução da pena fixada na sentença. Vale dizer, uma coisa não deve condicionar a outra: a admissibilidade do recurso nenhuma ligação deve ter com a prisão ou não do recorrente. A questão deve ser direcionada para a outorga ou não de efeito suspensivo à apelação do réu, neste ou naquele caso.

Destarte, nós também somos obrigados a retificar proposta de nova redação para o art. 594, a qual se encontra a fls. 180 da primeira edição no nosso livro *Direito Processual Penal* já citado na introdução deste trabalho. Hoje sugerimos que este dispositivo legal tenha a seguinte redação:

"Artigo 594: A apelação da defesa não terá efeito suspensivo quando a pena impugnada for superior a quatro anos de reclusão ou detenção. Nesta hipótese, independentemente do processamento do recurso, inicia-se a execução da sentença em caráter provisório, por meio de carta de sentença".

"§ único: da mesma forma, não terá efeito suspensivo a apelação do condenado a pena de reclusão inferior, quando reincidente em crime doloso também apenado com reclusão".

Evidentemente que a outorga mais ampla ou não de efeito suspensivo à apelação da defesa é uma questão de política criminal a ser levada em consideração pelo legislador, segundo balanceamento dos relevantes valores em jogo. Aqui não é o local apropriado para aprofundar este tema. Apenas salientamos que a nossa proposta fala em pena superior a quatro anos aplicada na sentença e não abstratamente combinada aos crimes em tese. Desta forma, a execução provisória somente se instauraria em casos absolutamente graves, crimes graves.

5 – TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA COM A PRISÃO COMO EFEITO DA SENTENÇA CONDENATORIA RECORRÍVEL: EXECUÇÃO PROVISÓRIA PENAL.

Nossa análise será feita diante das normas processuais em vigor, consoante interpretação sistemática que vimos propondo no curso deste trabalho. Vamos fazer uma análise tópica das várias hipóteses concretas que podem ocorrer.

a) Primeiro aspecto a considerar é que, não tendo efeito suspensivo a apelação do réu condenado, inicia-se desde logo a execução provisória da pena privativa de liberdade. Assim, conforme asseveramos em outra parte, o título de sua prisão passa a ser a sentença condenatória, que produz imediatamente os seus regulares efeitos. Assim, duas hipóteses devem ser consideradas: o réu estava solto ou já estava preso quando de sua condenação.

Neste caso, se solto se encontrava o réu, deverá ser preso e submetido ao regime da Lei de Execução Penal, independentemente de qualquer ato constitutivo ou declaratório desta nova situação. Ela é efeito da sentença de mérito prolatada. Em face desta prisão, que é início do cumprimento da pena aplicada, não tem qualquer cabimento falar-se em relaxamento, revogação ou liberdade provisória. Se o juiz concedeu ao réu o regime aberto, deve ele ficar, desde logo, em prisão albergue.

Se o réu já se encontrava preso quando de sua condenação, ainda no caso de ausência de efeito suspensivo do seu recurso, a anterior prisão em flagrante ou preventiva perde a sua eficácia, passando a sentença condenatória ser o título único e suficiente da prisão do réu, o que se submete ao regime da Lei de Execução Penal, que lhe é mais favorável. Aliás, as medidas cautelares só desempenham suas funções processuais até a outorga da tutela satisfativa, à qual estão preordenadas. Não se precisa dizer que, ainda nesta hipótese, não cabe mais operar com o sistema de prisão e liberdade provisória. Caberá sim, dar cumprimento à sentença e ao regime de cumprimento de pena nela previsto, inclusive a prisão albergue.

b) Trabalhemos, agora, com a segunda situação processual. Tem o recurso de apelação do réu efeito suspensivo, segundo as várias hipóteses previstas no art. 594 do Cód. Proc. Penal, ou na linguagem usual, “o réu tem direito de apelar em liberdade”.

Se o réu se encontrava solto, tendo efeito suspensivo o seu recurso, não produzirá efeito a sentença condenatória, não podendo ser iniciada a execução provisória da pena aplicada. Em regra, o réu continuará solto. Não obstante, isto não impede que o sistema de prisão e liberdade provisória continue operando normalmente, embora poucos tenham notado este aspecto.

Assim, presente um dos motivos que autorizam a prisão preventiva do réu condenado, deverá ser decretada a sua custódia cautelar, independentemente do “direito de apelar em liberdade”, ou melhor, independentemente de ter efeito suspensivo a sua apelação. Aqui, o título da prisão não será a sentença condenatória, mas a decisão judicial que vier a decretar a sua prisão preventiva.

Não faz qualquer sentido admitir que a primariedade e os bons antecedentes impeçam a prisão preventiva do réu condenado, quando tal medida se fizer necessária. A prisão não se dará automaticamente, em razão da condenação. Não obstante, ela pode ser decretada nos termos do art. 312 do Cód. Proc. Penal, sendo irrelevante se o foi no próprio corpo da sentença ou em separado.

Vejamos a outra situação possível. Estando o réu preso, interpõe apelação, sendo primário e titular de bons antecedentes.

A doutrina e a jurisprudência são unâmes no sentido de que o réu, na situação supra, não tem direito de “apelar em liberdade”, não se beneficiando da regra do art. 594 do Cód. Proc. Penal. Parece que o problema deve ser examinado por outra ótica, ou seja, na perspectiva que vimos desenvolvendo neste estudo.

Estando preso o réu condenado, mas tendo efeito suspensivo a sua apelação, por ser primário e possuidor de bons antecedentes, não se inicia a execução da pena aplicada na sentença condenatória. Tal sentença de mérito não se tornará o título de sua prisão. Em sendo assim, continua o réu preso como antes se encontrava, ou seja, o título de sua prisão continua a ser o auto de prisão em flagrante ou a decretação de sua prisão preventiva. Continuará o réu condenado submetido ao regime da prisão provisória, de natureza cautelar. Por isso, é forçoso reconhecer que o sistema de prisão e liberdade provisória deve continuar operando livremente.

Destarte, se o condenado está preso em flagrante e não mais estão presentes os motivos que autorizariam a sua prisão preventiva se solto estivesse, deve ele gozar da liberdade provisória do parágrafo único do art. 310 do Cód. Proc. Penal.

Da mesma forma, não se iniciando a execução provisória da pena, se o réu condenado estava preso preventivamente, somente deverá permanecer preso enquanto persistirem os motivos desta prisão. A *contrario sensu*, desaparecendo os motivos que determinaram a prisão preventiva, deve a custódia cautelar ser revogada, em obediência ao disposto no artigo 316 do Cód. Proc. Penal. Tudo isto nos parece absolutamente claro, se adotarmos a interpretação anteriormente exposta.

c) Por derradeiro, resta agora enfrentar uma questão que se tornou mais delicada em face da regra do art. 158, *caput*, conjugada com a do art. 160, todas da lei nº 7.210/84. Pela nova lei a audiência admonitória somente é realizada após o trânsito em julgado da condenação, começando daí a correr o prazo da suspensão condicional da pena privativa de liberdade.

Na prática, os juízes têm permitido que o réu recorra em liberdade, mesmo que tenha maus antecedentes, na hipótese da concessão do “*sursis*”. Sente-se que esta solução é a mais justa, mas não são apresentados argumentos legais para legitimá-la.

O conceituado professor Damásio E. de Jesus, no excelente trabalho intitulado “Reforma Penal de 1984”, inserido no seu livro *Questões Criminais*, S. Paulo, Saraiva, 1986, 2ª edição, p. 437/438, no item denominado “*sursis* e apelação em liberdade”, apresenta as seguintes soluções: a) estando preso em flagrante o condenado, beneficiado com o “*sursis*”, deve ser colocado em liberdade provisória do art. 310, § único, se o recurso for da acusação. Sendo da defesa, aplica-se o art. 594, dando-lhe direito a apelar em liberdade; b) estando preso preventivamente, apelando a acusação, entende-se revogada a prisão cautelar, nos termos do art. 316. Recorrendo a

defesa, deve-se aplicar a norma do artigo 594 do Cód. Proc. Penal.

Parece-nos que o caminho trilhado pelo admirado mestre não é o melhor, em que pese ter chegado a resultado valioso. Não obstante, caso há que, tendo maus antecedentes o réu, não poderá o mestre invocar os benefícios do art. 594. Por outro lado, sistematicamente, se nos apresenta indesejável falar em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva tendo como base única o “sursis”.

Desta forma, julgamos existir estrada mais simples e correta para chegarmos ao mesmo destino, aplicando-se os conceitos que vimos desenvolvendo acima.

Estando o réu preso em flagrante ou preventivamente, ou mesmo estando solto, a sua apelação não terá efeito suspensivo se, condenado, for beneficiado com o “sursis”, nos precisos termos do art. 597 do Cód. Proc. Penal. O mesmo ocorrerá se a apelação for da acusação. Vale dizer, se instaura desde logo a execução penal, como efeito da sentença recorrida. Neste caso, a posterior audiência admonitória poderá funcionar como condição resolutiva da suspensão condicional da pena, se o réu não aceitar as condições fixadas pelo juiz. A chave da questão está, pois, na correta aplicação da norma do citado art. 597 do Cód. Proc. Penal.

Note-se que, a rigor, o “sursis” não importa mais em uma suspensão da pena privativa de liberdade, mas é, na verdade, uma *substituição condicional desta pena*, pois o novo art. 78, § 1º, do Cód. Penal estatui que, no primeiro ano do prazo, o condenado deve cumprir uma pena restritiva de direito. Não tendo efeito suspensivo o recurso de apelação, tal substituição condicional constante da sentença condenatória se opera de imediato, não havendo porque o réu ser preso ou mantido na prisão, tenha ou não bons antecedentes.

O mesmo ocorre se o recurso é da acusação. Inicia-se a execução provisória da pena restritiva de direito, nos termos do art. 78, § 1º, do Cód. Penal, como efeito da sentença condenatória, não tolhida pelo recurso da acusação.

Em resumo, aplicando-se sistematicamente o disposto no art. 597, admitindo-se a execução provisória no processo penal, torna-se fácil explicar porque a suspensão (substituição) condicional da pena determinada na sentença condenatória se aplica de imediato, em qualquer situação. Neste caso, não há porque prender ou manter preso o réu, tenha ele bons ou maus antecedentes, haja recurso seu ou da própria acusação. Tudo se resolve à luz da eficácia integral da sentença.

6 – CONCLUSÕES

De tudo o que acima ficou exposto, podemos extrair algumas conclusões de ordem genérica. Não nos parece oportuno detalhar tais conclusões, consoante se fez no corpo do trabalho, vez que prejudicaria a visão de conjunto que deve ser passada ao leitor ao final de tão densa e difícil leitura. Assim, apresentamos os seguintes enunciados, preocupados com a simplicidade:

- a) A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível não apresenta as características essenciais às medidas cautelares;
- b) Tal prisão, sendo efeito da sentença condenatória que aprecia o mérito da

pretensão punitiva, tem a indisfarçável natureza de tutela satisfativa, ainda que sumetida a condição resolutiva;

- c) Não tendo efeito suspensivo o recurso de apelação do réu, segundo aplicação do art. 594 do Cód. Proc. Penal, se instaura, desde logo, a execução provisória da pena aplicada na sentença.
- d) Da mesma forma, temos execução provisória no processo penal quando admitido o recurso extraordinário, nos termos do art. 637 do Cód. Proc. Penal;
- e) O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu;
- f) Instaurando-se a execução provisória, por ausência de efeito suspensivo da apelação do réu, a sentença condenatória passa a ser o título único de sua prisão, substituindo qualquer outro anteriormente existente. O mesmo se passa diante de apelação da acusação.
- g) Tendo efeito suspensivo a apelação do réu, pela aplicação do artigo 594 do Cód. Proc. Penal, a sentença condenatória não se torna título de sua prisão, permitindo que o sistema de prisão e liberdade provisória continue operando livremente;
- h) Pelo artigo 597 do Cód. Proc. Penal, o “sursis”, hoje concebido como substituição condicional da pena privativa de liberdade, (art. 78, § 1º do Cód. Penal), não tem a sua eficácia suspensa por eventual recurso de apelação, permitindo a liberdade do réu como efeito da sentença impugnada;
- i) O artigo 594 do Cód. Proc. Penal deve merecer nova redação, negando-se efeito suspensivo à apelação contra altas penas privativas de liberdade, sem, contudo, vedar ao réu o direito constitucional de recorrer por não se apresentar à prisão.

Rio de Janeiro, 20 de janeiro de 1987.

AFRANIO SILVA JARDIM

Membro do Ministério Públíco do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor de Direito Proc. Penal da Faculdade Cândido Mendes (Centro) e do Curso de Especialização das Faculdades Integradas Estácio de Sá. Professor de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SUCUMBÊNCIA PARCIAL NO JULGAMENTO DO JÚRI: POSSIBILIDADES RECURSAIS

*GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA
Procurador de Justiça e Professor de Direito Penal e
Processo Penal.*

*REYNALDO EDREIRA MARTINS
Procurador de Justiça*

*MARINA DA SILVA SIQUEIRA
Promotora de Justiça*

SUMÁRIO

- 1. Aprimoramento da tutela jurisdicional: atividade recursal.*
- 2. Sucumbência.
2.1 Sucumbência Parcial.*
- 3. Apelação.
3.1 Apelação Parcial ou Limitada.*
- 4. Conclusões.*

1. APRIMORAMENTO DA TUTELA JURISDICIONAL: ATIVIDADE RECURSAL

A solução dos litígios, que surgem em decorrência da vida em sociedade, possível somente através da via civilizada do processo, requer, exige, o máximo de eficiência no exercício da atividade jurisdicional a ser prestada pelo Estado.

O exaurimento da obrigação jurisdicional estatal deve harmonizar-se com um procedimento, o qual implique em efetiva e eficaz participação das partes, sem aquele elastério é bem que se registre, comprometedor da pontual entrega da prestação jurisdicional, regularmente invocada.

A solução da lide, na esfera penal, como no campo do processo civil, terá tanto mais garantida sua realização satisfatória, quanto às mais amplas vias recursais tiverem acesso as partes. As restrições, via regimental, que se permite no campo do recurso extraordinário, não concorre em nada para o aperfeiçoamento da Justiça, tão disputada nos dias correntes. A intervenção dos sujeitos parciais, impugnando o resultado do ofício jurisdicional baixado, que lhes tenha sido, por ventura adverso, resulta ou pode resultar no aprimoramento da distribuição da Justiça, com evidente benefício para a coletividade.

O apelo ao recurso, dando oportunidade à instauração do duplo grau de jurisdição, é amplamente facilitado pelo nosso Código de Processo Penal. Aliás, as possibilidades recursais proporcionadas pela nossa lei são bem mais abrangentes do que se tem entendido até hoje. Perde-se, por estreiteza de visão hermenêutica, significativas oportunidades recursais, deficiência que se configura na carência de uma perfeita visualização do fenômeno processual da sucumbência, a despeito de farto material doutrinário em nossos melhores autores de processo, que indicariam a inovadora exegese no campo do recurso, evitando consolidação de sucumbência, com injusta formação da coisa julgada.

Até mesmo os conhecidos embarguinhas, instrumentos hábeis e idôneos, de significativo alcance para a celeridade e aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, pouco ou quase nada se socorre deles em nossa prática forense, conforme tivemos a oportunidade de registrar, em trabalho divulgado através de algumas revistas nacionais (1).

O aprimoramento da prestação jurisdicional, pretensão da presente tese, não exige, prescinde mesmo de qualquer reforma legislativa. Decorre de potencialidade do Direito Processual Penal em vigor, do qual se aflora fácil, de forma límpida, dispensando mesmo maior esforço exegético. Os arts. 593, inciso III, letra "d" e 599, CPP., oferecem suporte normativo que seria reclamado à necessária evolução da acanhada, tímida prática forense, que adquiriu foro de jurisprudência graças à inércia, o comodismo das partes, principais responsáveis pela formação e mudança da jurisprudência dos tribunais, segundo a lição de Eduardo Cautore, citada por Nelson Lauro Fernari Thomé: "Certo Juiz, num assomo de sinceridade, disse que a jurisprudência é feita pelos advogados. E de fato assim é porque na formação da jurisprudência e, através dela, na formação do direito, o pensamento do Juiz é, normalmente, um *Posteriorius*: O *Prius* corresponde ao pensamento do advogado" (2)

E o igualmente inesquecível Piero Calamandrei, em sua magistral obra, "Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados", pontificava: "Pode sustentar-se que o papel do advogado requer mais talento e mais energia que o Juiz. Encontrar os argumentos, missão dos advogados, é tecnicamente mais árduo que escolher entre esses argumentos descobertos pelos defensores. É isto o que faz o Juiz". (3).

Em que pese o brilho da lição dos autores citados, a visão do fenômeno judiciário peca pelo unilateralismo. A jurisprudência tem sua fonte primária, originária, a partir da gênese e mudanças de posição de nossos tribunais. A propósito do tópico, vem-nos a lembrança do resultado de um encontro de Promotores de Justiça, realizado nos idos de 1950, em Belo Horizonte, no qual fora levantada a questão, segundo a qual os Promotores de Justiça, em matéria de homicídio e lesão corporal, ocorridos no trânsito, deveriam atuar de modo a concorrer para que se permitisse a transformação da jurisprudência, dando a oportunidade indispensável a que os tribunais, no assunto enfocado, pudessem tomar novos rumos na solução dos litígios.. Recomendava-se naquela oportunidade, maior atenção e cuidado na elaboração da peça postulatória, advertindo-se os titulares da ação penal pública acerca de amplas possibilidades que se lhes abriam de atuação acusatória, segundo modelo típico diverso do usual, posição, além de mais cômoda, pacificamente aceita até então: a denúncia fundada no dolo eventual, ao invés da culpa, sob uma ou mais de suas modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

Aliás, o preconício da inserção do elemento subjetivo, sob a forma de dolo eventual, ou o dado normativo, a culpa, na peça preambular, vinha reconhecer processualidade e oportunidade de aplicação da teoria finalista da ação na prática processual, numa quadra da história do Direito Penal Brasileiro, em que nem se falava no tema que hoje empolga a maioria estudiosa, pois só se escrevia ou conversava sobre o causalismo, como teoria explicativa da ação, primeiro componente do fato típico e, consequentemente, dispensava-se a menção ao dolo no âmbito do elemento descriptivo da imputação. (4).

2. SUCUMBÊNCIA.

Pressuposto básico, da atividade recursal, eleva-se a sucumbência à classe de categoria fundamental na valoração das possibilidades recursais, diante da solução daída a um conflito de interesses, posto em juízo por iniciativa das partes.

Trata-se de pressuposto indispensável, inclusive porque dele resulta, necessariamente, o interesse para recorrer, que não se caracterizaria sem a presença daquele (art. 577, parágrafo único do CPP.). O interesse recursal nasce da sucumbência, é a lição de Marco Túllio Zanzuchi, citado por José Frederico Marques, que completa: dai se segue que sóm a sucumbência não há interesse de recorrer, pelo que será inadmissível o recurso (5).

A sucumbência resulta da verificação da incongruência entre o pedido e a decisão proferida, ou, como leciona o mestre Tourinho Filho: "A sucumbência nada mais é senão aquela desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido. (6). Daí inferir-se que ocorrerá sucumbência e o consequente interesse recursal do réu, até mesmo nas hipóteses de decisões absolutórias, desde que o pedido não tenha sido acolhido tal como fora formalizado, através de ato processual próprio, uma vez que a sucumbência, ou seja, a incongruência entre o pedido e decisão, enfim, a falta de correlação entre postulação e o ato decisório, não se resolve apenas sob o aspecto formal, pois que alcança ressonância substancial, traduzida na lesividade, gravame para os interesses do acusado, gravame que adviria do fundamento do juízo absolutório, caracterizado no ato sentencial.

A sucumbência, como suporte necessário à instauração da instância recursal, pode cobrir toda a pretensão da parte, como restringir-se a aspectos da prestação jurisdicional.

Assim, o âmbito da sucumbência tem a força requerida para delimitar a dimensão do pedido recursal. Necessariamente, deve ocorrer exata correspondência entre sucumbência e recurso, sob a pena de não se configurar o juízo de admissibilidade do recurso interposto, por carência do pressuposto fundamental, imprescindível.

2.1 SUCUMBÊNCIA PARCIAL

Total insucesso de uma pretensão em juízo enseja a configuração da chamada sucumbência total. Se o réu, no *judicium causae*, é condenado nos termos da postulação acusatória, posta no libelo apresentado pelo Ministério Público, dá-se a sucumbência total para o réu, que assim teria interesse em ampliar a relação processual,

invocando pronunciamento jurisdicional, da Superior Instância. Caso o libelo, porém, seja negado pelo Júri, através de respostas positivas a teses da defesa, veredito que resulte em juízo absolutório, tem-se, caracterizada, a sucumbência da parte acusatória.

A sucumbência parcial, situação processual, que também propicia a atividade recursal surge do provimento e improviso parcial do pedido da parte. Na apresentação da prestação jurisdicional uma redução do que foi ajuizado.

Quando o magistrado, no momento procedural previsto, opera a desclassificação do furto qualificado (art. 155, § 4º, inc. I, do CPP) para a forma simples, por ausência de exame de corpo de delito, por exemplo, do roubo para o furto, como da lesão corporal grave para lesão de natureza leve, exaure seu ofício jurisdicional, reduzindo, porém, o âmbito da lide, com a desclassificação acima mencionada. Está-se operando, no campo processual, a conhecida sucumbência parcial.

A sucumbência parcial autoriza a utilização de meios recursais, nos limites de sua extensão. Extrapolá-la significaria retirar-lhe o interesse, que autorizaria a parte legitimada a ingressar no juízo recursal, pois só pode ter acesso às vias recursais quem tivesse algum interesse na modificação da decisão. E o interesse, é óbvio, nasce, exsurge *ela* sucumbência. Se a sucumbência for total, a parte terá o interesse que lhe assegurará a atividade recursal. Caso a decisão do pleito não conflite inteiramente com a propositura da parte, a impugnação só poderá incidir sobre os aspectos adversos a sua pretensão.

Quem, portanto, foi sucumbente, mas o foi parcialmente, não disporia de amparo legal para impugnar o resultado da prestação jurisdicional na sua totalidade. A parte do decisório, não importa qual, que se harmoniza com a parte da pretensão não acolhida integralmente, não pode ser objeto de impugnação recursal. O sucumbente, ao delimitar o âmbito do recurso, deve fazê-lo, circunscrevendo-o à parte da qual lhe veio o gravame. O Ministério Público, por exemplo, não teria o respaldo do interesse recursal, por ausente, a sucumbência para interpor apelação total da decisão desclassificatória de roubo qualificado para roubo simples; de furto, segundo o tipo qualificado para a forma simples. Seu inconformismo deveria limitar-se à impugnação da redução da pretensão punitiva. O “Julgo em parte procedente a denúncia de fls.” assinala a sucumbência parcial para acusação, que pode significar sucumbência parcial ou êxito completo para a defesa, dependendo do teor da sua postulação, posta à consideração do órgão jurisdicional.

O não acolhimento de qualificadoras do tipo, de circunstâncias agravantes ou de causa de aumento especial de pena, bem como de formas privilegiadas de certos modelos típicos, por exemplo, é decisão que informa o pressuposto recursal da sucumbência, sucumbência parcial, porém, que dá impulso à instauração de um juízo recursal limitado, parcial, correlacionado com o gravame do recorrente no pleito judicial em que se empenhara, sem o êxito total procurado.

Se a sucumbência não alcançara a pretensão do recorrente em sua totalidade, o recurso dela originário deve ser, consequentemente, limitado, parcial, qualquer que seja a natureza da sucumbência, pois não há texto legal, em vigor, criando distinção quanto à possibilidade recursal. Esta, deve decorrer exatamente, da sucumbência. Deve verificar-se, o exercício da apelação, segundo a extensão da sucumbência, sob pena de provocar apenas parcial juízo de admissibilidade. Consumar-se-ia

o conhecimento parcial do apelo, em virtude de exiguidade de sucumbência.

A extrapolação, através de recurso total, como o de apelação, por exemplo, não legitima a instauração das vias recursais, em razão da carência de pressupostos recursais. Estariam ausentes, na postulação recursal, o pressuposto básico, fundamental, que embasaria o interesse recursal, que é a sucumbência. Sem haver perdedor na relação processual seria impossível o juízo de admissibilidade da instância recursal.

3. APELAÇÃO.

A apelação contra decisão do Tribunal do Júri se configura, segundo um recurso *sui generis*, de características especiais, bem diversas do recurso cujo nome ostenta, ensina o mestre paulista, José Frederico Marques (7). Não se trata de apelação propriamente dita, apelação gehuina, que funciona sempre como *judicium rescindens*, ao contrário da apelação com base no art. 593, inc. III, letra “d” do CPP, em que o juízo *ad quem* não funciona como *judicium rescindens*, como leciona Tourinho Filho (8). No juízo *ad quem* a apelação provida não tem o condão de reformar o conteúdo do ato decisório, limitando o alcance do julgamento à devolução do processo ao Júri, juiz natural, para a solução de mérito.

O projeto de Código de Processo Penal, aprovado na Câmara Federal e aguardando votação no Senado da República, reconhecendo, aliás, as peculiaridades dessa variedade recursal, a retirou do elenco dos recursos, inserindo-a no capítulo do júri, art. 628 e incisos I, II, III e IV.

A apelação, como qualquer forma de impugnação judicial, decorre, necessariamente, da sucumbência. Como consequência dessa situação processual, a apelação será plena, ampla ou limitada, parcial, restrita, conforme o espaço abrangido pela sucumbência: total ou parcial.

O tema, objeto de nossa preocupação, é o da apelação parcial, nos julgamentos da competência do Tribunal do Júri, incidente sobre o *meritum causae*.

Queremos visualizar a questão da sucumbência, em matéria de mérito, no que concerne à decisão manifestamente contrária à prova dos autos sob um enfoque diverso, completamente inédito na perspectiva da hermenêutica, respaldado, porém, em dispositivo de nossa legislação processual vigorante, sem qualquer esforço de criatividade, o que seria defeso ao intérprete.

3.1 APELAÇÃO PARCIAL OU LIMITADA

Apelação parcial ou limitada decorrente da sucumbência parcial ou mesmo total, quando se configura a apelação eventualmente parcial, não dá o suporte normativo necessário para o recurso pleno, justamente por faltar ao recorrente o pressuposto recursal básico da sucumbência.

O art. 599 do CPP, prevê a possibilidade recursal, quando a sucumbência não corresponde à pretensão da parte em toda sua extensão. É o *tantum devolutum quantum appellatum*.

Mariano de Siqueira Filho, saudoso membro do parquet paulista, vê a apelação limitada, na figura processual prevista no art. 593, § 3º, última parte, consisten-

te na limitação de vezes que se pode recorrer pelo mérito. (9).

Já Magalhães Noronha, inesquecível mestre, também do Ministério Público paulista, entendia por apelação limitada, o recurso baseado no art. 593, inc. III, letra "d" e § 3º, 1ª parte do CPP. A limitação, vista pelo saudoso mestre, viria da impossibilidade de *judicium rescindens*. "É vedado ao Tribunal reformar a decisão do júri, proferindo outra, que importe julgamento diverso, condenando ou absolvendo o acusado. Dá-se o erro in judicando do veredito e o poder daquele não vai além de mandar, mais uma vez apenas o réu a novo julgamento do Júri" (10).

Apelação limitada parcial, restrita resulta da determinação do objeto do recurso, coincidente com a sucumbência do recorrente. Em face de sistema acusatório, que adotamos (*nemo judex sine actore*) deve o apelante circunscrever o objeto da apelação, proclama, em oportuno magistério, o mestre de Bauru, Tourinho Filho. (11).

De tudo que ficou exposto, a conclusão a ser extraída, e que se apóia no direito vigente, embora estranha até agora à prática, especialmente dos tribunais, é a de que ocorre, também no julgamento de mérito do Júri (art. 593, III, "d", CPP) e sucumbência parcial, limitada, situação processual que só pode fundamentar a apelação, igualmente parcial.

Hermínio Alberto Marques Porto, em sua obra clássica "Júri" toca com muita propriedade, no tema da sucumbência parcial no julgamento do Júri: "Na votação do questionário, a não aceitação de qualificadora representa decisão de parcial acatamento do libelo" (12). Como a aceitação do tipo qualificado, impugnado pelo réu, ou o não acolhimento de circunstância privilegiada, no homicídio, por exemplo, representa parcial acatamento da tese do réu, insucesso cujos contornos só respaldam o recurso limitado não atendido da pretensão.

Libelado o réu, a título de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II ou IV do CPB., por exemplo) mas, submetido a julgamento do Júri, resulta sua condenação por homicídio simples, em virtude de não aceitação, pelos jurados, da qualificadora oriunda da pronúncia, configura-se, inelutavelmente, a sucumbência parcial para a acusação, visto que parcela do libelo, a imputação pelo homicídio no tipo fundamental, resultara acatada pelo Júri, resultado que significaria pena menos severa,

oscilando entre seis e vinte anos de reclusão, ao invés de doze a trinta. Tal resultado, ditado pela decisão do Júri, não oferece o respaldo legal necessário à apelação total, como usualmente se costuma fazer na prática forense. A sucumbência, quantitativamente, deve guardar perfeita congruência com o efeito recursal da decorrente. Sucumbência total, recurso integral, pode ser a consequência; sucumbência parcial, atividade recursal correspondente, apelação limitada. O pedido de reexame deve formalizar-se nos limites que lhe permitir a sucumbência. Na apelação parcial há redução quantitativa da lide (13), o que impede a revisão da totalidade da matéria, objeto do litígio.

Para a apelação total, contra decisão do Júri, parcialmente desfavorável, faltaria a sucumbência necessária, como pressuposto recursal. Se o Júri, no homicídio qualificado, condena o réu, rejeitando-lhe a tese de exclusão de ilicitude, mas recusando guarda à qualificadora, a acusação careceria de interesse para postular novo julgamento, porque inocorreria a sucumbência total. A pretensão recursal da

acusação teria inteira procedência total. A pretensão recursal da acusação teria inteira procedência, desde que o apelo se limitasse a aspectos em que a pretensão acusatória, via libelo, não tivesse colhido o êxito aspirado.

O mesmo pode ser colocado em relação ao réu sucumbente apenas parcialmente no julgamento do Júri. Poderia ocorrer que a tese da defesa fosse unicamente o reconhecimento do privilégio da violenta emoção, por exemplo, ou da exclusão da qualificadora. O conhecimento integral do mérito apreciado pelo Júri, pela Instância Superior, poderia acarretar-lhe prejuízo, através de uma condenação por homicídio qualificado no segundo julgamento, como admite Tourinho Filho (14), que não vê obstáculo para tanto no princípio da *reformatio in pejus*. Tal posição, porém, não tem o apoio doutrinário de Hermínio Alberto Marques Porto, que confessa posição isolada no campo da doutrina. (15).

O recurso apelatório, se é parcial, porque decorrente de sucumbência limitada, só produz a devolução limitada do ponto controvérsio, não acolhido na prestação jurisdicional.

Ensina, e com muita propriedade, José Lisboa de Gama Malcher "que é pressuposto da apelação parcial que a decisão seja, ou devesse ser capitulada. "E figura como exemplo de capítulos circunstâncias qualificativas e tipo simples: quando se pede a condenação de alguém por crime qualificado, há pontos controvértidos que residem sobre as circunstâncias qualificativas, e a respeito do tipo simples do crime (16). Manzini, citado por Eduardo Espinola Filho, ensina que o "recurso parcial só é possível, quando susceptível de dividir-se, em pontos distintos, o dispositivo da decisão, que se ataca" (17). É o que se pretende reconhecido com a presente tese: são passíveis de cisão, em partes distintas, o homicídio simples, por exemplo, de sua eventual qualificador.

O que não é possível, perdoem-nos o S.T.F. e o TJRGS., porque inconstitucional, por ofensa à soberania do Tribunal do Júri, é a orientação que se imprime em decisão comentada por Heleno Cláudio Fragoso, sob o título: Júri: Qualificação Indevida do Homicídio. Apelação.

Em sede de apelação, após decisão condenatória, a Corte Gaúcha, secundada pelo nosso Pretório Excelso, afastou qualificadora da futilidade, indiferente, porém, ao sentido do pedido recursal da parte sucumbente, o réu. E assim se decidiu do entendimento de que a circunstância qualificadora pertine à punibilidade e aplicação da pena, em vez de concernir ao fato do crime, e que deu ensejo a judiciosas considerações de Heleno Fragoso, orientadas no sentido de que as circunstâncias qualificadoras elevam-se à categoria de elementos acidentais do delito, que com ele se relacionam aumentando ou diminuindo a culpabilidade do agente ou a ilicitude do fato. Nos tipos qualificados, determinadas circunstâncias são destacadas para constituir elemento integrante da figura típica, perdendo a natureza de circunstâncias (18).

Hermínio Alberto Marques Porto refuta tal colocação embora com apoio em interpretação conservadora, que a rejeição de agravante pelos jurados, em decisão contrária à prova dos autos, dá oportunidade a novo julgamento: "O reconhecimento pelos jurados de agravante repelida pelas provas expressa decisão manifestamente contrária à prova dos autos (letra "d", inc. III, do art. 593), ensejando novo julgamento, pois não é possível, sob pena de violação de soberania dos veredictos".

tos, somente a retificação da pena em grau de recurso". (19).

A Revista dos Tribunais, nºs 608/324; 605/302; 606/306; 607/337; 596/311 e 596/411 traz julgados em que houve o reconhecimento de recurso apelatório, por cognição plena, quando a sucumbência, supedâneo do recurso, verificar-se, apenas, parcialmente. Ora o réu fora condenado por homicídio simples, em libelo, segundo a forma qualificada, ora ocorreria a aceitação do privilégio e a decisão do recurso consumaria-se com a anulação do julgamento, culminando na realização de novo julgamento de todo o petitório articulado no libelo, em que pese a condenação do réu, mesmo com a tese, total ou parcial, da defesa: cancelamento da qualificadora ou o reconhecimento da circunstância, que facultaria a redução da pena.

Registra-se, no rol dos acórdãos mencionados, decisão de Tribunal de Justiça, anulatória de julgamento condenatório, por manifestamente contrária às provas dos autos, em razão de reconhecimento da torpeza, como qualificadora, decorrente da vingança, como móvel do delito. Na hipótese, haveria evidente conveniência para o réu, que não correria riscos de maiores gravames, porque a eventual repetição do juízo condenatório não lhe agravaría a situação penal, ao passo que a pretensão punitiva, parcialmente acolhida, quando do julgamento anterior, estaria sujeita a nova sucumbência, agora a sucumbência total, com a reiteração do julgamento popular.

Serve de subsídio a somar ao disposto no art. 599 do CPP., o que prescreve o art. 581, inc. IV, 1ª parte, do CPP. Trata-se de recurso em sentido estrito, opônivel à decisão de pronúncia. O capítulo do recurso não inscreve dispositivo legal, à semelhança da previsão do art. 599. Nos termos daquela disposição legal, entretanto, pacífico é o exercício do recurso parcial por ambas as partes, na busca do reconhecimento ou do cancelamento de qualificadoras na pronúncia.

Ocorre, freqüentemente entre nós, outra prática recursal, sem a necessária cobertura da sucumbência; já lembrada por Mário de Moura e Albuquerque, em palestra para Promotores de Justiça, que acabavam de ingressar na instituição. Dá-se nas apelações, em decisões do Júri, por erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena (art. 593, III, letra "c" do CPP).

Recorre-se, postulando retificação de pena, por injustiça em sua aplicação, esquecendo-se, o Ministério Público, por exemplo, da individualização da mesma, com o pedido correspondente, como exige o libelo: "o libelo, assinado pelo promotor, contará:

I –

II –

III – a indicação das circunstâncias agravantes, expressamente definidas na lei penal e *de todos os fatos e circunstâncias que influir na fixação da pena*.

No pedido condenatório, a despeito da clareza do texto legal, que enunciará o libelo, limita-se a pedir a condenação do réu nas penas de determinado artigo do Código Penal.

Qualquer pena, prossegue Mário de Moura e Albuquerque, que, dentro desses limites, venha ser fixada pelo Juiz de Direito, estará atendendo o pedido do Promotor e, portanto, não pode ser impugnada por ele.

O libelo deve ser conclusivo(20).

Da mesma forma, aqui também, faltaria sucumbência para o exercício válido

da atividade recursal, por não ter ocorrido desatendimento ao pedido da parte.

A succumbência parcial é pressuposto da apelação limitada. Sucumbente, apenas sob aspectos da extensão da lide, exsurge interesse insuficiente para investir a parte no exercício da atividade recursal, se não se delimita a pretensão recursal, segundo os contornos da succumbência.

4. CONCLUSÕES

1) Não acolhida pelo Júri a qualificadora, vinda da pronúncia e inserida no libelo, defeso será à acusação, porque destituída de interesse recursal, posto que ausente a sucumbência, exercer atividade postulatória junto ao *juízo ad quem*, procurando a reforma plena do veredito condenatório, eis que parte da decisão resultará do acolhimento parcial do libelo (o homicídio simples, por exemplo).

2) Tem interesse recursal, o Ministério Público, porque succumbente, para recorrer apenas em relação à parte da decisão do Júri, que lhe fora adversa: a exclusão de qualificadora ou o reconhecimento de circunstância privilegiadora (art. 121 § 1º CPP) indevidamente acolhida pelo Júri.

3) Igualmente, só tem interesse recursal, o réu, nos limites de sua sucumbência. Se a postulação instrumentalizada limitara-se ao pedido de reconhecimento de ocorrência de causa especial de diminuição de pena ou de rejeição de qualificadora, a apelação interposta deverá merecer conhecimento parcial, coincidente com os pontos não atendidos pelo júri.

4) Compete ao Ministério Público, a parte vencida em geral, a partir do juízo de instauração da instância recursal, impugnar o juízo de admissibilidade da apelação se a esta não acompanha a sucumbência necessária.

5) Defeso será, ao *juízo ad quem*, o conhecimento pleno, amplo da apelação se a sucumbência não tiver sido total, ainda que o recorrente, com a impropriedade costumeira, tenha impugnado a decisão em sua totalidade.

BIBLIOGRAFIA

- 01 – Geraldo Batista de Siqueira – O Ministério Público no Aperfeiçoamento da Tutela Jurisdicional – RT - 584/305.
- 02 – Lauro Nelson Fernari Thomé – Aspectos Controversos no Processo Penal Brasileiro – in *Justitia* - 58/25.
- 03 – Piero Calamandrei: "Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados" – 5ª Edição – pág. 51.
- 04 – Geraldo Batista de Siqueira – Ação Penal; Aspectos da Atividade Acusatória – Jurispenal – 33/16; Revista Inter America de Direito Processual Penal - 15/16: Revista dos Tribunais - 534/291.
- 05 – José Frederico Marques – Elementos de Direito Processual Penal - IV/188.
- 06 – Fernando da Costa Tourinho Filho – Processo Penal – 4/249 - 9ª Edição.
- 07 – José Frederico Marques – ob. cit. pág. 239 - nº 1074.
- 08 – Fernando da Costa Tourinho Filho – ob. cit. pág. 296 nº 15.
- 09 – Mariano de Siqueira Filho – Curso Básico de Processo Penal - pág. 207, nº 02.

- 10 – Edgar Magalhães Noronha – Curso de Direito Processual Penal – 17ª ed. - pág. 360.
- 11 – Fernando da Costa Tourinho – ob. cit. pág. 291, nº 10.
- 12 – Hermínio Alberto Marques Porto – Júri – pág. 174, nº 131 - 4ª edição.
- 13 – José Frederico Marques – ob. cit. – pág. 189 - nº 1037.
- 14 – Fernando da Costa Tourinho Filho – ob. cit. pág. 316.
- 15 – Hermínio Alberto Marques Porto – ob. cit. pág. 308/9.
- 16 – José Lisboa da Gama Malcher – Manual de Processo Penal Brasileiro - II/37.
- 17 – Eduardo Espínola Filho – Código de Processo Penal Brasileiro VI/42.
- 18 – Héleno Cláudio Fragoso – Revista de Direito Penal e Criminologia – 32/124.
- 19 – Hermínio Alberto Marques Porto – ob. cit. pág. 171.
- 20 – Mário de Moura e Albuquerque – O Libelo e Seus Requisitos – Justitia - 61/17.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO AMBIENTAL

ÉDIS MILARÉ
Procurador de Justiça
São Paulo, SP.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO

II – MEIO AMBIENTE: ELEMENTOS INTEGRANTES E CONCEITO

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO AMBIENTAL

1. Considerações preliminares
2. Meios de atuação na esfera administrativa
 - 2.1. O inquérito civil
 - 2.2. O estudo de impacto ambiental
3. Meios de atuação na esfera judicial
 - 3.1. Ação penal pública
 - 3.2. Ação civil pública
 - 3.2.1. Conceito
 - 3.2.2. Ação civil pública para proteção ambiental
 - a) - legitimação ativa
 - b) - legitimação passiva
 - c) - interesse para agir
 - d) - foro competente
 - e) - objeto da ação
 - f) - rito e liminar
 - g) - custas, despesas processuais e honorários
 - h) - prescrição
 - i) - coisa julgada
 - j) - responsabilidade civil
 - l) - o direito de informação

IV – PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

V – CONCLUSÕES

O MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO AMBIENTAL

"El hombre de hoy usa y abusa de la naturaleza como si hubiera de ser el último inquilino de este desgraciado planeta, como si detrás de él no se anunciará un futuro. La naturaleza se convierte así en el chivo expiatorio del progreso" (RAMON MARTIN MATEO, "Derecho Ambiental", Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, p. 21).

1 – INTRODUÇÃO

A problemática ecológica está na ordem do dia. Basta atentar para as fontes de informação para se ver que as agressões ambientais diuturnamente desfilam nos noticiários.

Tudo decorre da constatação de um fenômeno corrente, segundo o qual os homens, para satisfação de suas múltiplas necessidades, que são *ilimitadas*, disputam os bens da natureza, por definição *limitados*. E é este fenômeno tão simples quanto importante que está na raiz de grande parte dos conflitos que se estabelecem no seio da comunidade. A corrida armamentista e as guerras, de regra, não passam de dissenções entre países que buscam a conquista de hegemonia sobre os bens essenciais e estratégicos da natureza. A questão ideológica nada mais é do que um biombo a esconder esta verdade.

De outro lado, o processo desenvolvimentista dos países se realiza, basicamente, às custas dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala até ontem desconhecidos: a paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pelas usinas nucleares, pelo lixo atômico, pelos dejetos orgânicos, pelas "chuvas ácidas", pelas indústrias e pelo lixo químico. Por conta disso, em todo o mundo o lençol freático se contamina, a água escasseia, a área florestal diminui, o clima sofre profundas alterações, o ar se torna irrespirável, o patrimônio genético se degrada, abreviando os anos que o homem tem para viver sobre o planeta. É a vida que está em jogo.

O alerta para a gravidade desses riscos foi dado em 1972, numa conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, quando os países ricos e industrializados se deram conta da predação crescente causada pelo seu desenvolvimento e da aterradora escassez dos recursos naturais. Passaram, então, alguns até bem intencionados, a propor uma política de "crescimento zero", visando salvar o que não havia sido ainda destruído. Mas o resultado final dessa política seria desastroso: os ricos continuariam sempre ricos e os pobres estariam condenados a permanecer sempre e irremediavelmente pobres.

Nosso país, como era lógico, optou pelo desenvolvimento, chegando um Ministro da época, do regime autoritário, a dizer que estávamos prontos a importar a poluição dos países desenvolvidos. E foi o que realmente ocorreu, tendo nosso País

alcançado, nos últimos tempos, índices de crescimento altamente expressivos, em torno de 7% ao ano.

Essa opção de crescer a qualquer custo, entretanto, levou o brasileiro a uma impiedosa agressão à Natureza, que, exaurida, começa a cobrar seu preço, numa guerra de saldo desalentador: manchas sinistras de desertificação já aparecem no pampa gaúcho, na região noroeste do Paraná e em vários pontos da Amazônia; o Estado de São Paulo perde, a cada ano, no processo de erosão, 190 milhões de toneladas de terra; a poluição produzida pelas fábricas de Cubatão está abrindo grandes ravinas na Serra do Mar, que grita por socorro e ameaça desabar sobre o pólo petroquímico e os 60 mil habitantes daquela cidade; a proliferação de doenças produzidas por agressões aos ecossistemas, como a anencefalia e leucopenia, também não tem sabor de novidade; a intoxicação pelo uso desmedido de agrotóxicos e mercúrio vem constituindo grave problema de saúde pública; rios poluídos, autênticas galerias de esgoto; alimentos contaminados; cidades desumanizadas; campos devastados, etc., a demonstrar que, realmente, vivemos dias difíceis, em que o homem, como se disse alhures, que tanto correu para ser salvo pela técnica agora corre para ser salvo da tecnologia.

Esse quadro, como não poderia deixar de ser, contribui poderosamente para a perda da identidade do homem com a natureza, repercutindo profundamente naquele que se convencionou chamar de *qualidade de vida*. E isso acaba, a final, frustrando e angustiando o homem, que se vê desligado de suas raízes com a natureza, gerando aquilo que KAZUO WATANABE chamou de *litigiosidade contida*, fenômeno extremamente perigoso para a paz, pois é um ingrediente a mais na "panela de pressão" social, de vez que, impotentes para reverter tal quadro, as pessoas guardam dentro de si todos esses problemas (1). A sociedade humana, percebendo quase instantaneamente o caótico da situação, entra, na lapidar expressão de AVILA COIMBRA, em ansiedade difusa. Em seu próprio seio deflagram-se lutas fratricidas, as preocupações materiais do "ter" sufocam as preocupações humanistas do "ser", as sociedades ricas assumem conduta de prepotência em face das mais carentes. Há sobressaltos de apocalipse e o receio de que esta pequena nave espacial chamada Terra, com todos os seus tripulantes, se perca naquele *tohu abohu* assustador, de que fala o Gênesis em seu primeiro enunciado (2). De fato, não pode o homem viver em paz consigo mesmo enquanto estiver em guerra com a natureza.

De uns tempos para cá a questão, felizmente, vem preocupando setores cada vez mais representativos da sociedade, que vêm no *ecodesenvolvimento* a nova filosofia a ser seguida, e cuja característica consiste na possível conciliação entre o desenvolvimento, a preservação ecológica e a melhoria da qualidade de vida do homem. É falso o dilema "ou desenvolvimento ou meio ambiente", na medida em que, sendo uma fonte de recursos para o outro, devem harmonizar-se e complementar-se. Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sócio-cultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, isto significa dizer que a política ambiental não deve se constituir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao proporcionar a gestão racional dos recursos naturais, os

quais constituem a sua base material.

Com efeito, está superada a moção romântica de que a natureza é um intocável santuário. O Brasil é um País grande que precisa gerar riquezas para enfrentar os desafios da mudança social, cujo símbolo mais evidente é a taxa de crescimento da população: 2,4% ao ano na década, com um contingente de 40 milhões de pessoas vivendo em condições humilhantes (3).

Urge melhorar a vida desses brasileiros, que vegetam entre a pobreza e a miséria absoluta, incorporando-os ao mercado de trabalho e permitindo-lhes condições míнимas e dignas de sobrevivência. Para tanto, é preciso crescer sim, mas com base num plano de enfoque integrado, com vistas a assegurar a compatibilidade do desenvolvimento com a proteção e a melhoria da qualidade do meio ambiente, a fim de que o progresso se processe em função do homem e não às custas do homem.

Espera-se que essa nova mentalidade resulte numa política clara e abrangente, que envolva a atuação conjunta e Governo e comunidade e que trate de coibir as agressões inconseqüentes e continuadas ao meio ambiente, o que só pode ser conseguido através de adequada educação ambiental, nas escolas e fora delas, bem como por meio da criação de instrumentos legais apropriados, dado que, no embate dos interesses, dentro da área reservada para o jogo dos direitos privados, só o Poder Público é capaz de conter, com leis coercitivas e imposições oficiais, a prepotência dos poderosos, pois “onde há fortes e fracos, a liberdade escraviza, a lei é que liberta” (4).

É a respeito desse tema, e do importante papel que pode o Ministério Público desenvolver na tutela jurídica do meio ambiente, que pretendemos, perfunctoriamente, traçar algumas considerações.

2 – MEIO AMBIENTE: elementos integrantes e conceito

A palavra ambiente indica o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos ou as coisas. Redundante, portanto, a expressão *meio ambiente*, por isso que o *ambiente* já inclui a noção de *meio*. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente utilizada pela doutrina, lei e jurisprudência de nosso País que, amiúde, falam em *meio ambiente*, em vez de *ambiente* apenas.

Em sentido estrito o *meio ambiente* nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com o ser vivo. Todavia, a sua disciplina jurídica comporta um conceito mais amplo, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, de molde a possibilitar o seguinte detalhamento: *meio ambiente natural* (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna), *meio ambiente cultura* (integrado pelo patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico, turístico) e *meio ambiente artificial* (formado pelas edificações, equipamentos urbanos, comunitários, enfim, todos os assentamentos de reflexos urbanísticos) (5).

O *meio ambiente* é, assim, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana” (6).

O *meio ambiente*, elevado à categoria de bem jurídico essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem, é objeto hoje de uma disciplina que já ganha foros de ciência e autonomia: a *ecologia* (do grego *oikos* = casa + *logos* = estudo). Visa a ecologia, portanto, considerar e investigar o mundo como “nossa casa”, sendo conhecida, por isso mesmo, como “ciência do habitat”, na medida em que estuda as relações dos seres vivos entre si e deles com o ambiente.

Pois bem, essa “casa”, pelos constantes atentados que vem sofrendo, precisa de defesa. Como empreendê-la? Ou, por outra, em que medida o Ministério Público, como tutor dos interesses globais da sociedade, pode contribuir para coarctar os abusos contra o nosso patrimônio ambiental?

3 – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO AMBIENTAL

1. Considerações preliminares:

O Ministério Público é uma instituição dotada das características de permanência e essencialidade, porque desempenha funções indispensáveis para a preservação do equilíbrio e da comunhão sociais.

É possível identificar realmente, no conjunto de relações que compõem a vida em sociedade, certos valores marcados pelo signo do interesse público, ou seja, certos valores que devem ser preservados para garantia da segurança, da tranquilidade, da justiça, da qualidade-de-vida e, enfim, da própria viabilidade do convívio social (7).

Esses valores, quando transgredidos, quase sempre serão protegidos ou reparados perante o Poder Judiciário, basicamente através da ação do Ministério Público, a quem se cometeu o encargo específico de velar pelos “interesses indisponíveis da sociedade” (cf. art. 19 da Lei Complementar Federal nº 40/81). Essa expressão corresponde à noção de *interesses supra-individuais* ou *interesses difusos*, ou seja, aquele conjunto de valores encampados pela Constituição ou por normas infraconstitucionais, que não se concentram na titularidade de um sujeito determinado. Tais valores, quando violentados, não constituem afronta ao direito individual de uma certa e determinada pessoa, natural ou jurídica. Quando o atentado é a uma pessoa certa, esta dispõe de legitimidade para, em seu próprio nome, submeter ao Poder Judiciário a lesão a seu direito individual (Constituição da República, art. 153, § 4º).

Mas, se a afronta é contra valores que ultrapassam uma ou algumas pessoas certas e determinadas; se a afronta é contra a sociedade, contra uma coletividade, resulta que alguém há de ter uma legitimação específica para agir em nome dos valores comuns, que foram vulnerados. Ora, esse “valores comuns”, quando erigidos pelo legislador como socialmente relevantes e dignos de tutela, se necessário perante os tribunais, devem encontrar, no Ministério Público, seu patrono nato. Pois são, sem dúvida, “interesses indisponíveis da sociedade” (8).

Dentre esses valores, entregues à proteção do “Parquet”, ressalta, inquestionavelmente, o direito que todos temos a um meio ambiente hígido e equilibrado, que se transforma, por assim dizer, num bem ou patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, para garantir a saúde, o bem-estar do homem e as

condições de seu desenvolvimento (cf. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 14, § 1º, e Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º).

Para enfrentar essa luta dispõe o Ministério Público, ao lado de algumas poucas medidas de caráter administrativo, de meios preventivos e repressivos judiciais consistentes no exercício das ações penal e civil públicas (cf. art. 3º, II e III, da Lei Complementar Federal nº 40/81).

2. Meios de atuação na esfera administrativa:

O ofício do Ministério Público, como representante da sociedade, na defesa dos princípios e valores maiores que a sustentam, se verifica normalmente perante o Poder Judiciário. Às vezes, tal ocorre também fora do âmbito deste, como quando fiscaliza as fundações (v. arts. 26, Código Civil, e 1201/2, do Código de Processo Civil), os “processos” de habilitação para o casamento (arts. 67 e 68, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), quando presta assistência judiciária aos necessitados (art. 22, XIII, da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981), etc.

No campo específico da tutela do meio ambiente, duas novas e salutares medidas administrativas foram contempladas e postas à disposição do Ministério Público por recente legislação: o *inquérito civil* (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e o *estudo de impacto ambiental* para o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente (Resolução CONAMA 001, de 23/01/1986, publicada no D.O.U. de 17/02/1986).

2.1. O Inquérito Civil:

Trata-se de procedimento de natureza administrativa, instaurado e presidido pelo Ministério Público, e que se destina à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício da ação judicial pertinente.

Ao dizer a lei que o Ministério Público pode instaurar inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85), fica evidente que se trata de mera faculdade, de tal forma que em havendo elementos suficientes pode sem ele ser a ação proposta.

A revolucionária medida, segundo o talentoso jurista RENÉ ARIEL DOTTI, “estabelece um procedimento investigatório a exemplo de outros já consagrados em nossa experiência (inquérito policial, inquérito administrativo, inquérito parlamentar etc.) e resgata a melhor imagem do Ministério Público, oferecendo-lhe maior possibilidade de ação e evitando o constrangimento de se conservar – tal qual ocorre com a apuração criminal rotineira – como estação repetidora de prova que já lhe vem defeituosa pelos vícios da má colheita e amarelecida no tempo pela força dos entraves burocráticos quando não o seja pelas pressões ilegítimas”. (9).

Com efeito, através desse procedimento o Ministério Público sai dos corredores apertados da prova, e passa a ter o domínio dos fatos, na medida em que, sem intermediários e sem burocracia, na condição de titular das ações penal e civil públicas, passa à coleta de todos os elementos úteis para o esclarecimento do objeto de sua investigação. Constitui, por isso mesmo, instrumento adequado para instruir não só a ação civil pública como a própria ação penal, dispensando o inquérito policial, consoante permissivo constante do art. 3º, § 5º, do Código de Processo Pe-

nal. Daí a pertinência de se propugnar pela inserção dessa conquista no rol das funções institucionais privativas do Ministério Público na própria Constituição Federal (10).

De se ressaltar aqui, por relevante, que, formalizado o inquérito civil, e verificada a inexistência de fundamento para a propositura de ação, deve o órgão do Ministério Público, fundamentadamente, promover o seu arquivamento. Neste caso, os autos serão obrigatoriamente remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público, que poderá homologar o arquivamento ou designar outro órgão do “Parquet” para o ajuizamento da ação (cf. arts. 8º e 9º da Lei nº 7.347/85).

Portanto, ao contrário do que ocorre no processo penal, o Promotor de Justiça não *requer* ao juiz o arquivamento, ele próprio o *promove*, o que, tecnicamente, é mais correto, porque o inquérito é administrativo, não é matéria jurisdicional. Não há necessidade de decisão do juiz sobre ele (11). E tal ato não é acobertado pela autoridade da coisa julgada, por isso que só a decisão sobre a lide é que tem esse condão (cf. art. 468, do Código de Processo Civil). E para haver lide é imprescindível a existência de *processo*, o que não é evidentemente o caso.

Conseqüentemente, nada impede a sua reabertura em caso de surgimento de novas provas, nem tampouco a propositura de ação por parte das demais entidades legitimadas para o seu exercício.

A prática tem demonstrado que tal procedimento, sobre ser peça de grande utilidade informativa, é também eficaz meio na prevenção de futuros danos ecológicos, em razão não só de seu caráter intimidativo, mas também porque o resultado das diligências nele encetadas pode dissuadir o agente quanto à consecução de atos potencialmente lesivos ao meio ambiente.

2.2. O Estudo de Impacto Ambiental

A avaliação de impactos ambientais foi considerada pela Lei nº 6938, de 31/08/1981, como um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente. Com efeito, o art. 10 desse diploma legal reza que:

“a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do Sisnama, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

O Decreto Federal nº 88.351, de 19/06/1983, de seu turno, ao regulamentar a Lei nº 6.938/81, outorgou ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA – competência para fixar os critérios básicos segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento de atividades (cf. art. 18, § 1º).

Nesse sentido, o CONAMA, através da Resolução nº 001, de 23/01/1986, estabeleceu as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da *avaliação do impacto ambiental*.

Impacto ambiental, segundo a definição dada pelo art. 1º da referida Reso-

lução, é "qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais".

Dentre outras, dependem de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA) o licenciamento das seguintes atividades: estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; ferrovias; portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; aeroportos; oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230Kv; obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos; extração de minério; aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10 MW; complexo e unidades industriais e agro-industriais; qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia.

Nos termos da Resolução disciplinadora, o estudo de impacto ambiental deve obedecer às seguintes diretrizes: a) contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipóteses de sua não execução; b) identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; c) definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; d) considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade (cf. art. 5º).

Tal estudo será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto, aprovada, previamente, pelo órgão licenciador, e se constitui na bússola a guiar o rumo norte da confiabilidade da solução tanto para o administrador como para o público.

Ultimado o estudo, e elaborado o relatório de impacto ambiental, deve ser submetido à aprovação do órgão estadual competente (no Estado de São Paulo, segundo o Decreto nº 24.932, de 24/03/1986, que instituiu o Sistema Estadual do Meio Ambiente, tal responsabilidade é do GEMA – Grupo Executivo do Meio Ambiente, a quem cabe promover, disciplinar e avaliar a implementação da Política Estadual do Meio Ambiente) ou da SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente, quando se tratar de atividade que, por lei, seja de competência federal. Das decisões dos órgãos estaduais denegatórias de licenciamento cabe recurso administrativo para o Governador do Estado, e nos casos de competência da SEMA para o Ministro de Estado do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente.

No Brasil, amiúde, constroem-se obras gigantescas (grandes barragens hidrelétricas, auto-estradas, aeroportos, pólos petroquímicos, cloroquímicos, siderúrgicos, etc.), independentemente de acurado estudo de seus impactos locais e regionais, com o que se perde ou se compromete, muitas vezes, importantes ecossistemas e enormes bancos genéticos da Natureza.

À guisa de exemplo, vale lembrar recente caso, em que o Ministério Público de São Paulo obteve liminar junto ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Municipal, em ação civil pública promovida face à Municipalidade de São Paulo, que pretendia ce-

lebrar contratos e iniciar obras para instalação de quatro usinas incineradoras e de compostagem de lixo urbano, nos bairros de Sapopemba e Santo Amaro. O argumento central residia exatamente na ausência de prévio estudo de impacto ambiental para o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, dado que a queima daqueles resíduos poderia produzir complexos de compostos orgânicos clorados, genericamente denominados policloro-dibenzo-dioxinas (PCDD) e policloro-dibenzo-furanos (PCDF), dentre os quais se contam algumas das substâncias mais tóxicas conhecidas pelo homem.

Mais recentemente, ainda, a atenção do Ministério Público paulista se voltou para inusitado plano, aprovado por lei de iniciativa do Prefeito da Capital, propondo a construção de garagens subterrâneas em dez praças públicas, algumas tombadas pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico do Estado. Ora, a construção de tais garagens, numa cidade como São Paulo, em que as praças constituem o único reduto tranquilo, especialmente para crianças e idosos, não pode ser levada a cabo sem um prévio estudo que identifique e avalie todos os impactos ambientais, pena da questão desaguar no Poder Judiciário para palavra final.

Deve, portanto, estar atento o Ministério Público, e exigir, sempre que possível, a realização do *estudo de impacto ambiental*, que, ao lado do inquérito civil, se constitui em ágil e eficiente instrumento na prevenção de danos, dado que os amplos debates que enseja permitem encontrar alternativas tecnológicas para o projeto, sem excluir a opção pela sua não realização, em face dos altos custos sociais e ecológicos dele decorrentes.

Anote-se, por fim, que para maior eficácia dessas medidas, e de eventual ação ambiental futura, pode e deve o Ministério Público celebrar convênios com entidades científicas, universidades e órgãos administrativos encarregados do controle da poluição e da preservação do meio ambiente, que lhe poderão fornecer o necessário assessoramento técnico para bem desempenhar sua missão. É evidente que tais ajustes devem ser feitos sem prejuízo da independência e da intensidade de atuação do órgão. Em São Paulo foram firmados, com grande êxito, convênios com a CETESB COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL e com o INSTITUTO FLORESTAL, órgãos atualmente vinculados à Secretaria do Meio Ambiente, com a USP – UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO e com a FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE ILINOIS (E.U.A.).

3 – MEIOS DE ATUAÇÃO NA ESFERA JUDICIAL

Para a preservação e proteção do meio ambiente, na esfera judicial, armou o legislador o Ministério Público da titularidade da *ação penal pública* e da *ação civil pública*, tidas como funções institucionais suas (cf. art. 3º, II e III, da Lei Complementar nº 40/81), que chamaremos, genericamente falando, de *ação ambiental*.

O que o direito visa proteger, aqui, é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade-de-vida do homem. Pode-se dizer, portanto, que a ação ambiental tem em mira dois objetivos: *um imediato*, que é o meio ambiente globalmente considerado, e *outro mediato*, que é a saúde, o bem-estar e o equilíbrio espiritual humano.

3.1. Ação penal pública

“Ação penal é o direito de invocar-se o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo” (12).

No caso do meio ambiente, a conduta do agente predador ou poluidor lesa um interesse jurídico de tal importância — a saúde pública e a própria vida — que a ação penal deve ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa. Nestes casos, a titularidade da ação penal pertence ao Estado, que, por seu órgão de justiça — o Ministério Público — assume a iniciativa do processo, estimulando o exercício da função jurisdicional e pugnando pela punição dos responsáveis pelas práticas delituosas.

Portanto, quando a titularidade da ação penal pertence ao Estado, isto é, quando o direito de iniciá-la é do Estado, denomina-se *ação penal pública*. A ação penal pública é a que se inicia por denúncia do Ministério Público (art. 24, Código de Processo Penal; art. 100, § 1º, Código Penal), salvo quando seu representante não exerce dentro do prazo legal, hipótese em que o particular ofendido pode exercitar o *jus persequendi in iudicio* (art. 29, Código de Processo Penal; art. 100, § 3º, Código Penal).

Excepcionalmente, também, nos procedimentos sumários das contravenções, a ação penal pública é promovida pela autoridade policial ou pelo juiz; mas, validamente iniciado por qualquer dessas autoridades, o Ministério Público assume o papel de parte acusadora (arts. 531 e 536, Código de Processo Penal).

Lamentavelmente, nesse campo pouco pode fazer o Ministério Público, ante o irrerealismo de nosso ordenamento jurídico-penal, que não contém previsões normativas eficientes para uma defesa racional e contínua do meio ambiente. O velho Código Penal brasileiro, de quase meio século de vigência, mostra-se desatualizado para reprimir os abusos contra o meio ambiente, mesmo porque, ao tempo de sua elaboração, o problema ecológico não se fazia sentir com a intensidade atual.

Desse modo, só de forma mediata se empresta tutela penal a algumas modalidades do crime ecológico, como no crime de dano ao patrimônio público ou particular, previsto no art. 163, onde, por óbvio, se inclui toda sorte de atentados à fauna e flora. Ou então no dano em coisa tombada (art. 165) ou na alteração de local especialmente protegido (art. 166). No incêndio em mata ou floresta (art. 250, § 1º, II, “h”), no uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252) ou na difusão de doença ou praga que possa causar dano a floresta (art. 259). Ou então quando é previsto o envenenamento, corrupção ou poluição de água potável, como crime contra a saúde pública (arts. 270 e 271).

A simples referência à potabilidade da água, nesses dois últimos tipos penais, dá bem a medida da inadequação do nosso Código na proteção ao meio ambiente, por ensejar ao poluidor discutir sua responsabilidade, sob a alegação de que a água já poluída não merece a tutela penal. Como ilustração, basta lembrar o episódio verificado em 1977, na cidade de Americana (SP), envolvendo a empresa Ajinomoto Interamericana Comércio e Indústria Ltda.. Essa empresa, como se recorda, antes mesmo de obter licença de funcionamento, começou a operar com sua fábrica em condições totalmente irregulares, despejando seu lixo industrial no Rio Jaguari, a apenas seis quilômetros a montante das captações da água do DAE (Departamento

de Água e Esgoto) de Americana. Em outubro de 1977 a situação chegou ao seu ponto crítico e alarmante. O rio, então, já tinha aspecto desolador. A mortandade de peixes foi extensa e impressionante. Grossa camada de matéria orgânica cobria toda a superfície no local de captação, estando a água a zero de oxigenação e apresentando altíssimos índices de amônia. A cidade ficou 33 horas sem água e o fato ganhou as manchetes de jornais (13).

Pois bem, nesse caso, diretores e funcionários de cúpula da empresa, denunciados por infração ao art. 271 do Código Penal, foram absolvidos, em primeira instância, por entender o Juiz inexistir o elemento tipicidade do delito, porquanto poluído que estava o rio não podiam suas águas ser consideradas potáveis.

É verdade que em grau de recurso, por maioria de votos, foi reformada a sentença e condenados os réus, julgando-se extinta a punibilidade, por ter ocorrido a prescrição. Mas só a discussão que se possibilitou instalar no processo, como dissemos, mostra o quanto ultrapassado e defasado, na matéria, está o Código Penal.

A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/1941), por seu turno, em dois dispositivos apenas procura tutelar o meio ambiente, ao prometer modesta punição àquele que provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, capaz de ofender ou molestar alguém (art. 38), ou àquele que perturbar o sossego alheio por meio de poluição sonora (art. 42).

Outros diplomas legais, tal como o *Código de Águas* (Decreto nº 24.643, de 10/07/1934), o *Código Florestal* (Lei nº 4.771, de 15/09/1965), o *Código de Caça* (Lei nº 5.197, de 03/01/1967, o *Código de Pesca* Decreto-Lei nº 221, de 28/02/1967), também cuidam, circunstancialmente, da defesa de certos elementos que compõem o meio ambiente, mas de forma totalmente tímida, face, principalmente, à irrisioneidade das sanções, geralmente pecuniárias. Um caçador que matar o último casal de uma espécie em extinção, por exemplo, será punido, no máximo, em dez salários-mínimos! De se recordar, a propósito, que essa foi a sanção aplicada ao Prefeito Municipal de Embu (SP), pelo abate de 5.000 aves — incluindo rolinhas, sabiás e tico-ticos — para um “churrasco de confraternização”, e da qual se livrou em segunda instância, por decisão unânime do Tribunal Federal de Recursos (14).

Frise-se, ademais, que a ação ambiental penal tem caráter eminentemente repressivo, não podendo prevenir ou impedir os atentados ao meio ambiente, o que não deixa de ser altamente frustrante. Sem se falar, outrossim, no tormentoso problema da responsabilização das pessoas jurídicas, impossível de se verificar no sistema de nosso Direito Penal, onde ainda tem pertinência o apotegma romano, segundo o qual “societas delinquere non potest”. Ora, as maiores e mais graves ofensas à sanidade do ambiente provêm hoje, sem dúvida, não de pessoas individuais, mas de *pessoas coletivas*. De modo que importa, por outro lado, estabelecer relativamente aos delitos ecológicos, em certos termos, a responsabilidade penal de pessoa coletiva como tal; e por outro lado — com não menos importância — alargar e diversificar as sanções penais, estabelecendo medidas especificamente adequadas e aplicáveis a elas (como é o caso, por exemplo, da interdição ou suspensão de mecanismos poluentes, ou da suspensão ou encerramento de atividades de empresas) (15).

Sistema jurídico assim tão ultrapassado, sobre não atender aos reclamos de uma

sociedade complexa como a nossa, enseja uma inconcebível impunidade que desmoraliza o aparelho judicial e estimula a prática de condutas anti-sociais.

Urge, portanto, que a lei defina os crimes de agressão contra o meio ambiente, compatibilizando-se as reações penais com a importância do bem defendido (16).

Aliás, parece que o legislador começa a acordar para a questão, intensificando-se, no momento, certos movimentos tendentes a atualizar o manancial legislativo penal, de molde a criminalizar condutas até agora impuníveis, ou reprimir mais severamente aquelas já existentes. No anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos prevê-se, expressamente, a instituição, por lei ordinária, da figura dos delitos ambientais (v. art. 412). Antecipando-se a essa recomendação foi publicado, para estudos, um anteprojeto de Código Penal (Parte Especial), no qual se dedica um título inteiro (Título XIII) à disciplina dos crimes contra o meio ambiente (arts. 401 a 416).

Oxalá tal proposta seja convertida em lei, pois, sem dúvida, carece o País de uma atualizada legislação penal, onde todas as modalidades graves de agressão ao meio ambiente sejam exemplarmente punidas (17).

3.2. Ação Civil Pública

Ao que se sabe, a primeira referência expressa à locução, em sede legislativa, foi feita pela Lei Complementar Federal nº 40, de 14/12/1981, que, ao estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados, dispôs ser função institucional do “Parquet” a promoção da *ação civil pública*, nos termos da lei (art. 3º, III). O legislador paulista, ao editar a lei orgânica do Ministério Público (Lei Complementar nº 304, de 28/12/1982), a ela se referiu no art. 41, I, para dizer que a sua promoção se encarta nas atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes. Mais recentemente veio à luz a Lei nº . . . 7.347, de 24/07/1985, que incorporou, de vez, a terminologia ao nosso vocabulário jurídico, ao se referir, às expressas, à disciplina da *ação civil pública* como instrumento de defesa de alguns interesses transindividuais (do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

Tudo leva a crer, inclusive, venha o termo a assumir “status” constitucional, já que, por mais de uma vez, a ele se referiu o anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo mestre Afonso Arinos de Melo Franco (cf. arts. 36, § 2º e 312, II e § 2º).

3.2.1. Conceito

Mas, o que vem a ser a ação civil pública? (18).

A *ação*, como instituto processual, é um direito de natureza pública, posto que dirigida contra o Estado, representado pelo Poder Judiciário (embora, uma vez apreciada pelo Juiz, vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu ou executado), visando o restabelecimento da ordem jurídica. Nega-se, portanto, ser ela exercida contra o adversário isoladamente, mas contra este e o Estado ao mesmo tempo, ou contra a pessoa física do juiz (19).

Se assim é, qual o pressuposto do qualificativo “pública”, que o legislador insiste empregar?

Até há pouco, entendíamos que quando se falava em ação civil pública se queria em verdade referir ao problema da legitimização, e não ao do direito substancial discutido em juízo. Ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma *parte pública* – o Ministério Público (20). E este continua sendo o entendimento de alguns autores que mais recentemente versaram a matéria (21).

Agora, porém, com a edição da Lei nº 7.347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas, paraestatais e às associações que especifica (art. 5º), novo posicionamento se impõe diante da questão. Assim, não há mais exclusividade na atuação do Ministério Público como parte ativa, podendo ser antecedido na propositura da ação por uma associação ambientalista, por exemplo, bem como tê-la ao seu lado, na qualidade de litisconsorte ativo, na ação por ele proposta (art. 5º, § 2º). Diferente, portanto, do que ocorre no processo penal, onde só em caso de inércia do Ministério Público é que tem cabimento o exercício da ação pelo particular ofendido (cf. art. 29, Código de Processo Penal).

Em tal conjuntura, parece-nos imperioso reconhecer a necessidade de desfocar a atenção do problema da *legitimização*, e voltá-la para a natureza do *interesse material* que se pretende protegido pelo Poder Judiciário, de molde a concluir que pública será toda ação que tiver por objeto a tutela de um *interesse público*.

Podemos, assim, em termos simples, porém, não definitivos, conceituar a ação pública como o *direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em nome do interesse público, a função jurisdicional* (22).

Trata-se de um “direito”, na medida em que pode ou não ser ajuizada pelo seu titular. A Lei nº 7.347/85, aliás, não deixa dúvida alguma disso, ao dispor, em seu art. 5º, que “a ação principal e cautelar poderão ser propostas . . .”

Poderia, então, o Ministério Público dispor seu alvedrio da ação civil pública?

Neste ponto, parece estar de acordo a doutrina de que o preceito vigorante em nosso sistema jurídico, atinente à ação civil pública, é o de obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade. Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la (23).

Com efeito, lendo-se a Lei nº 7.347/85, verificamos que o Ministério Público pode promover o arquivamento do inquérito civil se convencido da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, com possibilidade de homologação desse pedido por parte do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º). Em tal hipótese, é óbvio, não se terá exercido o direito de ação.

Dizíamos, também, que o direito ao exercício da ação civil pública deve estar “*expresso em lei*”. Sim, pois é da tradição de nosso direito processual que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (cf. art. 6º, Código de Processo Civil). Ademais, o direito genérico de ação só é garantido constitucionalmente para a tutela de *direitos individuais* (cf. art. 153, § 4º),

o que implica em dizer que para a defesa de *interesses públicos* – que constituem o objeto da ação civil pública – mister a previsão legal específica. Aliás, não foi por outra razão que o legislador, no caso do Ministério Público, disse que o órgão exercerá o direito de ação “nos casos previstos em lei” (art. 81, Código de Processo Civil) ou que lhe cabe promover a ação civil pública, “nos termos da lei” (art. 3º, III, da Lei Complementar nº 40/81). Com isto, restringe-se o campo de abrangência da ação civil pública, regulando as suas hipóteses em *numerus clausus*.

Finalmente, de se ter em mira que o objetivo da ação civil pública é sempre a tutela do *interesse público*, isto é, aquele pertinente a toda sociedade, personificada no Estado. “É o interesse à preservação permanente dos valores transcen-
tais dessa sociedade. Não é assim, o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E por ser de todos, não é de ninguém” (24). E por ele deve o Ministério Público, precípua mente, velar.

3.2.2. Ação civil pública para proteção ambiental

A lei nº 6.938/81, ao definir a política nacional do meio ambiente e conceder legitimidade ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil por danos ao equilíbrio ecológico (art. 14, § 1º), criou, a toda evidência, um caso típico de ação civil pública. É que o meio ambiente se constitui, na feliz expressão de SÉRGIO FERRAZ, em *res omnium*, propriedade de toda a coletividade (25). A proteção a todos aproveita, e a sua postergação a todos em conjunto prejudica.

Formada, entretanto, por normas de cunho material, não continha o texto dessa lei o necessário vigor para melhor instrumentalizar a ação do Ministério Pú-
blico. Foi aí que, sentindo a necessidade de encontrar medidas mais flexíveis para a tutela do meio ambiente e de outros interesses sociais relevantes, o Governo Federal acabou por promulgar a Lei nº 7.347/85, de caráter processual, modernizando e provocando verdadeira “revolução” na ordem jurídica brasileira, já que o processo judicial deixou de ser visto como mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de verdadeiro mecanismo de participação da sociedade civil na tutela de situações fático-jurídicas de diferente perfil, vale dizer, daqueles conflitos que envolvem os interesses difusos.

Sem a pretensão de encetar um estudo exaustivo desse diploma legal, dado os estreitos limites do presente trabalho, convém assinalar alguns pontos mais importantes para o perfeito encaminhamento da ação civil pública ambiental.

a) legitimidade ativa

Parte a lei do princípio de que nos casos em que há um titular dos direitos subjetivos perfeitamente identificado, está o mesmo legitimado processualmente para defender, em juízo, os seus direitos. Sim, pois o regime democrático, que su-
põe comunidades de seres humanos livres, deixa ao indivíduo, primeira e precipuamente, a resistência na defesa dos seus direitos. A cada um se facultam os meios de atuação e proteção dos próprios direitos (Constituição Federal) art. 153, § 4º; Cód-

digo Civil, art. 75; Código de Processo Civil, art. 3º). Mas, frente a interesses não individualizados, impessoais, difusos, não se encontrava claramente alguém capaz de, em seu próprio nome, defender esses interesses, mormente em face do óbice repre-
sentado pelo art. 6º do Código de Processo Civil, que somente confere legiti-
midade para agir ao titular do direito ameaçado ou violado.

Pois bem, foi aqui que se processou a grande inovação, na medida em que, além do Ministério Público, estendeu-se a titularidade ativa daqueles interesses não individuais, com a consequência de poder provocar a atividade jurisdicional, tam-
bém a outras entidades públicas e particulares, entre as quais merece relevo lem-
brar-se das associações que tenham um mínimo de representatividade. Com isso, rompeu-se o princípio tradicional da obrigatoriedade coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material controvértida e os sujeitos do processo.

As pessoas físicas, conquanto não legitimadas expressamente por essa lei para a defesa do meio ambiente, não estão impedidas de fazê-lo, com arrimo na lei da ação popular (Lei nº 4.717, de 29/06/1965), em face da ressalva constante do art. 1º. Com efeito, ambas as ações têm objetivos assemelhados – a defesa dos interesses transindividuais da sociedade, e não o amparo do direito individual de seus autores –, mas as partes legitimadas são diferentes, pois a *ação civil pública ambiental* só pode ser ajuizada por pessoa jurídica, como indicado, e a *ação popular constitucional* só pode ser proposta por pessoa física, vale dizer, por cidadão.

Entendemos, outrossim, que o particular lesado pode figurar, na ação civil pú-
blica ambiental, como *assistente* de qualquer das partes legitimadas, pois os interes-
ses difusos – de que o meio ambiente é um dos exemplos mais expressivos – não
passam de uma somatória de interesses individuais. Assim, o particular que se sente diretamente prejudicado por uma agressão ao meio ambiente é co-titular do direito lesado, estando, portanto, habilitado à assistência.

O Ministério Público, sem dúvida, ocupa na nova posição de relevo: está sempre presente, quer como sujeito ativo da ação, quer como fiscal da lei (art. 5º, § 1º), ou, ainda, como assistente litisconsorcial, com ampla autonomia em relação à parte principal. E mais: como advogado da sociedade, é o órgão destinado por lei para receber as representações de outras pessoas, de outras entidades não legitimadas, e, em especial, também de pessoas físicas. Não fica vinculado aos objetivos de ninguém, podendo recusar e arquivar, mediante controles internos da própria insti-
tução, as representações que lhe forem encaminhadas (art. 9º), assim como se opor à ação proposta por terceiros.

Questão que demanda cautela consiste em saber se o Ministério Público deve sempre assumir a titularidade ativa da demanda em caso de desistência ou abandono por associação legitimada, em face da cogente disposição da lei (art. 5º, § 3º).

No sentir de GALENO LACERDA, tal dispositivo não tolhe a liberdade do Ministério Público de se opor à ação e não assumi-la (26), entendimento este depois referendado em percutiente estudo do ilustre Promotor de Justiça HUGO NIGRO MAZZILLI, cujas palavras merecem transcritas:

“O art. 9º permite ao Ministério Público não propor a ação civil pública, se se convencer de que não é o caso de fazê-lo. Pois bem, uma

associação de defesa do meio ambiente, por exemplo, representa ao Ministério Público para que este abra um inquérito civil. É este instaurado, apuram-se os fatos e chega o órgão local do “Parquet” a promover o arquivamento, referendado pelo Conselho Superior da Instituição, após ouvir as razões contrárias da associação. Decidido o arquivamento, vem a associação incoformada e entra com duas petições em juízo, uma propõendo a ação e a outra dela desistindo, assim obrigando o Ministério Público a assumir a ação... Veja-se que a interpretação desses dois dispositivos levará ao absurdo, se não for harmônica. Como está escrito, é absurdo, porque o Ministério Público não é obrigado a propor mas é obrigado a assumir... É uma falha da lei. A única maneira de bem interpretá-la, sem presumir o erro da Lei, é fazer como o fez o Des. Galeno Lacerda, parece-nos que com muita felicidade: O Ministério Público assumirá a ação, se entender que é o caso. Aliás, não é sequer novidade assim interpretar a iniciativa de agir do Ministério Público. Chamaríamos à lembrança o artigo 81 do Código de Processo Civil, que diz que o Ministério Público exercerá a ação civil. “Exercerá” é a maneira impositiva de dizer que tem de exercer. Mas não se entende assim. A doutrina assevera que a exercerá se for o caso, se estiver convencido a tanto. Temos, pois, de entender este art. 5º, § 3º, da seguinte maneira: se for o caso, o Ministério Público assumirá a ação. E se não a assumir, quando deverá, o que se pode fazer? Acreditamos que se aplica por analogia a solução do art. 9º. O órgão do Ministério Público que entender de não assumir a ação, declarará fundamentadamente nos autos a sua posição e requererá a remessa dos autos ao Conselho Superior da sua Instituição, para ser ratificada ou não sua manifestação. Afinal, se até para se arquivar mera peça de informação, como um inquérito civil, é mister homologação do ato do promotor pelo Conselho, com muito mais razão o deverá ser para não se prosseguir numa ação já proposta” (27).

A lei fala em abandono ou desistência da ação por *associação legitimada*, na suposição preconceituosa de que apenas em relação a elas é que existirá tal possibilidade, quando, em verdade, isso poderá ocorrer com qualquer das outras entidades legitimadas, salvo o Ministério Público. Possível, assim, em tese, a desistência, que dependerá da concordância do réu, se decorrido o prazo da resposta (art. 267, § 4º, Código de Processo Civil, c/c. art. 19 da Lei nº 7.347/85).

Com efeito, proposta a ação civil pública, o Ministério Público não mais poderá dela desistir, devendo prosseguir até a prolação da sentença. Inexiste norma expressa a respeito, mas dentro de uma interpretação sistemática e teleológica outra não pode ser a conclusão. Assim, no processo penal é vedada a desistência da ação já proposta pelo Ministério Público (cf. art. 42 do Código de Processo Penal), o que também deve ocorrer com a ação civil, mesmo porque, lei processual que é, o Código de Processo Penal se aplica subsidiariamente ao processo civil e vice-versa. Ademais, cabendo ao Ministério Público o amparo dos interesses indisponíveis da sociedade (art. 1º da Lei Complementar nº 40/81), ficariam eles sem proteção jurisdicional, o que não pode ter sido o objetivo do legislador. Outrotanto, sempre pode-

ria haver quem acusasse o agente do Ministério Público de ter-se deixado influenciar pelos interesses enormes que ele enfrenta, parecendo-nos, pois, que no próprio resguardo da moralidade da atuação do órgão, não pode haver desistência da ação por ele proposta (28). Igualmente, não se concebe qualquer transação sobre o direito material objeto de discussão na ação ambiental, já que indisponível, em razão do manifesto interesse público de que se reveste.

b) legitimização passiva

Parte passiva da ação ambiental será o responsável pelo dano ou pela ameaça de dano, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, inclusive a administração pública. Entendemos que o Poder Público poderá *sempre* figurar no pólo passivo de *qualquer* demanda dirigida à reparação do meio ambiente: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será ao menos solidariamente, por omissão no dever que é só seu de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Ao Estado restará, no entanto, voltar-se regressivamente, neste último caso, contra o direito causador do dano (29).

A responsabilidade solidária do Poder Público é preconizada também por PAULO AFFONSO LEME MACHADO, em sua pioneira obra *Direito Ambiental Brasileiro* (30), e WALTER PAULO SABELLI A, em excelente artigo sobre a omissão administrativa como causa de conflituosidade social, quando afirma que a eclosão ou exacerbção dos confrontos de interesses plurissubjetivos por força de omissão do Estado pode engendrar o dever de reparação dos prejuízos decorrentes (31).

Questão incômoda, mas que, ao menos em tese, pode ocorrer, diz com a hipótese do órgão do Ministério Público atuar, como substituto processual, em favor de réu na ação ambiental, desde que tenha sido citado por edital ou com hora certa, e permanecido revel, sem qualquer ciência da ação que lhe está sendo proposta (art. 9º, II, Código de Processo Civil). No Estado de São Paulo as funções dessa curadoria especial são cometidas aos representantes do Ministério Público (cf. art. 41, II, da Lei Complementar nº 304, de 28/12/1982), de modo que não há como recusar tal ofício, pena de responsabilidade funcional (JTACiv., 46/139 e 140).

c) interesse para agir

Relativamente ao interesse processual, que deve estar presente para que o Ministério Público possa propor e ver julgada a ação ambiental, está o mesmo implícito na legitimidade concedida pela lei para a defesa, perante o judiciário, dos interesses indisponíveis da sociedade. Numa palavra, como a participação do Ministério Público no processo é *sempre* ditada pelo interesse público, está implícita, na legitimidade concedida pela lei, a existência do interesse processual, isto é, a necessidade, em nome do interesse público, de pedir a tutela jurisdicional (32).

Para os demais legitimados isso não acontece, devendo, em cada caso, demonstrar-se o interesse específico de cada um deles na defesa de determinado bem sob ameaça de agressão ou que esteja sendo violado. Assim, por exemplo, parece

que a PETROBRÁS, sociedade de economia mista, e, portanto, legitimada para a ação ambiental (cf. art. 5º), não teria interesse processual específico para promover qualquer medida judicial tendente a conjurar ameaça de dano ao rio Tietê.

d) foro competente

A ação ambiental deve ser aforada no local do dano, diz a lei (art. 2º), ou onde provavelmente deverá verificar-se (na hipótese de ação cautelar), respeitadas as exceções constitucionais (v.g. arts. 119, I, “d” ou 125, I, Constituição Federal). Deu-se à competência a natureza absoluta, já que *funcional*, a fim de não permitir a eleição de foro ou a sua derrogação pela não apresentação de exceção declinatória.

O critério da lei é o que melhor consulta o interesse público, pois, como lembra RENÉ ARIEL DOTTI, “o sentimento de reação emocional ao dano é melhor vivenciado pelo agente do Ministério Pùblico (e outras autoridades) que habita na mesma cidade, que convive com as mesmas vítimas e testemunhas e assim poderá, com mais eficiência que outro colega distanciado da área das consequências do fato, promover as medidas adequadas à perseguição dos agressores bem como lutar pela prevenção do dano” (33).

Como os danos ao meio ambiente não respeitam fronteiras físicas ou geográficas, difícil não será que determinado evento atinja vasta região, envolvendo várias comarcas, como, por exemplo, no caso de pulverização de lavouras por agrotóxicos, através de aeronaves. Onde será proposta a ação? Aí determinar-se-á o foro pela prevenção. Agora, se os resultados do dano ecológico alcançarem o território de mais de um Estado-membro, competente para apreciar e julgar a demanda será a Justiça Federal.

e) objeto da ação

O objeto da ação civil pública ambiental não ficou limitado à expressão econômica da indenização, mas estendido à condenação na obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º). A ação é, portanto, sempre condenatória.

Quando tiver por fim a condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverte a um fundo (estadual ou federal), e cujos recursos ficarão afetados a uma finalidade social específica: permitir, se possível, a efetiva reconstituição dos bens lesados, verdadeira *restitutio in integrum*. Se impossível, deverão reverter em algum benefício ao meio ambiente, podendo ser canalizados para a reposição ou recomposição de outros bens, que não os efetivamente lesados. É por isso que se costuma dizer que esse fundo é fluido (*fluid recovery*) (na esfera federal referido fundo foi regulamentado pelo Decreto nº 92.302, de 16/01/1986).

Se a ação visar a condenação em *obrigação de fazer* (v.g., plantar árvores nas áreas de preservação permanente; realizar reformas necessárias à conservação de bem tombado) ou *de não fazer* (v.g., impedir a exploração de recursos naturais nos parques nacionais, estaduais e municipais; evitar o lançamento de dejetos industriais em um rio), o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva. Tal não ocorrendo espontaneamente, a decisão

judicial apontará uma execução específica, que pode levar ao impedimento da atividade nociva. Pode o juiz, porém, “discricionariamente substituir à execução específica a imposição de multas diárias, ainda que não pedidas pelo autor, afastando-se, assim, na execução, do estrito princípio da demanda. Pela primeira vez no direito pùblico, deparamo-nos com um sistema misto de penas pecuniárias e de “astreintes”, solução essa que desponta nas orientações mais atualizadas do direito comparado” (34).

f) rito e liminar

A ação civil pública ambiental segue tanto o rito ordinário quanto o sumaríssimo (desde que nos limites do art. 275, I, do Código de Processo Civil), podendo ser precedida ou acompanhada de medida cautelar nominada ou inominada, e admitindo ambas – tanto a ação de cognição quanto a ação cautelar – a suspensão liminar do ato ou fato impugnado (art. 12).

Presentes os requisitos de admissibilidade (*fumus boni iuris e periculum in mora*), e concedido o mandado liminar, com ou sem justificação prévia, da decisão cabe agravo de instrumento, normalmente com efeito apenas devolutivo. É verdade que o juiz pode conferir efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável à parte (art. 14), embora não seja isso comum, certo que tal decisão implicaria em tirar com uma das mãos o que antes dera com a outra.

De qualquer forma, negado pelo juiz o efeito suspensivo, pode o interessado (em se tratando de pessoa jurídica de direito público), nos casos de dano irreparável, requerer ao presidente do tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso, que suspenda a execução da liminar. Se o prejudicado com a medida é pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado, deve buscar o efeito suspensivo para seu agravo através de mandado de segurança perante o tribunal competente, o que tem sido tranquilmente aceito pela jurisprudência (cf. RT. 533/54, 549/106, 552/99, 585/316 etc.).

Sem esse sistema de freios e contrapesos, a liminar, sem dúvida alguma, deixaria de ser um provimento de proteção ao patrimônio ambiental para erigir-se em ato de arbítrio do juiz, inaceitável dentro da ordem jurídica vigente.

g) custas, despesas processuais e honorários

Através da ação ambiental procura-se amparar interesses da comunidade, e não direitos propriamente individuais. E para que tais interesses não ficassem indefesos, procurou o legislador estimular o exercício da ação, liberando todas as entidades legitimadas do pagamento prévio das custas e despesas processuais. Ficam todas para final, e serão pagas pelo vencido (art. 18).

De igual modo, não há condenação em honorários advocatícios, salvo se o vencido for associação que tenha exercido pretensão *manifestamente infundada*, isto é, sem qualquer fundamento fático e jurídico (art. 17, “caput”).

Em caso de litigância de má fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décupo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (art. 17, § único). Como assi-

nala PAULO AFFONSO LEME MACHADO as sanções prometidas às associações e seus diretores são extremamente severas, pois a experiência da ação judicial, com legitimidade delas para defesa de interesses comunitários, está apenas no início. Ademais, a discrepância de tratamento com as pessoas jurídicas poluidoras e predadoras é manifesta e, dessa forma, há de se ter muita prudência ao caracterizar uma associação como litigante de má fé, sob pena de o art. 17 retirar o que foi concedido pelo art. 5º, isto é, negar-se o próprio direito de ação (35).

h) prescrição

A ação ambiental não conta com disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se encarta ela no rol das ações imprescritíveis.

A prescrição, como se sabe, é instituto que se aplica a direitos patrimoniais. É o que afirma CLÓVIS BEVILAQUA, ao comentar o art. 166 do Código Civil:

"precisamente, os direitos patrimoniais é que são prescritíveis. Não há prescrição senão de direitos patrimoniais". (36)

Ora, o direito ao meio ambiente íntegro não é patrimonial, muito embora seja passível de valorização, para efeito indenitário. É claro que, julgada procedente a ação ambiental, o montante de eventual indenização que vier a ser apurado não reverterá para patrimônio algum. Nem o Estado, nem qualquer das inúmeras vítimas da degradação ambiental experimentarão acréscimo pecuniário com a reparação financeira do dano. O montante apurado, recolhido ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85, reverterá necessariamente ao cuidado do meio ambiente devastado e ferido. Em última análise, é a própria Pátria Comum, em sua dimensão física, o objeto tutelado por intermédio desta ação.

Evidentemente, não se trata, aqui, de direito patrimonial. Trata-se de um direito fundamental, indisponível, do ser humano, logo inatingível pela prescrição.

i) coisa julgada

No processo civil tradicional, onde a tarefa da ordem jurídica visa harmonizar, basicamente, conflitos inter-individuais, ou entre grupos bem delimitados e restritos de pessoas, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, (art. 472. Código de Processo Civil).

Esse expediente processual, entretanto, não se ajusta e não satisfaz plenamente às necessidades exigidas à tutela de interesses situados em plano superior aos meramente individuais, como é o caso da defesa do meio ambiente, onde, multidões são lesadas. Daí, por cuidar a ação ambiental da tutela de interesses supra-individuais, a sentença nela proferida projeta efeitos em relação a todos.

Diz, com efeito, o art. 16, que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Como lembra ADA PELLEGRINI GRINOVER, "aqui

também se adotou a técnica da coisa julgada "ultra partes" da lei da ação popular: ou seja, a sentença faz coisa julgada com relação a todos, se o pedido for acolhido ou rejeitado pelo mérito. Se, porém, a demanda for desacolhida por insuficiência de provas, a ação pode ser renovada, mesmo por idêntico fundamento, desde que baseada em provas novas. Essa solução, já experimentada em mais de vinte anos de aplicação da lei sobre a ação popular, visa a evitar o conluio e os riscos da formação de uma coisa julgada negativa, com eficiência *erga omnes*" (37).

Inobstante isso, é bom que se o diga expressamente, pelos danos sofridos individualmente, pode o lesado demandar a correspondente indenização, pois do contrário estariam em face de indiscutível constitucionalidade (art. 153, § 4º, Constituição Federal). Nesta hipótese, verifica-se a violação de um direito subjetivo do particular. Não de um direito meta-individual. O fundamento dessa ação de reparação de dano está no art. 159 do Código Civil, se se tratar de ato ilícito comum, ou nos arts. 554 e 555, também do Código Civil, no caso de abuso de direito pelo mau uso da propriedade (direito de vizinhança) (38).

j) responsabilidade civil

Nos casos de dano ao meio ambiente a responsabilidade é *objetiva*, independentemente, em consequência, da culpa (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31/08/1981). Assume o agente todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática da socialização do prejuízo e privatização do lucro.

Nesse caso, para que se possa pleitear a reparação do dano, basta que o autor demonstre o nexo causal entre a conduta do réu e a lesão ao meio ambiente a ser protegido. Três, portanto, os pressupostos para que a responsabilidade emerja: a) — ação ou omissão do réu; b) — evento danoso; c) — relação de causalidade.

Sustenta HELY LOPES MEIRELLES que se o fato arguido de lesivo ao meio ambiente foi praticado com licença, permissão ou autorização da autoridade competente, deverá o autor da ação provar a ilegalidade de sua expedição, uma vez que todo ato administrativo traz a presunção de legitimidade, só invalidável por prova em contrário (39).

Data venia, assim não pensamos, posto que na ação civil pública ambiental não se discute, necessariamente, a legalidade do ato. É a potencialidade de dano que o ato possa trazer aos bens e valores naturais e culturais que servirão de fundamento da sentença. Esse o sentir, também, de NELSON NERY JÚNIOR, quando alude à prescindibilidade da ilicitude da atividade; "ainda que haja autorização da autoridade competente, ainda que a emissão esteja dentro dos padrões estabelecidos pela norma de segurança, ainda que a indústria tenha tomado todos os cuidados para evitar o dano, se ele ocorreu em virtude da atividade do poluidor há o nexo causal que faz nascer o dever de indenizar" (40). A propósito, lembra SÉRGIO FERRAZ da célebre demanda envolvendo a *Air France*, no caso do Aeroporto de Nice. Na construção do aeroporto de Nice, os moradores das imediaçõesacionaram a *Air France* e a Municipalidade de Nice (porque teria permitido a construção do aeroporto naquela região). A defesa da *Air France* assentava-se na evocação da licitude de comportamento, aduzindo que havia adotado, na operação das suas aeronaves, todas as precauções possíveis para causar o mínimo de prejuízos acústicos. E, mais

ainda, que a atividade de atuação de uma empresa aérea é perfeitamente legítima, desde que conforme aos mandamentos que regem o transporte aéreo em cada País. Não obstante todas essas alegações, o Conselho de Estado não teve dúvida em considerar procedentes os reclamos e determinar a reparação dos danos, repelindo, assim, a tese da lícitude da atividade como excludente de responsabilidade (41).

Quanto às demais causas de exclusão de responsabilidade, é sabido, em face da doutrina vigente, que somente a *força maior* é considerada como tal. O caso fortuito não libera o agente do dever de indenizar.

I) o direito de informação

Ponto fundamental para uma perfeita tutela do meio ambiente diz respeito ao direito de informação, que não pode ser sonegado do Ministério Público, pois, mais do que ninguém, como verdadeiro advogado da sociedade, tem por missão atuar de forma a diminuir e fazer cessar as freqüentes situações de abusos.

Esse direito não passou despercebido da Lei nº 7.347/85, como se vê de seus arts. 6º, 7º e 8º, através dos quais se procurou estimular a iniciativa do cidadão para colaborar nessa verdadeira cruzada em prol do meio ambiente, ao mesmo tempo que deixou clara a obrigação de prestar ao órgão do “*Parquet*” as necessárias informações para a instauração do inquérito ou a propositura da ação civil pública ambiental.

Assim, enquanto se conferiu a qualquer do povo a *faculdade* de provocar a iniciativa do Ministério Público, através de informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil, deixou claro que para o servidor público isso constitui um *dever* que, negligenciado, pode conduzir à configuração do crime de prevaricação (art. 319, Código Penal) (cf. art. 6º). Esse mesmo dever foi estendido aos juízes e tribunais (art. 7º).

Instaurado inquérito civil, pode o Ministério Público, para bem instruí-lo, *requisitar*, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis (art. 8º, § 1º). E para que esse *dever* de informar o Ministério Público não se tornasse letra morta, criminalizou-se a conduta daquele que recusa, retarda ou omite dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, cominando-se, ao transgressor, a pena de reclusão de 1 a 3 anos, mais multa de 10 a 1.000 Obrigações do Tesouro Nacional — OTN’s (art. 10).

RENÉ ARIEL DOTTI, em magistral página, assinala que “à luz do texto do artigo 10 da Lei nº 7.347/85, parece-nos que o *retardamento* na prestação das informações ou no encaminhamento de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, somente caracteriza o delito quando o retardatário for funcionário público. Em tal hipótese, ele tem o dever jurídico de agir em razão de seu ofício...”

O administrador da empresa, por exemplo, não tem entre os seus deveres de ofício a prática de atos caracterizadores de um vínculo de maior ou menor estabilidade para com a administração e sujeito, portanto, a fixação de prazos.

Outra razão para se negar a ocorrência do delito quando pela “*prevaricação*” for responsável o particular, decorre do seu tratamento diferenciado em relação ao agente da Administração Pública como declara expressamente o artigo 6º da Lei

nº 7.347/85. Assim, enquanto o servidor público *deve* provocar a iniciativa do Ministério — ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil bem como indicando os elementos de convicção — o particular não tem esse *munus*. A sua colaboração é uma faculdade jurídica (e um *apelo* social).

Mas, quanto às demais hipóteses de ilicitude penal, ou sejam, a *recusa* ou *omissão* de dados técnicos (na prestação de informações, na entrega de documentos, etc.), o particular por elas responde penalmente. Enquanto a omissão implica numa simples abstenção de conduta, a recusa pode assumir uma forma comissiva. Exemplo, o gerente da empresa que em resposta à requisição declara não atendê-la, por via direta ou oblíqua.

Os crimes de desobediência à requisição do Ministério Público são graves e sua repercussão é ilimitada sempre que da recusa ou da omissão possa decorrer consequências danosas de grande significação material. A nova legislação, também quanto a esta parte, merece as melhores homenagens (42).

Somente em caso de sigilo, imposto por lei, poderá ser negada a informação a ser obtida ulteriormente, depois de proposta a ação, por meio de requisição judicial.

Trata-se, evidentemente, de solução incompatível com um processo que pretende moderno, pois, como aduz VOLTAIRE DE LIMA MORAES, “tal possibilidade de negativa de informação ao Ministério Público, em caso de sigilo imposto por lei, representa resquício de uma mentalidade preconceituosa em relação a essa Instituição, refletindo, destarte, uma postura política do legislador em não ver certos fatos esclarecidos na fase pré-processual (o que muitas vezes é imprescindível para formar o convencimento do Ministério Público, evitando ações temerárias), razão por que não merece, tal dispositivo, nosso aplauso, mas série crítica. Ademais, não se comprehende que uma Instituição, que é fiscal da lei por excelência e tradicional defensora dos interesses indisponíveis da sociedade, tenha seu poder de requisição limitado, notadamente quando se sabe que ele foi concebido para ser usado a bem e resguardo de relevantes interesses coletivos” (43).

IV – PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Até a edição da Lei nº 7.347/85, conforme já enfatizamos, a tarefa da ordem jurídica estava voltada a harmonizar, basicamente, os conflitos inter-individuais, ou entre grupos bem delimitados e restritos de pessoas, próprios de uma sociedade predominantemente agrária e artesanal, e, portanto, muito diversa da nossa.

Reflexo disso é a norma garantidora do acesso à justiça, insculpida no art. 153, § 4º, da vigente Constituição, segundo a qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de *direito individual*”.

Destarte, esse texto constituía verdadeiro obstáculo à defesa daqueles interesses situados em plano superior aos meramente individuais — os chamados interesses transindividuais — que, embora assentados em individualidades, refletem aspiração ou necessidade social em relação a qualidade-de-vida (44).

Assim, o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 7.347/85, ignorou este problema teórico e se adiantou ao novo texto constitucional (45).

Um novo horizonte, no entanto, agora se descontina para a disciplina da ação civil pública. É que no anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, o tema mereceu tratamento digno dos maiores encômios.

Com efeito, em seu art. 15, o anteprojeto prevê: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer *lesão de direito*". Não mais apenas direito *individual*. Com isto, garante-se o acesso ao Poder Judiciário para apreciação das violações e interesses coletivos e difusos.

Como lembra VALERY MIRRA, outra importante inovação se encontra no art. 36 do aludido anteprojeto. Este, após estabelecer, expressamente, a garantia constitucional ao meio ambiente saudável e equilibrado, à preservação do patrimônio histórico e paisagístico (art. 36, "caput") e à proteção do consumidor (art. 36, § 1º), prevê em seu § 2º a *ação civil pública* para a tutela desses interesses específicos, assegurando legitimidade ativa ao *Ministério Público, a pessoas jurídicas (públicas ou privadas) qualificadas em lei e a qualquer do povo* (46).

Entendemos oportuno conferir-se o caráter da *gratuidade* a essa ação, pois não se concebe seja onerado com custas, despesas e verbas honorárias aquele que procurou defender não um interesse seu, mas da comunidade, vale dizer, um interesse público.

Interessante observar que os dispositivos acima referidos (arts. 15 e 36) estão presentes no Capítulo II do Título I do anteprojeto, que cuida "DOS DIREITOS E GARANTIAS". Também aqui não houve referência à palavra "individuais", autorizando o intérprete a concluir que o direito de ação deixou de ser apenas um *direito subjetivo* para a proteção de interesses meramente *individuais*, para ganhar a amplitude também de instrumento de tutela de interesses públicos.

Neste sentido, aliás, como que numa resposta aos reclamos da doutrina mais moderna, o anteprojeto de Constituição foi ainda mais longe, pois ao cuidar "DO MINISTÉRIO PÚBLICO" no Capítulo XI do Título II, inclui entre suas funções institucionais, não exclusivas, a promoção da ação civil pública "*para a proteção do patrimônio público e social dos interesses difusos e coletivos, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso de autoridade ou do poder econômico*" (cf. art. 312, II e § 2º).

Como se vê, estão ao abrigo da ação civil pública não apenas os interesses difusos especificados pela Lei nº 7.347/85 (art. 19) ou pelo art. 36 do anteprojeto da Constituição Afonso Arinos, mas, de forma geral, os interesses comuns, os difusos, os coletivos e os indisponíveis.

A projetada ampliação do campo de abrangência da ação civil pública é o melhor testemunho do êxito alcançado pelas inovações introduzidas com a Lei dos Interesses Difusos.

Esse diploma já assegurou lugar de honra na história jurídica do País, como eficaz instrumento do exercício da cidadania em face do Poder Público. Por seu intermédio foi que, pela primeira vez no Brasil, temas de enorme interesse social puderam ser levados à apreciação do Poder Judiciário.

Comprovou-se, demais disso, estar o Ministério Público escrevendo uma página memorável na defesa desses interesses, constituindo-se, assim, no instrumento

por excelência para postular em juízo os direitos meta-individuais, de modo a concretizar, para o homem, as garantias abstratamente asseguradas pela lei (47).

Satisfatória, portanto, a disciplinada ação civil pública esboçada no anteprojeto, e que, por certo, com pequenas adaptações, poderá se converter num dos mais formidáveis instrumentos à disposição da sociedade civil para a defesa dos interesses ou direitos sem titularidade específica, entre os quais ressaltam, com absoluta predominância, os relacionados com o meio ambiente, já que qualquer agressão a ele representa uma ameaça à própria vida.

V CONCLUSÕES

Além de outras conclusões gerais que possam ser extraídas do trabalho, acreditamos oportuno destacar, para a consideração do doutro plenário, as seguintes:

1) Assim como em outros países, no Brasil o processo de desenvolvimento econômico vem se realizando, muitas vezes, com o sacrifício dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala alarmantes;

2) Com a sistemática ação predatória do meio ambiente, a própria vida humana passou a ser agredida, devendo, de consequência, o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, dar uma resposta coerente e eficaz a essa nova realidade (48);

3) Evidencia-se, assim, agora que estamos vivendo um momento constituinte, como necessidade primeira, a de se elevar ao plano constitucional a tutela do meio ambiente, delineando os instrumentos e as condições mínimas que a assegurem;

4) Deve ser ressaltado que a implantação de qualquer projeto de desenvolvimento regional, ou qualquer obra e/ou atividade cuja magnitude implique em alterações relevantes do meio ambiente, devem ser precedidas de estudo de impacto ambiental, realizado por equipe multidisciplinar habilitarla, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto;

5) De se propugnar, assim, no plano prático, pela introdução de temas e atividades de educação ambiental nos cursos da rede de ensino, em todos os graus, com ampla difusão da questão ambiental;

6) O Ministério Público, como tutor dos interesses globais da sociedade, deve merecer, no texto constitucional, tratamento cuidadoso, explicitando-se as suas atribuições fundamentais, e, entre elas, a de defender o meio ambiente;

7) Deve ser assegurada, portanto, a legitimidade do Ministério Público para ação civil pública, visando à proteção dos interesses trans-individuais;

8) Convém, também, prever a legitimação concorrente para a defesa juridi-

cional desses interesses, concedendo-a a qualquer do povo e a pessoas jurídicas, segundo dispuser a lei e assegurada a gratuidade;

9) Para o desempenho de suas atribuições, deve ser prevista, entre as funções institucionais privativas do Ministério Público, a promoção de inquérito para instruir ação civil pública;

10) O Ministério Público poderá encontrar na celebração de convênios com entidades científicas, universidades e órgãos administrativos encarregados do controle da poluição e da preservação do meio ambiente o meio adequado para suprir-se de subsídios científicos e do indispensável assessoramento técnico para bem desempenhar sua missão;

11) Na esfera penal o Ministério Público pouco pode fazer em defesa de nosso patrimônio ambiental, ante o irrealismo do ordenamento jurídico-penal, que não contém previsões normativas eficientes para uma defesa racional e contínua do meio ambiente. Urge, portanto, que a lei defina os crimes de agressão ao meio ambiente, compatibilizando as reações penais com a importância do bem defendido;

12) A ação civil pública ambiental visa a tutela de um *interesse público*: o patrimônio ambiental, que é de todos. Sendo o interesse público indisponível, o Ministério Público deve propor a ação, salvo quando verificar que não existe justa causa para tanto;

13) Proposta a ação civil pública ambiental, o Ministério Público não mais poderá dela desistir;

14) Não se concebe qualquer transação sobre o direito material objeto de discussão na ação civil pública ambiental, já que indisponível, em razão do manifesto interesse público de que se reveste;

15) Parte passiva da ação ambiental será o responsável pelo dano ou pela ameaça de dano, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, inclusive a administração pública;

16) Como a participação do Ministério Público no processo civil é *sempre* dirigida pelo interesse público, está implícita, na legitimidade concedida pela lei, a existência do interesse processual, isto é, a necessidade, em nome do interesse público, de pedir a tutela jurisdicional em favor do meio ambiente. Os demais legitimados, ao revés, devem, em cada caso, demonstrar o interesse específico na defesa de determinado bem sob ameaça de agressão ou que esteja sendo violado;

17) A ação ambiental deve ser aforada no *local* do dano, ou onde provavelmente houver o mesmo de verificar-se, respeitadas as exceções constitucionais (v.g. arts. 119, I, "d" ou 125, I, Constituição Federal). Deve-se, no entanto, confe-

rir à Justiça Federal competência para processar e julgar as causas relativa a dano ambiental, quando os resultados deste atinjam ou devam atingir mais de um Estado-membro;

18) A ação civil pública ambiental segue tanto o rito ordinário quanto o sumaríssimo, podendo ser precedida ou acompanhada de medida cautelar nominada ou inominada, e admitindo ambas – tanto a ação de cognição quanto a ação cautelar – a suspensão liminar do ato ou fato impugnado;

19) A ação civil pública ambiental é imprescritível, uma vez que objetiva proteger direito fundamental e indisponível do ser humano, consubstanciado na Pátria comum, em sua dimensão física;

20) Deve ser assegurado o direito à informação em matéria ambiental, inacabível a invocação de sigilo, quando se tratar de requisição do Ministério Público;

21) O direito de ação tradicional é um *direito subjetivo* ligado à tutela de direitos individuais, expresso no princípio constitucional do art. 153, § 4º, da Constituição Federal, e, portanto, inadequado para a defesa de *interesses públicos*;

22) Não existe na Constituição vigente fundamento para a ação civil pública, por exclusão do âmbito do art. 153, § 4º; deve, portanto, ser mantido na futura Constituição o dispositivo sugerido pela Comissão Afonso Arinos, segundo o qual "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer *lesão de direito*" (art. 15), e que garantirá o acesso ao Poder Judiciário tanto para a tutela de *interesses individuais quanto públicos*;

23) O anteprojeto de Constituição Afonso Arinos disciplinou satisfatoriamente a ação civil pública, colocando ao seu abrigo não apenas os interesses difusos especificados pela Lei nº 7.347/85, mas, de forma geral, os interesses comuns, os difusos, os coletivos e os indisponíveis, o que, sem dúvida, merece os maiores aplausos.

NOTAS

1. KAZUO WATANABE, "Juizado Especial de Pequenas Causas", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 2;
2. JOSÉ DE ÁVILA AGUIAR COIMBRA, "O Outro Lado do Meio Ambiente", São Paulo, CETESB, 1985, p. 38;
3. Jornal da Tarde, 21/01/1987, p. 4;
4. GOFFREDO TELLES JÚNIOR, "A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional", São Paulo, Saraiva, 1986, p. 19;

5. HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, "Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente", tese apresentada ao concurso de livre-docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983, p. 119; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Urbanístico Brasileiro", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 435; JOSÉ DE ÁVILA AGUIAR COIMBRA, ob. cit., p. 29; TOSHIO MUKAI, "Aspectos Jurídicos da Proteção Ambiental no Brasil", in Revista "Justitia", 126/25;
6. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 435;
7. ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JÚNIOR, "A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos", São Paulo, Saraiva, 1984, p. 21;
8. PAULO SALVADOR FRONTINI, ÉDIS MILARÉ e ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, "Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos", tese aprovada no VI Congresso Nacional do Ministério Público, São Paulo, publicação interna, Anais no prelo, p. 190;
9. RENÉ ARIEL DOTTI, "A atuação do Ministério Público na Proteção dos Interesses Difusos", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, 19/86;
10. Tal propositura foi aprovada durante os trabalhos do 1º Encontro Nacional de Procuradores Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, promovido pela CONAMP – Confederação Nacional do Ministério Público, em Curitiba, de 19 a 21 de junho de 1986. Desses trabalhos resultou um anteprojeto de estruturação constitucional do Ministério Público a ser levado à Assembléa Nacional Constituinte, como expressão das aspirações da classe, e que ficou conhecido como "CARTA DE CURITIBA";
11. HUGO NIGRO MAZZILLI, "Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, 19/47;
12. JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Tratado de Direito Penal", São Paulo, Saraiva, 1956, v. 3º, p. 334;
13. "O Estado de São Paulo", 27/02/1983, p. 54;
14. Paralelamente ao processo-crime, que tramitou pela Justiça Federal, o Ministério Público de São Paulo ajuizou ação de responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, antes mesmo de entrar em vigor a Lei nº 7.347/85, julgada inteiramente procedente por acórdão da Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça (cf. Apelação-Cível nº 70.393-1, da comarca de Itapecerica da Serra, relator MÁRCIO BONILHA, v. u., de 26/06/1986);
15. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre o Papel do Direito Penal na Proteção do Ambiente", in Revista de Direito e Economia, 1978, vol. 4 (1);
16. Proposta neste sentido foi apresentada pelo Prof. RENÉ ARIEL DOTTI no V SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, realizado em Curitiba, de 2 a 5 de dezembro de 1986, com a seguinte ementa: "as lesões ao meio ambiente devem ser criminalizadas, compatibilizando-se as reações penais com a importância do bem defendido". Aprovada nesse clube, foi reiterada por sugestão do Promotor de Justiça ABEL COSTA DE OLIVEIRA, do Estado do Mato Grosso do Sul, por ocasião do "Encontro Nacional SEMA-SPHAN-MINISTÉRIO PÚBLICO", realizado em Brasília-DF, de 10 a 11 de dezembro de 1986, onde também mereceu unânime aprovação;
17. ÉDIS MILARÉ, "Tutela Jurídica do Meio Ambiente", in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, 605/21-22;
18. Para uma visão mais ampla sobre a Ação Civil Pública, consultar ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JÚNIOR, "Ação Civil Pública e Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos", São Paulo, Saraiva, 1984, PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Ação Civil Pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986; e mais os artigos dos seguintes autores: PAULO SALVADOR FRONTINI, ÉDIS MILARÉ e ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, "Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos", tese aprovada no VI Congresso Nacional do Ministério Público, São Paulo, publicação interna, Anais no prelo; NELSON NERY JÚNIOR, "A Ação Civil Pública", in Revista "Justitia", São Paulo, 1983, v. 120, pp. 79/88; idem, "Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública", in Revista "Justitia", São Paulo, 1984, v. 126, pp. 169/189; RUY LUIZ BURIN, "A Lei 7.347/85 e a Ação Civil Pública", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, v. 19, pp. 257 a 264; ODONE SANGUINÉ, "Primeiras Linhas Sobre a Ação Civil Pública", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, v. 19, pp. 265/269; GALENO LACERDA, "Ação Civil Pública", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, v. 19, pp. 11 a 33, VOLTAIRE DE LIMA MORAES, "A Ação Civil Pública e a Tutela do Meio Ambiente", in Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente, Curitiba, 1986, v. 1, pp. 127 a 140; ÉDIS MILARÉ, "O Ministério e a Ação Civil Pública", Palestra proferida em 25/06/1983, na reunião do Grupo de Estudos "César

- Salgado” em Guaratinguetá, São Paulo, publicada pela Coordenadoria dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo; idem, “A Ação Civil Pública e o Ministério Público como Tutor dos Interesses Difusos”, trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação da USP, São Paulo, 1982; HELEY LOPES MEIRELLES, “Proteção Ambiental e Ação Civil Pública”, in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, v. 611, pp. 7 a 13; ÂLVARO LUIZ VALERY MIRRA, “Interesses Difusos: A Ação Civil Pública e a Constituição”, Jornal “O Estado de São Paulo”, 24/01/1987, p. 28;
19. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Teoria Geral do Processo”, 4^a edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 219; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Curso de Direito Processual Civil”, Rio de Janeiro, Forense, 1985, v. 1, p. 50;
20. Cf. CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JÚNIOR, ob. cit., p. 22; SALVADOR FRONTINI, MILARÉ e CAMARGO FERRAZ, “Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos”, no prelo, p. 187;
21. Cf. VOLTAIRE DE LIMA MORAES, ob. cit., p. 129; RUY LUIZ BURIN, ob. cit., p. 257;
22. Cf. nossa pesquisa, publicada na Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a respeito das hipóteses de ação civil pública no Direito Positivo Brasileiro, v. 19, pp. 270 a 275;
23. Cf. CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JÚNIOR, ob. cit., pp. 41/42;
24. ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR, LUIZ JOSÉ PREZIA DE OLIVEIRA, MILTON SANSEVERINO, WALTER THEODÓSIO, “O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil” in “Justitia”, 1974, v. 87, p. 282;
25. SÉRGIO FERRAZ, “Responsabilidade civil por Dano Ecológico”, in Revista de Direito Público, São Paulo, 1979, v. 49-50, p. 35;
26. GALENO LACERDA, ob. cit., p. 22;
27. HUGO NIGRO MAZZILLI, “Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, v. 19, p. 44;
28. Pela indesistibilidade da ação por parte do Ministério Público, entre outros, se pronunciaram: GALENO LACERDA, ob. cit., pp. 32/33; HELEY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 11; VOLTAIRE DE LIMA MORAES, ob. cit., p. 135; NELSON NERY JÚNIOR, “A Ação Civil Pública”, in “Justitia”, São Paulo, 1983, v. 120, pp. 84/85. Em sentido contrário opina HUGO NIGRO MAZZILLI, ob. cit., pp. 45/46, com argumentos que recomendam profunda meditação de todos nós;
29. Cf. CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JÚNIOR, ob. cit., p. 76;
30. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 93;
31. WALTER PAULO SABELLA, “A Omissão Administrativa como Causa de Conflituosidade Social”, in Revista de Processo, São Paulo, 1985, v. 38, p. 25;
32. Cf. CAMARGO FERRAZ, MILARÉ e NERY JÚNIOR, ob. cit., p. 37;
33. RENÉ ARIEL DOTTI, ob. cit., p. 84;
34. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Proteção ao Meio Ambiente e ao Consumidor”, in Jornal “O Estado de São Paulo”, 19/12/1985, p. 71;
35. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Ação Civil Pública...”, pp. 33 e 34;
36. CLÓVIS BEVILAQUA, “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, São Paulo, Livraria Francisco Alves, 1959, v. 1, 355;
37. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., p. 71;
38. NELSON NERY JÚNIOR, “Responsabilidade Civil...”, p. 170;
39. HELEY LOPES MEIRELLES, “Proteção Ambiental...”, cit., p. 11;
40. NELSON NERY JÚNIOR, “Responsabilidade Civil...”, cit., p. 175;
41. SÉRGIO FERRAZ, ob. cit., p. 40;
42. RENÉ ARIEL DOTTI, ob. cit., pp. 91 e 92;
43. VOLTAIRE DE LIMA MORAES, ob. cit., p. 137;
44. JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, palestra proferida na reunião do Grupo de Estudos Média Sorocabana sobre o tema “A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos e o Ministério Público como Operador Social”, realizada na comarca de Ourinhos, em 21/06/1980, publicação interna da Coordenadoria dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo;

45. GALENO LACERDA, ob. cit., p. 12;
46. ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, "Interesses Difusos: A Ação Civil Pública e a Constituição", in jornal "O Estado de São Paulo", 24/01/1987, p. 28;
47. Só no Estado de São Paulo, desde a edição da Lei nº 7.347/85, em matéria ambiental, foram propostas 73 ações civis públicas, 02 ações penais, instaurados 22 inquéritos civis, encontrando-se protocolizadas, e em fase de instrução, 237 representações. Quatro casos já foram julgados definitivamente, todos favoráveis ao Ministério Público;
48. SANTIAGO ANGLADA GOTOR, "Texto Constitucional para la Salvaguarda del Medio Ambiente", in Revista de Derecho Urbanístico, 1978, nº 58, p. 98.

BIBLIOGRAFIA

1. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Proteção ao Meio Ambiente e ao Consumidor", Jornal "O Estado de São Paulo", 19/12/1985, p. 71;
2. ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, "Interesses Difusos: A Ação Civil Pública e a Constituição", Jornal "O Estado de São Paulo", 24/01/1987, p. 28;
3. ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JÚNIOR, "A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos", São Paulo, Saraiva, 1984;
4. ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO, ÉDIS MILARÉ e HUGO NIGRO MAZILLI, "O Ministério Público e a Questão Ambiental na Constituição", in Revista Forense, 1986, vol. 294; Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, vol. 611;
5. ANTÔNIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "Teoria Geral do Processo", 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982;
6. ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR, LUIZ JOSÉ PREZIA DE OLIVEIRA, MILTON SANSEVERINO, WALTER THEODOSIO, "O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil", in "Justitia", 1974, v. 87.
7. ÉDIS MILARÉ, "Tutela Jurídica do Meio Ambiente", in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, vol. 605;

_____, "A Ação Civil Pública e o Ministério Público como Tutor dos Interesses Difusos", trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação da USP, São Paulo, 1982;

_____, "O Ministério Público e a Ação Civil Pública", palestra proferida em 25/06/1983, na reunião do Grupo de Estudos "César Salgado", em Guaratinguetá, São Paulo, publicada pela Coordenadoria dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo;

_____, "A Lei 7.347/85 e a Tutela dos Interesses Difusos", in Engenharia Sanitária, Rio de Janeiro, 1986, vol. 25;
8. GALENO LACERDA, "Ação Civil Pública", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, vol. 19;
9. GODOFREDO TELLES JÚNIOR, "A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional", São Paulo, Saraiva, 1986;

10. HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, "Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente", São Paulo, 1983, no prelo;
11. HELY LOPES MEIRELLES, "Proteção Ambiental e Ação Civil Pública", in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, vol. 611;
12. HUGO NIGRO MAZZILLI, "Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, vol. 19;
13. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "Curso de Direito Processual Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1985, vol. 1;
14. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre o Papel do Direito Penal na Proteção do Ambiente", in Revista de Direito e Economia, 1978, vol. 4 (1);
15. JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Urbanístico Brasileiro", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981;
16. JOSÉ DE ÁVILA AGUIAR COIMBRA, "O outro Lado do Meio Ambiente", São Paulo, CETESB, 1985;
17. JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos e o Ministério Público como Operador Social", São Paulo, publicação interna da Coordenadoria dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1980;
18. JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Tratado de Direito Penal", São Paulo, Saraiva, 1956;
19. KAZUO WATANABE, "Juizado Especial de Pequenas Causas", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985;
20. MILTON MENEGOTTO, "Ecologia", 3ª ed., Porto Alegre, Sagra, 1982;
21. NELSON NERY JÚNIOR, "A Ação Civil Pública, in Revista "Justitia", São Paulo, 1983, vol. 120;
_____, "Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública", in Revista "Justitia", São Paulo, 1984, vol. 126;
22. ODONE SANGUINÉ, "Primeiras Linhas Sobre a Ação Civil Pública", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, vol. 19;
23. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Ação Civil Pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986;
- _____, "Direito Ambiental Brasileiro", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982;
24. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e GIORGIO GREGORI, "Direito Penal Ecológico", São Paulo, CETESB, 1981;
25. PAULO SALVADOR FRONTINI, ÉDIS MILARE e ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, "Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos", tese aprovada no VI Congresso Nacional do Ministério Público, São Paulo, publicação interna, Anais no prelo;
26. RAMON MARTIN MATEO, "Derecho Ambiental", Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977;
27. RENÉ ARIEL DOTTI, "A atuação do Ministério Público na Proteção dos Interesses Difusos", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, vol. 19;
_____, "ECOLOGIA (Proteção Penal do Meio Ambiente)", Enciclopédia Saraiva de Direito, Franca-São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 29;
28. ROGER DAJOZ, "Ecología Geral", 4ª ed., tradução de Francisco M. Guimaraes, Petrópolis, Vozes, 1983;
29. RUY LUIZ BURIN, "A Lei 7.347/85 e a Ação Civil Pública", in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, edição especial, Porto Alegre, 1986, vol. 19;
30. SANTIAGO ANGLADA GOTOR, "Texto Constitucional para la Salvaguarda del Medio Ambiente", in Revista de Derecho Urbanístico, 1978, nº 58;
31. SÉRGIO FERRAZ, "Responsabilidade Civil por Dano Ecológico", In Revista de Direito Público, São Paulo, 1979, vol. 49-50;
32. TOSHIO MUKAI, "Aspectos Jurídicos da Proteção Ambiental no Brasil", Revista "Justitia", São Paulo, 1984, vol. 126;
33. VOLTAIRE DE LIMA MORAES, "A Ação Civil Pública e a Tutela do Meio Ambiente", in Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente, Curitiba, 1986, vol. 1;
34. WALTER PAULO SABELLA, "A Omissão Administrativa como causa de Conflituosidade Social", in Revista de Processo, São Paulo, 1985, v. 38;

A FUNÇÃO DO PROCURADOR GERAL EM TERMOS DAS LEIS AMBIENTAIS NO ESTADO DE ILLINOIS

*Neil F. Hartigan
Procurador Geral do Estado de Illinois*

SUMÁRIO

A presente tese descreve as atribuições do Ministério Público do Estado de Illinois na área da tutela do meio-ambiente.

Na sua PARTE I o trabalho elenca, em detalhe, como o Ministério Público efetivamente atua na proteção da qualidade ambiental naquele Estado. Sua atividade ocorre a nível federal e estadual, quer quando representa, em juízo, os órgãos estaduais técnicos de controle ambiental, quer quando, com base na Constituição ou na legislação especial, propõe ação civil pública em nome do povo de Illinois. Com suporte em tão amplas atribuições, o Ministério Público, em diversos casos, tem proposto ação civil até contra tais órgãos técnicos quando entende que os mesmos não estão considerando adequadamente o interesse público. Além desta intervenção de natureza judicial, o Ministério Público, a nível administrativo, organiza grupos de trabalho para estudo de problemas específicos, prepara e propõe à Assembléia Legislativa projetos de lei e age como mediador de disputas ambientais individuais.

A situação atual da legislação ambiental no Estado de Illinois é analisada na PARTE II, a começar com algumas doutrinas da "common law" e terminando com a "Lei de Proteção ao Meio Ambiente". Além disso, estuda-se a "Lei de Conservação e Restauração de Recursos", de origem federal, e sua utilização pelo Ministério Público para proteger e restaurar o meio ambiente contra a descarga dos lixos tóxicos.

PARTE III relata como o Ministério Público em conjunto com outros setores envolvidos, está empenhado em amplo programa de educação da população no que toca à defesa do patrimônio ambiental.

Em conclusão, na PARTE IV a tese afirma que, em decorrência dos esforços do Ministério Público, a tutela ecológica tem produzido frutos visíveis em todo o Estado de Illinois.

A FUNÇÃO DO PROCURADOR GERAL EM TERMOS DAS LEIS AMBIENTAIS NO ESTADO DE ILLINOIS

Neil F. Hartigan

Procurador Geral do Estado de Illinois

No Estado de Illinois, o Procurador Geral é, acima de tudo, o defensor dos interesses do povo daquele Estado. Em nenhum outro campo isto se torna mais evidente do que no campo das leis ambientais. O Procurador Geral participou e continua a participar de quase todos os aspectos do processo de desenvolvimento e elaboração da legislação ambiental no Estado de Illinois, participação esta que lhe permite ter uma perspectiva sui generis a partir da qual pode abordar toda a questão das condições atuais da legislação ambiental no Illinois. Este artigo visa justamente compartilhar com os leitores toda a experiência adquirida a partir desta perspectiva sui generis.

I. Compete ao Procurador Geral Cumprir Diversos Deveres no Campo da Legislação Ambiental

As obrigações do Procurador Geral do Estado o fazem participar de quase todos os aspectos abraçados pelo campo da legislação ambiental. Tais obrigações incluem a de representar os órgãos estaduais técnicos de controle ambiental em juízo a nível estadual e federal bem como em procedimentos de ordem administrativa; incluem também a obrigação de propor e de opinar com pareceres sobre a legislação e as regulamentações ambientais a nível estadual e federal; interceder em nome de indivíduos que procuram corrigir problemas de natureza ambiental; propor ação civil pública em nome do povo do Estado do Illinois com a finalidade de proteger o interesse público. E em cada uma destas funções o procurador Geral continua a participar e a auxiliar na tarefa de elaborar e desenvolver uma política estadual jurídica no campo da legislação ambiental e na formação de um corpo dos mais significativos de leis protetoras e controladoras do meio ambiente.

A função do Procurador Geral como advogado dos órgãos estaduais técnicos de controle ambiental em processos que visam fazer cumprir padrões e diretrizes estatutárias e regulamentadas é talvez a mais conhecida das diversas funções do Procurador Geral e, na prática, constitui uma parte bem grande de sua carga de trabalho. O Procurador Geral representa a Agência de Proteção Ambiental do Illinois em ações e processos para fazer cumprir a Lei Estadual de Proteção ao Meio Ambiente e as regulamentações baseadas nesta Lei (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. III 1/2, par. 1042), representa também o Departamento de Transporte nos litígios para o cumprimento das regulamentações do controle do transporte de materiais nocivos e Perigosos bem como em outras ações de litígio para impedir o mau uso ou qualquer alte-

ração prejudicial aos rios, nascentes, lagos e outros cursos d'água (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 127, part. 1251 et seq. e cap. 19, par. 92). Representa ainda o Departamento de Conservação em litígios judiciais para a proteção e a preservação das áreas naturais no Estado, de sua flora, fauna e demais recursos naturais (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 105, par. 721) e representa o Instituto Estadual para a Preservação do Patrimônio Histórico em processos nos tribunais para a preservação de construções e de locais históricos (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 127, par. 133d – II).

O Procurador Geral também defende as agências e repartições estaduais nos litígios ambientais. Por exemplo, tem a Procuradoria Geral representado a Junta de Controle da Poluição e a Agência de Proteção Ambiental em processos referentes a regulamentações promulgadas com base na Lei de Proteção ao Meio Ambiente, inclusive em diversos recursos. A Procuradoria Geral tem também representado o Departamento de Transporte em processos baseados e fundamentados na Lei Nacional de Diretrizes Ambientais (42 United States Code § 4321 et seq.), processos estes que buscavam impugnar a construção de rodovias devido a seus supostos e alegados efeitos negativos sobre o meio ambiente no Estado.

Na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Estadual do Illinois à Constituição do Estado, o Procurador Geral detém autoridade reconhecida pelo direito consuetudinário para agir como advogado e defensor do interesse público, além de suas funções de representar nos tribunais de várias agências e repartições estaduais. No campo ambiental, esta autoridade inclui o poder de processar, fundamentado na doutrina da "perturbação pública" do direito consuetudinário (doutrina esta que será detalhada mais abaixo. Ver o processo "Village of Wilsonville et al. v. SCA Services, Inc.", 86 Illinois 2dL, 426 N. E. 2d 824 – 1981). A autoridade do Procurador Geral para assim agir como advogado e defensor tem sido reconhecida e fortalecida estatutariamente (Ver "Uma lei em relação à prevenção da poluição no ar, da terra e da água", Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 14, par. II e 12). Esta lei acima citada autoriza a Procuradoria Geral do Estado e obter mandados de segurança para embargar certas ameaças específicas ao meio ambiente. A autoridade do Procurador Geral para propor ação civil a bem do interesse público é também reconhecida pela Seção 42 da Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. III 1/2, par. 1042), a qual especifica que a Procuradoria Geral do Estado pode propor ações de indenização por violações da Lei de Proteção ao Meio Ambiente "por sua própria conta e decisão" assim como em nome da Agência Estadual do Illinois de Proteção ao Meio Ambiente. O Procurador Geral detém também o poder de impetrar mandados de segurança para bloquear os usos indevidos das águas e cursos d'água no Estado (ver Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 19, par. 72) bem como o poder de impetrar os mesmos mandados para coibir os efeitos negativos sobre as áreas e reservas naturais no Estado (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 105, par. 721), e sobre os locais e construções históricas (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 127, par. 133d II).

Ocasionalmente, a obrigação do Procurador Geral de agir como advogado do interesse público o obriga a entrar em choque com outras agências estaduais e fede-

rais – isto sempre que a procuradoria achar que os atos de tais agências não servem ao interesse público. Por exemplo, o Procurador Geral já propôs ação para embarcar um alvará da Agência de Proteção Ambiental do Illinois permitindo o funcionamento de um botafora de lixo nocivo (*Pioneer Processing Inc. v. EPA*, 102 Illinois 2d 119, 464 N. E. 2d 238 – 1984). Já se opos também à promulgação de regulamentações ambientais por parte da Junta de Controle de Poluição (*People of the State of Illinois v. Pollution Control Board*, 103 Illinois 2d 441, 469 N. E. 2d 102 – 1984) e foi contra a concessão de alvará para a construção de instalações de embarque do tipo do-caminhão-à-barcaça, por parte do Corpo de Engenharia do Exército dos Estados Unidos (*Van Abbema et al. e People of the State of Illinois v. Fornell*, 807 F. 2d 633 ?a Vara, 1986).

Mas o litígio não é a única via à qual o Procurador Geral recorre ao advogar e defender o interesse público no campo da legislação ambiental. A Procuradoria Geral do Estado participa ativamente dos estudos e do processo de desenvolvimento da legislação ambiental executado; pela Força Tarefa de Lixo Nocivo. Trata-se da legislação ambiental executados pela Força Tarefa de Lixo Nocivo. Trata-se de uma comissão formada por líderes de variados setores relacionados com a legislação ambiental (por exemplo, governo, indústria e comércio, saúde pública, meio acadêmico) e que estuda a condição atual da legislação sobre o meio ambiente em Illinois como uma forma de identificar meios e de aprimorar e agilizar o controle estadual sobre os chamados lixos nocivos. Esta Força Tarefa forçou a revelação pública de mais de oitocentos locais onde eram despejados lixos tóxicos e nocivos, assim alertando a população sobre tal fato e obrigando a tomada de providências apropriadas nestes mesmos locais e com relação a eles. A Força Tarefa também deixou bem clara a necessidade da adoção de uma política a longo prazo para o gerenciamento dos lixos nocivos em Illinois. Além de tudo isto, como resultado das descobertas feitas pela Força Tarefa, uma legislação progressista foi aprovada pela Assembléia Estadual do Illinois, protegendo mais eficazmente ainda o público contra os perigos ambientais. Nesta legislação estão incluídos estatutos que fortalecem as sanções criminais contra o despejo de lixo nocivo e que criam o Registro Estadual de Substâncias Nocivas à Saúde (para identificar e classificar as substâncias que ameaçam a vida dos residentes em Illinois). Outros estatutos nesta mesma legislação exigem o teste de fontes e mananciais particulares d'água localizados perto de depósitos de lixos e substâncias nocivas e criam condições para o estudo científico de métodos de despejo de lixos nocivos em poços de grande profundidade.

A Procuradoria Geral do Estado também elabora e propõe projetos de lei no campo ambiental. O Procurador Geral presta assistência na promulgação de regulamentações ambientais, o que ele faz através de participação em audiências públicas destinadas à revisão e ao debate das legislações e regulamentações propostas. O Procurador Geral tem sido um grande advogado e defensor do interesse público em termos do uso que faz dos estatutos ambientais que regulamentam a concessão ou a

negação de alvarás de funcionamento, estatutos estes que são reexaminados e debatidos publicamente pelos interessados.

Dentro de uma perspectiva de impacto menos generalizado e mais individualizado, a Procuradoria Geral do Estado muitas vezes atua como intercessora ou intermediária a favor dos cidadãos individualmente – pessoas que tem determinados problemas ou preocupações com o meio ambiente. São ações e providências as mais variadas possíveis, como por exemplo colocar um cidadão em contato com a pessoa certa na repartição apropriada ou então mediar entre o indivíduo com um determinado problema ambiental e a pessoa física ou jurídica que causa este problema. Em tais casos, a atuação do Procurador Geral tem chegado até litígios os mais significativos e de maior impacto.

Para cumprir suas obrigações ambientais, a Procuradoria Geral do Estado de Illinois atualmente emprega de dezoito a vinte advogados em tempo integral para cuidar exclusivamente de assuntos relacionados com o meio ambiente. E à medida que se faz necessário, outros advogados da Procuradoria são também designados para prestar assistência em determinados assuntos específicos relacionados com a proteção e controle do meio ambiente. Isto ocorre com mais freqüência em casos onde se procura fazer cumprir a lei. Na assessoria deste estafe jurídico trabalham um engenheiro com grande experiência profissional e mais dois geólogos ambos não menos experiente. Há ainda nesta mesma equipe de assessoria mais cinco investigadores da mais alta qualidade e que residem em diferentes regiões do Estado de Illinois justamente para poderem atender com mais agilidade e presteza qualquer problema que possa aparecer.

Como se vê, portanto, são muitos os deveres e amplos os poderes do Procurador Geral do Estado no campo da legislação sobre o meio ambiente. Deveres tão numerosos e poderes tão abrangentes visam, entretanto, um só objetivo: servir o interesse público através da proteção ao meio ambiente.

II. A Condição Atual da Legislação sobre o Meio Ambiente no Estado de Illinois

Nos últimos trinta anos mudaram drasticamente tanto o escopo como a complexidade da legislação ambiental. Tal desenvolvimento se deu como consequência de uma conscientização popular cada vez mais profunda a respeito de três fatores, o primeiro deles sendo a importância do meio ambiente para a saúde e o bem estar do povo. O segundo fator é uma percepção crescente por parte da cidadania de que a legislação ambiental, outrora meramente reativa, ou seja, sempre aparecendo somente depois que problemas já haviam afetado negativamente a saúde e o bem estar da população, a legislação deveria doravante passar a ser essencialmente preventiva, isto é, visando evitar a ocorrência destes efeitos negativos para a saúde e o bem estar por meio de regulamentações das atividades que criariam tais efeitos prejudici-

ciais. O terceiro fator é uma conscientização pública sempre crescente de que certas partes do meio ambiente devem ser preservadas como se encontram atualmente para o bem e o gozo das gerações futuras. O único aspecto da legislação ambiental que não sofreu alterações é a necessidade de um engajamento, um comprometimento contínuo para com o cumprimento das leis e das regulamentações que visam garantir a proteção do meio ambiente.

Como já foi observado, há uma diversidade de meios estatutários disponíveis para se usar na proteção ao meio ambiente, tais meios indo desde as proibições contra a destruição das áreas naturais, reservas ecológicas e locais protegidos e tombados pelo patrimônio histórico até as restrições que limitam as atividades nas águas do Estado de Illinois – e cada um destes meios serve a objetivos importantes. A arma estatutária primordial no arsenal atualmente disponível para a proteção ambiental é a Lei Estadual de Proteção ao Meio Ambiente (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. III 1/2, par 1001 a 1049). Aprovada em 1970, esta legislação estadual tem evoluído com o intuito de sempre se manter atualizada em termos do desenvolvimento das legislações ambientais. Discutir-se-á mais abaixo e com maiores detalhes as proibições amplas e abrangentes desta Lei Estadual de Proteção ao Meio Ambiente contra a poluição do ar, da água, da terra e a poluição sonora bem como o desenvolvimento de um mecanismo de regulamentações mais detalhadas e que estabeleçam padrões e diretrizes bastante específicas bem como um outro mecanismo eficiente de cumprimento destes mesmos padrões e diretrizes.

As proibições amplas e abrangentes contra a poluição do ar, da água, da terra e a poluição sonora permitem ao Estado responder quando quer que efeitos prejudiciais estejam ocorrendo. Fundamentados na doutrina da "perturbação pública" do direito consuetudinário, padrões e normas foram sendo estabelecidos, tornando-se as sementes a partir das quais foram crescendo e se aprimorando as leis de proteção ao meio ambiente no Estado do Illinois. Via de regra, uma "perturbação pública" é definida como sendo

"um ato ou uma omissão que traga efeitos prejudiciais à segurança, à saúde e aos costumes morais da população ou que represente uma perturbação, incoveniência ou dano substancial para o público, ou ainda qualquer incômodo que fira, traga incoveniência ou prejudique o público em geral ou parte do público que necessariamente entre em contato com tal ato ou omissão no decorrer do exercício ou gozo de um direito público ou comum". (58 Jurisprudência Americana, Perturbações, § 7).

Ver também o processo "City of Chicago v. Commonwealth Edison", 24 Illinois App. 2d 624, 321 N. E. 2d 412 (Primeiro Distrito, 1974). Fundamentando-se nesta doutrina, as autoridades públicas propunham ações de mandados para embargar ou restringir atividades ofensivas (ver o processo "City of Girard v. Girard Egg Corp.", 87 Illinois App. 2d 74, 230 N. E. 2d 294 – Quarto Distrito, 1967 e ver

também o processo "City of Chicago v. Fritz", 36 Illinois, App. 2d, 457, 184 N. E. 2d 713 – Primeiro Distrito, 1962) ou a autoridade pública constituída sumariamente embargava a própria perturbação (ver o processo "Sings v. City of Joliet, 237 Illinois 300, 86 N. E. 663 – 1908). No Estado do Illinois a doutrina da "perturbação pública" tem sido invocada em esforços para anular os impactos adversos à saúde e ao bem estar públicos resultantes da queima de lixo a céu aberto ("City of Chicago v. Fritz", 36 Illinois, App. 2d 457, 184 N. E. 2d 713 – Primeiro Distrito, 1962), da poluição no ar ("City of Chicago v. Commonwealth Edison Co.", 24 Illinois App. 3d 624, 321 N. E. 2d 412 – primeiro Distrito, 1974), da poluição da água ("United States v. U. S. Steel Corp.", 356F, Supp. 556 N. D. Illinois, 1973), o funcionamento de um bota-fora de resíduos químicos em local inapropriado ("Village of Wilsonville v. SCA Services, Inc.", 86 Illinois 2d 1, 426 N. E. 2d 824 – 1981) e prédios infestados com seres portadores de doenças ("Sings v. City of Joliet", 237 Illinois 300, 86 N. E. 663 – 1908).

A doutrina da "perturbação pública" apresentava, entretanto, várias desvantagens. Geralmente, só podia ser invocada em casos onde já estivesse ocorrendo injúrias à saúde e ao bem estar públicos. Um mandado para embargar ou evitar uma futura perturbação só se podia impetrar em poucas circunstâncias (cer "Village of Wilsonville v. SCA Services Inc.", 86 Illinois 2d 1, 426 N. E. 2d 824 – 1981). Em segundo lugar, determinar se havia ou não perturbação pública dependia principalmente dos exames dos fatos em cada caso individualmente, o que dificultava em muito a elaboração e o desenvolvimento de quaisquer padrões uniformes. Uma terceira desvantagem era que a doutrina da perturbação pública não podia ser invocada em situações onde uma variedade de causas contribuam para um efeito adverso no meio ambiente, como o caso dos efluentes de várias indústrias se combinando para poluir um rio ou qualquer outro curso d'água. A resposta legislativa a estas desvantagens acabou culminando na aprovação da Lei de Proteção ao Meio Ambiente e de outros estatutos.

Inicialmente, a Lei de Proteção ao Meio Ambiente estabeleceu padrões e normas uniformes através da proibição de atividades definidas como poluição do ar, da terra, da água e poluição sonora. Em segundo lugar, tais proibições foram, por via de extensão, aplicadas a situações de ameaças de impactos ambientais adversos, além dos impactos reais. Em terceiro lugar, a Lei de Proteção do Meio Ambiente exigia a promulgação de normas e padrões mais detalhados para serem aplicados às atividades que realmente causavam impactos adversos e também às atividades que contribuam como causadoras indiretas de tais impactos negativos ao meio ambiente.

O mecanismo regulatório estabelecido pela Lei de Proteção ao Meio Ambiente para justamente adequar tal proteção contém um número de três partes. Primeiramente, esta Lei definiu os padrões a serem elaborados (ver Seções 10, 13, 21, 22.7 e 25) e, em segundo lugar, regulamentações foram então elaboradas pela Junta de Controle da Poluição após o recebimento de insumos com os comentários do público e das comunidades afetadas por estas regulamentações. A Lei de Proteção ao

Meio Ambiente também contém um mecanismo através do qual todo aquele que for afetado arbitraria ou exageradamente pelas exigências de um determinado dispositivo estatutário ou regulamentação pode requerer da Junta de Controle da Poluição um certo ajuste da norma ou padrão em questão, de modo que esta pessoa ou empresa não venha a ser tão duramente afetada.

Para colocar em prática as normas e padrões, a Lei de Proteção ao Meio Ambiente estabeleceu um sistema de licenças ou alvarás, permitindo a identificação das pessoas físicas ou jurídicas (indústrias, municípios, etc.) sujeitos à regulamentação destas normas e padrões. Uma vez identificadas, as pessoas jurídicas ou físicas podem ser mais fácil e prontamente fiscalizadas pela Agência Estadual do Illinois de Proteção ao Meio Ambiente, fiscalização esta que visa determinar se estão cumprindo todas as normas e padrões ambientais que se aplicam a seus determinados casos.

A Lei de Proteção ao Meio Ambiente providenciou também uma variedade de meios e instrumentos para garantir e assegurar o cumprimento das normas e padrões estabelecidos para o controle e a proteção ambiental. Esta Lei autoriza liminares para corrigir transgressões bem como a aplicação de penalidades tanto civis como criminais para indenizações por transgressões ocorridas e para a prevenção de possíveis violações da Lei. As penalidades civis são multas que vão desde mil até vinte e cinco mil dólares por cada dia de violação da Lei. Transgressões criminais podem ser punidas como infrações classificadas de contravenção (pena de até um ano de prisão) ou como crime doloso (pena de até cinco anos de prisão), como multas de mil até duzentos e cinqüenta mil dólares.

As penalidades criminais servem duas finalidades. Em primeiro lugar, servem como instrumento de dissuassão, isto é, para dissuadir uma determinada conduta proibida pela legislação, assim procurando evitar os impactos prejudiciais e significativos que tal conduta traria ao meio ambiente. A graduação na gravidade das punições nos vários tipos de atividade banidos pela lei reflete justamente a graduação dos impactos ecológicos e ambientais que resultariam caso a atividade proibida por lei ocorresse. Em segundo lugar, as penalidades e os processos criminais tem também uma finalidade educativa de esclarecer o povo a respeito da importância educativa de esclarecer o povo a respeito da importância da proteção ecológica e ambiental. Exatamente este esclarecimento maior por parte de um público mais educado e melhor informado é que tem levado a uma conscientização que permite o desenvolvimento melhor de um processo de controle de poluição — à medida que mais informações vão sendo conhecidas e divulgadas a respeito da necessidade de se proteger o meio ambiente.

O desenvolvimento de uma regulamentação ambiental mais extensiva em resposta à uma crescente conscientização do que se faz necessário para a proteção ecológica e ambiental pode ser vividamente ilustrado pelas atuais regulamentações que norteiam as questões da poluição e tratamento do ar e da água bem como o arma-

zenamento e o despejo dos resíduos nocivos. São mecanismos que refletem o conhecimento adquirido de que os variados tipos de impactos ambientais exigem abordagens igualmente variadas.

No Estado do Illinois, por exemplo, os instrumentos regulamentadores da poluição atmosférica e da água são semelhantes em seu conteúdo: a fixação de padrões e normas para limitar um determinado contaminante que pode ser emitido na atmosfera ou na água bem como a implementação de um sistema de licenças e alvarás destinado a fiscalizar e a fazer cumprir as regulamentações em termos dos padrões e normas adotados. São instrumentos desenvolvidos em resposta a deficiências nos mecanismos originalmente disponíveis para a proteção do meio ambiente, sendo o principal destes mecanismos originais a já aludida doutrina da "perturbação pública".

Como já foi comentado, esta doutrina da perturbação pública era um mecanismo satisfatório para atender e responder a atividades isoladas que afetavam nocivamente o meio ambiente. Mas o que esta doutrina derivada do direito consuetudinário não tinha condições de fazer era providenciar meios agilizados e rápidos de se corrigir o impacto adverso sobre o meio ambiente resultante do efeito cumulativo de várias e diversas atividades, ou seja, não havia medida jurídica possível quando o afluente de várias indústrias nas proximidades de um rio ou outro curso d'água se combinavam para poluir este mesmo curso d'água. E bem a doutrina da perturbação pública respondia eficazmente em situações onde o meio ambiente era negativamente afetado por uma só fonte de despejo ou poluição, ou seja, numa situação onde os contaminantes poluidores despejados de uma só indústria levavam anos para finalmente poluir um rio ou outro curso d'água.

Mas com a elaboração de padrões e normas de descargas o estado podia então reagir a ambos os tipos de situação acima descritos, e nos quais a doutrina da perturbação pública deixava a desejar. No caso de diversas indústrias criando um impacto ambiental adverso, os padrões e normas aplicáveis à descarga industrial poderiam ser de tal ordem que efetivamente evitassem o impacto nocivo da descarga. E a mesma providência poderia ser tomada numa situação de um impacto ambiental nocivo e cumulativo dos longos anos passados em que um só afluente através de descargas constantes acabava por poluir o meio ambiente.

Quando inicialmente elaborados e desenvolvidos, os padrões e normas aplicáveis a afluentes ou descargas poluidoras muitas vezes necessitavam a criação de novas tecnologias de controle mas outras vezes as tecnologias a serem criadas eram de menor monta dada uma certa flexibilidade de variações nas normas e padrões. Tal flexibilidade de variações permitia que, em algumas circunstâncias e por um período de tempo limitado, a aplicação das normas e padrões levava em consideração o fato de que as novas tecnologias necessárias ainda não estavam totalmente desenvolvidas e disponíveis para utilização. Limitando o tempo em que tal flexibilidade era permitida, a Lei de Proteção ao Meio Ambiente garantia o desenvolvimento agilizado destas novas tecnologias.

O sucesso das normas e padrões regulamentadores de emissões que podem poluir água ou ar, sucesso este que levou a um retumbante sucesso na limpeza da atmosfera e das águas, muito contribuiu para convencer o público que os custos da implementação e aplicação de tais normas e padrões de controle e proteção ambiental mais que compensava o dispêndio exigido, dado os grandes benefícios que tais processos traziam para a ecologia e para o povo. E é justamente a conscientização da população no estado que tem exigido uma implementação cada vez mais rigorosa dos padrões de poluição permitidos na água e na atmosfera e tem, aliás, exigido a implementação de rígidos padrões de controle em todas as áreas do campo ambiental e ecológico.

Os padrões de emissão no ar e água tiveram um outro sucesso: o de fazer com que os responsáveis pela poluição pagassem pelo seu custo, ao invés da sociedade em geral ter de arcar com estes custos. Ao aprovar a Lei de Proteção ao Meio Ambiente, a Assembléia Legislativa do Estado do Illinois afirmou que:

"A finalidade desta presente Lei, como vai mais detalhadamente aqui descrito em seções abaixo, é estabelecer em todo o Estado um programa unificado e suplementado por subsídios privados, para restaurar, proteger e aprimorar a qualidade do meio ambiente e garantir que os efeitos nocivos sobre este mesmo meio ambiente sejam totalmente averiguados e fiquem de responsabilidade de quem os causa."

(Illinois Rev. stat. 1985, cap. III 1/2, par. 1002 b)

Os padrões desenvolvidos depois de promulgada a Lei de Proteção ao Meio Ambiente forçam os responsáveis a assumir os custos da diminuição e controle da poluição através da exigência do desenvolvimento de todas as tecnologias necessárias para o controle de poluição causada pelas atividades que são de responsabilidade destes mesmos agentes poluidores – e caso estes agentes não desenvolvam a nova tecnologia necessária, devem então arcar com todos os custos advindos desta sua omissão. É este um princípio que tem sido aplicado no cálculo das multas de penalidades civis impostas pela Lei de Proteção ao Meio Ambiente; impõe-se uma multa suficientemente pesada para que o transgressor que se recusa a controlar suas atividades poluidoras sinta no bolso o resultado de sua omissão ao invés de, no caso de multas irrisórias, lucrar com tal omissão. As multas das penalidades civis se tornam então um instrumento eficaz de incentivo ao desenvolvimento de tecnologias controladoras da poluição.

Entretanto, existem ainda algumas áreas onde os padrões e normas aplicados à poluição atmosférica e da água necessitam ser aperfeiçoados. No caso de poluição da água, não há atualmente mecanismos de controle muito eficazes para a poluição que não vem de um só ponto de origem, como por exemplo, nos casos das águas pluviais urbanas ou enxurradas em regiões agrícolas. No Estado do Illinois, que é

essencialmente agrícola, este tem sido um problema considerável que em muito tem contribuído para contaminar os rios e os demais cursos d'água com adubos, fertilizantes e pesticidas além de um processo acentuado de sedimentação de lodo nocivo à vida e ao meio ambiente. O mesmo problema se evidencia nos casos de poluição atmosférica em que as fontes de emissão poluidora são móveis, como por exemplo os carros, caminhões, ônibus e demais veículos poluidores. E já que tais veículos, além de móveis existem em número gigantesco, as perspectivas de solução deste problema são, por enquanto, limitadas em termos de fiscalização eficiente e de controle adequado.

Os padrões atuais que se aplicam à emissão poluidora da água e da atmosfera se derivam quase que exclusivamente dos padrões federais promulgados pela chamada Lei do Ar Limpo (Clean Air Act – 42 United States Code § 7401 et seq.) bem como pela chamada Lei da Água Limpa (Clean Water Act – 33 United States Code § 1150 et seq.). Estes padrões federais ao serem adotados pelos diversos Estados auxiliam no processo de uma uniformização de regulamentações em todas as regiões do País. Há duas finalidades para tal uniformização. Primeiramente, permite que as indústrias e demais entidades que operam em mais de um Estado possam uniformizar seus controles de poluição. Em segundo lugar, esta uniformidade de normas e padrões não permite que uma empresa ou qualquer outra organização possa jogar as leis de um Estado contra a legislação de um outro, procurando desta maneira um modo que possivelmente venha a lhe permitir fugir ao cumprimento das regulamentações ambientais.

No Estado do Illinois os padrões e normas atuais de regulamentação do tratamento, armazenamento e despejo de resíduos nocivos também se derivam dos padrões e normas federais. Todavia, refletem uma abordagem significativamente diferente daquela adotada para a poluição da água e da atmosfera.

A regulamentação atual no Illinois que rege toda a questão dos chamados resíduos ou lixos nocivos (35 Illinois Adm. Code Part 700) é derivada da Lei Federal de Recuperação e Conservação de Recursos (RCRA – 42 United States Code § 6901) e as regulamentações geradas pela mesma lei. Esta legislação federal convocava os Estados a criar e implementar seus próprios sistemas de controle dos resíduos nocivos dentro dos mesmos graus de controle do sistema federal (42 United States Code § 6941) e a maioria dos Estados já respondeu positivamente a esta convocação.

A Lei Federal de Recuperação e Conservação de Recursos estabelece um sistema abrangente e detalhado de padrões e normas para o tratamento, o armazenamento e o despejo de certos resíduos ou lixos classificados como nocivos. São os mesmos classificados como nocivos se contém certas características que representam uma ameaça para a saúde humana ou para o meio ambiente (por exemplo, facilidade de ignição, corrosibilidade ou reatividade ou ainda conteúdo tóxico). O sistema de controle gerado por esta legislação federal foi elaborado e desenvolvido para limitar ao máximo possível o contato destas substâncias nocivas com o meio

ambiente, o que se fez através da imposição de normas e padrões regendo uma série de atividades, desde o treinamento de pessoal para o cuidado e a operação de tais substâncias até a fiscalização das instalações e equipamentos utilizados ao se lidar com tais elementos bem como sistemas de alarme e planos de contingência no caso destes resíduos escaparem e entrarem em contato com os seres humanos ou o meio ambiente em geral, e ainda exigências de amostragens e análises destas substâncias para se poder determinar com mais exatidão como se lidar com as mesmas, e finalmente sistemas de fiscalização e monitoração do subsolo para se descobrir em tempo e se evitar quaisquer vazamentos nas instalações que utilizam tais substâncias nocivas.

O sistema previsto por esta legislação federal (conhecido como sistema RCRA devido ao nome da lei: Resource Conservation and Recovery Act) foi um sistema desenvolvido em resposta a situações onde o mal uso ou manuseio inadequado de substâncias nocivas havia resultado em impactos significativamente adversos na saúde humana ou no meio ambiente. Previamente, os únicos controles que existiam eram na fase final de despejo, principalmente na regulamentação dos aterros nas áreas de bota-foras destas substâncias. Eram regulamentações que enfocam primordialmente certas exigências mínimas de funcionamento operacional porém não diferenciavam entre tipos diversos de resíduos que estavam sendo despejados e aterrados. Portanto, não havendo tal diferenciação, nem sempre medidas adequadas de precaução eram tomadas em todos os casos e, consequentemente, em muitos despejos de lixos nocivos ocorreram efeitos negativos bem adversos sobre o meio ambiente nas áreas dos bota-foras e aterrados e, mais ainda, na falta de normas e padrões para reger a operação de tais substâncias nocivas antes da etapa final de despejo, graves impactos adversos ao meio ambiente também ocorriam em todas as etapas anteriores do processo. O sistema RCRA de regulamentações, abrangente e ao mesmo tempo detalhado, busca minimizar o potencial negativo das operações com tais substâncias nocivas e dos efeitos adversos que poderiam delas derivar.

Mas enquanto o sistema RCRA cria mecanismos eficientes para a prevenção de impactos negativos futuros sobre o meio ambiente e ecológico, no entanto a agilização não tem sido suficiente no desenvolvimento de instrumentos adequados para responder a efeitos negativos atuais resultantes de atividades anteriores com estas substâncias nocivas – como nos casos de vazamentos em aterros e em outras instalações de despejo. A Procuradoria Geral do Estado tem se dedicado a vários processos importantes onde se lança mão da doutrina da perturbação pública e se utiliza a Lei de Proteção ao Meio Ambiente para se responder a dadas situações. Exemplo disto são os processos abaixo citados:

- o "Village of Wilsonville v. SCA Services, Inc.", 86 Illinois 2d I, 426 N. E. 2d 824 – 1981

- "People of the State of Illinois ex rel. Neil F. Hartigan and Country of Bureau v. Teledyne, Inc. et al.", nº 80 – CH 23, Bureau County Circuit Court
- "People of the State of Illinois v. Monsanto, Inc.", nº 82 – CH – 195, St. Clair County Circuit Court
- "People v. Koppers Company, Inc.", nº 84-CH-57, Jackson County Circuit Court.

(Nos últimos três processos citados, o chamado County Circuit Court é o Tribunal Estadual de Condado, tribunais cujas jurisdições são os diversos condados nos quais o Estado de Illinois se divide).

Tanto a nível estadual como federal, programas tem sido desenvolvidos para incentivar este tipo de esforço e levar a uma tomada de providências mais eficazes. São programas que autorizam a "limpeza" de ameaças ambientais e ecológicas por parte do governo se os responsáveis por estas ameaças não tomarem providências para o saneamento do problema (ver as Seções 22.2 "f" e "k" da Lei de Proteção ao Meio Ambiente, Illinois Rev. Stat. 1985, cap. III 1/2, par. 1022.2 "f" & "k", em termos da legislação estadual do Illinois e, em termos de legislação federal, ver o 42 United States Code § 9601 et seq.). Os fundos necessários para estas operações de "limpeza" por parte do governo viriam inicialmente de fundos especiais a serem criados justamente para tais finalidades e posteriormente viriam das próprias pessoas jurídicas ou físicas responsáveis pelos danos ambientais, através de um processo de indenização por custos (tal processo prevendo uma penalidade de até o triplo dos custos governamentais no caso de não ficar comprovada a existência de "causa suficiente" que justificasse a omissão por parte do agente poluidor). O sistema estadual também cria mecanismos e instrumentos eficientes para lidar com as atividades poluidoras atuais ou as atividades que, potencialmente, poderiam levar ao contato de substâncias poluidoras e nocivas com o meio ambiente.

O mecanismo de remediar o contato de elementos nocivos com o meio ambiente reflete o objetivo da Lei de Proteção ao Meio Ambiente – exigir que os custos dos efeitos adversos sobre o meio ambiente sejam arcados pelos agentes poluidores. Assim rezando, a Lei de Proteção ao Meio Ambiente cria um incentivo dos mais fortes para o controle das atividades que, mesmo potencialmente, poderiam gerar impactos prejudiciais sobre o meio ambiente e ecológico – ao invés de se limitar a pagar por impactos já ocorridos; a ênfase muda então para um processo de prevenção da poluição e contaminação de todo o meio ambiente e ecológico.

III Para Se Proteger Adequadamente O Meio Ambiente, Há Que Haver Um Esforço de Engajamento Por Parte Do Governo, Da Comunidade Regulamentada E Do PÚblico Em Geral

Como advogado de agências estaduais que lidam com a proteção do meio am-

biente e como defensor do interesse público, o Procurador Geral do Estado possui uma perspectiva única, a partir da qual pode observar quais são as bases que fundamentariam o sucesso das medidas que o Estado adota para a proteção do meio ambiente. O segredo deste sucesso é um comprometimento, um engajamento por parte do próprio governo, por parte da própria comunidade que é regulamentada e por parte de todo o público – para a proteção do meio ambiente.

Para o povo em geral se engajar neste processo a educação tem sido fundamental – educação de todos sobre a necessidade e a importância da proteção ao meio ambiente. O esforço educacional tem sido grande e variado, sendo os instrutores o próprio governo, empresas, imprensa escrita e falada, os grupos de interesses ambientais e ecológicos e até cidadãos e organizações cívicas as mais variadas. Algumas lições tem sido duramente aprendidas – casos dos desastres ambientais de Bhopal, na Índia, e do Love Canal, em Niagara Falls, Estado de New York, ou então a deterioração grave de partes do meio ambiente no próprio Estado de Illinois. O processo educacional, que inclusive não é barato, tem sido compreendido e tem contado com o apoio da população – e tem levado à participação popular direta numa série de atividades e empreendimentos que visam proteger o meio ambiente. As mais visíveis dentre todas estas atividades tem sido a redução bastante significativa do lixo e da sujeira nas ruas e nas ridícuas bem como um aumento também significativo nos processos de reciclagem de resíduos.

O engajamento da comunidade regulamentada no processo de prevenção da poluição atmosférica e da água e o comprometimento para com o uso e o despejo adequado de resíduos se obtém principalmente como resultado da educação do povo sobre a proteção ambiental e através de providências de regulamentação, segundo os dispositivos da Lei de Proteção ao Meio Ambiente, exigindo também que sejam os agentes poluidores justamente aqueles que arquem com o ônus financeiro do controle da poluição. Em termos das comunidades afetadas pelas regulamentações, ou seja, as comunidades regulamentadas, a educação do público funciona a nível tanto interno quanto externo. Há uma pressão interna advinda do próprio processo educacional das pessoas na comunidade à medida que se conscientizam da necessidade de se proteger o meio ambiente onde vivem e onde trabalham, isto é, as próprias pessoas vão procurando saber em sua vida e em seu trabalho como podem contribuir positivamente para o processo de controle e proteção ambiental e ecológico, o que é que pode ser aprimorado, quais providências podem ser tomadas. Já a pressão externa vem do reconhecimento de que a posição de uma empresa ou indústria no mercado pode ser negativamente afetada pela atitude que ela tomar em relação à proteção do meio ambiente.

A Lei de Proteção ao Meio Ambiente procura fazer com que as próprias comunidades sujeitas às regulamentações ambientais assumam os custos de qualquer atividade na comunidade que cause um impacto prejudicial ao meio ambiente. É uma responsabilidade assumida pela comunidade e que na prática pode se manifestar de várias maneiras, quer por medidas de prevenção contra impactos ambi-

tais prejudiciais, quer pela implementação de equipamentos e tecnologias de controle de poluição e contaminação, quer pela imposição de medidas corretivas e até punitivas que levem ao cumprimento da legislação e das regulamentações que visam proteger o meio ambiente.

O engajamento do próprio governo tem se fortalecido como resultado do comprometimento do público. O desejo da população em fortalecer o controle e a proteção ambiental se reflete claramente nos parlamentares que são eleitos para representá-la nos vários níveis de governo.

Devido a uma gama das mais abrangentes de providências governamentais para a proteção do meio ambiente, faz-se necessária uma vigilância constante para garantir que o comprometimento para com esta mesma proteção seja sustentado e mantido em todas as suas frentes. Justamente neste ponto a Procuradoria Geral do Estado tem desempenhado um papel dos mais importantes. Temos recentemente na Procuradoria tomado uma série de providências para preencher certas lacunas neste engajamento do Estado para com a proteção do meio ambiente.

Criamos em 1985 e Aforça Tarefa dos Resíduos Tóxicos, uma unidade dentro da Procuradoria Geral que combina os recursos e os insumos de advogados criminalistas experientes, de outros advogados especializados em questões do meio ambiente, de investigadores e engenheiros – num esforço conjunto para procurar evitar ameaças ao meio ambiente por parte de resíduos nocivos e que fugiam à área de atuação de outras agências e repartições estaduais. Em seis dos casos em que esta Força Tarefa atuou rapidamente se fez uma limpeza de locais contaminados e em outros nove casos iniciaram-se operações de limpeza que continuam em andamento.

Além do mais, iniciamos também a chamada “Operação Grande Limpeza” uma série de rígidas fiscalizações em aterros que não operavam adequadamente e em locais de bota-foras que não tinham alvarás de funcionamento. Tal iniciativa se tornou necessária porque os recursos previamente alocados pelo Estado, em diversas de suas agências, para a fiscalização e controle de tais locais, haviam sido desviados para outros problemas então mais urgentes. Esta “Operação Grande Limpeza” acabou resultando em dezoito processos contra aterros inadequadamente operados e bota-foras sem alvarás de funcionamento em diversas regiões do Estado de Illinois. Como resultado destes processos, todos estes locais já progrediram em muito em termos de cumprimento das normas e padrões a eles aplicáveis; mas importante ainda, outros aterros e bota-foras que não foram processados acharam por bem se precaverem e entenderam claramente a mensagem de que, mesmo se preocupando temporariamente com outros problemas porventura mais urgentes, o Estado de Illinois não os deixaria escapar impunes se por acaso não cumprissem o que determina a legislação do meio ambiente.

Tanto no caso da Força Tarefa dos Resíduos Tóxicos como no da Operação Grande Limpeza, grande foi a ajuda do público na identificação de possíveis locais problemáticos, através de alertas que chegaram até a Procuradoria Geral. Este é mais um bom exemplo de quanto importante é a função de um público muito consciente

zado do seu próprio papel no processo de proteção ao meio ambiente.

IV – CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente no Estado de Illinois é uma das mais altas prioridades do Estado. O público, as comunidades que são regulamentadas e o próprio governo, incluindo a Procuradoria Geral do Estado, tem se engajado na sustentação do processo de proteção do meio ambiente. Os resultados deste engajamento são hoje visíveis no Estado do Illinois.

Na preparação deste artigo prestaram-me assistência James L. Morgan, Procurador Geral Assistente, Divisão de Controle Ambiental, e Antônio Benjamin, Procurador Geral Assistente, Estado de São Paulo, Brasil.

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO ESTADO DE ILLINOIS

*Neil F. Hartigan
Procurador Geral do Estado de Illinois*

SUMÁRIO

A tese "PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO ESTADO DE ILLINOIS" traça as linhas principais da tutela do consumidor pelo Ministério Público em um dos Estados mais importantes dos EUA.

PARTE I relata, de modo resumido, as origens e o desenvolvimento da legislação federal e estadual de proteção ao consumidor nos Estados Unidos, a começar com doutrinas da "common law", como a do "caveat emptor" e consumando-se com a aprovação, em 1961, da primeira "Lei de Fraude ao Consumidor" do Estado de Illinois, emendada posteriormente, em 1973, para seguir o padrão e modelo da "Lei da Comissão Federal de Comércio", de origem federal. Também se discute a importância da interpretação judicial e administrativa da "Lei da Comissão Federal de Comércio" na aplicação da legislação estadual de proteção ao consumidor. Na medida em que a Comissão Federal de Comércio, após as nomeações efetuadas na gestão do Presidente Reagan, adotou uma visão extremamente conservadora da tutela do consumidor, os Estados foram chamados a desempenhar um papel mais ativo nesta matéria. Embora a legislação de consumo do Estado de Illinois exija que a Justiça estadual leve em conta "a interpretação da Comissão Federal de Comércio e da Justiça Federal no que se refere ao artigo 5(a) da Lei da Comissão Federal de Comércio", o Tribunal de Justiça de Illinois, no processo "Fitzgerald v. Chicago Title & Trust Co.", afirmou que a Justiça daquele Estado não estava presa a tais precedentes.

PARTE II cuida dos poderes do Ministério Público na tutela do consumidor. De acordo com a legislação estadual especial, a Procuradoria Geral pode intervir em prol do consumidor, mesmo que não provocada por qualquer interessado. O Procurador Geral da Justiça e os Promotores de Justiça podem notificar o reclamado para que compareça em data e local por eles determinados, bem como lhes é permitido exigir que a pessoa ou empresa reclamada submeta, sob juramento, todas as informações que sejam consideradas necessárias à investigação. Por outro lado, o Minis-

tério Público pode entrar em acordo com o reclamado para que o mesmo ponha fim as suas práticas irregulares. Ademais, ao Procurador Geral é lícito expedir normas complementares à legislação estadual na matéria. Por último, através de ação civil pública, o Ministério Público pode buscar medidas cautelares várias, bem como fechamento da empresa, anulação de seus contratos, reparação para os consumidores e penalidades civis de até 50.000,00 dólares para cada ato violador da Lei.

PARTE III analisa a estrutura da Coordenadoria de Proteção ao Consumidor, a qual é uma das maiores em toda a Procuradoria Geral da Justiça, contando com um orçamento anual médio de 2,35 milhões de dólares. A tese, em seguida, menciona alguns dos casos atualmente sob os cuidados do Ministério Público, bem como abre espaço para algumas das vitórias alcançadas pelo "Parquet" de Illinois na gestão do Procurador Geral Neil F. Hartigan.

Em conclusão, PARTE IV afirma que a tutela do consumidor é uma alta prioridade do Ministério Público do Estado de Illinois. Em razão disto, o consumidor está melhor preparado a tomar decisões conscientes nas relações de consumo.

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO ESTADO DE ILLINOIS

*Neil F. Hartigan
Procurador Geral do Estado de Illinois*

I. HISTÓRICO

A legislação atual de proteção ao consumidor é uma reação contra as doutrinas jurídicas comparativamente severas do século dezenove, as quais norteavam a abordagem dos tribunais nos processos referentes a contratos de venda. As doutrinas eram a do *caveat emptor* (o comprador que se cuide) e a da "santidade dos contratos". Segundo a doutrina do *caveat emptor*, esperava-se que o próprio comprador se protegesse contra transações "injustas" ou "fraudulentas", o que ele deveria fazer por meio de ceticismo constante perante as asserções e declarações do vendedor. Se o comprador não tomasse o devido cuidado e se prendesse a um contrato injusto ou demasiadamente favorável ao vendedor, a posição histórica dos tribunais era a de validar tal acordo, posição esta respaldada na doutrina da "santidade dos contratos". Esta doutrina limitava as investigações do tribunal apenas ao fato de se um contrato havia sido fechado ou não — e não a como tal acordo contratual havia sido feito.

Se bem que é possível que tais doutrinas jurídicas tenham incentivado o crescimento das atividades comerciais e industriais no século dezenove, por outro lado elas dificultaram muito a posição dos consumidores neste século vinte, mormente à medida que os produtos e a prestação de serviços foram se tornando mais complexos e as transações foram adquirindo um formato cada vez mais jurídico. No final da década de 1960 e no início dos anos 70, o movimento do consumidor ameri-

cano se tornou uma possante força política. Respondendo a esta força política, primeiro o Congresso Federal e depois as Assembléias Legislativas Estaduais aprovaram legislação de proteção ao consumidor — leis que redefiniam as responsabilidades dos vendedores para com os compradores.

O Estado de Illinois foi pioneiro na liderança deste movimento. Em 1961, a Assembléia Estadual de Illinois aprovou a primeira Lei de Fraude ao Consumidor no Estado (Illinois Rev. Stat., cap. 121 1/2, par. 261 et seq.), legislação esta influenciada pela gestão de William G. Clark, então Procurador Geral do Estado e atualmente Presidente do Supremo Tribunal do Estado de Illinois. Esta legislação de 1961 autorizava o Procurador Geral a investigar e a embargar uma série de abusos reconhecidos pelo Direito Consuetudinário, como nos casos de fraude, logro, declarações falsas e garantias inverídicas e a deturpação intencional do fato material.

A legislação original de 1961 expandiu-se considerável e significativamente em 1973, uma expansão resultante principalmente das providências encetadas pela Comissão Federal de Comércio (a FTC — Federal Trade Commission) já em meados da década de 1960 e que visavam promover a adoção pelos Estados de uma legislação uniforme de proteção ao consumidor. No Illinois, a lei estadual de Fraude ao Consumidor e Práticas Comerciais Fraudulentas, mais conhecida abreviadamente como Lei de Fraude ao Consumidor (Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act — Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 261 et seq') tem se modelado já desde 1973 na Lei da Comissão Federal de Comércio (FTC Act — 15 United States Code, section 45) e proíbe métodos injustos de competição, bem como atos injustos ou fraudulentos em qualquer transação comercial e quaisquer práticas caracterizadas como abuso reconhecido pelo direito consuetudinário e já originalmente banido em 1961.

Além do Illinois, mais quarenta e oito outros Estados americanos já aprovaram estatutos que seguem as diretrizes ditadas pela Comissão Federal de Comércio. São estatutos que abrangem a maior parte das transações com consumidores e se tornaram popularmente conhecidos como "pequenas leis segundo o modelo da Comissão Federal de Comércio" (Little FTC Acts). Em grande parte, as diretrizes já fundiram num só processo de se determinar o que constitui uma prática comercial injusta ou fraudulenta. São diretrizes que se baseiam num corpo significante de legislação por parte da Comissão Federal de Comércio nos últimos cinqüenta anos. No entanto, nos últimos anos a Comissão Federal de Comércio vem adotando uma filosofia bem mais conservadora. São infreqüentes as providências a nível federal para fazer cumprir a legislação existente e com isto são os Procuradores Gerais dos Estados que, respaldados na legislação estadual de seus respectivos Estados, modelada nos estatutos da Comissão Federal de Comércio, se vêem obrigados cada vez mais a dar continuação ao trabalho originalmente iniciado pela Comissão Federal de Comércio.

A intenção original do FTC Act (Lei da Comissão Federal de Comércio) era proteger as empresas, o comércio contra métodos injustos de competição. Ao fazer

cumprir a legislação então recentemente aprovada, a Comissão Federal de Comércio visava regulamentar as práticas competitivas entre as empresas e o comércio em geral; na verdade, não era seu objetivo então o de proteger os consumidores prejudicados por práticas comerciais injustas. Só em 1983 é que um Congresso mais liberal aprovou uma emenda à Seção 5 da Lei da Comissão Federal de Comércio, acrescentando proibições contra “atos ou práticas injustas ou fraudulentas no comércio ou que afetam o comércio” (Lei Wheeler-Lea, cap. 49, par. 3, 52 Stat. III 1938 e atualmente 15 United States Code, section 45). Esta emenda possibilitava à Comissão Federal de Comércio fazer cumprir a legislação de proteção ao consumidor, já que doravante não necessitava mais comprovar a existência de competição.

Desde o início que a Comissão Federal de Comércio tem tido de enfrentar queixas de que a legislação que leva o seu nome (o FTC Act) não prima pela exatidão de suas definições. Aliás, o FTC Act originalmente aprovado em 1914 e emendado em 1938 não define o que seja a conduta proibida referente aos “métodos injustos de competição” ou “atos ou práticas injustas ou fraudulentas”. E esta é uma linguagem que se encontra tanto na Lei Federal da Comissão de Comércio como na Lei Estadual de Illinois e na primeira vez que se deparam com tal linguagem é comum para as empresas se queixarem da imprecisão e generalidade linguística dos termos usados na redação dos textos: não se sabe se uma determinada conduta é proibida ou permitida. Mas trata-se de uma ambiguidade deliberada, proposital. Ao aprovar e, mais tarde, ao emendar a Lei da Comissão Federal de Comércio, o Congresso dos EUA preferiu não definir o que sejam “métodos injustos de competição” ou “atos ou práticas injustas ou fraudulentas” a fim de que pudesse contar com diretrizes amplas e flexíveis – ao invés de procurar cumprir a tarefa impossível de banir como ilegais todas as práticas injustas ou fraudulentas conhecidas. Caso por caso seria como a própria Comissão Federal de Comércio e os tribunais federais determinariam quais práticas eram injustas ou fraudulentas. E segue-se o mesmo procedimento ao se definirem tais termos na linguagem da Lei Estadual do Illinois. Na realidade, já há atualmente mais de meio século de jurisprudência federal firmada e treze anos de jurisprudência no Estado de Illinois sobre a interpretação do que significam estes termos no texto da lei federal e da estadual.

Em 1984, a Comissão Federal de Comércio, presidida por James Miller (indicado em 26 de junho de 1981 pelo Presidente Reagan), adotou, para questões referentes a publicidade, uma diretriz do que era “fraude” que difere significativamente da diretriz emanada de cinquenta anos de jurisprudência federal (Cliffdal e Associates, 103 FTC 110 – 1984). Esta diretriz nova da Comissão Federal de Comércio abandona a diretriz tradicional a qual rezava se tratar de uma publicidade ou prática publicitária que contivesse uma declaração falsa ou uma omissão “com tendência ou capacidade para fraudar.” A nova diretriz da Comissão Federal de Comércio indaga se a declaração ou omissão “provavelmente enganará os consumidores que ajam razoavelmente naquela determinada circunstância”. Esta nova orientação da Comissão Federal de Comércio não reafirma com exatidão a jurisprudência já

firmada com relação ao que seja uma fraude; é na realidade um passo para trás na caminhada em defesa do direito do consumidor. Mas felizmente, dada a interpretação prévia da Lei estadual em Illinois no processo “Fitzgerald v. Chicago Title & Trust Co.” (1978 – 72 Illinois 2d 179, 380 N. E. 2d 770), os tribunais do Estado de Illinois não são obrigados a seguir a orientação da nova diretriz da Comissão Federal de Comércio. Illinois e outros Estados que aprovaram legislação estadual modelada na lei federal da Comissão Federal de Comércio podem seguir seu próprio rumo na proteção dos direitos dos consumidores. Os Estados podem se basear nas melhores decisões tomadas há mais tempo atrás pela Comissão Federal de Comércio e continuam tendo toda a liberdade para rejeitar as decisões mais recentes desta mesma Comissão, decisões estas que representam um esforço para colocar de lado meio século de boa jurisprudência sobre os direitos do consumidor.

II. Os Poderes da Procuradoria Geral do Estado

A Lei Estadual de Illinois de Fraude ao Consumidor e Práticas Comerciais Fraudulentas (Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act) concede amplos poderes ao Procurador Geral do estado para investigar e para processar por suspeitas violações desta mesma lei. A maioria destes poderes foram concedidos ao Procurador Geral pelos dispositivos da lei original de Fraude ao Consumidor, aprovada em 1961 e não se originaram, pois, na esfera federal de influência que criou as emendas de 1973. Via de regra, os poderes investigatórios do Procurador Geral podem ser exercidos:

Quando parece... que um indivíduo praticou, está praticando ou prestes a praticar qualquer prática declarada ilegal por esta Lei; quando recebe de um consumidor ou cliente uma queixa por escrito a respeito da comissão de um ato declarado ilegal por esta Lei; ou quando acredita ser do interesse público uma investigação para averiguar se de fato um indivíduo praticou, está praticando ou prestes a praticar qualquer prática declarada ilegal por esta Lei...

(Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 263)

Este dispositivo permite ao Procurador Geral do Estado tomar providências de natureza investigativa, independentemente de alguma queixa ter sido registrada por um indivíduo ou não. O Supremo Tribunal do Estado de Illinois já afirmou que o Procurador Geral do Estado pode realizar uma investigação sempre que acreditar ser tal medida de interesse público. No processo “Scott v. Association of Childbirth at Home, International” (1981 – 88 Illinois 2d 279, 295, 430 N.E. 2d 1012, 1020), o Supremo Tribunal de Illinois declarou que:

No caso da Lei Estadual de Fraude ao Consumidor e Práticas Comerciais Fraudulentas, a capacidade do Procurador Geral do Estado de investigar violações em potencial, sem esperar até que um consumidor seja prejudicado, promove os objetivos remediais desta mesma Lei.

Quando o Procurador Geral decide investigar violações reais ou em potencial desta Lei, seus poderes são bastante amplos. Fica a critério do próprio Procurador Geral quais poderes exercer numa determinada investigação. Na prática, o Procurador Geral delega a um de seus Procuradores Assistentes a escolha destes poderes num determinado caso.

O Procurador Geral pode exigir que uma pessoa física em jurídica sob investigação submeta – por escrito e sob juramento todas as informações que no entender da Procuradoria sejam necessárias para a investigação (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 263a). Chamado de Exigência de Submissão por Escrito, este processo muitas vezes se faz através do Correio e permite ao Procurador Geral obter e verificar informações que o auxiliem a decidir se a investigação em questão deve prosseguir ou não.

O Procurador Geral pode exigir que um determinado indivíduo compareça perante ele e deponha sob juramento em qualquer assunto relacionado com o comércio em geral. Na audiência que se realiza pode ser exigido do cidadão que apresente quaisquer documentos que forem pedidos bem como qualquer mercadoria ou amostra de tal mercadoria. Através da obtenção de um mandado judicial, o Procurador Geral pode reter qualquer ítem apresentado até se completarem todos os procedimentos processuais relacionados com o ítem em questão (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 263b-d). Para poder cumprir tais deveres, o Procurador Geral do Estado possui o poder de apresentar intimações, administrar juramentos e realizar audiências (ver Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 264).

Se qualquer pessoa porventura se recusar a aceitar a intimação judicial ou não preencher o documento denominado Exigência de Submissão de Documentação, o Procurador Geral do Estado pode então optar pela via judicial como forma de forçar tal pessoa a aceitar a intimação ou preencher e devolver a documentação exigida. O remédio jurídico do qual o Procurador Geral pode lançar mão pode ser um embargo da venda ou da publicidade da mercadoria em questão ou um embargo até mesmo do tipo de comercialização que se realiza. O Procurador Geral também possui poderes para suspender ou para até mesmo revogar a carta patente de uma empresa ou o alvará que esta empresa conseguiu para efetuar transações comerciais dentro das fronteiras do estado; pode também tentar revogar quaisquer licenças ou alvarás que esta empresa porventura possua para se dedicar às atividades consideradas ilegais (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 266).

O Procurador Geral do Estado dispõe ainda de poderes para entrar em acordos com as empresas. Este tipo de acordo se denomina de Garantia de Submissão Voluntária (AVC – Assurance of Voluntary Compliance). Trata-se de um acordo com uma pessoa jurídica ou física para que um determinado ato ou prática fraudulenta não prossiga. É um documento que, via de regra, especifica qual o ato ou a prática que o Procurador Geral do Estado considera como transgressor da Lei de Fraude ao Consumidor e que afirma que a empresa em questão não mais agirá de tal forma. A legislação do estado prevê que uma violação deste documento AVC (Garantia de Submissão Voluntária) constituirá prova suficiente de transgressão da Lei de Fraude ao Consumidor (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 266.1). Além de proibir quaisquer atos ou práticas de natureza fraudulenta, este mesmo

documento de Garantia de Submissão Voluntária geralmente prevê o pagamento de uma multa bem como o reembolso dos custos da investigação encetada pelo Procurador Geral do Estado. Tanto para o próprio Procurador Geral como para a empresa em questão uma Garantia de Submissão Voluntária traz certas vantagens. O Procurador Geral consegue por um fim à práticas consideradas fraudulentas, sem ter de recorrer ao longo processo judicial de um litígio. E a empresa tem a oportunidade de mudar seus procedimentos, às vezes sem ter de admitir que violou esta Lei, resolvendo assim a questão sem ter de passar pela inconveniência e as despesas de um litígio.

Mais ainda, o Procurador Geral do Estado detém o poder que lhe confere a Lei da Fraude ao Consumidor de promulgar as regras e diretrizes que se fizerem necessárias para conseguir os objetivos e cumprir as obrigações prescritas por esta Lei (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 264). Em 1980, o Procurador Geral fez uso destes poderes, emitindo um conjunto abrangente de regulamentações que norteavam o funcionamento de um chamado clube de compradores no estado de Illinois. Se bem que as empresas em questão procuraram a via judicial, abrindo um processo nos tribunais, a autoridade do Procurador Geral do Estado para tomar tal providência foi inequivocamente reafirmada pelos tribunais.

O Procurador Geral não detém o poder de administrativamente multar ou de embargar atos ou práticas consideradas fraudulentas. Sempre que o Procurador Geral tem motivo suficiente para acreditar que um método, ato ou prática viola a Lei em questão, e que acredita ser de interesse público por um fim a este tipo de atividade, ele pode então recorrer à via jurídica, indo aos tribunais em nome do Povo do Estado a fim de impedir tal atividade por meio de um mandado de segurança preliminar ou permanente (Illinois Rev. Stat. 1985, cap. 121 1/2, par. 267). O Procurador Geral do Estado pode tentar revogar ou suspender qualquer carta patente ou qualquer alvará de transação comercial dentro das fronteiras estaduais. Pode ainda tentar a nomeação de um liquidante para assumir o controle dos bens de uma empresa e para distribuir tais bens segundo as instruções emitidas pelo tribunal.

O Procurador Geral pode também tentar obter restituição para os consumidores lesados, como forma de reparação indenizatória e pode ainda requerer uma penalidade civil de até cinqüenta mil dólares. Se o tribunal decide que houve intenção de fraudar, podem ser aplicadas penalidades civis de até cinqüenta mil dólares por cada violação da Lei de Fraude ao Consumidor. O Procurador Geral tem ainda o direito ao reembolso pelos custos na investigação do caso.

Além do próprio Procurador do Estado, também os Promotores Estaduais nos 102 Condados em que se divide o estado de Illinois podem fazer cumprir os dispositivos da Lei de Fraude ao Consumidor. Os Promotores Estaduais são primordialmente responsáveis pelos processos de ações penais nos Condados do estado. A Lei de Fraude ao Consumidor também permite que os próprios consumidores que se julgam lesados busquem individualmente a via jurídica dos tribunais. Aliás, para incentivar justamente isto, a legislação estadual prevê que, além de receber as indenizações reparatórias, o consumidor vitorioso no tribunal pode também ser reembolsado por suas despesas com honorários de advogados e despesas do processo. Isto foge à tradição americana segundo a qual num processo de litígio civil cada uma das partes deve arcar com os honorários de seus próprios advoga-

dos.

III. A Divisão de Proteção ao Consumidor em Illinois

A Divisão de Proteção ao Consumidor faz parte da Procuradoria Geral do Estado de Illinois. Sua função é fazer cumprir a Lei Estadual de Fraude ao Consumidor e Práticas Comerciais Fraudulentas — o chamado Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act. Esta divisão se constitui numa das maiores repartições da Procuradoria Geral do Estado de Illinois. Conta com vinte (20) advogados e mais quarenta (40) funcionários que integram o estafe de apoio. Estas sessenta (60) pessoas estão divididas entre uma agência em Springfield, a capital de Illinois, e outra em Chicago, a maior cidade do estado. O orçamento anual desta Divisão de Proteção ao Consumidor é aproximadamente de 2,35 milhões de dólares, ou seja, dois milhões e trezentos e cinqüenta mil dólares. Os dois escritórios das agências em Springfield e em Chicago contam com o apoio de uma rede de mais dezenove (19) escritórios regionais espalhados pelo estado.

Atualmente mais de vinte e cinco mil indivíduos protocolam queixas por escrito na Divisão de Proteção ao Consumidor da Procuradoria Geral do Estado de Illinois. A maior parte de tais queixas se resolve por mediação, o que economiza milhões de dólares anualmente aos consumidores. Algumas destas queixas identificam fraudes graves ao consumidor e justificam a tomada de providências jurídicas previstas pela Lei Estadual de Fraude ao Consumidor. Via de regra, a Divisão de Proteção ao Consumidor trabalha simultaneamente com aproximadamente uns duzentos processos em vários tribunais estaduais no Illinois.

Nos últimos anos a Divisão de Proteção ao Consumidor tem aberto processos num amplo e diversificado leque de fraudes ao consumidor — incluindo, por exemplo, casos de vendas de seguros, ou fraudes na área de construção relacionadas com reformas e restaurações de prédios e residências, esquemas popularmente denominados de cadeia ou corrente, em que um consumidor vai arranjando outros para contribuir dinheiro para uma determinada finalidade, as áreas de prestação de serviços relacionadas com férias, viagens e turismo, sáunas e clubes de ginástica e musculação, empréstimos e agiotagem, bem como a adulteração de odômetros. Seguem-se alguns exemplos, a título de ilustração por amostragem de como a Divisão de Proteção ao Consumidor da Procuradoria Geral do Illinois procura fazer cumprir a Lei Estadual de Fraude ao Consumidor:

1. A Divisão deu entrada em março de 1984 com processos contra companhias de seguros que estavam fraudando cidadãos idosos. Resultados positivos foram rapidamente obtidos, como a decretação treze dias após a abertura do processo de indenização a ser paga bem como quatorze por cento de juros a título de reparação mais um penalidade civil de cem mil dólares e outros cinqüenta mil dólares em honorários de advogados e custos do processo. Os consumidores acabaram economizando um total de um milhão e novecentos mil dólares.

2. Dois processos abertos em 1984 alegavam que os acusados usavam e abusavam de práticas ilegais e fraudulentas na prestação de serviços nas áreas de aquecimento e instalações para sistemas de ar condicionado em residências. Apenas nestes dois casos, mais de cem queixas haviam sido protocoladas na Divisão de Proteção

ao Consumidor, com prejuizos de mais de trezentos mil dólares para os consumidores. A Divisão fechou os negócios da pessoa que operava tais fraudes e conseguiu congelar sua banca bancária bem como apreender seus bens, conseguindo ainda contra este indivíduo que ele fosse formalmente indiciado sob a acusação de transgressões de natureza dolosa.

3. Em abril de 1984 abriu-se um processo na região ocidental do estado de Illinois contra uma empresa e seus fundadores, acusados de violar legislação estadual que proíbe os esquemas popularmente conhecidos como cadeia ou corrente. Rezava o processo que os consumidores haviam sido informados de que poderiam ganhar muito dinheiro se conseguissem desenvolver suas próprias organizações em "vários níveis de marketing" o que exigia da parte deles o recrutamento de um grande número de participantes. O tribunal impôs uma penalidade civil de dez mil dólares, ordenou o pagamento de 11.862,14 dólares como reembolso de custos e mais cento e quatorze mil dólares como reparação a 218 consumidores do estado de Illinois.

4. A Divisão de Proteção ao Consumidor conseguiu uma vitória das mais significativas num litígio iniciado em março de 1984 contra um agente de viagens que já havia sido acusado em mais de uma centena de queixas protocoladas por consumidores. Estes conseguiram mais de dois mil dólares em reparação e uma centena de queixas protocoladas por consumidores. Estes conseguiram mais de dois mil dólares em reparação e uma multa de trinta mil dólares foi paga ao estado de Illinois. O decreto do tribunal exigia doravante mudanças significativas nos materiais publicitários e de promoções bem como em outras modalidades de informações aos consumidores. São mudanças que terão forte impacto em toda a área do turístico e de viagens, trazendo benefícios aos turistas e viajantes em geral.

5. Em junho de 1985 a Divisão abriu quatro processos contra firmas que vendiam cotas em áreas de lazer e clubes campestres espalhados por várias regiões do estado. Em fevereiro de 1986 um quinto processo foi aberto nesta mesma matéria. Os processos se originaram com queixas dos consumidores sobre fraudes em termos de ofertas de prêmios e que não passavam de recursos para atrair os incautos até as áreas de lazer, onde então se faziam apresentações e demonstrações fraudulentas, criando-se um ambiente de grande pressão para se procurar influenciar os consumidores. São casos cuja pendência ainda se encontra em andamento.

6. A Divisão entrou em maio de 1985 com um processo contra uma companhia que, enquanto existiu, vendia cotas contratuais num complexo de ginástica, esporte e musculação antes mesmo de tal complexo existir, chegando a vender para mais de quinhentos consumidores. Conseguiu-se um mandado liminar e cinqüenta mil dólares foram recuperados dos depósitos bancários da empresa, sendo este dinheiro colocado num fundo fiduciário. A empresa subsequente mente requereu falência mas o tribunal de falências ordenou que o dinheiro fosse mantido no fundo, para benefício dos consumidores lesados. Posteriormente, a Divisão obteve um mandado judicial permitindo que o dinheiro do fundo fosse distribuído aos consumidores que haviam sido lesados na compra das cotas.

7. A Divisão de Proteção ao Consumidor e a Divisão de Legislação Agrícola moveram um processo em setembro de 1984, acusando os que se diziam donos de uma corretora de empréstimos e que na realidade não passava de uma empresa fan-

tasma, a qual prometia mundos e fundos a fazendeiros endividados no Illinois: empréstimos “baratos” de um milhão de dólares, a juros supostamente irrisórios em troca do pagamento de certas taxas a título de entrada. No pedido de empréstimo, uma família dona de uma fazenda havia feito um depósito de vinte e oito mil dólares como entrada para um posterior pagamento do suposto empréstimo que deveria receber. O tribunal ordenou que os acusados pagassem noventa e um mil dólares de restituição a oito vítimas identificadas como tais, além de uma penalidade civil no valor de quatrocentos mil dólares ao estado de Illinois.

8. Em setembro de 1983, a Divisão de Proteção ao Consumidor processou uma companhia que não fizera os empréstimos que prometera a mais de sessenta candidatos que haviam pago uma taxa de duzentos e cinqüenta dólares. Obteve-se um mandado de segurança, embargando-se quaisquer futuras operações comerciais do acusado, o qual foi posteriormente citado por contumácia, tendo desacatado esta ordem de embargo do tribunal e sendo penalizado com uma multa. O Gabinete do Procurador Geral de Illinois foi nomeado depositário judicial de todos os bens do acusado.

9. A Divisão tem movido vários processos em casos de fraudes, relacionadas com a adulteração de odômetros — havendo já investigado centenas de tais acusações feitas por consumidores. Em junho de 1983 a Divisão abriu um processo em tribunal federal, enumerando cento e dezesseis acusações específicas contra uma determinada empresa por violações do estatuto federal sobre odômetros bem como da legislação estadual de Illinois conhecida como Lei de Fraude ao Consumidor. A pendência deste processo ainda está em andamento. Em outro litígio sobre adulteração de odômetros, em novembro de 1984. Os acusados foram obrigados a pagar dezesseis mil e quinhentos dólares em restituição e mais vinte e dois mil dólares em multas. No entanto, nem sempre se torna necessário apelar para a via do tribunal nestes casos de fraudes em odômetros de carros, pois a Divisão de Proteção aos Consumidores tem conseguido indenizações aos consumidores lesados e penalidades civis através tão somente de negociação com os revendedores de automóveis acusados — negociação esta fundamentada no já anteriormente citado mecanismo da Garantia de Submissão Voluntária, que é um acordo que a legislação permite seja feito entre a Procuradoria Geral do Estado e a empresa acusada de lesar consumidores.

IV. Conclusão

Faz cumprir as leis de proteção ao consumidor é uma prioridade alta da Procuradoria Geral do Estado. Os Poderes bem amplos concedidos ao Procurador Geral lhe possibilitam tomar providências apropriadas para lidar com uma miríade de problemas com os quais se defrontam os cidadãos-consumidores no estado de Illinois. Conseqüentemente, o consumidor no Illinois está hoje mais capacitado e bem informado para poder se decidir ao fazer transações comerciais.

Na preparação deste artigo prestaram-me assistência Howard L. Hood, Procurador Geral Assistente, Chefe da Divisão de Proteção ao Consumidor, e Antônio Benjamin, Procurador Geral Assistente, estado de São Paulo Brasil.