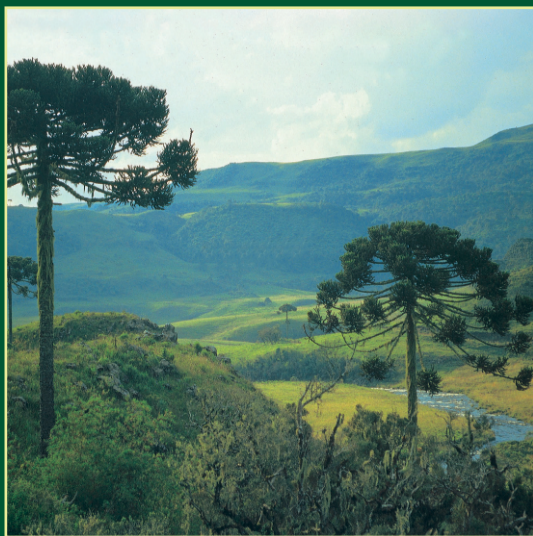

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



n. 2, jan./abr. 2004

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 2, n. 2, jan./abr. 2004

Atuação

Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Andrey Cunha Amorim

Carlos Alberto Platt Nahas

Guido Feuser

Pedro Roberto Decomain

Raul Schaefer Filho

As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da
**Procuradoria-Geral de Justiça do Estado
de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público.**

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint, CRB 384

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação
Catarinense do Ministério Público. - v. 2, n. 2, (jan./abr. 2004) -
Florianópolis : PGJ : ACMP, 2003 -

Quadrimestral

Direito – Periódicos. I. Ministério Público do Estado de Santa
Catarina. Procuradoria-Geral de Justiça. II . Associação Catarinense do
Ministério Público.

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: Link – Comunicação e Tecnologia

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 1º andar

Centro – Florianópolis – SC

CEP 88015-240

(48) 224.4600/224.4368

imprensa@acmp.org.br

www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750

Centro – Florianópolis – SC

CEP 88015-904

(48) 229.9000

pgj@mp.sc.gov.br

www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Pedro Sérgio Steil

Subprocurador-Geral de Justiça

Narcísio Geraldino Rodrigues

Secretário-Geral do Ministério Público

Sandro José Neis

Assessoria do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Ary Capella Neto

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Francisco Bissoli Filho

Colégio de Procuradores de Justiça

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Valdir Vieira

Paulo Antônio Gunther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jaco Bruning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Francisco de Assis Felipe

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Pedro Sérgio Steil - *Presidente*

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Paulo Roberto Speck

Nelson Fernando Mendes

Odil José Cota

Hercília Regina Lemke

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Sandro José Neis - *Secretário*

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Aor Steffens Miranda

Rui Arno Richter

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Coordenadoria de Recursos

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

Assessoria da Coordenadoria de Recursos

Walkyria Ruicir Danielski

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Márcia Aguiar Arend – *Coordenadora*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Alexandre Herculano de Abreu – *Coordenador*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Fábio de Souza Trajano – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Durval da Silva Amorim – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Ernani Guetten de Almeida – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antônio Locatelli – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Francisco de Assis Felipe – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Galvani Alberton – *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Lio Marcos Marin

Vice-Presidente

Nazareno Furtado Köche

1º Secretária

Havah Emília P. de Araújo Mainhardt

2º Secretário

Fabiano David Baldissarelli

Tesoureira

Walkyria Ruicir Danielski

Diretor de Patrimônio

Hélio José Fiamoncini

Diretor Cultural e de Relações Públicas

Andrey Cunha Amorim

Conselho Fiscal

Presidente

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Secretária

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Membros

Eduardo Mendonça Lima

Marcílio de Novaes Costa

Nuno de Campos

SUMÁRIO

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Ministério Público e Interesse Público - A Hipótese Prevista no
Artigo 82, Inciso III, Parte Final, do Código de Processo Civil 11
Carlos Henrique Fernandes

Ação Civil Pública: o Ministério Público na
Defesa e Tutela dos Interesses Coletivos 53
Wilson Paulo Mendonça Neto

A Intervenção do Ministério Público Frente à Hipótese
Contemplada no Art. 82, III, *In Fine*, do Código de Processo Civil 61
José Galvani Alberton

DIREITO CONSTITUCIONAL

O Uso Indevido da Medida Provisória e
a Usurpação do Poder Legislativo 77
Agamenon Bento do Amaral

DIREITO DE FAMÍLIA

Alteração do Regime de Bens entre os
Cônjuges: Requisitos Legais Destacados 87
Luciano Trierweiler Naschenweng

DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

A Efetividade dos Direitos Transindividuais
da Criança e do Adolescente 91
Marcelo Wegner

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94
da Lei nº 10.741/03 não determinou nova definição do conceito 97
Renato Flávio Marcão

Parte Imparcial: Pilar Ético da Atuação do
Ministério Público no Processo Penal 107
Anderson Lodetti de Oliveira

Procedimento para Julgamento dos Crimes de Tráfico de Entorpecentes:
Análise da Jurisprudência sobre a Matéria 121
João José Leal

Algumas Considerações sobre a
Lei nº 10.876/2003 (Estatuto do Desarmamento) 129
Paulo Antonio Locatelli

Para Conhecer e Reconhecer a Inconstitucionalidade
de Lei Federal nº 10.628/2002 151
Márcia Aguiar Arend e Renato Guilherme Gomes Cunha

Fim do Exame Criminológico? 183
Marcelo Gomes Silva

DIREITO URBANÍSTICO

O Ministério Público e a Regularização de Loteamento Clandestino
em Área da União: Compartilhando uma Experiência 191
Luís Eduardo Souto

ESTATUTO DO IDOSO

Considerações Iniciais sobre o Estatuto do Idoso 195
Paulo Richter Mussi e Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

O Estatuto do Idoso e o Poder de Polícia 209
Hélio Abreu Filho, Alexandre Herculano Abreu e
Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e Silva

MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público como Responsável pela Emissão de
Certificados de Responsabilidade Social 223
Adauto Viccari Júnior

Proteção da Segurança nas Relações de Consumo – Atribuição das
Promotorias do Consumidor ou da Cidadania e Direitos Humanos? 227
Jacson Corrêa e Fábio de Souza Trajano

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade como Fator de Aproximação
do Ministério Público com o Tribunal de Contas 237
Basílio Elias De Caro

MINISTÉRIO PÚBLICO E INTERESSE PÚBLICO - A HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 82, INCISO III, PARTE FINAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

Carlos Henrique Fernandes

Promotor de Justiça em Lages - SC

Sumário: Resumo; Introdução; 1. Origens do Ministério Público; 1.1. Conceito e Caracterização; 1.2. Origens do Ministério Público; 1.3. Trajetória do Ministério Público no Brasil; 1.4. O Ministério Público diante da Constituição de 1988; 2. Ministério Público e Interesse Público – A Hipótese Prevista no Art. 82, Inciso III, Parte Final, do Código de Processo Civil; 2.1. Atuação do Ministério Público no Cível; 2.2. Ministério Público e Interesse Público; 2.3. O Ministério Público como Custos Legis – Intervenção Obrigatória ou Facultativa? 2.4. Analogia; 2.5. A Aferição do Interesse Público; 3. Entendimentos Jurisprudenciais sobre a Intervenção Obrigatória e/ou Facultativa do Ministério Público; 3.1. Supremo Tribunal Federal – Recursos Extraordinários; 3.2. Superior Tribunal de Justiça – Recursos Especiais; 3.3. Tribunal de Justiça de São Paulo; 3.4. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; 3.5. Tribunal de Justiça de Santa Catarina; 3.6. Tribunal de Justiça dos Estados; 3.7. Tribunal da Alçada Civil; Conclusão; Referências Bibliográficas.

¹ Monografia apresentada ao final do curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (UNIPLAC-INCIJUR) como quesito obrigatório para obtenção do título de Pós-Graduado em Direito Processual Civil (Lages, abril de 2002).

RESUMO

O Ministério Público, cuja origem é atribuída ao antigo direito francês, encontra na antigüidade clássica resquícios que podem ser considerados a fase embrionária da instituição em sua forma mais rudimentar.

A partir de então, a instituição foi se aperfeiçoando, acumulando conquistas e ganhando espaço em outros países. No Brasil, hoje, o Ministério Público apresenta uma performance que o situa entre os mais modernos.

Entretanto, um breve retrospecto de sua evolução histórica evidencia que a trajetória foi permeada de avanços e retrocessos sucessivos até alcançar o título de “advogado da sociedade” que lhe conferiu a Constituição Cidadã de 1988. Esta, no art. 127, preceitua ser o Ministério Público “a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Por outro lado, por deficiência técnica, ou com a preocupação de não ser excludente, o texto legal, que regulamenta as atribuições do Ministério Público no processo civil, apresenta um caráter genérico, vago e impreciso, desencadeando interpretações desencontradas e acirradas controvérsias quanto aos limites de sua abrangência. É o caso específico do art. 82 do Código de Processo Civil, inciso III, *in fine*, segundo o qual, compete ao Ministério Público intervir “ (...) nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. Há que se definir a exata dimensão de interesse público, da natureza da lide e da qualidade da parte.

Mas impõe-se, sobretudo, a clareza de que o Ministério Público, na condição de custos legis, é o defensor da sociedade e a ele cabe o direito-dever de velar pelos reais interesses públicos, com autonomia e plena decisão, superando os eventuais “espasmos corporativistas”. A não ser assim, arrisca-se a instituição a colocar em jogo o espaço conquistado passando da condição privilegiada de “Quarto Poder” à condição de subalterno atrelado ao Poder Judiciário como já ocorreu em fases obscuras de sua trajetória.

INTRODUÇÃO

O Ministério Público, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou por considerável reformulação institucional. A evolução foi tanta que, passados mais de dez anos da promulgação da Carta, o *Parquet* ainda não conseguiu assimilar e exercer com plenitude suas notáveis e múltiplas atribuições, seja por escassez de recursos humanos, seja por falta de consciência do real papel da instituição perante a sociedade brasileira.

Sua feição nítida de custos legis no processo civil, por isso mesmo, tem levado boa parte da doutrina a rever sua participação como fiscal da lei que, de obrigatória, passou a ser desnecessária em alguns casos. Mesmo assim, é controversa a posição doutrinária e jurisprudencial sobre a necessária intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, segundo preceitua o art. 82, inciso III, in fine, do Código de Processo Civil.

Afinal, a ratio legis inserta nesse dispositivo torna obrigatória a intervenção do *Parquet* em todas as causas onde há interesse público? O interesse público, aí definido, confunde-se com o interesse da Fazenda Pública? A quem compete decidir sobre a obrigatória intervenção do Ministério Público no processo civil?

Estas são algumas das questões polêmicas que têm dividido a opinião dos juristas e representantes do Ministério Público e que constituem o tema deste ensaio. Ele tem como escopo a busca de subsídios (legais e consensuais) que possibilitem maior clareza a respeito da hipótese prevista na parte final do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil. Diz a norma:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

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

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” (os grifos não são do original)

A interpretação dos textos inseridos nos incisos I e II não apresentam dificuldade, já que lex clara non indiget interpretatione. Certa dificuldade de compreensão apresenta a parte final do inciso III (interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte), notadamente quando se apresenta, em um dos pólos da demanda, pessoa jurídica de direito público ou entidade estatal. É o que ocorre, por exemplo, nos casos concretos de execução fiscal, embargos à execu-

ção, desapropriação, ações de reconhecimento de direitos, ações de cobrança e acidentárias, entre outras. São situações que revolvem tanto a doutrina como a jurisprudência, tornando-se necessária uma análise sistemática da norma para se compreender corretamente a expressão ali contida e evitar a intervenção desnecessária do *Parquet* onde não há interesse público que a justifique.

Pretendo demonstrar que a intervenção obrigatória e/ou facultativa do Ministério Público como custos legis no processo civil constitui instrumento de alta importância para a efetividade do processo. O trabalho está estruturado em três capítulos, permeados de posicionamentos de processualistas considerados doutos no assunto, além de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

O primeiro capítulo apresenta a origem e evolução do Ministério Público, posto que o modelo atual da instituição é o resultado da sua trajetória histórica. O segundo capítulo trata, especificamente, do tema em questão, abordando a hipótese prevista no final do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil, desdobrando-se em cinco subcapítulos que tratam respectivamente, da atuação do *Parquet* na área cível, do interesse público, da intervenção obrigatória ou facultativa como custos legis, da analogia e da aferição do interesse público. O último capítulo é constituído por uma amostragem de julgados, em diferentes instâncias, objetivando dirimir equívocos quanto à necessidade ou não de intervenção do Ministério Público em diferentes situações conflituosas.

O que se busca é um Ministério Público mais voltado para a sua verdadeira face, empenhado na “defesa dos direitos e interesses sociais, ainda tão desprezados”.²

1. ORIGENS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1. Conceito e Caracterização

Qualquer abordagem em relação ao Ministério Público pressupõe o conhecimento da Instituição em conformidade com o que preceitua a Carta Magna:

“O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

² ALVES, José Lourenço. Buscando adequar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil – in APMP Revista, ano IV, n° 34 – Associação do Ministério Público, 2000: p 36.

indisponíveis.” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988, art. 127)

Em termos similares, o Ministério Público é conceituado, também, nos artigos 1º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), e na Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (Lei Complementar nº 197, de 13 de julho de 2000:

“O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Abrange o Ministério Público da União – Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – e os Ministérios Públicos dos estados.

SANSEVERINO (1976) afirma que o Ministério Público atua como “autêntico representante da lei”, representando a própria personificação ou a “corporificação” da mesma. Nas suas palavras, “atua ele como órgão do interesse público, tomando esse termo em sua acepção mais estrita e impessoal” (p. 198). Isso ocorre principalmente no processo penal, mas igualmente no processo civil, quando age por via principal, ou seja, por meio de ação; ou quando intervém como “custos legis” não sendo verdadeiramente parte na causa, mas legítimo representante do interesse público numa causa entre partes; ou, ainda, quando intervém na defesa de incapazes ou ausentes, na posição de substituto processual.

Depreende-se pois, que o Ministério Público é uma instituição que exerce suas atribuições como titular da ação penal, como parte no direito civil e, ora como fiscal da lei; este, com fulcro no artigo 82 do Código de Processo Civil, cujo inciso III enfatiza o “interesse público, evidenciado pela natureza que lide ou qualidade da parte” (in fine), objeto de estudo a ser analisado posteriormente.

Destarte, nas palavras de SANSEVERINO (1976), Ministério Público é:

“Autêntico órgão da lei ou, numa expressão mais ampla e feliz, como verdadeiro órgão de Justiça, a serviço unicamente do interesse público e da ordem coletiva, eqüidistante dos interesses da administração enquanto tal, e dos interesses dos indivíduos, na medida em que tais interesses correspondam apenas, a condições subjetivas particulares. O que fugir a isso constituirá, no máximo, lamentável deturpação de suas verdadeiras funções (...)”. (p. 199)

O Ministério Público, aos olhos da sociedade, aparece como órgão de acusação. A esse respeito, SCARANO, citado por ALMEIDA (1974), argumenta que

sua atuação (do Ministério Público) é imparcial porque deriva, não de um possível direito de acusar, mas da mesma fonte onde o órgão jurisdicional recebe a sua autoridade, constituindo, um e outro, o próprio poder público a quem está confiado o exercício da justiça.

CARNELUTTI, também citado por ALMEIDA (1974), ressalta a imparcialidade do Ministério Público chegando a caracterizá-lo como parte imparcial: “É inegavelmente imparcial, pois chega a ser colaborador da defesa quando a defesa está com a razão”. (p. 132)

Entende-se, pois, que a atuação do Ministério Público não deve ser visualizada com relação a beneficiários determinados. Se é certo que no todo, no interesse público, se contém a parte o interesse pessoal, o fim de sua ação, todavia, tem um caráter objetivo, o da atuação da lei. Em se reconhecendo no órgão da lei o poder/dever de atuar, cabe à ação a qualidade de pública. E, por ser pública, a ação pela reta aplicação da lei.

Ressalte-se que o Ministério Público, como órgão do Estado, não se confunde com o órgão judicial pela necessidade de ordem técnico-dialética do processo, existindo como estímulo a função jurisdicional, mas refletindo ambos a vontade de Justiça do Estado, um atuando porque a contempla, outro realizando-a na decisão.

ALMEIDA (1974) concebe o Ministério Público como órgão cuja atuação, por estar informada e unificada num princípio de nível constitucional, deve ser a mesma nos diversos ramos do Direito: órgão do Estado comprometido só com o interesse público.

MARQUES, citado por THEODORO JÚNIOR (2000), conceitua o Ministério Público de maneira mais detalhada e completa. Para ele, a instituição é

“O órgão através do qual o Estado procura tutelar com atuação militante o interesse público e a ordem jurídica na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária. Enquanto o juiz aplica imparcialmente o direito objetivo, para compor litígios e dar a cada um o que é seu, o Ministério Público procura defender o interesse público na composição da lide, a fim de que o Judiciário decida *secundum jus*, ou administre interesses privados, nos procedimentos de jurisdição voluntária, com observância efetiva e real da ordem jurídica”. (MARQUES, apud THEODORO JÚNIOR, 2000:131)

O que se observa é que, de forma sucinta ou extensiva, há unanimidade em caracterizar o Ministério Público como o defensor do interesse público ante os órgãos jurisdicionais.

1.2. Origens do Ministério Público

Em se tratando de definir a origem do Ministério Público, há divergência de opiniões.

Para alguns autores, os vestígios mais remotos do Ministério Público encontram-se no antigo Egito, há cerca de quatro mil anos, na figura de funcionários a quem, nas palavras de BRÜNING (2002), competia:

“Ser a língua e os olhos do Rei; ouvir as palavras da acusação; proteger o órfão, a viúva e o homem justo, tomar parte nas instruções para descobrir a verdade, e castigar os rebeldes, violentos e mentirosos”. (p. 23)

Outros vêem um Ministério Público embrionário na Grécia e em Roma. Em Esparta, os Éforos, embora juízes, tinham por função manter o equilíbrio entre o poder real e o senatorial exercendo o *jus accusationis*. Também os *thesmotetis* ou *tesmatetas* gregos exerciam de forma rudimentar a função de acusador público. Em Roma, os *advocatus* e os procuradores *caesaris* eram incumbidos de vigiar a administração de bens do imperador.

Há, ainda, quem associe a origem do Ministério Público na Idade Média na figura dos *saions* (visigodos germânicos) que, segundo MEDEIROS (<http://www.amperg.gov.br>), eram mais executores do que promotores de Justiça; nos *missi dominici* de Carlos Magno; nos *senescais* (magistrados ou governadores gerais) a quem cabia defender os senhores feudais em juízo; nos *gastaldi* de direito lombardo, ou, ainda, no *gemeineir Anklager* (acusador comum) da Alemanha, cuja função era promover a acusação quando o particular permanecia inerte.

A História é pródiga em referências que teriam originado o Ministério Público. Contudo, a maioria dos historiadores inclina-se a atribuir a procedência do Ministério Público ao antigo direito francês, identificando-o com os “*procureurs du roi*” (*le gens du roi*), que defendiam os direitos privados do rei. Posteriormente passaram a defender “os interesses do Estado e da Sociedade em juízo”. Os defensores da origem francesa fundamentam sua posição esclarecendo que foi nesse país que a instituição assumiu caráter de continuidade – “*Ce Corps Magistrals*”. Para MORAES (2001) apesar de, antes do século XIV, os “*procureurs du roi*” atuarem simplesmente como representantes dos interesses privados dos monarcas ante os tribunais, quando o processo acusatório foi substituído pelo inquisitório, os *procureurs* deram início a atividades dos verdadeiros representantes dos interesses sociais.

Na opinião de Cesar Salgado, citado por BRÜNING (2002), a famosa “*ordonnance*” de Felipe – O Belo, em 25 de março de 1302 (ou 1303) pode ser considerada a certidão de nascimento da instituição iniciando-se, aí, a disciplina do

Ministério Público como instituição organizada.

ALVIM, Arruda (2000) esclarece que, no antigo direito francês, os membros da instituição eram verdadeiros advogados do rei. Todavia, com a queda da monarquia, o Estado de Direito oriundo da Revolução Francesa passa a ser aquele em que se encontram sintetizados os interesses de toda a sociedade, evoluindo, aperfeiçoando-se e vindo a influenciar legislações contemporâneas, entre elas a brasileira.

Constata-se, nesta breve retrospectiva histórica, que o Ministério Público surgiu com a finalidade específica de zelar pelos interesses particulares: primeiro do rei, depois do governo (executivo). Não havia preocupação alguma com a tutela dos interesses sociais ou coletivos. Segundo SANSEVERINO (1976) ainda que atuasse na defesa dos interesses gerais ou particulares, não específicos do rei, era em nome deste que atuava. Prossegue o autor, afirmando:

“É o traço característico, essencial que se pode surpreender em sua primitiva (e discutida) organização, desde o antigo Egito (como pretendem alguns), passando por Roma (como sustentam outros), até emergir em França (como geralmente admitem todos) através da sempre citada figura do procureur du roi (les gens du roi)”. (p. 562)

Comenta ainda o autor que após a Revolução Francesa inaugurou-se uma nova etapa. O *Parquet* passou a atuar como “elo de ligação entre o Executivo e o Judiciário” representando o Executivo junto aos juízes e tribunais. Incumbia-lhe, ainda, a defesa dos interesses particulares da administração representada pelo governo. Depreende-se, pois, que a evolução foi mínima. “Dir-se-ia, antes, que houve mera substituição de titulares dos interesses pelos quais lhe incumbia velar. Em lugar do monarca, o Executivo”. (SANSEVERINO, 1976:197)

ALVIM, Arruda (2000) esclarece que o fato de os membros do Ministério Público serem confundidos com advogados ou procuradores do Estado, deriva de que, originalmente, “os interesses do rei seriam os interesses da sociedade” (p. 533). Posteriormente, deve-se ao fato de estarem os membros do Ministério Público submetidos a uma única chefia: o Poder Executivo. Nas palavras do autor,

“É difícil, até mesmo teoricamente, dizer que um integrante de um organismo como o Ministério Público que integresse o Poder Executivo, possa a ele se contrapor, em determinadas circunstâncias, na pessoa de seu chefe”. (ALVIM Arruda, 2000:534)

Tais considerações justificam a defesa da instituição como órgão independente, com autonomia suficiente para, em certos momentos, poder contrapor-se ao próprio Poder Executivo, sempre que este vier a agir em detrimento dos interesses sociais ou públicos.

1.3. Trajetória do Ministério Público no Brasil

Sendo nosso país, originalmente, uma colônia lusitana, as leis que aqui vigoravam eram as de Portugal. As origens lusitanas avançaram no tempo, para além da independência, dadas as circunstâncias que a envolveram. Por quase quatrocentos anos, o Brasil esteve submetido ao regime monárquico. Mesmo independente, continuou por cerca de setenta anos governado por monarcas descendentes da Família Real portuguesa.

A respeito da organização e atuação do Ministério Público, MAZZILLI (1993) esclarece que no Brasil-Colônia e no Brasil-Império, não se pode ainda falar em Ministério Público como instituição. Neste período há vestígios das Ordenações Manuelinas e predomínio das Ordenações Filipinas.

BRÜNING (2002) comenta que até a independência do Brasil, “a Justiça como um todo (incluindo o Ministério Público), praticamente em nada evoluíra, porque desde 1603 era regida pelas Ordenações Filipinas, estanques sem atualização”. (p. 63)

No período imperial, o ano de 1832 constitui um marco significativo para a Justiça brasileira ao estabelecer-se a distinção entre os processos criminal, civil e comercial. Assim, o Código de Processo Civil de 1832 veio substituir a arcaica organização judiciária herdada de Portugal. Ele estabelecia a necessidade de um promotor em cada município, regulamentando a escolha e atuação dos magistrados. Foi esse Código, do início do Império, que deu novo status aos promotores, similar, na essência, aos dias atuais. Um avanço foi a substituição do sistema inquisitorial pelo acusatório na maioria dos crimes, como declara BRÜNING, 2002:

“O Código de 1832 praticamente baniu o processo inquisitorial da Ordenação Filipina (livro 5^o), adotando o processo acusatório; vale dizer, institui a presunção de inocência do réu, que ao acusador compete provar a acusação e que o juiz deve se limitar a julgar”. (p. 78)

A expressão “Ministério Público”, no Brasil, foi usada pela primeira vez em texto legal no artigo 18 de Regimento das Relações do Império, de 2 de maio de 1847. É oriunda de países europeus, mais especificamente da França, onde a instituição já era conhecida com o nome de Ministère Public, desde 1730. Entretanto, aqui, ainda não se tratava do Ministério Público como instituição. O primeiro diploma legal a tratar o Ministério Público brasileiro como instituição data do início do período republicano. Foi o decreto número 848 de outubro de 1890. No mesmo ano, em novembro, o decreto 1.030, em seu art. 162 estatuiu que “O Ministério Público era, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal da sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da

ação pública contra todas as violações do direito”. (BRÜNING, 2002:113)

A Constituição de 1891 promoveu significativas mudanças na estrutura da Justiça brasileira. Uma delas foi o desmembramento da Justiça única adotando a dualidade de justiças: a Justiça Federal e a dos estados, atribuindo a estes competências para organizá-las. Entretanto, não aludiu ao Ministério Público enquanto instituição.

Com a Constituição de 1934, finalmente, o Ministério Público foi alçado aos textos constitucionais, merecendo quatro artigos (95 a 98).

Em 1937, com a implantação do Estado Novo, houve sério retrocesso. Segundo BRÜNING (2002), a Carta Magna aludia somente à chefia da instituição. Posteriormente, o decreto-lei nº 2.139 (do mesmo ano) atribuía ao Ministério Público “o encargo de representar em juízo a Fazenda Pública, sendo seus membros implicitamente declarados advogados do Estado”. (p. 79)

Restabelecida a democracia, a Constituição de 1946 deu novo impulso ao Ministério Público, dando-lhe título especial sem incluí-lo sob dependência de nenhum dos poderes da República.

O período ditatorial, imposto pelo Golpe Militar de 1964, caracterizou-se pelo fortalecimento do Executivo e enfraquecimento dos demais poderes. Evidentemente, o Ministério Público também foi enfraquecido. A Carta de 1967, alterando a posição adotada em 1946, preferiu recolocar o Ministério Público dentro do Poder Judiciário.

Em contrapartida, o processo de redemocratização, nas duas últimas décadas, registra um processo de evolução sem precedentes em toda a história do Ministério Público no Brasil.

A partir de 1981, os Ministérios Públicos de todos os estados iniciaram a ascensão perante a sociedade, legitimando-se como seus defensores em inúmeros conflitos até então negligenciados, culminando com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988.

1.4. O Ministério Público diante da Constituição de 1988

É indubitável a relevância dada ao Ministério Público com a Constituição de 1988. A evolução foi tal que o *Parquet* ainda não conseguiu exercer com plenitude suas múltiplas atribuições, apesar de decorrida mais de uma década da promulgação da Carta Magna.

O Brasil é um país marcado por profunda desigualdade social, acentuada pelo precário funcionamento dos serviços de relevância pública, principalmente educação e saúde.

O legislador de 1988, ciente dessa deficiência econômico-social, estabeleceu objetivos e diretrizes a serem seguidos para diminuir o problema. Nesse sentido, a Carta Brasileira é dirigente (termo trazido do constitucionalismo português), optando pela inclusão de grandes linhas programáticas. A Carta Magna elencou como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a busca da igualdade substancial. Elencou direitos e garantias fundamentais, diversos direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (art. 6º) e direitos políticos (art.14). Em diversos dispositivos, foram expressamente garantidos direitos difusos e coletivos, isto é, que a todos beneficiam como, por exemplo, o direito à saúde e à educação. Priorizou a tutela da família, da criança, do adolescente e do idoso. Enfim, a Constituição definiu o programa de governo a ser seguido por qualquer chefe de Poder Executivo.

O art. 127 da Constituição define o Ministério Público como “a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. As funções são especificadas no art. 129.

Segundo expõe o professor TEPEDINO (1999), cabe ao Ministério Público o dever de unificar um sistema constitucional fragmentado composto de duas constituições: uma disciplinadora de princípios de ordem e manutenção do domínio econômico e estruturação do Estado (que vem sendo aplicada), e outra, transformada em carta de intenções que assegura direitos indispensáveis à cidadania e à dignidade humana, tendo como princípio fundamental a erradicação da pobreza, diminuição das desigualdades sociais com a promoção da reforma agrária, saúde pública, educação básica (levada ao esquecimento ou malversação).

As idéias que revolucionaram a concepção do Ministério Público perante a jurisdição civil e que culminaram com a elaboração do Anteprojeto Buzaid, vieram da Itália.

Conforme registra SANSEVERINO (1976), dispõe o art. 70 da lei processual italiana: “Il pubblico ministero ... Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse” última parte. O Código do Processo Civil brasileiro, em seu art. 82, inciso III, parte final, dispõe: “Compete ao Ministério Público intervir: ... nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Ressalta o autor, porém, que há uma expressiva diferença, que teria repercussão na análise e resolução de certos problemas: no sistema do direito italiano a intervenção do Ministério Público em nome do interesse público é facultativa (“può intervenire ...), enquanto na nossa lei, da forma como foi redigida, parece ser obrigatória (“compete intervir”). Lá, como aqui, o Ministério Público possui, basicamente, dupla função: a de órgão agente e a de órgão interveniente. Entretanto, na opinião de SANSEVERINO, o Código de Processo Civil brasileiro avançou, para melhor, em

relação ao Estatuto que lhe serviu de paradigma, ampliando a soma de poderes.

Em conformidade com a Carta Magna, é o Ministério Público instituição permanente, cujos membros ingressam na carreira através de concurso público de provas e títulos, e possuem garantia da vitaliciedade. É órgão que representa a sociedade, fiscalizando o efetivo cumprimento da Constituição e das leis pelos governantes, eleitos temporariamente, e perante o Poder Judiciário quando a demanda interessar à sociedade como um todo. Nesse contexto deve ser analisada a expressão “interesse público” inserida no art. 82, inciso III, parte final, do Código de Processo Civil.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO E INTERESSE PÚBLICO – A HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 82, INCISO III, PARTE FINAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1. Atuação do Ministério Público no Cível

No campo cível, a atuação do Ministério Público tem sofrido interpretações diversificadas, atribuindo-se-lhe função de representação.

Na opinião de ALMEIDA (1974), enquanto na área penal o Ministério Público é compreendido, em razão de um princípio geral, como “órgão do Estado” que existe para atender ao interesse social e cujo princípio informa e empresta harmonia a todos os seus atos, no processo civil vive confundido com a natureza do direito substantivo em lide, ligado por vezes ao interesse privado. Daí se lhe atribuir função de “representação”.

Esclarece, ainda, o autor que as posições de órgão e de representação traduzem idéias opostas: “As interpretações contrastantes, sob a atuação no crime e no cível, trazem conflito para a idéia que institucionalizou o Ministério Público”. (ALMEIDA, 1974:311)

Entretanto, o autor ressalta que a circunstância de se admitir um “divórcio conceptual” entre o processo penal e o civil não implica a necessária consequência de se admitir a tese da instituição quebrada para amoldar seu agente às diversidades de estruturas de ambos os processos. Há que se reconhecer neles a identidade de fim, onde se encontra o “interesse público”, tendo-se em mente que “social é a função de dar razão a quem tem”.

ALMEIDA (1974) estabelece uma comparação entre o juiz e o Ministério Público, como sujeitos processuais, ambos, órgãos do Estado, imparciais e independentes:

“Verbi Gratia, o juiz é o mesmo órgão de Estado, com atribuição específica de poder julgar aplicando a lei aos casos concretos, atua no ramo civil ou no criminal. A função do órgão da jurisdição não se diversifica em razão da matéria conteúdo do processo O raciocínio se aplica ao Ministério Público”. (p. 311)

Depreende-se, pois, que o equívoco de se identificar no Ministério Público representação de interesse particular não se respalda bem na idéia de separação dos processos, mas na circunstância de confundi-lo com o direito substantivo em lide.

Em relação à participação do *Parquet* no processo civil, o código atual sistematizou sua função em título próprio, com os artigos 81 a 85.

O Ministério Público da União e dos estados tem funções de zelar pelo interesse dos incapazes e atuar como fiscal da aplicação da lei e nas questões relativas ao estado das pessoas. Não se confunde com o interesse da entidade pública. A atividade de representação dos estados, quanto às questões patrimoniais, é entregue a outros órgãos como a Procuradoria da Fazenda ou Departamento Jurídico, conforme a organização administrativa local.

O artigo 81 trata apenas dos casos em que o Ministério Público encerra o direito de ação, isto é, será parte. São hipóteses pouco numerosas e expressamente previstas em lei. Já o artigo 82 elenca as causas em que a instituição deve intervir sem a qualidade de parte, ou seja, na condição de custos legis.

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

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

III – nas ações em que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” (os grifos não são do original)

Em relação ao item I, a disposição legal tem em vista a situação de inferioridade que pode advir em qualquer demanda para os incapazes, que, impossibilitados de agir sozinhos em juízo, dependem de representação ou assistência de pais, tutores ou curadores. A função do Ministério Público, nessas causas, é de vigilância, verificando se as normas legais estão sendo exatamente observadas.

O item II revela a preocupação do legislador pelas questões ligadas à família, como por exemplo relativas ao casamento (base da organização social). Daí, sua intervenção nas ações de anulação de casamento e separações judiciais.

Ainda acerca do inciso II, BARBI (1998) tece alguns comentários. Esclarece o autor que o “estado da pessoa” inclui ações referentes à filiação, legítima ou ilegítima, devendo o Ministério Público intervir nas ações de investigação de paternidade, nas negatórias de filiação e outras assemelhadas e em questões referentes ao pátrio poder sobre os filhos menores. O inciso II elenca, ainda, as ações que se relacionam com a capacidade das pessoas, como a curatela e a interdição, e as questões referentes à declaração de ausência, porque esta gera a incapacidade da pessoa ausente.

Quando da morte de alguém que tenha deixado testamento, pode ocorrer que herdeiros legatários ou mesmo estranhos tenham interesse diverso das disposições testamentárias e não pretendam respeitá-las. Tem o Ministério Público a função de cuidar para que a vontade manifestada em testamento não se descumpra.

O inciso III refere-se à intervenção do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Pela dificuldade encontrada na interpretação da parte final deste inciso, o mesmo será objeto de análise à parte.

O artigo 83 determina que, na condição de fiscal da lei, o Ministério Público deverá ter vista aos autos depois das partes, sendo intimado pessoalmente de todos os atos do processo, podendo, ainda, no interesse da verdade, produzir provas e requerer medidas e diligências necessárias, solicitando-as ao juiz. Este poderá deferi-las ou não, segundo o seu prudente arbítrio.

Há casos em que a lei considera indispensável a intervenção do Ministério Público. A esse respeito o artigo 84 diz que “quando a lei considerar obrigatória a intervenção (...), a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo”. Não há menção do quando deva ocorrer a intervenção, mas é claro que será provocada pela parte quando expressamente prevista em lei, ou determinada pelo juiz, quando este reputar necessária sua intervenção.

O último artigo referente a participação do *Parquet* no processo civil (art. 85) diz respeito à responsabilidade, declarando que “o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

Isto significa que o representante do Ministério Público poderá ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos causados por sua ação inadequada, seja quando aja como titular do exercício do direito de ação, seja como interveniente ou, ainda, fiscal da lei.

2.2. Ministério Público e Interesse Público

Atuando como interveniente, na condição de custos legis, as hipóteses que prevêm a presença do Ministério Público no processo estão elencadas no artigo 82 do CPC, em seus incisos I, II e III.

A interpretação dos incisos I e II e da primeira parte do inciso III não apresenta dificuldade, já que *lex clara non indiget interpretatione*. Porém, em relação à parte final do inciso III, quando preceitua a intervenção do Ministério Público “nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (grifo meu), a controvérsia se instalou na doutrina e jurisprudência e tem dado margem a acirradas polêmicas ao longo da existência da norma até os dias atuais, como registra De PAULA (1998):

“Os contornos fixados pelos ns. I e II são bastante nítidos. Mas os de n. III são imprecisos e nebulosos. Muito tempo levará até que a jurisprudência possa definir que lides e partes são essas que, pela sua natureza ou qualidade, evidenciam o interesse público”. (p. 709)

Na opinião do autor, seria preferível a adoção do texto preconizado pela douta Comissão Revisora do Anteprojeto. Na redação primitiva do texto lia-se “interesse público na forma determinada por lei”. (grifo meu) A alteração da parte final do inciso III, na forma hoje vigente, deve-se à Emenda nº 309 do deputado Amaral de Souza, acompanhada de longa justificação.

CACCURI (1976), citando o Diário do Congresso Nacional, destaca que o legislador, ao apresentar a Emenda, tinha em mira:

“Obter texto legal assegurador da intervenção do Ministério Público em todas as causas que envolvam as pessoas públicas de direito interno e suas autarquias, como ‘custos legis’, pois inquestionável o interesse público em tais demandas, ressaltado pela simples presença das entidades públicas, já que, vencidas ou vitoriosas, estará atingido o erário, exclusivo produto da contribuição de todo o povo”. (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, seção 1, 28.09.72, p. 96 apud CACCURI, 1976:115)

Entretanto, a generalização tornou vago e impreciso o termo “interesse público”. BARBI (1975) afirma que:

“A regra é extremamente vaga, porque impreciso é o conceito de interesse público. Mesmo a referência a ser ele evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte não elimina a indeterminação do texto”. (apud ROCHA, ensaio <http://www.jus.com.br>)

Ainda Barbi, citado por CACCURI (1976), opina que o texto atual, inciso III do artigo 82, em sua parte final determina que o Ministério Público terá de intervir “desde o início em todas as causas de que participarem União, Estados, Municípios ou autarquias”, posto que nestas causas sempre estaria em jogo o interesse público.

Já, na opinião de De PAULA (1998), o fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público ou entidade da administração indireta, não significa, por si só, a presença de interesse público. Nas suas palavras: “o interesse público quer aí significar o interesse geral ligado a valores de maior relevância vinculado a fins sociais e às exigências do bem-comum, que a vontade própria e atual da lei tem em vista”. (p. 718)

Está claro que a polêmica gira em torno da abrangência do termo “interesse público”. Para dirimir a discussão jurídica estabelecida, é necessário, em primeiro lugar, “exercer um acordo semântico entre os operadores do direito para o conceito operacional na categoria INTERESSE PÚBLICO no ordenamento jurídico”. (ROCHA – op cit., p.2)

Sem a exata definição do que constitui o interesse público, como se determinará em que ações haverá tal interesse? E o que é interesse público no sentido expresso no inciso III do artigo 82 do CPC?

CARNELUTTI (1961), apud SANSEVERINO (1976), define o termo interesse como “a posição favorável à satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é, destarte, a pessoa; o bem é o seu objeto”. Em outras palavras, interesse é a relação entre a pessoa e um bem. A coexistência de dois interesses acerca de um bem gera o conflito de interesses, cuja solução poderá ser espontânea ou coarcta, via judicial.

Há que se considerar, ainda, que o interesse pode ser classificado em disponível e indisponível. Segundo SANSEVERINO (1976), quando o interesse é regulado por uma norma jurídica dispositiva, trata-se de interesse disponível, porque é submetido, apenas, à vontade da parte, que dele pode livremente dispor. Entretanto, quando é regulado por norma cogente imperativa ou de ordem pública, há de ser interesse indisponível, pois vincula-se a uma utilidade maior (pública). Ao interesse pessoal (individual) soma-se o interesse público. Porém, o autor ressalta que isso não significa que o direito baseado em tal interesse se torne público. Ele permanece privado ou particular. O seu exercício é que fica condicionado por razões políticas de conveniência, da utilidade ou necessidade pública.

No que tange ao termo “público”, o dicionarista AURELIO BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, em seu “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, define o adjetivo, numa primeira acepção, como “do, ou relativo, ou pertencente, ou destinado ao povo, à coletividade” e, numa segunda acepção, como

“relativo ou pertencente ao governo de um país”.

SANSEVERINO (1976) tece algumas considerações. Discorre o autor sobre a dificuldade de se definir o que seja interesse público, seja pela multiplicidade de aspectos pelos quais pode ser focado, seja pela natural equívocidade de seu conceito. Afirma que é mais cómodo e factível desdobrar a sua idéia do que formular um conceito único capaz de abarcar a anatomia inteira, sem nada olvidar. Mesmo assim, procura o autor colaborar dizendo que “em termos simples, porém não definitivos, interesse público é o pertinente a toda a sociedade, personificada no Estado”. (p. 204) Esclarece, em seguida, que não se trata do interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade. Também não é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. Não se deve confundir interesse público com interesse do Estado. Acrescenta, ainda, que interesse público “é o interesse de todos, abrangente e abstrato. E, por ser de todos, não é de ninguém” (SANSEVERINO, 1976:204). Consequentemente, quem deve velar por ele é o Ministério Público.

Convém esclarecer, outrossim, que a distinção de interesse público e interesse do Estado não significa que este esteja excluído. Segundo ARRUDA ALVIM, considerando o inciso III do artigo 82,

“Pode dizer-se poder abranger, também (grifo meu) casos em que o Estado seja, sob qualquer das formas de que se pode revestir, titular do direito em jogo. Mas não só. O ‘discrimen’ do significado desta expressão, enquanto ensejadora de intervenção obrigatória do Ministério Público é a repercussão social”. (ALVIM, Arruda, 2000:541)

Outro aspecto, abordado por SANSEVERINO (1976), é a necessidade de se estabelecer a distinção entre interesse público – na concepção aqui defendida – e interesse coletivo. Embora, à primeira vista, tais expressões sugiram equivalência de significados, na realidade estes são diversos. O interesse público é interesse geral da sociedade, é impessoal de interesse de Estado “enquanto comunidade politicamente organizada, isto é, como expressão suprema da organização ético-jurídica da sociedade”. (p. 204)

O interesse coletivo, ao contrário, restringe-se a determinado grupo de pessoas, como, por exemplo, à família (não como instituição social), ao município, a uma sociedade ou associação, ao governo federal. Por esse interesse coletivo há que velar uma pessoa ou órgão, nada tendo a ver as funções próprias do Ministério Público.

O professor Dr. MAZZILLI, citado por CONSTANTINO (1999), ensina que a expressão “interesse público” compreende dois aspectos: o interesse público primário, que é o interesse do bem geral; e o interesse público secundário, que é o

interesse da Administração. É sempre pelo primeiro deles que deve zelar o Ministério Público.

O interesse público citado no artigo 82 do CPC deve coincidir, precisamente, com os interesses sociais mencionados no artigo 127 da Constituição Federal / 1988, e que abre a Seção I, relativa ao Ministério Público, no Capítulo IV, do Título IV, da Carta Magna, que atribui ao *Parquet* a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

ALVIM, comenta a respeito do artigo 82, III, que a nova redação dada a Lei 9.415 de 23.12.96 exemplificou o “interesse público ao se referir a “litígios coletivos pela posse da terra rural”. E que a doutrina costuma elencar hipóteses, tais como os interesses ligados à paz, à Justiça, à ordem social e econômica, à estética urbana, ao sossego público, etc.

A parte final do inciso III estabelece que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que haja um “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Quando isso ocorrerá? Segundo Frederico MARQUES (1974) evidencia-se o interesse público pela natureza da lide quando “a aplicação do direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelos litigantes”(p. 289). Esclarece o autor que a natureza da lide subentende o alcance de valores mais relevantes na resolução processual do litígio. Em termos práticos, é o que sucede no mandado de segurança, na falência, na ação popular, nas lides que, na esfera extraterritorial, põem em foco a própria soberania nacional ou, ainda, quando se discute, nas instâncias superiores, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. SANSEVERINO, (1976) acrescenta:

“É também o que acontece na ação acidentária e na ação direta para declarar a ilegitimidade de ato expropriatório, entre outras hipóteses”(p. 204)

Por outro lado, a “qualidade da parte” como índice de interesse público deve ser aferida levando-se em conta o órgão-pessoa participante do processo como uma das partes. Por exemplo, sendo o Presidente da República parte de um litígio, este apenas constituirá causa de interesse público se estiver em jogo interesse maior vinculado ao cargo que ocupa e não ao interesse particular do cidadão.

É à luz destas considerações que deve ser concebido o interesse público na atuação do Ministério Público como custos legis.

2.3. O Ministério Público como “Custos Legis” – Intervenção Obrigatória ou Facultativa?

Muitas vezes, ao formular um texto legal, o legislador, por impossibilidade prática ou dificuldade técnica de enunciar com todo o rigor a abrangência das circunstâncias, dos pressupostos e das finalidades a que está sujeito o exercício da competência administrativa do dispositivo ou, ainda, pela preocupação em não deixar lacunas excludentes de direitos, acaba lançando mão de “conceitos vagos”. Isto, além de provocar controvérsias, obriga os órgãos responsáveis a interpretar previamente tais conceitos antes que possam atuar. É o que ocorre com o inciso III do art. 82 do CPC que prescreve ser da competência do Ministério Público intervir “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”(grifo meu)

Segundo CACCURI (1976), a operação intelectual que o órgão do MP desenvolve para apurar a existência ou não do interesse público em cada caso concreto corresponde àquela realizada no inquérito policial para determinar a existência ou não de infração penal. Trata-se de operação de natureza interpretativa em que, para saber se determinado fato se enquadra em certa norma, o órgão do MP procura descobrir a vontade da lei, sem nada acrescentar-lhe.

O artigo 82, em seus incisos I, II e III, elenca os casos em que o Ministério Público deve intervir como “custos legis”. Comparado ao artigo 70, *in fine*, do CPC italiano (no qual se inspirou), evidencia-se uma diferença fundamental no emprego dos termos. Lá, está claro que a intervenção do Ministério Público é facultativa: “Puó infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse” (grifo meu). O Ministério Público pode intervir, não é obrigado. Já no Brasil, o dispositivo diz que “compete ao Ministério Público intervir...”, o que, na opinião de alguns, torna obrigatória a intervenção do órgão.

Frederico MARQUES (1974), citado por CACCURI (1976), enfatiza a obrigatoriedade da intervenção do MP como “custos legis” na defesa de valores, direitos e interesses públicos:

“Obrigatória se torna, por isso, a intervenção do MP, na relação processual, ‘em todos esses casos’, cabendo-lhe, então, agir e funcionar para a salvaguarda desses interesses e direitos”. (MARQUES, 1974 apud CACCURI, 1976:127)

CACCURI (1976) argumenta que a obrigatoriedade de intervenção do MP como “custos legis” evidencia-se no artigo 84 ao tornar nulo o processo em caso de ausência do *Parquet* “quando a lei considerar obrigatória a intervenção...”.

De acordo com o autor, não há razão para inferir-se dos termos do artigo 84 (“quando a lei considerar obrigatória...”), a existência de casos em que a intervenção seja facultativa. Salienta que o código não prima por rigorismo terminológico absoluto. Exemplifica com o artigo 246 do CPC que prevê “a nulidade do processo por falta de intimação para acompanhar o feito em que deva intervir”. (p. 127) e com o artigo 82, onde utiliza a expressão “compete intervir” para indicar hipóteses pacificamente tidas como obrigatórias. Cita ainda o artigo 487, nº III, a, onde se atribui legitimidade do Ministério Público para propor ação rescisória “se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção” (p.127). Destarte, o autor defende a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público:

“É de enfatizar-se que a intervenção do MP é sempre obrigatória, seja como autor, seja como fiscal da lei; quer nos casos expressamente previstos no Código ou em quaisquer outras disposições do nosso ordenamento positivo, quer nas hipóteses não previstas em lei, mas revestidas de interesse público”. (grifos do original) (CACCURI, 1976:127)

Também MENDONÇA LIMA (1978), comparando o CPC brasileiro com o italiano ressaltava a diferença entre eles. Na Itália, o art. 70, in fine, diz que o Ministério Público pode intervir, tornando facultativa a intervenção, porém, nas demais espécies do mesmo artigo a intervenção é obrigatória. No Brasil, o caput abrange todos os incisos. Daí, a conclusão do autor:

“No Brasil, a intervenção é obrigatória como se depreende do caput abrangendo os três incisos. Sendo facultativa, a omissão não origina nulidade do processo; sendo obrigatória, a nulidade é cominada, não intimado o agente (arts. 84 e 246) (LIMA, 1978:73)

Prossegue o autor, argumentando que o fato de ser obrigatória a intervenção a ponto de sua falta gerar nulidade do processo, levou o legislador a indicar critério mais ou menos objetivo como: “na natureza da lide” e “qualidade da parte”.

Há que se considerar que o processo desenvolve-se, normalmente, entre os que são sujeitos da lide. Nas palavras de CALMON PASSOS (1979), são sujeitos da lide aqueles “que se encontram, na vida, em situação de conflito suscetível de solução segundo o direito”. (p. 268)

MENDONÇA LIMA elenca causas em que a “natureza da lide” se configura como meio de aferir o interesse público.

“... mandado de segurança; falência; ação popular; quando for alegada inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato ‘incidenter tantum’; ação de despejo contra inquilinos de um bairro com evidentes reflexos sociais e econômicos; ações expropriatórias, ensejando

discussão sobre pressupostos constitucionais e legais do direito de expropriar; uniformização jurisprudencial, etc...” (DOCTRINA DO PR. CIVIL/NACIONAL – Revista do Processo, p.10)

A “qualidade da parte”, como forma de influência no interesse público não se manifesta pela personalidade do litigante, mas pela condição em que ele demanda ou é demandado. FADEL (1988) exemplifica: o juiz é um homem como qualquer outro. Numa demanda particular em que ele é parte, como por exemplo numa ação de despejo, não há interesse público em jogo. entretanto, quando o juiz é demandado, na qualidade de ocupante de um cargo do Poder Judiciário, como por exemplo num mandado de segurança contra ato judicial, evidencia-se o interesse público e a intervenção do Ministério Público é obrigatória.

PONTES DE MIRANDA (1974), citado por Hélio H. CASTELLO BRANCO (1990), em trabalho apresentado no VI Congresso Regional do Ministério Público, realizado em Juiz de Fora – MG (27 à 29 de junho de 1990) posiciona-se pela obrigatoriedade de intervenção da instituição diante de qualquer espécie prevista no art. 82, III. Argumenta o autor que, ao falar de interesse público, o art. 82, III não exigiu que a lei haja dito ser necessária a intervenção do Ministério Público: apenas atende a interesse público “evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. De acordo com o art. 84, “quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo”. Tem-se procurado interpretar o art. 82 como se fosse regra jurídica que apenas atribuísse faculdade de intervenção do MP. Ocorre que preliminarmente, o artigo 82 começa pelo verbo “compete ao Ministério Público”. Na opinião do autor, facultatividade, aí, seria significado impróprio para “competência”. Sugere que o interesse público da intervenção do Ministério Público pode ter sido apreciado noutras leis e que, no art. 82 foi deixado aos interessados no processo e ao próprio juiz atender a que existe interesse público. Este, sendo evidenciado pela “natureza da lide ou qualidade da parte” não necessita de regra jurídica especial. E conclui:

“Diante de qualquer espécie prevista no art. 82, III, há de intervir o MP e, na falta de observância do art. 82, III, há a nulidade prevista no art. 84, porque o texto do art. 82, III, é lei, e apenas tem o juiz de examinar o que ocorreu, e se houve, realmente, infração do art. 82, III”. (PONTES DE MIRANDA,1974 apud CASTELLO BRANCO,1990:99)

CASTELLO BRANCO cita, ainda, outros doutrinadores que sustentam ser os casos referidos do art. 82 de intervenção obrigatória do Ministério Público, entre eles MONIZ DE ARAGÃO, BARBOSA MOREIRA, HÉLIO TORNAGHI

e ALEXANDRE DE PAULA.

CALMON DE PASSOS (1979) opina que, por força de estar em todas as hipóteses dos três incisos do art. 82 do CPC, encimados pela mesma preposição: “compete ao Ministério Público intervir ...”, não há como distinguir-se: “ou em todas elas a intervenção é obrigatória, ou em todas elas a intervenção é voluntária”. (p. 51)

Em contrapartida, José GALVANI ALBERTON posiciona-se favorável à intervenção facultativa do Ministério Público frente às situações previstas no inciso III, *in fine*, do art. 82 do CPC.

“A intervenção do Ministério Público deveria ser facultativa (até para não suscitar ulterior questionamento de nulidade), cingindo-se a intervenção obrigatória aos casos de expressa e objetiva previsão legal, tal como sucede, por exemplo, nos incisos I e II e, mesmo na parte inicial do inciso III do artigo supra mencionado”. (ALBERTON, <http://www.acmp.org.br/>)

Este posicionamento é defendido por Celso A. BARBI, ao afirmar que “para tornar aplicável a norma do inciso (...) parece que a solução será considerar essa disposição simples faculdade do Ministério Público de participar de causa em que, a seu juízo, haja interesse público”. (grifo meu) (BARBI, 1973:283)

Sustenta, ainda, o autor que essa interpretação encontra apoio no Código, porque o artigo em exame refere-se à competência do Ministério Público para intervir, mas não dá caráter de obrigatoriedade. E é exatamente a obrigatoriedade o requisito exigido para tornar nulo o processo cuja intervenção não ocorreu.

Oscar XAVIER DE FREITAS, em conferência pronunciada no V Congresso do Ministério Público Fluminense, expõe que o inciso III do art. 82 do CPC, inspirou-se no direito italiano, onde há quase unanimidade de opinião de que compete ao próprio Ministério Público “avaliação discricionária” sobre a presença ou ausência de interesse público a reclamar sua intervenção como fiscal da lei. Entre os consagrados processualistas italianos, cuja opinião é a de que cabe unicamente ao Ministério Público decidir a respeito da própria intervenção no processo, isto é, pela facultatividade, citam-se, entre outros: ZANZUCCHI, CARNELUTTI, ALLORIO, BIONDI, COSTA, D’ONOFRIO e ANDRIOLI.

Para FREITAS, se afigura perfeitamente sustentável interpretação do inciso III (art. 82 do CPC brasileiro) de forma idêntica à que prevalece na Itália, fundamentando-se na natureza da intervenção “em nome do interesse público”.

Jacyr Villar de Oliveira, citado na Consulta 03 (documento enviado aos membros do MP de Santa Catarina, pelo CenORJ, em 1999), acrescenta que na legislação processual da França e da Bélgica adota-se igual procedimento ao da Itália, cuja facultatividade de intervenção ministerial é “noticiada por Salvatore Satta, *verbis*”:

“A função do MP não se explica somente por meio de ações, mas também, como dissemos, pela sua intervenção. E esta pode ser necessária e facultativa.

Necessária é a intervenção quando o MP deve intervir sob pena de nulidade levantada de ofício. (...)

Facultativa é, ao invés, a interpretação permitida pelo artigo 70, u.i ‘em qualquer causa em que distingue um interesse público’ (os grifos sublinhados são do original) (MPSC- Consulta 03, 1999:10)

Destarte, a jurisprudência pátria parece não repelir a tese da facultatividade da intervenção ministerial.

Quanto à argumentação de que o verbo *competir* atribui obrigatoriedade de intervenção, há que se considerar que o legislador pecou na redação e que o texto não prima pelo rigor na terminologia empregada.

Em várias passagens do CPC, o verbo *competir* é empregado no sentido de incumbir, abrangendo hipóteses em que o agir é cogente e outras em que há margem de discricção (cf. arts. 934, 941, 991 e 992).

Daí, depreender-se que a redação do art. 82 do CPC enseja que em seus vários casos de atuação vinculada (intervenção obrigatória) e casos de atuação discricionária (intervenção facultativa).

Os defensores da facultatividade argumentam, ainda, que o artigo 84 diz respeito tão somente aos casos em que a intervenção é expressa e incisivamente, pela lei, considerada “obrigatória”, o que demonstra que ocorrem hipóteses nas quais existe uma margem de “discricionabilidade” na atuação ou não do Ministério Público. Assim sendo, o art. 82 tem um conteúdo multiforme abrangendo variadas espécies de intervenção do *Parquet* no processo civil. Conforme “Notas e Comentários” da Revista Forense (julho-agosto-setembro/1975), p. 397, as interpretações gramatical, lógica, histórica, sistemática e teleológica do inciso III do art. 82 do CPC levam à irrefutável conclusão de que jamais poderia ele contemplar casos de intervenção obrigatória do Ministério Público e de que se pudesse, a priori, (diante dos próprios termos do dispositivo) dizer quais as hipóteses nele incluídas. Ao contrário, tudo leva à valoração e à participação discricionária do Ministério Público.

Ressalte-se, ainda, o posicionamento de José Lourenço ALVES (2000) que estabelece a distinção entre acompanhamento do processo e intervenção no processo, considerando que, de acordo com o art. 246 do CPC, a nulidade do processo apenas se dá quando o Ministério Público “não for intimado a acompanhar o feito em que deve intervir”.

O termo *intervir* usado no CPC, segundo PONTES DE MIRANDA (1974), significa qualquer participação do órgão estatal no processo, sendo certo que é

nesse sentido amplo que o termo foi empregado no art. 82. O mesmo raciocínio aplica-se ao emprego dos vocábulos intervenção (art. 84) e intervindo (art.83), concluindo-se que a expressão “intervindo como fiscal da lei”, evidencia que a intervenção pode ser em outra modalidade.

Há que se ter cuidado para não confundir participação obrigatória com atuação obrigatória. Aquela existe, esta inexistente.

Apesar das controvérsias entre os doutos da questão, num aspecto todos são unânimes: uma vez comprovada a existência de interesse público a resguardar faz-se necessária a intervenção do Ministério Público. Nesse caso há que se analisar se está em jogo o interesse público, isto é, se há ameaça concreta a ele ou à ordem jurídica ou ao regime democrático. Se houver, justifica-se a intervenção no processo; se não houver ameaça, então é o caso de acompanhamento do processo por ciência dos atos nele praticados.

Esta é também a opinião de SANSEVERINO (1976). Malgrado reconheça obrigatória a hipótese do inciso III, sustenta em relação a ela a possibilidade e a necessidade de se garantir ao Ministério Público o poder/dever de avaliação discricionária do interesse público. Nas suas palavras:

“... compete ao Ministério Público, antes de mais nada, verificar se ocorre, de fato, num dado caso, interesse público que reclame tutela. Se ocorrer, intervirá obrigatoriamente; se não, nada o ligará ao processo (...), não havendo porque participar”. (SANSEVERINO, 1976:207)

Diante do exposto, há que se concluir que a intervenção do Ministério Público na qualidade de “custos legis” nos casos em que trata o inciso III do art. 82 do CPC, prima pela discricionariedade, ou seja, facultatividade, nas causas em geral onde se manifeste o “interesse público” segundo o entendimento do próprio *Parquet*.

Entende-se que a não participação do órgão não acarretará nulidade do processo posto que a lei comina nulidade, não à falta de atuação do Ministério Público no feito em que intervir, mas à falta de intimação para acompanhá-lo. É o que está expresso nos arts. 84 e 246 do CPC.

2.4. Analogia

Conforme já se afirmou, ao lado de hipóteses de intervenção tradicionalmente obrigatória, no art. 82 do CPC, o legislador colocou outra de caráter genérico, apenas referenciado pelo interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. No parecer de Edis MILLARÉ (1982), por esta norma de encerra-

mento, as hipóteses de intervenção elencadas no referido artigo servem apenas de exemplos, possibilitando o surgimento de outras, mesmo que não sejam previstas expressamente pela legislação. Nesses casos, a orientação é o recurso a analogia.

Posicionamento similar é manifestado por Carlos MAXIMILIANO (1979), e CALMON DE PASSOS (1998), ambos citados por MILLARÉ. O primeiro afirma que fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idênticos “Ubi aeden legis ratio, ibi aeden dispositio: Onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida”. (MAXIMILIANO, 1979:209, apud MILLARÉ, 1982:111).

CALMON DE PASSOS entende que a expressão interesse público, contida no art. 82, III, do CPC, pede determinação mediante o confronto do caso concreto com as hipóteses elencadas que prevêem a intervenção do Ministério Público. O objetivo é identificar equivalência, similitude ou analogia entre o interesse subjacente no caso sob análise e algumas das situações precedentes. Isto, considerando a estimativa do caráter público, do interesse no caso completo. Outrossim, há que se atender aos “parâmetros postos pelos valores (ideológicos, éticos e sociais) predominantes no momento histórico vivido pelo intérprete”. (PASSOS, 1998, apud MILLARÉ, 1982:111)

Portanto, a doutrina prevê que, ante a ausência de previsão legal, a intervenção do MP fará por força de confronto com situação análoga e em virtude da valoração do interesse subjacente na lide.

Se o Ministério Público entender que há ou que não há interesse público em determinada causa e dessa opinião divergir o juiz, a solução ficará a cargo do procurador-geral, na forma do art. 28 do CPC, por aconselhável ou obrigatório o recurso à analogia conforme o art. 126:

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Entende-se, pois, que a analogia consiste na aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece para um determinado fato, a um outro não regulado, mas juridicamente semelhante ao primeiro.

2.5. A Aferição do Interesse Público

O Ministério Público na qualidade de “custos legis” tem como fundamento de sua atuação a exigência do interesse público a salvaguardar.

A impressão do termo interesse público, como civil, tem motivado acirradas discussões e controvérsias na sua interpretação. Outra questão, não menos polêmica e ensejadora de interessante discussão doutrinária refere-se à definição da titularidade da aferição do interesse público na hipótese do inciso III do art. 82 do CPC.

A quem compete determinar, em cada caso, a exigência ou não do interesse público que justifique a presença do Ministério Público?

Sobre o tema, a jurisprudência se divide. Há aqueles que entendem que cabe ao juiz enquanto outros atribuem a tarefa ao próprio Ministério Público

Antônio Celso de Camargo FERRAZ, citado por Edis MILLARÉ (1982), discorre sobre o assunto, ancorado no Direito Italiano e na lição de juristas como Vellani e Zanzucchi. Na Itália, a doutrina é clara no sentido de “competir ao próprio MP a avaliação discricionária quanto a presença ou ausência de interesse público a reclamar sua intervenção como fiscal da lei”. (FERRAZ, apud MILLARÉ, 1982:25)

Tal posicionamento decorre do caráter genérico de ser o Ministério Público representante e tutor do interesse público, não cabendo pensar em um requisito particular sujeito ao controle do juiz.

Outros juristas brasileiros também consideram válido em nosso direito o entendimento da doutrina italiana e defendem a idéia de que cabe ao próprio MP a aferição do interesse público que justifica a presença do *Parquet* em cada caso.

Frederico MARQUES, citado por CACCURI (1975), justifica o posicionamento:

“Para que não se infrinja o devido processo legal (transformando-se o juiz em órgão de tutela de algum interesse em conflito), coloca-se o MP na relação processual, para que defenda o direito indisponível que está em jogo no litígio”. (p. 125)

Mais incisivo é o ministério de MONIZ DE ARAGÃO quando declara que “o juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do MP. Este é que a mede e a desenvolve”. (apud CACCURI, 1975:23). Argumenta, ainda, que não sendo assim, o MP passaria de condição de “fiscal do juiz na aplicação da lei” para a de “fiscalizado dele no que tangê a sua própria intervenção fiscalizadora”.

Na opinião de MENDONÇA LIMA (1978), embora obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 82 caput), nem o juiz pode ordená-la, nem as partes tem o direito de exigí-la.

“Ao agente da corporação é que, ultima ratio, cabe considerar se há ou não interesse público justificando sua intervenção, aceitando a provocação decorrente da intimação. Ninguém tem poder de impor-lhe a idéia da obrigatoriedade”. (MENDONÇA LIMA, 1978, apud CASTELLO BRANCO, 1980:103)

Conclui o autor que sem esta diretriz o Ministério Público perderia sua independência.

Entretanto, a forma genérica e imprecisa do texto legal brasileiro impõe uma avaliação subjetiva acerca da competência da aferição do interesse público referenciado no inciso III no art. 82 do CPC.

SANSEVERINO (1976) opina que compete, em primeiro lugar, a lei. A esta cabe com primazia a tarefa de indicar as hipóteses em que o Ministério Público deve ser ouvido. Nestes casos, predetermina-se o interesse público e em conseqüência a participação do Ministério Público, como ocorre nos casos de mandado de segurança, ação popular, ação de alimentos, falências e concordatas entre outros. Entretanto, existem situações em que a lei não permite especificamente a participação do Ministério Público mas o interesse público pode ser perfeitamente delineado, como por exemplo, na ação do particular para anular ato administrativo declaratório de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação, na ação acidentária e outras. Nestes casos, caberá à doutrina e à jurisprudência estabelecer hipóteses em que ocorra interesse público pelo qual deva zelar o Ministério Público.

Parte da doutrina entende haver paridade na aferição. SANSEVERINO, afirma que cabe ao juiz, mas também ao Ministério Público definir “se não com exclusividade, ao menos em paridade de condições”, a aferição do interesse público, argumentando que: “do contrário, inteiramente submetido ficaria o promotor público ao arbítrio da vontade judicial, com sensíveis prejuízos para sua independência funcional e para a liberdade de consciência que de modo algum lhe pode ser subtraída”.

MAZZILLI (1989) ratifica tal posicionamento, afirmando que a intervenção do Ministério Público está relacionada com o zelo do interesse público. Por isso, a ele cabe a avaliação atinente, ressaltando que inexistente subordinação ou dependência do Ministério Público ao Poder Judiciário. Daí, não há razão para admitir-se que ao juiz caiba avaliar a existência ou não do interesse “cujo zelo e defesa compete ao promotor”.

“O avanço institucional é corolário do desenvolvimento político e social dos povos. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, bem delineado ficou o papel do Ministério Público como defensor da sociedade, posicionado como instituição autônoma e independente em relação aos poderes do Estado, ensejando, assim, a atuação livre dos seus membros na busca da realização do ideal da justiça”. (MAZZILLI, 1989 apud SOARES, 1995:64)

Diante do exposto, o que se evidencia é que o Ministério Público não fica atrelado à determinação judicial, dada a sua independência funcional, frente aos Poderes do Estado. Por conseguinte só deve obediência à lei e à sua consciência. Conclui-se que o Ministério Público possui larga margem de poder discricionário

na avaliação do interesse público, cabendo-lhe determinar quando e onde deve intervir, independentemente do ponto de vista judicial.

3. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA E/OU FACULTATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A amostragem de julgados em todas as instâncias constitui-se forma prática e eficaz no sentido de dirimir equívocos quanto à intervenção obrigatória e/ou facultativa do Ministério Público em diferentes situações conflituosas.

3.1. Supremo Tribunal Federal – Recursos Extraordinários

“Ministério Público. Intervenção obrigatória. Art. 82 III, c/c art. 246 do Cód. de Processo Civil. Interesse Público. A circunstância da pessoa de direito público ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada, no caso, a conotação do interesse público. Não se aplica o art. 82, III do CPC, à hipótese de execução por título extrajudicial contra a Prefeitura Municipal. Recurso extraordinário conhecido, mas improvido.” (STF – RE nº 91.180 – Montes Claros – MG. Rel. Min. Rafael Mayer – j. 25.03.1980)

“Ministério Público – Intervenção em ação ordinária de indenização movida por Prefeitura Municipal contra empresa privada – Descabimento – Recurso extraordinário conhecido, em face do dissídio jurisprudencial, e provido – Interpretação do art. 82, III, do CPC.

“No exame de cada caso deve o julgador identificar a existência ou não do interesse público. O fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público ou entidade da Administração indireta não significa, por si só, a presença do interesse público, de modo a ensejar a obrigatoriedade atuação do Ministério Público. O interesse público, aí, quer significar um interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculados aos fins sociais e às exigências do bem comum que a vontade própria e atual da lei tem em vista. Na espécie, há a simples ação de indenização, a envolver apenas o interesse patrimonial do município, sem repercussão relevante no interesse

público, de modo a justificar a intervenção prevista no n° III do art. 82 da lei adjetiva civil”. (STF – RE n° 90.286 – 4 – Cerro Azul, PR. Rel. Min. Djaci Falcão – j. 28.09.1979)

“Processual Civil. Ministério Público. Intervenção nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes”.

“O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência.” (STF – RE n° 86.328 – PR. Rel. Min. Décio Miranda. j. 13.11.79)

3.2. Superior Tribunal de Justiça – Recursos Especiais

“PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – Ação em que é parte – Impossibilidade de intervenção do Ministério Público velando pelos interesses da demanda e pelas omissões de seu procurador – Inteligência e aplicação dos arts. 82, III, do CPC e 129, IX da CF.

“Não cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público, mas pela correta aplicação da lei, e muito menos suprir as omissões dos procuradores de tais entidades.

“A CF em seu art. 129, IX, parte final, veio expressamente proibir a defesa e a consultoria de entes públicos por parte de membro do ‘Parquet’. (Red.)

Ementa Oficial: Processo Civil. Recurso Especial. Pressupostos. Ausência.

Ante a ausência da indicação das normas violadas, em que pode se assentar o recurso especial, não se pode conhecer do mesmo Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp. n° 7.129 – SP. Rel. Min. Pedro Aciole – j. 06.05.91)

“Ação de anulação de escritura pública cumulada com o can-

celamento do registro imobiliário. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição. Arguição de nulidade. Artigos 82, III, 246, 331, do CPC.

“Dependendo da apreciação das circunstâncias de cada caso concreto, poderá o juiz julgar antecipadamente a lide, sem cerceamento de defesa, mesmo se em saneador já houvesse designado audiência. Não cabe, em recurso especial, reexaminar fatos e provas, para verificar da eventual relevância de ‘esclarecimento’ em audiência pelos peritos.

“A não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem argüir prejuízo nem alegar nulidade. De outra parte, não é necessária a intervenção do Parquet quando o cancelamento do registro imobiliário apresenta-se não como registro principal, mas como mera e inafastável decorrência da anulação do contrato de compra e venda. Em razão da qualidade da parte, a presença no polo passivo em sociedade de economia mista igualmente não obriga à intervenção do Ministério Público.

“Recurso especial não conhecido, por ambas as alíneas, a e c, do permissivo constitucional.” (STJ - REsp. nº 2.903 – MA. Rel. Min. Athos Carneiro – j. 07.05.91)

“Desapropriação – Indenização – MP – Intervenção – Face ao disposto no inciso III do artigo 82, do CPC, a intervenção do MP na causa em que figure como parte pessoa jurídica de direito público não é obrigatória. A obrigatoriedade dessa intervenção está ligada ao fato da existência do interesse público.” (STJ – REsp. nº 10.042 – AC – 2ª T. – Rel. Min. José de Jesus Filho – j. 09.03.92)

“Ministério Público – Intervenção – Interesse Público.

1. A aferição da existência do interesse público que imponha a intervenção do Ministério Público pode ser objeto de controle pelo judiciário. 2. Hipótese em que inexistente aquele, por dizer a causa com interesse, predominante privado, pertinente à exclusividade do uso de certo nome comercial. 3. Nome comercial – Registro. 4. Realizado perante a Junta Comercial, sua eficácia não se restringe aos limites da

respectiva circunscrição, conferindo o privilégio em todo o país.” (STJ – REsp. nº 6.872-0 – GO. Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 1º.03.1994)

“Processual Civil – Execução Fiscal – Embargos – Ministério Público – Intervenção Desnecessária – Código de Processo Civil, arts 82, III e 566 – Lei 6.830/80 (art. 1º)

“O sistema processual civil vigente revela dúplice atuação do Ministério Público – parte e fiscal da lei (art. 499, 2º, CPC) -. A qualificação custos legis tem merecido reprimenda doutrinária.

“Os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF) são pressupostos asseguradores da legitimidade para integração do Ministério Público na relação processual, exercitando suas funções e incluindo no accertamento do direito objeto de contradição, com os ônus, faculdades e sujeições inerentes à sua participação influente no julgamento do mérito. Esses pressupostos não são divisados na execução fiscal.

“O interesse ou participação de pessoa jurídica de Direito Público na lide, por si, não alcança definido e relevante interesse público, faltante expressa disposição legal, de modo a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público na relação processual. Não é a qualificação da parte nem o seu interesse patrimonial que evidenciam o ‘interesse público’, timbrado pela relevância e transcendência dos seus reflexos no desenvolvimento da atividade administrativa. Nessa linha, só a natureza da lide (no caso, execução fiscal) não impõe a participação do Ministério Público. O interesse na execução fiscal é de ordem patrimonial. De regra, a obrigatória participação do Ministério Público está expressamente estabelecida na lei.

“À palma, fica derriscada a intervenção do Ministério Público, accertado que o interesse público justificador (art. 82, III, CPC), na execução fiscal, não se identifica com o da Fazenda Pública, representada judicialmente pela sua procuradoria.

“Precedentes jurisprudenciais.

“Recurso provido.” (STJ – REsp. nº 48.771-4 – RS – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – j. 27.09.1995)

“Recurso Especial – Processual Civil – Ação de Cobrança – Diferenças Salariais – Servidor Municipal – Ministério Público – Desnecessidade de sua Intervenção – Violação Não Caracterizada.

“Tratando-se de ação de cobrança ajuizada por servidor municipal, buscando diferenças salariais, não se vislumbra, nos termos do artigo 82, III, do CPC, a necessidade de intervenção do Ministério Público.

“Precedente.

“Recurso Desprovido.” (STJ – REsp. nº 265.019 – PE – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 01.03.2001)

“Processual Civil – ICMS – Execução Fiscal – Ministério Público – Intervenção – Desnecessidade – CPC, art. 82, inc. III – Súmula 83/ STJ – Precedentes.

“A intervenção do Ministério Público nas lides que tratam de interesses patrimoniais de pessoa jurídica de direito público, é desnecessária, pois o ‘interesse público’ inserto no inciso III, do art. 82, do CPC, não equívale a interesse da Fazenda Pública.

“Incide o óbice sumular (súmula 83/STJ) à vista do dissenso inter-relativo superado.

Recurso Especial não conhecido.” (STJ – REsp. nº 108.232 - PR – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – j. 19.04.2001)

3.3. Tribunal de Justiça da São Paulo

“Desapropriação Indireta – Proteção Ambiental – Indenização – Intervenção do Membro do Parquet – Desnecessidade – Inteligência do art. 82, III, do CPC.

Ementa da Redação: Desnecessária a intervenção do Ministério Público fundada no artigo 82, III, do CPC, nas ações de desapropriação indireta para fins de proteção ambiental, em que se discute questões atinentes à indenização, pois o interesse público à que alude tal dispositivo deve estar relacionado com o interesse geral da coletividade, vinculado a fins sociais e às exigências do bem comum.” (TJSP – Ag. n. 38.381-5/9 – 9ª Câmara. Rel. Des. Sidnei Beneti – j. 18.06.1997)

3.4. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

“Execução – Falta de Indicação do Valor da Causa Inicial – Inadmissibilidade da Extinção do Processo

“Não é obrigatória intervenção do Ministério Público nas execuções movidas contra o município (CPC, art. 82, III), pois o interesse público não se identifica com os interesses patrimoniais da Fazenda Pública. Precedentes do STF e do STJ.

“A ausência de menção ao valor da causa, na inicial da demanda executiva, não é causa de extinção do processo. Liquidação correta.” (TJRS – AC nº 595.088.907 – 3ª C. Civ. Rel. Des. Araken de Assis – j. 24.08.95)

3.5. Tribunal de Justiça de Santa Catarina

“Repetição de Indébito – Intervenção do Ministério Público – Ausência de Interesse Público – Adicional de Imposto de Renda Estadual – Lei nº 7.542/88 Declarada Inconstitucional pelo STF – Correção Monetária – Juros de Mora – Dies a Quo – Exegese das Súmulas 162 e 188 do STJ – Reexame Necessário – Condenação do Município em Custas – Impossibilidade – Verba Honorária – Fazenda Pública – Honorários Reduzidos.

“O interesse público, a ensejar a participação do Parquet, é aquele que se qualifica pela relevância da questão debatida em Juízo frente a tranquilidade e equilíbrio sociais – objetivos primários do Estado – e não se confunde com o mero interesse patrimonial da Fazenda Pública (Al nº 10.355, Des. Eder Graf)

“A compensação de tributos e/ou contribuições federais pagos indevidamente ou a maior é direito do contribuinte assegurado por lei, incumbindo à Administração fiscalizar as contas apresentadas pelo contribuinte, inclusive quanto à liquidez e certeza dos créditos a serem compensados (REsp. nº 189289-RS, de 20.04.2000)

“A parcela do imposto de renda cobrada a maior deve ser devolvida com correção desde o recolhimento indevido. (STJ, REsp. nº 30.748/SP, Min. Peçanha Martins, DJU nº 150, de 08.08.94, pág.5.395)

“Juros Moratórios. Contagem a partir do trânsito em julgado da sentença. (CTN, art. 167, parágrafo único) (STJ – REsp. nº 37.709-9/DF, Min Américo Luz, DJU nº 150, de 08.08.94, pág. 19.555)

“Vencida a Fazenda Pública Municipal em determinado litígio, há, em seu favor, isenção de custas, tal como decorre dos ditames da lei complementar n. 156/15.05.97, com as alterações introduzidas pela LC 161/23.12.97)

“Os honorários deverão ser fixados levando-se em conta o § 4º do art. 20 do CPC e também o § 3º, alíneas a, b e c do mesmo artigo. Quando o sucumbente tratar-se da Fazenda Pública é entendimento jurisprudencial que a verba deverá ser fixada em torno do mínimo legal.” (TJSC – AC nº 97.007281-3 – Joinville. Rel. Des. Francisco Oliveira Filho – j. 08.03.2001)

“Apelação Cível – Repetição do Indébito – Energia Elétrica – Intervenção do Ministério Público – Sociedade de Economia Mista – Desnecessidade - Legitimidade Passiva Ad Causam das Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – Prescrição – Art. 177 do Código Civil – Portarias DNAEE 38 e 45/86 – Majoração de Tarifa Durante o Período de Congelamento Geral de Preços – Impossibilidade – decretos-lei n. 2.283 e 2.284/86 – Duplo Apelo – Desprovisionamento de Ambos.

“A intervenção do Ministério Público na hipótese prevista pelo artigo 82, III, não é obrigatória. Compete ao juiz, porém, julgar o interesse que a justifica. (RT 482/270)

“Como beneficiária dos valores arrecadados durante a vigência das Portarias DNAEE 38 e 45/86, tem as Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de repetição de indébitos, sendo responsáveis pela obrigação decorrente de eventual condenação.

“Ilegais são os reajustes tarifários proporcionados pelas portarias 38 e 45/86, do DNAEE, durante o período de vigência dos Decretos-lei n. 2.283 e 2.284, ambos de 1986, que implementaram o congelamento nacional de preços.

“O reembolso almejado é restrito ao período de vigência do reajuste ilegal, o qual cessou com a edição da portaria n. 153, em 27.11.86, quando já prescrito o congelamento nacional de preços”.

(TJSC – AC nº 96.000545, Jaraguá do Sul. Rel. Des. Francisco Oliveira Filho – j. 22.03.2001)

“Ausência de Manifestação do Representante do Ministério Público – Inteligência do art. 82, III, CPC – Inconfundibilidade de Interesse Público com o Interesse da Fazenda Pública.

“Conforme disposto no art. 82, III do Código de Processo Civil, cabe ao Ministério Público intervir nas ações que envolvam litígios de interesse público.

“Ação de Cobrança contra a Fazenda Municipal – Transação – Ausência de Autorização Legislativa – Impossibilidade – Direitos Indisponíveis – Sentença Homologatória – Nulidade.

“É nula a sentença que homologa transação realizada entre a Fazenda Pública Municipal e empresa particular, reconhecendo débito para com esta última, sem a prévia e necessária autorização legislativa, uma vez que se tratam de direitos patrimoniais de caráter indisponíveis”. (TJSC – AC n. 99.005628-7, Urussanga. Rel. Des. Volnei Carlin –j. 05.04.2001)

“Ausência de Manifestação do Representante do Ministério Público – Inteligência do art. 82, III, CPC – Inconfundibilidade do Interesse Público com o Interesse da Fazenda Pública.

“Conforme disposto no art. 82, III, do Código de Processo Civil, cabe ao Ministério Público intervir nas ações que envolvam litígios de interesse público.

“Ação de Cobrança – Diferença Apontada entre o Valor da Condenação e o Valor Devido – Valor Irrisório – Ausência de Interesse Recursal – Sentença Mantida.

“Sendo insignificante o valor da diferença entre o valor da condenação e aquele apontado no apelo como devido, com fundamento nos princípios da utilidade, razoabilidade, economicidade e finalidade, descaracterizado está o interesse recursal.

“Condenação do Município em Custas – Impossibilidade.

“Tendo em vista a isenção determinada no art. 35, ‘h’, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, é incabível a condenação do mu-

nicípio ao pagamento das custas processuais.” (TJSC – AC. n° 00.003803-2, São João Batista. Rel. Des. Volnei Carlin – j. 17.05.2001)

“Agravado de Instrumento – Execução Fiscal – Ministério Público – Intervenção Necessária – Recurso Provido.

“Tão só o fato de a sentença que julga procedentes embargos opostos à execução fiscal estar sujeita a reexame necessário (CPC; art. 475, III), é suficiente para evidenciar que há na causa interesse público. Consequentemente, no processo deve obrigatoriamente intervir o Ministério Público.” (TJSC – Agravo de Instrumento n° 2.000.020.138-3 – Florianópolis. Rel. Des. Newton Trisotto. DJ 23.07.91)

3.6. Tribunal de Justiça dos Estados

“Nunciação de Obra Nova – Revelia – Julgamento Antecipado da Lide – Admissibilidade – Inexistência de Cerceamento de Defesa – Inteligência dos arts. 319, 330, II, 803 e 939 do CPC.

Ementa Oficial: na ação de embargos de obra nova, não tendo sido oferecida a resposta, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, operando-se a revelia, quando, então, o juiz profere sentença em cinco dias, sem mais diligências e averiguações, julgando antecipadamente a lide (arts. 319, 330, II, 803 e 939 do CPC), motivo pelo qual não há que falar em cerceamento de defesa ante ausência do contraditório nem tampouco da falta de intimação.

Nunciação de Obra Nova – Ministério Público – Desnecessidade de Participação – Ausência de Interesse Público também para Interpor Recurso mesmo na condição de Custos Legis.

Ementa Oficial: a lei instrumental, ao disciplinar a ação de nunciação de obra nova, não contempla a participação obrigatória do Ministério Público. In specie, ausente o interesse público, falta legitimidade ao órgão do Parquet para figurar na relação processual, mormente para interpor recurso, ainda que apresente-se como sujeito especial na lide na condição de custos legis.

Ministério Público – Intervenção – Desnecessidade – Ação em que é Parte Pessoa de Direito Público – Inexistência de Interesse Público a ser Tutelado – Inaplicabilidade do art. 82, III do CPC.

Ementa Oficial: a Excelsa Suprema Corte pacificou o entendimento no sentido de que a circunstância de a pessoa de direito público ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, se não evidenciada, no caso, a conotação de interesse público, logo, in casu, não tem aplicação o princípio consagrado no art. 82, III do CPC.” (TJAC – Ap. 96.000.280-4. AC. Rel. Des. Jersey Nunes – j. 13.03.97)

“Ação Possessória – Ministério Público – Intervenção – Desnecessidade Quando Envolver Litígios Coletivos pela Posse de Área Urbana – Inteligência do art. 82, III do CPC.

Ementa da Redação: em face do disposto no art. 82, III, do CPC, nos pleitos possessórios que envolvam litígios coletivos pela posse de área urbana é desnecessária a intervenção do Ministério Público

Ação Possessória – Reintegração de Posse – Audiência – Justificação Prévia – Ausência de Citação da Parte Requerida – Circunstância que Impõe a nulidade da Prova Oral Produzida – Confirmação da Concessão da Liminar, no Entanto, Mormente se Alicerçada em Provas Documentais Suficientes para a Satisfação dos Requisitos Legais.

Ementa da Redação: em sede de ação possessória, deve ser confirmada a decisão concessiva de liminar de reintegração de posse, ainda que o juiz tenha firmado seu convencimento em prova oral nula, produzida em audiência de justificação prévia realizada sem a imprescindível citação da parte requerida, mormente se se alicerçou em provas documentais suficientes para a satisfação dos requisitos legais. (TJRO – Ag. n. 99.001690-0 Cam. Esp., RO – Rel. Des. Renato Mimessi – J. 24.11.1999)

3.7. Tribunal da Alçada Civil

“Ministério Público – Ação Acidentária – Atuação Obrigatória como Custos Legis, mesmo nos casos em que a Parte tenha Patrono Constituído, em face do Interesse Público Decorrente do Caráter Alimentar da Demanda – Inteligência do Artigo 82, III, do CPC.

Ementa da Redação: nas ações acidentárias é obrigatória a ação do Ministério Público como custos legis, ante o interesse público de-

corrente do caráter alimentar da demanda, mesmo os casos em que parte tenha patrono constituído conforme inteligência do art. 82, III do CPC.” (TACivSP – Ap. s/rev. 517.505-00/9 – 10ª Cam. Rel. Juiz Adail Moreira – j.27.05.1998)

A coleta dos julgados supra citados, não só evidencia causas de interesse público que mereçam a participação do *Parquet*, na qualidade de custos legis, mas também aqueles em que ele fica desobrigado de intervir por entender que não encerram em si interesse social. Busca-se, pela análise de casos em diferentes tribunais, uma reflexão acerca da atuação do órgão, no sentido de cumprir seu papel conforme preceitua a lei e a doutrina: atuar na defesa da Justiça Social.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o Ministério Público passou a representar o modelo institucional ideal. Entretanto, atuar de acordo com o que a lei preceitua tem sido um desafio, posto que a própria doutrina tem encontrado dificuldades para posicionar-se de forma unívoca diante de alguns casos conflituosos.

A falta de rigorismo terminológico do texto legal, como é o caso específico do art. 82, inciso III, in fine, do CPC, constitui um exemplo de entrave à efetiva atuação do órgão nos moldes previstos. Tivesse o legislador vislumbrado as controvérsias que surgiriam a partir da nova redação da lei, por certo teria mantido o texto nos moldes da lei processual italiana, onde se inspirou, proporcionando ao Ministério Público amplitude total de ação, resguardando-o de controvertidas interpretações e de uma imposição incompatível com a sistemática processual moderna.

Entender que a intervenção do *Parquet* como custos legis é sempre obrigatória exige que seus representantes dediquem a maior parte de seu tempo confinados em gabinetes analisando processos (muitas vezes, desnecessariamente). Como consequência, aumenta a morosidade, vindo a conspirar contra outro interesse, igualmente relevante, inerente a toda sociedade: a celeridade da prestação jurisdicional. O que a sociedade deseja, em última análise, são decisões céleres, eficazes e razoáveis. Este é o caminho a ser encontrado pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

Como o lugar a ser ocupado pelo Ministério Público deve ser aquele em que se situam os interesses socialmente relevantes, vale dizer, interesses sociais indisponíveis, coletivos ou individuais, algumas hipóteses de intervenção ministerial hoje previstas devem ser reavaliadas.

Não se vislumbra nenhuma razão de ordem socialmente relevante que justifique a atuação do Ministério Público, por exemplo, nas falências e concordatas, nos

processos de usucapião e de retificação de área. Nas ações de alimentos em que as partes são maiores e capazes (caso da mulher, sem filhos, que pede alimentos ao ex-marido). Nos pedidos de insolvência civil, nas ações em que figura como parte instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, em mandado de segurança.

Vejo, hoje, o Ministério Público vocacionado, no campo do direito civil, precipuamente para a ação civil pública, na defesa dos interesses difusos, coletivos e mesmo individuais indisponíveis, conforme lhe destinou a Constituição atual.

Por estas razões e em conformidade com o posicionamento do Ministério Público de Santa Catarina, defendo que a intervenção do *Parquet*, na qualidade de custos legis, seja facultativa, concluindo que:

A intervenção obrigatória do Ministério Público como custos legis no processo civil, ex vi, do art. 82, inciso III, in fine, do CPC, é a que deriva de ações que envolvem litígios de interesse público, qualificados pela natureza da lide ou qualidade das partes, e não se confunde com os interesses meramente patrimoniais da Fazenda Pública.

A jurisprudência pátria é francamente majoritária no sentido de que abstraídas as hipóteses de intervenção obrigatória do Ministério Público como custos legis, encontradas na legislação esparsa e no artigo 82, inciso I e II, do CPC, a simples presença da lide de pessoa jurídica de direito público interno não configura “interesse público” a exigir a participação do *Parquet* no processo, com fundamento no art. 82, inciso III, parte final, do texto legal; os Tribunais têm entendido que interesses meramente patrimoniais da União, Estados e Municípios, que possuem procuradores judiciais habilitados, e estão protegidos pelo duplo grau de jurisdição obrigatório, não traduzem “interesse público” a exigir a intervenção do Ministério Público na lide.

Também a doutrina vem estampando igual entendimento: o interesse público referido no art. 82, inciso III, parte final do CPC, a reclamar presença do órgão ministerial no feito, na qualidade de custos legis, é o interesse geral da sociedade ou de uma coletividade, em casos como de defesas de direitos inerentes à cidadania, do patrimônio e erário público, consumidor e meio ambiente, assim como quaisquer outras que possam afetar direta ou indiretamente o bem comum.

Nas ações de execução fiscal e de embargos contra elas opostos, não é obrigatória a intervenção do Ministério Público pela simples presença na lide de pessoa jurídica de direito público interno não lhe podendo, entretanto, ser vedada a participação, se os fatos revelarem fraude passível de responsabilização penal, ou suspeitas de conluio entre as partes – ou seus procuradores – com o objetivo de causar prejuízos ao fisco, visto que nestas hipóteses estaria presente o interesse geral da sociedade no deslinde da causa.

Portanto, conclui-se que o Ministério Público deve posicionar-se sempre,

prioritariamente, na defesa das causas que estão a trazer prejuízos à pacífica convivência humana, seja no campo político, econômico ou social. Se não ocupar o lugar que lhe foi destinado constitucionalmente, estará fadado ao descrédito da sociedade que espera dele valiosa contribuição para que se faça um pouco melhor a tão decantada e esperada Justiça Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTON, José Galvani. A Facultatividade da Intervenção do Ministério Público Frente à Hipótese Contemplada no art. 82, III, in fine, do Código de Processo Civil. Internet, <http://www.acmp.org.br/trabalhos/doc/3phtml/> (27/06/2001).
- ALVES, José Lourenço. Buscando Adequar a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil. in ACMP Revista, ano IV, nº 34, Associação Paulista de Ministério Público, 2000.
- ALVIN, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1 – Parte Geral, 7ª Ed.. Revista, Atualizada e Ampliada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRANCO, Hélio H. Castello. “Aspecto da Intervenção do Ministério Público nas Causas em que há Interesse Público Evidenciado pela Natureza da Lide ou pela Qualidade da Parte”. Trabalho apresentado no IV Encontro Regional de Ministério Público em Juiz de Fora, 1980. in Rev. Brasileira do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, s/d.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: 1988. 11ª Edição, Brasília: Câmara dos Deputados C. Pu, 1999.
- BRÜNING, Raulino Jacó. História do Ministério Público Catarinense. Florianópolis: Habitus, 2001.
- CACCURI, Antonio Edving. “O Ministério Público e o Art. 82, N III, do Código de Processo Civil”. in Rev. dos Tribunais, ano 64, vol 480, out/1975.
- CACCURI, Antonio Edving. “O Ministério Público e as Causas de Interesse Público”. in Rev. de Processo, ano I, nº 2, abril – junho de 1976.
- CONSTANTINO, Carlos Hernani. O Ministério Público e a sua Atuação no Âmbito Cível. in Rev. Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 1, nº 1, Porto Alegre: Síntese Ltda, set/out, 1999.
- DIANMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.
- FADEL, Sergio Sahione. Código de Processo Civil Comentado. Vol. I: arts. 1º à 443, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

- FERRAZ, Antônio Celso de Camargo. Reuniões de Estudos de Direito Processual Civil. Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Serviço de Informação e Pesquisas, ficha I.D.-0006.
- GOULART, Marcelo Pedroso. O Ministério Público na Era da Globalização: Por um Ministério Público mais Resolutivo. in Congresso Nacional do Ministério Público, 13. Livro de Teses: O Ministério Público Social. Curitiba-PR: AMPM, 1999.
- LIMA, Alcides Mendonça. Atividade do Ministério Público no Processo Civil. in Rev. Forense, ano III, nº 10, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Proposta de Racionalização da Intervenção do Ministério Público no Cível, a partir do Conceito de Interesse Social. in Livro de Teses, vol. 2, 13º Congresso Nacional do Ministério Público (O Ministério Público Social), Curitiba: out. de 1999.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- . Regime Jurídico do Ministério Público. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MEDEIROS, Marcos Archanjo de. Ministério Público: O Perfil Funcional no Cível e a Nova Ordem Constitucional. Ensaio, Internet, <http://www.amperj.gov.br/>
- MILARE, Édis. “O Ministério Público e a Insolvência Civil”. in Rev. de Processo, ano VII, nº 25, janeiro/março –1982.
- MINISTÉRIO PÚBLICO. A Posição do Ministério Público em face do novo Código de Processo Civil. in Notas e Comentários, Rev. Forense, vol. 251, ano 71, Rio de Janeiro: julho – agosto – setembro de 1975.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001
- NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, s/d.
- NEVES, Iêdo Batista. O Processo Civil na Prática do Advogado e dos Tribunais. Vol. 1A, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Edições Fase, 1991.
- OLIVEIRA, Patrícia Pimentel. Breves Considerações Sobre a Atuação do Ministério Público Diante da Constituição de 1988. Internet, <http://www.amperj.org.br/port/patbody.html> (18.05.2001)
- PASSOS, J. J. Calmon de. “Intervenção do Ministério Público nas Causas a que se Refere o

Art. 82, III, do Código de Processo Civil”. in *Justitia*, 107/98

PAULA, Alexandre. Código de Processo Civil Anotado. 7ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo:, 1998

ROCHA, Rosan da. Atribuições e Atuações dos Membros do Ministério Público nas Causas Cíveis frente ao Ornamento Jurídico e à Necessidade Social. Ensaio, Internet, <http://www.jus.com.br/>

SANSEVERINO, Milton. O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil. in *Rev. Forense*, vol 254, ano72, Rio de Janeiro: abril – maio – junho de 1976.

SANTA CATARINA – BR. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – Lei Complementar nº 17 – de 5 de julho de 1982. Internet, <http://www.mp.sc.gov.br/legislacao/leicomplest1782.html/>.

SANTA CATARINA – BR. Ministério Público de Santa Catarina – Consulta nº 3.Of. Circ. nº 615/99/CenORJ, Florianópolis: 21/10/1999.

SCHAEFER Fº, Raul. Zero Quadrado. Artigo/opinião – Internet, canal MPSC, <http://www.mp.sc.gov.br> (28.09.2001)

SOARES Fº, Manuel Lima. A Titularidade da Aferição do Interesse Justificador da Intervenção Processual do Ministério Público. in *Rev. Do Ministério Público de Sergipe*, ano V, nº 8, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil Anotado. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

. Curso de Direito Processual Civil. 34ª Ed. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. São Paulo: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Insolvência Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1980

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA E TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS

Wilson Paulo Mendonça Neto

Promotor de Justiça em Xanxerê - SC

1. INTRODUÇÃO

Já faz algum tempo que os pretórios estão recebendo um novo tipo de demanda: aquelas que tutelam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Diferentemente do que ocorria outrora, atualmente nesses tipos de ações não se discute apenas o interesse individual das partes em litígio. Pelo contrário, os assuntos tratados têm sua amplitude significativamente maior, o que faz exigir dos operadores do Direito uma nova visão. Sem entrar na discussão da importância de cada direito defendido em Juízo, este modesto estudo pretende trazer à baila alguns aspectos relativos à ação civil pública tendo o Ministério Público no pólo ativo.

2. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRELIMINAR E DO INQUÉRITO CIVIL

Todo pedido formulado perante uma autoridade judiciária deve ser acompanhado de documentação que, ao menos em tese, demonstre a plausibilidade do direito a ser discutido na via judicial.

Em se tratando de direitos coletivos, aqui entendidos no sentido mais amplo

da palavra (difusos, coletivos e individuais homogêneos), não poderia ser diferente.

Pensando em tal situação, o legislador ordinário previu que o Ministério Público poderá embasar suas ações civis públicas com inquéritos civis (art. 8º, parágrafo 1º, da Lei 7.347/85).

O inquérito civil, ainda desconhecido por muitos, trata-se de um procedimento administrativo levado a efeito pelo Órgão de execução ministerial com atribuição na área.

Hugo Nigro Mazzilli diz que “inquérito civil é investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública”. (Proença, Luiz Roberto. Inquérito Civil – Atuação Investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001).

Serve, justamente, para dar subsídios para que o Órgão Ministerial possa sustentar sua tese em juízo. Tal matéria, no Estado de Santa Catarina, recebeu tratamento da Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do ato 135/00/MP.

Da mesma maneira, nesse Estado, foi disciplinado o procedimento administrativo preliminar, que seria uma forma simplificada de se colher dados para ensejar a tomada de providências, sem as formalidades do inquérito civil (art. 7º do ato 135/00/MP).

Referidos instrumentos são colocados à disposição dos Promotores de Justiça para que possam colher elementos de prova sobre a pretensão que se visa investigar.

Dependendo do resultado das investigações o procedimento pode resultar em situações de ajuizamento da ação, de arquivamento do procedimento ou a realização de termos de ajustamento de condutas.

A primeira situação acontece quando não se consegue resolver o problema fora da esfera jurisdicional, ou quando tal medida não é possível. Como por exemplo, a vedação expressa na Lei 8.429/92 que trata da improbidade administrativa (art. 17, parágrafo 1º).

O arquivamento do material coligido é feito quando não se reúne elementos suficientes para caracterizar eventual conduta ilícita ou mesmo a inverdade dos dados trazidos ao conhecimento do Órgão Ministerial.

Já o ajustamento de conduta significa um “acordo” realizado entre o Ministério Público, por meio de seus Órgão de Execução, e a parte envolvida, a qual seria alvo de ação civil pública em caso de não aceitação do ajuste. É um instrumento relativamente novo, pois independe de homologação judicial para surtir efeito e vem ganhando cada vez mais espaço nos dias atuais, até porque se mostrou

uma boa forma de solução dos conflitos. Destaca-se, apenas, que referidos ajustes devem ser homologados pelo Conselho Superior do Ministério Público para que tenham validade e possam ser executados em caso de eventual descumprimento (art. 9º, parágrafo 3º da Lei 7.347/85).

Ainda no tocante ao inquérito civil e ao procedimento administrativo preliminar, deve-se salientar que não existe o contraditório nesta primeira fase, até porque são instrumentos postos à disposição do Ministério Público para a colheita de provas.

Não obstante, havendo ofensa de direitos fundamentais, nada obsta que tal violação, caso existente, seja levada ao Judiciário para se apurar eventual ilegalidade ou abusividade.

De qualquer forma, nos contornos deste estudo, o que se pretende é sublinhar a importância destes instrumentos para a melhor instrução da ação civil pública a ser ajuizada, ou mesmo do ajuste de conduta que vier a ser feito.

Em arremate, convém dizer que a ação civil pública pode dispensar o inquérito civil ou o procedimento administrativo preliminar quando encontrar sustentáculo em elementos diversos. Como por exemplo, cita-se o caso de se extrair cópias de eventual procedimento criminal utilizando-o para dar guarida ao ajuizamento da ação civil pelo Órgão Ministerial, tornando despicienda novas investigações.

3. LEGITIMIDADE

Diversamente do que muitos pensam, não é o Ministério Público o único legitimado a propor ações civis públicas.

Para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, deve o agente ministerial promover as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II, da CF).

A Constituição Federal reza no art. 129, III, que:

“São funções institucionais do Ministério Público:

III - Promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Por outro lado, a Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe:

“Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei”.

Da mesma maneira, no âmbito do Estado de Santa Catarina, tem-se a recente Lei Complementar nº 197, de 13/07/2000, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público e em seu art. 82 dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público:

“Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público nos termos da legislação aplicável:

(...)

VI- promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para:

(...)

c) a proteção dos direitos individuais indisponíveis, individuais homogêneos, difusos e coletivos relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às minorias étnicas”.

Para agir, portanto, conta o Ministério Público, dentre outras legislações, também, com a Lei 7.345/85, em que se vê a legitimidade de diversos outros entes, como por exemplo, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, as empresas públicas, as autarquias, etc.

Em vista da discussão sugerida neste trabalho, a legitimidade aqui abordada será a do Órgão Ministerial.

Neste tocante, o Ministério Público possui legitimidade para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conceitos que podem ser visualizados, sem muita dificuldade, no art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência está aceitando de forma tranqüila a legitimidade do Ministério Público para a defesa de atos de improbidade administrativa, em questões ambientais, em matéria do consumidor, além de diversas outras situações previstas em leis especiais.

O que não se admite é que seja restringida a atuação do ente ministerial na defesa de interesses que ultrapassem a esfera individual, como por exemplo, a discussão da constitucionalidade de tributos, a discussão sobre planos de consórcios, a possibilidade de assegurar leito em hospitais para doentes, a redução do número de vereadores em desacordo com a Constituição, etc.

É lamentável que em certas situações não se reconheça a legitimidade do Ministério Público; afinal, o que se visa proteger, no interesse mediato, é sempre a coletividade.

4. CAMPO DE ATUAÇÃO – MATÉRIAS DISCUTIDAS

A matéria abrangida pelas ações civis públicas é por demais abrangente. Geralmente, o que se vê, são questões relativas ao meio ambiente, ao consumidor e a improbidade administrativa.

4.1. Meio Ambiente

No tocante a matéria ambiental é larga a atuação através de ações civis públicas, seja na prevenção do dano, quando possível, ou na sustação da atividade nociva, ou, ainda, na recuperação do evento causador do dano.

Neste tema é de grande importância a noção de que a todos é garantido um meio ambiente sadio, de forma que visualizada a lesão deve-se buscar combatê-la de forma efetiva e rápida, sob pena de tornar letra morta o provimento jurisdicional.

Como exemplos deste tipo de demanda podem ser citados o fechamento de pocilgas que derramem dejetos em leitos de rio, a paralisação de obras potencialmente poluidoras, a preservação do patrimônio histórico e cultural de uma praça, dentre muitas outras.

4.2. Consumidor

Em relação ao direito do consumidor o Ministério Público encontra seu respaldo diretamente na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

As relações de consumo estão presentes diariamente no cotidiano das pessoas, de forma que esse tipo de demanda costuma aparecer com certa frequência nos foros, ou mesmo extrajudicialmente.

Nesta área, verifica-se grande atuação ministerial, como por exemplo, na busca para amenizar a situação das cidades que não possuem Procon, ou que não tenham sistema de inspeção de carnes, ou encontrem problemas nos telefones etc.

Esses assuntos, sem qualquer dúvida, podem ser viabilizados por meio de um ajuste de conduta – o que muito tem acontecido no Estado Catarinense em relação à criação de Procon e a instalação de serviços de inspeção de produtos de origem animal – além de também poderem ser alvo de ações civis públicas.

4.3. Improbidade Administrativa

Entende-se como improbidade administrativa, na lição de promotor de Justiça e professor Fernando Capez, “todo e qualquer ato praticado por agente público, no exercício de sua função, com infringência aos princípios que norteiam a Administração Pública” (Capez, Fernando. *Legislação Especial – Lei dos Crimes Ambientais, Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e Improbidade Administrativa*. Ed. Paloma, 2002).

Assim sendo, atos de improbidade administrativa são todos aqueles praticados por agentes públicos que importem em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou a violação de qualquer princípio da Administração Pública. Tal matéria, atualmente, encontra-se regulada na Lei 8.429/92.

Destaca-se, aqui, que a legitimidade do Ministério Público para a defesa de tais direitos é totalmente compreensível, pois como esclarece o professor e promotor de Justiça Paulo de Tarso Brandão “é inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País cujos governos cabem gerir o lesado patrimônio.” (Ação Civil Pública, *Obra Jurídica*, Florianópolis, 1996, p. 122).

Cada vez mais vem aumentando a força de atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, enfrentando de frente aqueles que cometem atos de improbidade administrativa.

Neste tema, frise-se, são milhares as hipóteses de incidência, já que a cada dia descobre-se um ato de improbidade que viola as normas da Lei 8.429/92.

Como exemplo, cita-se as fraudes em licitações, a violação aos princípios da administração pública, viagens com dinheiro público sem qualquer vantagem à administração, a utilização de veículos oficiais (mesmo que descaracterizados) para fins particulares etc.

Não é a toa que freqüentemente são ajuizadas novas ações para combater os atos de improbidade administrativa.

4.4. Infância e Juventude

O art. 201 do Estatuto da Criança e Adolescente atribui ao Ministério Público:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

V- promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção

dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescente, inclusive os definidos no art. 220, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição Federal”.

O ECA em seu art. 212 expressa:

“Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”.

Patente, pois, a legitimidade do Órgão Ministerial para garantir proteção integral a crianças e adolescentes que se encontrem em manifesta situação de risco (art. 98 do ECA), o que dá sustentação as mais diversas ações na defesa da Infância.

Como exemplo, pode-se vislumbrar o ajuizamento de ação para abertura de vagas para crianças em educação infantil, para garantir transporte escolar para alunos que não disponham de meios de locomoção, a criação de Conselhos Tutelares etc.

5. QUESTÕES PROCESSUAIS

5.1. Competência para processamento

Para o ajuizamento da ação civil pública firma-se a competência jurisdicional pelo local do dano (art. 2º da Lei nº 7.347/85).

Criou-se certa celeuma, em se tratando de atos de improbidade administrativa, com a inovação da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que deu nova redação ao disposto no art. 84 do Código de Processo Penal. Veja-se:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Com a entrada em vigor de tais disposições deu-se início a uma discussão já que foi alargada a competência para processamento de autoridades por atos de

improbidade administrativa.

Algumas vozes posicionaram-se pela inconstitucionalidade da norma, alegando afronta ao texto constitucional, enquanto outros sustentam sua plena aplicabilidade não havendo que se cogitar de qualquer mácula.

Por enquanto, há divergência jurisprudencial sobre o tema nos tribunais nacionais, alguns aceitando a tese da inconstitucionalidade da norma e outros não.

Visando solucionar o impasse, tal matéria já foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, aforada no Supremo Tribunal Federal pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp – ora em tramitação, tendo sido negado o pleito liminar.

De qualquer forma, o Ministério Público Catarinense vem sustentando a tese da impossibilidade de aumento da abrangência do foro por prerrogativa de função, e por causa disso o ajuizamento das ações por atos de improbidade administrativa em face de autoridades que gozam de prerrogativa de foro continuam sendo ajuizadas perante os Juízes de primeiro grau (Recomendação Conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina nº 001/2003).

Fica aqui o registro da importância do tema, o qual está a merecer grande destaque e necessita de uma solução definitiva do Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÃO

Neste modesto estudo pretende-se destacar o importante meio colocado à disposição do Ministério Público para a defesa dos hiposuficientes e do patrimônio público.

Com certeza foi muito feliz o legislador ao dar legitimidade ao Ministério Público para proceder ao inquérito civil na colheita de dados e posteriormente o ingresso de ação civil pública para a defesa dos mais diversos tipos de direitos, sempre se visando o interesse que transcende ao meramente individual.

Conclui-se, pois, dizendo que a ação civil pública é uma forte arma de atuação Ministerial na luta incessante contra as injustiças que avultam em nosso país, em todas as esferas que se possa imaginar, em face da amplitude que detém essa *actio*.

É certo que a ação civil pública não é a única forma de tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; todavia, veio a contribuir para tão importante questão, demonstrando ser mais um meio seguro e eficiente criado em prol da Sociedade.

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE À HIPÓTESE CONTEMPLADA NO ART. 82, III, *IN FINE*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Galvani Alberton

Procurador de Justiça em Santa Catarina

Sumário: 1. Introdução; 2. Posição da doutrina; 3. A hipótese de intervenção genérica em todos os feitos; 4. A facultatividade da intervenção; A intervenção formal e substancial; 5. A posição da jurisprudência. 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que, no processo civil, ressalvados os casos em que atua como parte e abstraídas as situações em que a lei expressamente a exija, a presença do Ministério Público, como fiscal da lei, está restrita às hipóteses do art. 82 do Digesto Instrumental, *verbis*:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Abstraídas as disposições dos incisos I e II, de indiscutível objetividade e clareza, particular dificuldade exegética tem se estabelecido em relação ao texto da parte final do inciso III (“interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”), não tendo sido firmada ainda uma posição uniforme quanto à necessidade ou não da intervenção do Ministério Público quando ente público integre a relação processual como autor ou réu, tal como acontece nas execuções fiscais, nos embargos à execução fiscal e em ações expropriatórias e indenizatórias, entre outras.

O fenômeno tem uma explicação lógica. E quem a fornece é Celso Agrícola Barbi, quando afirma que “a regra é extremamente vaga, porque impreciso é o conceito de interesse público. Mesmo a referência a ser ele evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte não elimina a indeterminação do texto”¹.

De fato, o conceito de **interesse público**, ainda que restrita sua manifestação a apenas duas vertentes (natureza da lide ou qualidade da parte), mostra-se por demais fluído e, por isso mesmo, se traduz em fonte permanente de inquietações. Ainda mais quando se tem em conta que a não-intervenção do Ministério Público, quando a lei a considere obrigatória, é circunstância que enseja a nulidade do processo (CPC, art. 84).

Diante disso, talvez fosse prudente indagar: Qual o interesse público determinante da intervenção do Ministério Público no processo civil? Seria aquele evidenciado pela presença de uma pessoa jurídica de direito público em um dos pólos da demanda? Seria aquele marcado pela complexidade da lide? Decorreria ele do valor da causa, ou da perspectiva de um ingresso de receita ou ocorrência de uma virtual despesa para o erário?

2. A POSIÇÃO DA DOUTRINA

Segundo magistério de José Frederico Marques, “numa ação em que figure a União, o Estado, o Município, ou outra pessoa jurídica de direito público, a qualidade do litigante não é de molde a justificar a intervenção do *custos legis*”².

¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. Tomo II*. Rio de Janeiro: Forense. 1975. p. 379.

² MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva. 1974, p. 290.

Idêntico é o pensamento de Celso Agrícola Barbi, para quem os interesses objeto da tutela do Ministério Público “não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm os seus procuradores judiciais habilitados a bem defendê-las em juízo”³.

Para Arruda Alvim, “o que incumbe ao Ministério Público é a defesa dos interesses públicos da sociedade e não interesses do Estado, ou imanentes do Estado, considerado como pessoa jurídica”⁴.

Sérgio Sahione Fadel destaca que “interesse público está aí por interesse geral, não na eventual procedência ou improcedência da pretensão da pessoa jurídica de direito público (como na execução fiscal, ou na ação movida contra a Fazenda), mas sim no **resultado** da demanda, abstraídas outras circunstâncias, qual quer que seja ele”⁵ (O grifo é do original). E J. J. Calmon de Passos alerta para o particular aspecto de que se fosse a “intenção do legislador exigir a presença do MP em toda causa em que fosse autora ou ré uma pessoa jurídica de direito público, ele o teria dito de modo claro e direto, sem necessitar de circunlóquio ilógico de mencionar um interesse público evidenciado pela qualidade da parte”⁶.

Dos ensinamentos coligidos, uma conclusão pelo menos pode ser extraída: nas hipóteses de intervenção obrigatória, o interesse que determina o ingresso do Ministério Público não pode ser confundido com o interesse particular de qualquer das partes — mesmo que se trate de pessoa jurídica de direito público. Circunstancialmente, pode até haver coincidência entre o interesse de uma das partes e aquele objeto da tutela ou legitimador da intervenção ministerial. Mas, como disse Alfredo de Araújo Lopes da Costa, o Ministério Público, como representante da lei, “não defende interesse do autor ou do réu, mas o interesse público na exata aplicação da norma legal, favoreça a quem favorecer”⁷.

Tal orientação é chancelada por Humberto Theodoro Júnior, quando proclama que o Ministério Público, “como fiscal da lei, não tem compromisso nem com a parte ativa nem com a passiva da relação processual, e só defende a prevalência da

³ BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit. p. 380.

⁴ ALVIM, Arruda. *apud* SOUZA, Joaquim Pereira de. *O Ministério Público no Processo Civil*. Goiânia: Associação Goiana do Ministério Público, 1980, p. 30.

⁵ FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Konfino, 1974, p. 175.

⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, vol. 258. Rio de Janeiro: Forense. p. 51.

⁷ COSTA, Alfredo de A. L. da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1944. p. 139.

ordem jurídica e do bem comum”⁸. Este é também o entendimento do processualista italiano Salvatore Satta, que vê como escopo único da intervenção do órgão ministerial no processo o de “assegurar que a atuação da lei inter partes se verifique com respeito àquele interesse geral a que a lei se inspirou à disciplina de referência”⁹.

Vicente Greco Filho, não obstante considere inaceitável a tese da intervenção facultativa, conclui que, “fora dos casos expressos em lei, o Ministério Público deverá intervir apenas quando surgir algum interesse de **ordem pública**, isto é, concernentes aos interesses básicos e fundamentais da sociedade”. Isto porque, segundo ele, “a legitimidade para intervir está fundamentada num interesse social indisponível”¹⁰.

Em resumo, somente o propósito de defender o interesse público, traduzido na correta e imparcial aplicação da lei, é que legitima a intervenção do Ministério Público, sendo-lhe vedado, na condição de interveniente, desbordar da regra de imparcialidade — mesmo diante da presença de pessoa jurídica de direito público em um dos pólos da relação processual. Significa dizer: o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, não pode significar um fator de ruptura do princípio da igualdade processual.

3. A HIPÓTESE DE INTERVENÇÃO GENÉRICA EM TODOS OS FEITOS

Ora, mas se o interesse público indutor da intervenção ministerial se reduz à correta e imparcial aplicação da lei, não seria incorreto concluir que a intervenção deveria ocorrer, então, em todos os feitos judiciais? Afinal, a justa e eficaz integração das normas jurídicas é procedimento que, além de inserir-se no rol dos interesses gerais e legítimos da sociedade, apresenta-se como condição viabilizadora da própria segurança jurídica — que é elemento fundamental na concepção estrutural e no processo de sustentação do Estado Democrático de Direito.

O raciocínio é plausível. Sucede que a uma eventual opção por essa alternativa, qual seja, a intervenção ministerial em todos os feitos, importaria, fatalmente, em colisão com outro interesse social igualmente relevante: a **celeridade processual**, alvo axiomático para alcance do qual pouco poderia contribuir o Ministério

⁸ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 1985. p. —.

⁹ SATTÀ, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 7ª ed., vol. I. Trad. Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi. 1973. p.124.

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I. São Paulo: Saraiva. 1981. p. 156.

Público — hoje, por força da Lei de Responsabilidade Fiscal, com uma estrutura de pessoal reduzida a um terço da do Poder Judiciário — se insistisse em intervir em todos os feitos judiciais.

Muito embora seja verdade que a sociedade almeja correção e justiça na aplicação das leis, e que seria valiosa a contribuição do Ministério Público para a consecução desse objetivo, é inescandível, por outro lado, o desejo coletivo de fazer célere e retilínea a outorga da jurisdição, reduzindo o tamanho e o custo do processo e transformando-o em instrumento gerador de resultados concretos na solução dos conflitos — e não em mero registro numérico a adornar as estatísticas e relatórios dos juízos e tribunais.

Desta forma, o equacionamento da questão parece passar pela resposta a duas indagações:

a) a incorreção e a parcialidade das decisões judiciais têm-se constituído, sistematicamente, em fator de inquietação e desconforto social?

b) A intervenção do Ministério Público na totalidade dos processos judiciais representaria garantia absoluta da correta e imparcial aplicação da lei?

Para ambas, a resposta tende a ser negativa. É que, definitivamente, já não mais se insere no rol das tolerâncias da sociedade o culto dos formalismos inócuos. Ainda que a questão transite no terreno formal do processo judicial, a dinâmica do mundo moderno reclama resultados, e não simples legendas.

Logo, intervir em todos os feitos, antes de encerrar um benefício, poderia representar um entrave, repudiado por todo o corpo social — notadamente porque uma intervenção concebida e operada em tais dimensões acabaria por consagrar mais um culto cartorial e formalístico, despiciendo e oneroso, do que uma política voltada à geração de resultados úteis e efetivos.

4. A FACULTATIVIDADE. INTERVENÇÃO SUBSTANCIAL E FORMAL

Diante do quadro posto, parece preferível que, frente às situações previstas no inciso III, *in fine*, do art. 82 do Código de Processo Civil, a intervenção do Ministério Público seja **facultativa** (até para não suscitar ulterior questionamento de nulidade), cingindo-se a intervenção obrigatória aos casos de expressa e objetiva previsão legal, tal como sucede nas hipóteses previstas nos incisos I e II e na parte inicial do inciso III daquele dispositivo, afora outras contempladas na legislação esparsa.

Esta solução, aliás, ainda que não represente uma unanimidade na doutrina¹¹, é preconizada por Celso Agrícola Barbi, ao assinalar que, “para tornar aplicável a norma do inciso (inciso III, in fine, do art. 82 do CPC), parece que a solução será considerar essa disposição simples **faculdade** do Ministério Público de participar de causas em que, a seu juízo, haja interesse público”.¹² (O grifo é do original)

O caráter discricionário da intervenção ministerial também é preconizado por Arruda Alvim, quando faz paralelo entre as disposições do inciso II e as do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil. Diz ele:

Já, diferentemente, enseja exercício de poder discricionário o nº III do mesmo art. 82, em que se faz uso de conceito vago, ou seja, de conceito cujo referencial semântico é variável, dentro de certos limites.

Efetivamente, quando a lei se refere à existência de **interesse público**, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, cria para o Ministério Público, ao verificar se se trata de hipótese em que deve intervir, certa margem de liberdade para adaptar este conceito vago (o de interesse público) às hipóteses concretas. Trata-se de técnica diferente daquela de que se serviu o legislador, no nº II do mesmo artigo, em que a numeração é feita específica e taxativamente.

Parece-nos que esta discricionariedade cabe à instituição do Ministério Público, e não ao Poder Judiciário, em última análise.¹³

A alternativa apontada pelos eminentes juristas não representa, a rigor, nada de

¹¹ Vicente Greco Filho, por exemplo, proclama: “No sistema do Código de Processo Civil brasileiro não há hipóteses de intervenção facultativa do Ministério Público. Já se pretendeu interpretar que seria facultativa a intervenção no caso do inc. III do art. 82, segundo norma análoga ou similar existente no Direito italiano. Nosso Código, porém, não autoriza tal interpretação, porque não existe distinção entre as hipóteses do inc. II e do inc. III, e mesmo as do inc. I do art. 82. A hipótese do inc. III apresenta dificuldades, como já se disse, em virtude de sua generalidade”. (Ob. cit. p. 157). Também o magistério de Pontes de Miranda refuta a tese da facultatividade: “Tem-se procurado interpretar o art. 82, III, como se fosse regra jurídica que apenas atribuisse faculdade de intervenção ao Ministério Público. Ora, preliminarmente, o art. 82 começa por dizer que ‘competete ao Ministério Público’: facultatividade, aí, seria significado impróprio para ‘competência’”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense. 1996, p. 184.)

¹² BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit. p. 380.

¹³ ALVIM, Arruda e ALVIM, Teresa A. *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª ed. vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 322.

inédito. Tanto que, conforme anota Jacyr Villar de Oliveira, estaria já contemplada — e operando eficientemente — na legislação processual da Itália, França e Bélgica¹⁴.

Na Itália, particularmente, cujo digesto processual serviu de inspiração e modelo para o Código de Processo Civil brasileiro, a facultatividade da intervenção do Ministério Público frente à hipótese genérica da presença de interesse público está prevista expressamente no próprio diploma processual, e mereceu de Salvatore Satta o seguinte comentário:

A função do m.p. não se explica somente por meio de ações, mas também, como dissemos, pela sua intervenção. E esta pode ser necessária e facultativa. Necessária é a intervenção quando o m.p. deve intervir sob pena de nulidade levantada de ofício. [...] Facultativa é, ao invés, a intervenção permitida pelo artigo 70 u.i. ‘em qualquer causa em que distingue um **interesse público**.’¹⁵

Calmon de Passos, não obstante pareça sustentar entendimento contrário, dizendo que “não fica ao arbítrio ou à discricção do MP intervir em processo pendente, ou nele deixar de intervir”, admite, contudo, que “não se deve, pois, confundir participação obrigatória, que existe, com atuação obrigatória, que inexistente,”¹⁶ afirmação a partir da qual é possível concluir que, circunstancialmente, dependendo do perfil do procedimento ou da lide, a intervenção do ministerial poderia reduzir-se a ato de mera formalidade, sem reclamar pronunciamento técnico-jurídico acerca da questão deduzida no feito. Em outras palavras, concluiu-se que o propósito do autor foi distinguir duas modalidades distintas de intervenção. A primeira, que denomina de “participação”, teria caráter compulsório e demandaria do agente do Ministério Público o exame aprofundado da causa e ulterior pronunciamento acerca dos fatos e teses deduzidas. Seria uma intervenção que poderia ser denominada de **intervenção substancial**. A segunda, por ele denominada “atuação”, conquanto igualmente compulsória, não reclamaria do agente ministerial o mesmo procedimento previsto na primeira hipótese, podendo aperfeiçoar-se mediante o cumprimento de mera formalidade ou singela manifestação, como um “visto”, por exemplo. Seria apenas uma **intervenção formal**.

¹⁴ OLIVEIRA, Jacyr Villar de. O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil. in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro*. n. 1. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça. p. 48.

¹⁵ SATTA, Salvatore. Ob. cit. p. 124/125.

¹⁶ PASSOS. J. J. Calmon de. Ob. cit. p. 51

5. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência pátria, por seu turno, parece não repelir a tese da facultatividade da intervenção ministerial. Tanto é, que já deixou assentado:

EXECUÇÃO FISCAL — NÃO INTIMAÇÃO DO MP.

O inciso III, do art. 82, do CPC, apenas **faculta** ao MP, como *custos legis*, ingressar no processo. Logo, não se pode falar em nulidade do processo devido à não intimação do MP, dado sua **participação facultativa** e não obrigatória no caso. (TRF 1ª R. – AC 89.01.24605-8 – DF – 3ª T. – Rel. Juiz Adhemar Maciel – DJU 16.04.90)

E ainda:

O Ministério Público não funciona, em um feito, para defender o Município, cujos interesses são acautelados pelas Procuradorias, mas, apenas, para preservar os interesses gerais da sociedade, ausentes nos casos em que se disputam relações jurídicas de direito privado, como a de execução por título extrajudicial contra a municipalidade. É necessário distinguir entre o caráter de obrigatoriedade com a **simples faculdade** do Ministério Público participar das causas, pois não é a simples presença da pessoa jurídica de Direito Público que impõe a intervenção de órgão Estadual como *custos legis*. O interesse público, previsto no art. 82, III, do CPC, é o direito indisponível, o que não acontece com simples cobrança de dívida. (TAPR – AI 96.777-7 – 7ª C.Cív. – Rel. Juiz Lauro Augusto Fabrício de Mello – DJPR 30.05.97)

De qualquer modo, ainda que não se possa falar de uma unanimidade em torno da tese, a diretriz pretoriana parece pelo menos se orientar no sentido de que a simples presença de pessoa jurídica de direito público na relação processual não teria o condão de fazer obrigatória a intervenção ministerial, já que não pode o eventual interesse da Fazenda Pública, ou do ente estatal, ser confundindo com o interesse público cuja tutela foi constitucionalmente confiada ao Ministério Público.

Neste sentido, podem ser anotados os seguintes arrestos, colhidos no repertório das cortes estaduais de Justiça:

a) EXECUÇÃO FISCAL — AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO — NULIDADE INOCORRENTE. O processo de execução fiscal não reclama a intervenção do *parquet*, porquanto busca tutelar interesse meramente patrimonial da Fazenda Pública, que dispõe de procurador

para defendê-lo e é beneficiada com o reexame necessário, em caso de decisão desfavorável. (TJSC — Apelação cível nº 96.007382-5, de Içara — rel. Des. Eder Graf — j. 08.10.96)

b) Não é obrigatória intervenção do Ministério Público nas execuções movidas contra Município (CPC, art. 82, III), pois o interesse público não se identifica com os interesses patrimoniais da Fazenda Pública. Precedentes do STF e do STJ. (TJRS – AC 595.088.907 – 3ª C. Civ.- rel. Des. Araken de Assis – j. 24.08.95)

c) MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERVENÇÃO. Desistência de desapropriação. Interesse patrimonial da Fazenda Pública, que não se identifica com o interesse público previsto no inc. III do art. 82 do CPC. Intervenção indeferida. (TJSP – AI 156.404-2 – 17ª C. – rel. Des. Hermes Pinotti – j. 13.06.90 - RJTJESP 126/323)

O mesmo entendimento é sufragado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Excelso Pretório:

a) O Ministério Público intervém nas causas em que há interesse público (CPC, art. 82, III). Não se projeta pela simples presença do Estado na relação processual. Desnecessária a atuação quando o particular aciona Estado-membro, buscando reparação de perdas-e-danos. (STJ – REsp 51 – SE – 1ª T. – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 14.05.90)

e) MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. CPC, ART. 82, III. O só fato de existir interesse patrimonial da Fazenda Pública na causa não torna obrigatória a intervenção do MP. Necessidade de evidenciar-se a conotação do interesse público. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido, para determinar que a Corte *a quo* julgue o mérito do recurso voluntário. (STF – RE 96.899 – 1ª T. – rel. Min. Néri da Silveira – RJ 115/103)

Nos tribunais superiores, esse entendimento pacificou-se em tal nível que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 189, de seguinte teor: “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”.

6. CONCLUSÃO

Em que pese o reflexo das decisões judiciais, especialmente da Súmula 189 do Superior Tribunal de Justiça, não significa que está definitivamente suprimida a possibilidade de acesso do Ministério Público ao processo de execução fiscal. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que o posicionamento atual da jurisprudência é indicativo seguro de que o exercício da função *custos legis*, a partir do delta amplo do **interesse público** (CPC, art. 82, III, *in fine*) tende a uma censura mais rigorosa. Não porque ao Ministério Público, enquanto fiscal da lei, falte capacidade para, circunstancialmente, prestar uma contribuição eficaz e decisiva à correta e imparcial outorga da jurisdição. Mas porque, em matéria de prestação da justiça, as necessidades e o almejo da sociedade não se exaurem com circunstanciais contribuições ao acerto das decisões judiciais; e, tampouco, no cultivo de formalismos de resultados duvidosos e, quiçá, modestos, em face dos custos operacionais resultantes de sua manutenção. Sabe-se, afinal, que o anseio real da sociedade, mais do que nunca, é pela presteza e efetividade da jurisdição — mesmo porque o processo é “um instrumento a serviço da paz social”¹⁷, conforme proclamado por eminentes juristas páRIOS.

Nesta linha de raciocínio, parece razoável a diretriz segundo a qual, nas situações contempladas na parte final do art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil, a intervenção do Ministério Público seja considerada **facultativa**. Ou, em pior hipótese, se considerada obrigatória, possa, sem risco de nulidade, ser apenas uma **intervenção formal**, dispensado o agente ministerial de pronunciar-se sobre os fatos e teses deduzidos no feito.

Tais alternativas, obviamente, precisariam ser entendidas não como um refú-

¹⁷ A expressão foi utilizada por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, no seguinte contexto: “É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo). O Processo é, nesse quadro, um **instrumento a serviço da paz social**. Falar em **instrumento do processo**, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre as pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição do Estado persegue: **sociais, políticos e jurídico**. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social, constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político”. (in *Teoria Geral do Processo* 12ª ed. S. Paulo: Malheiros, 1996, p. 412).

gio onde pudessem albergar-se a omissão ou a desídia funcional, mas como simples possibilidade de dispensar-se a produção de peças processuais circunstancialmente desnecessárias ou inócuas. Evitar-se-ia o que sucede, muitas vezes, com determinados “pareceres”¹⁸ que, a despeito da riqueza jurídica de seu conteúdo, limitam-se a cumprir simples formalidade, ora chancelando a tese do autor, ora a do réu, circunstância que, em regra, acaba por romper o equilíbrio do processo e raramente contribui defesa do interesse público confiada aos órgãos e agentes ministeriais.

Não obstante a solução antes preconizada se mostre razoável e encontre amparo no ordenamento jurídico, seria prudente, quiçá para evitar-se contentas pretorianas desnecessárias, que o legislador processual interviesse e estabelecesse uma melhor e mais clara disciplina da função *custos legis*, quando o seu exercício é reclamado pela presença de interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Ainda que, em razão da amplitude conceitual, se reconheça a dificuldade de elencar objetivamente as hipóteses em que aquele interesse público pudesse se fazer presente, nem por isso está o legislador impossibilitado de fazê-lo. E seria bom que o fizesse logo, evitando que a questão seja resolvida caso a caso pela jurisprudência, muitas vezes de forma contraditória ou diferenciada. Só mediante disciplina normativa, poderia efetivamente a sociedade, por intermédio de seus representantes legítimos, arrolar os casos em que, para salvaguardá-la nos seus interesses, o Ministério Público deveria efetiva e concretamente atuar no processo civil, tomando este como um instrumento de pacificação social.

De lege ferenda, poder-se-ia deixar estabelecido, por exemplo, que quando o processo trouxesse, como autor ou réu, pessoa jurídica de direito público, a abertura de vista ao Ministério Público teria caráter obrigatório, senão no curso da instrução, pelo menos após a prolação da sentença — mas sem que esse procedimento impor-

¹⁸ A exasperação do uso de “pareceres” e, sobretudo, a sua inflagem com elementos muitas vezes desnecessários à consecução dos objetivos processuais colimados foram práticas que ganharam corpo na primeira metade da década de 80, quando, em razão da sua limitada legitimação ativa na órbita cível, e necessitando ganhar importância e destaque perante os órgãos do Estado, notadamente o Legislativo (viviu-se o período pré-Constituinte), o Ministério Público optou, à mingua de outras alternativas mais relevantes, por privilegiar substância e a forma das manifestações processuais que, então, lhe facultava a legislação processual civil. Recomendou-se politicamente naquele momento histórico que, aos olhos externos, o nível técnico dos membros do Ministério Público, traduzido no conteúdo material e formal de suas peças processuais, ostentasse o mesmo padrão exibido pelos integrantes da Magistratura. Assim é que o art. 22, inciso II, da Lei Complementar 40/81 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, derogada pela Carta de 88 e hoje substituída pela Lei 8.625/93), estabelecia: “Art. 22 – São deveres dos membros do Ministério Público estadual: (...) II – **obedecer rigorosamente**, nos atos em que officiar, **à formalidade exigida dos Juizes** na sentença, sendo obrigatório em cada ato fazer relatório, dar os fundamentos, em que analisará as questões de fato e de direito, e lançar o seu parecer ou requerimento;[...].” (Grifamos)

tasse, inexoravelmente, a obrigação de uma intervenção substancial, nos moldes referidos anteriormente. Esta, ou seja, a intervenção substancial somente se daria na hipótese de revelar-se necessária alguma postulação que, independentemente de beneficiar o autor ou do réu, fosse indispensável ao resguardo do interesse público. Fora daí, a simples intimação do representante ministerial bastaria para garantir a higidez do processo. À guisa de justificativa poder-se-ia aduzir que, em regra, o acervo patrimonial dos entes públicos guarda identidade ou pode se confundir com a própria *res publica*, cuja proteção interessa a toda a sociedade, resultando daí que a presença de órgão estatal no litígio é circunstância que acena sempre com a possibilidade da ocorrência de reflexos — positivos ou negativos — sobre o erário. E, por isso, recomenda a presença do Ministério Público no processo, já que a este a Constituição confiou a tarefa maior de guardião do interesse público.

Humberto Theodoro Júnior mostra-se simpático a esse entendimento quando destaca que, “se o interesse é público, como o relacionado com os bens e obrigações das pessoas jurídicas de direito público, ou porque envolve parcela imprevisível da comunidade, como se dá com a falência, a intervenção do *custos legis* é de conveniência intuitiva”¹⁹.

A proceder-se nos moldes desta proposta, o órgão ministerial, além de bem cumprir o seu múnus constitucional, poderia poupar-se de manifestações processuais muitas vezes despiciendas, guardando-se para o implemento de outras funções reconhecidamente úteis e eficazes no processo de construção da paz social, tanto na esfera judicial, na condição de legitimado processual ativo, como na órbita extrajudicial, agenciando interesses sociais e prevenindo conflitos mediante a promoção de audiências públicas e termos de ajustamento de condutas.

Desta forma, certamente tenderia a esvaziar-se a crítica daqueles que vêem na redefinição do espaço reservado ao exercício formal da função *custos legis* uma ameaça ao acervo de competências e atribuições legítima e legalmente conferidas ao Ministério Público. Isto porque, diversamente do que costumam apreçoar esses críticos, a redução quantitativa das intervenções substanciais e, sobretudo, a racionalização do modelo de atuação como fiscal da lei hoje ainda em voga são medidas que fazem parte de uma estratégia política voltada para a de definição de prioridades institucionais, cuja execução se faz imprescindível e inadiável, inclusive como pressuposto da afirmação do Ministério Público como instituição apta a resgatar, plena e eficazmente, os compromissos que a sociedade lhe confiou, inseridos, sobretudo, na Carta de 1988 e em vários outros diplomas por ela inspirados.

Registrou, com muita propriedade, o Procurador de Justiça Walter Paulo

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit. p. 161.

Sabella, do Ministério Público paulista:

Não obstante a sua configuração de autêntico garante da cidadania, investido de relevantíssimas funções como órgão promovente ou parte ativa — funções que o assoberbam quantitativa e qualitativamente — a verdade é que, com este Ministério Público coexiste um outro, de funções marcadamente intervenientes, de custos legis, segundo a linguagem sedimentada no foro. E o certo é que, dos interesses de que a tal título se encarrega, muitos, se comparados às incumbências próprias de seu perfil novo, terão relevância extremamente discutível.²⁰

Também vale lembrar que o festejado Giuseppe Chiovenda, depois de reportar-se às múltiplas funções do Ministério Público, concluiu que “o mais importante instrumento que a lei confia ao Ministério Público para o desempenho de tais funções é a ação judicial.”²¹ E o mestre Seabra Fagundes, em conferência pronunciada em 1961, sob o título, *O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo*, fazia a seguinte exortação:

Já é tempo de utilizar a organização do Ministério Público para algo mais do que a secular iniciativa na aplicação da lei penal e a diminuta intervenção no campo do direito de família. A excelente aparelhagem orgânica que ele representa, difundida por todo o território do país, em condições de atuação mais ou menos satisfatórias e comportando fácil aproveitamento, induzem a chamá-lo ao desempenho de tarefa meritória de vigilante e ativo guardião da ordem jurídica no que tenha esta de mais significativo.²²

A questão, por certo, extrapola os limites dos interesses corporativos e das discussões jurídico-processuais, ganhando dimensão deontológica, para usar uma expressão de Cândido Rangel Dinamarco.²³

²⁰ SABELLA, Walter Paulo. O Ministério Público e as Novas Dimensões do Conceito de Cidadania. in *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. São Paulo: APMP. Número 7. Junho de 1997. p. 46.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. Trad. J. G. Menegale. São Paulo: Saraiva. 1969. p. 87.

²² FAGUNDES, Seabra. O Ministério Público e a Preservação da Ordem Jurídica. In *Revista do Ministério Público Fluminense*. Número.2, vol. 1. p. 48.

²³ O aspecto deontológico do processo foi destacado por Dinamarco no seguinte contexto: “Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração do

De fato, se já àquela época se recomendava o alargamento das iniciativas do Ministério Público fora do âmbito conceitual da função de *custos legis*, hoje, com o agigantamento de suas legitimações ativas, demarcadas, entre outros diplomas, pela Lei da Ação Civil Pública, pela Constituição Federal de 1998, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Improbidade Administrativa, a reavaliação das posturas e procedimentos como órgão interveniente mais do que nunca se faz necessária. Afinal, forçoso é admitir que nos dias atuais, à luz das disposições do art. 127 da Constituição da República, a contribuição do Ministério do Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis se afirma muito maior e mais eficaz como legitimado ativo do que como simples fiscal da lei.

Certamente não por outra razão, os participantes do XXII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em maio de 1998 na cidade de Fortaleza, chacelaram por unanimidade conclusões de teses com os seguintes enunciados:

a) Torna-se essencial a revisão de posturas e práticas processuais para adequar o Ministério Público, instrumentalizando-o, enquanto órgão agente, para promover a defesa do interesse público na condição de legitimado ativo, para o pleno e eficaz exaurimento do preceito inscrito no artigo 129 da Constituição Federal.²⁴

b) Para poder exercer, na plenitude, todas as funções institucionais, urge ao Ministério Público priorizar sua atuação, criando estratégia que corresponda aos anseios sociais. [...]

Não se justifica a intervenção do Ministério Público em ações meramente individuais onde as partes se encontram legalmente representadas e os interesses são disponíveis e sem relevância social.²⁵

jus excepciones e sua suposta assimilação à idéia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 22

24 COTA, Odil José. *Ministério Público: custos legis ou legitimado ativo?* In Livro de Teses. Tomo III. Fortaleza: CONAMP/ACMP. 1998. p. 836.

25 DA SILVA, Jorge Augusto Moraes et. Alli. *Atuação do Ministério Público na Área Cível: tutela dos interesses individuais e supra individuais – racionalização da intervenção do Promotor de Justiça, como fiscal da lei, no processo civil.* In Livro de Teses, Tomo III. Fortaleza: CONAMP/ACMP. 1998. p. 827.

Em verdade, parece chegado o momento do Ministério Público, superando eventuais espasmos corporativos de quem se afeiçoou às amenidades cinzentas e estéreis do formalismo processual, empreender com coragem e absoluto senso de responsabilidade uma reflexão aprofundada a respeito do conteúdo e alcance dos seus compromissos institucionais, tomando como parâmetro os preceitos inscritos na Carta Política de 1988. Não há tempo a perder. Nem são muitas as alternativas. Ou o Ministério Público se harmoniza com o pulsar da história e assume na sua inteireza esses compromissos e busca resgatá-los, exaurindo com eficiência o rol das suas legitimações ativas, de modo a gerar os resultados que dele a sociedade espera; ou, retrógrado e renitente, se deixa atingir pelo processo de desvanecimento institucional, privilegiando o exercício cômodo da função *custos legis*, na presunção falsa de que, como mero coadjuvante processual, poderá operar satisfatoriamente o resgate dos compromissos que o constituinte lhe conferiu.

A sociedade, certamente, espera que a opção seja pela primeira alternativa.

Texto revisto em 14 de abril de 2004.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. Tomo II*. Rio de Janeiro: Forense. 1975.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva. 1974.

ALVIM, Arruda. *Apud* SOUZA, Joaquim Pereira de. *O Ministério Público no Processo Civil*. Goiânia: Associação Goiana do Ministério Público, 1980.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Konfino, 1974.

PASSOS, J.J. Calmon de. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, vol. 258. Rio de Janeiro: Forense.

COSTA, Alfredo de A. L. da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino. 1944.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro:

ro: Forense. 1985.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 7ª ed., vol. I. Trad. Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi. 1973.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I. São Paulo: Saraiva. 1981.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

ALVIM, Arruda e ALVIM, Teresa A. *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª ed. vol I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

OLIVEIRA, Jacyr Villar de. O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil. *in Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro*. n. 1. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de et alli. *Teoria Geral do Processo* 12ª ed. S. Paulo: Malheiros, 1996.

SABELLA, Walter Paulo. O Ministério Público e as Novas Dimensões do Conceito de Cidadania. *in Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. São Paulo: APMP. Número 7. Junho de 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. Trad. J. G. Menegale. São Paulo: Saraiva. 1969.

FAGUNDES, Seabra. O Ministério Público e a Preservação da Ordem Jurídica. *In Revista do Ministério Público Fluminense*. Rio de Janeiro: PGJ. Número. 2, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

COTA, Odil José. Ministério Público: custos legis ou legitimado ativo? *In Livro de Teses. Tomo III*. Fortaleza: CONAMP/ACMP. 1998.

DA SILVA, Jorge Augusto Morais et alli. Atuação do Ministério Público na Área Cível: tutela dos interesses individuais e supra individuais – racionalização da intervenção do Promotor de Justiça, como fiscal da lei, no processo civil. *In Livro de Teses, Tomo III*. Fortaleza: CONAMP/ACMP. 1998.

O USO INDEVIDO DA MEDIDA PROVISÓRIA E A USURPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Agamenon Bento do Amaral

*Procurador de Justiça aposentado, Mestre em Direito,
Professor Adjunto da UFSC, Advogado e Escritor*

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza Jurídica da Medida Provisória; 3. Previsão e Requisitos Constitucionais; 4. Breve Análise dos Requisitos Constitucionais e as Conseqüências de suas Ausências; 4.1. Da Relevância; 4.2. Da Urgência; 5. A Medida Provisória e o STF; 6. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

O século é o XXI e a época é a da globalização social, política e econômica, das grandes interações e movimentos sociais. O homem já foi a lua, a fissão nuclear já não é mais um sonho, a clonagem de embriões já é um fato incontestável, as comunicações ultrapassaram todas as fronteiras e o desconhecido, entretanto, não foi ainda, totalmente, desvendado. O Estado politicamente organizado e, mais precisamente, o seu governo institucionalizado deixou de ser absolutista para assumir o seu verdadeiro papel de agente e feitor do Bem Estar Social, não obstante, ainda e infelizmente, a existência de alguns governos que ainda insistem em colocar interesses outros (próprios ou de terceiros) acima daqueles legítimos da sociedade civil organizada. Mas, afinal, o que tem isso tudo acima mencionado com o tema objeto desta exposição.

Essa relação, é, justamente, o que tentaremos demonstrar.

2. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

O que é, enfim, a tal decantada e mal-usada medida provisória? Nesse ponto, como sabido, não há unanimidade não só na doutrina como, igualmente, na jurisprudência.

Assim, doutrinariamente, alguns a consideram como típico ato de feição normativa primária¹, outros, como um ato político com eficácia condicionada e, ainda, há aqueles que a consideram, nos tempos atuais, como um claro instrumento para a usurpação de um poder pelo outro.

Entretanto, constitucionalmente, a Medida Provisória constitui, ao nosso ver, um instrumento jurídico-político de competência privativa do Presidente da República no âmbito federal que em situações de relevância e urgência pode ser usado. Não é uma lei no sentido técnico-jurídico, mas o constituinte de 88 emprestou-lhe força de lei (art.62, da Constituição Federal vigente). Não guarda sintonia com a lei, porque essa tem sua origem e forma na conformidade da representação popular para a qual se destina, enquanto que aquela – a Medida Provisória –, constitui produto único da vontade unipessoal e personalista do soberano, leia-se do Presidente da República, nem sempre correspondente ou em sintonia com os anseios e necessidades populares.

3. PREVISÃO E REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

O texto constitucional, no que tange ao assunto em tela, estabelece, no capítulo dedicado ao “Processo Legislativo”, o seguinte:

“Art. 59 – O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – **medidas provisórias**;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções.” (grifamos)

E, no art. 62, prescreve expressamente o seguinte:

¹ *Apud* Sissi Andrade Macedo Veja, Advogada, bacharel^a em Direito pela Universidade de Brasília, em Medidas Provisórias: regime de tramitação e sobrestamento da pauta, in artigo veículo em <http://www.teiajuridica.com/mptranc.htm>

“Art. 62 – Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.” (grifamos).

Do texto constitucional supra descrito, evidencia-se, à toda evidência, que, dois são os requisitos materiais para a validade mandamental do dispositivo e, ao nosso ver, a ausência de qualquer um deles importa na sua imprestabilidade legal.

No momento a seguir alinhado, teceremos algumas observações sobre sobre a necessidade da efetiva presença de tais requisitos e, as conseqüências que podem decorrer de suas ausências.

4. BREVE ANÁLISE DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E AS CONSEQÜÊNCIAS DE SUAS AUSÊNCIAS

É consabido que, quando o legislador ordinário ou, mesmo o constitucional, estabelece no texto legislativo a existência de requisitos formais e materiais, como elementos integradores da norma legal, está, iniludivelmente, determinando ao intérprete e ao aplicador da lei a verificação vestibular daqueles como condição indispensável ao deferimento do direito pleiteado pelo cidadão.

Tais requisitos, em última análise, são a essência da norma disciplinadora de alguma situação de fato apontada pelo particular e que precisa ser reconhecida para ser protegida. Em conseqüência, somente ante a concorrência efetiva e a verificação real pelo aplicador de tais requisitos constantes da norma legal é que se poderá, então, verificar se aquela, reclamada pelo interessado, se ajusta ao fato por ele descrito.

Por outro lado, quando o legislador ordinário normatiza determinada situação de fato ocorrente na sociedade, estabelecendo as regras necessárias ao reconhecimento do direito reclamado pelas partes, determina, via de regra, o (s) requisito (s) que deve(m) ser satisfeito(s) pela(s) parte(s) reclamante(s) ou interessada(s) para reconhecimento do direito reclamado.

Do mesmo modo e, aqui, adentrando propriamente na questão em discussão, quando a autoridade pública – no caso em estudo o Presidente da República – , em face do mandamento constitucional resolve atuar na condição de legislador unipessoal extraordinário, está na estrita obrigação legal de editar norma que guarde íntima e total consonância com o texto da lei fundamental sob pena de indistigável ofensa a este e eventual cometimento de crime de responsabilidade por abuso de poder.

Por se tratar de norma de caráter coativo e de imediata aplicação no mundo

jurídico, indo atingir situações de fato no âmbito da sociedade e, como consequência, restringindo, ampliando ou suprimindo direitos de particulares, é imperativo, por ele, o exame preliminar dos requisitos constantes do preceito constitucional sem prejuízo, evidentemente, do exame político.

Ou seja, em outras palavras, por se tratar de ato jurídico de comando único e pessoal com imediata inserção no âmbito social, isto, em razão de estarmos num Estado Democrático de Direito como tal estatuído no art. 1º, da lei fundamental, não está ele dispensado daquele exame, pois a discricionariedade que detém para a emissão da medida não exclui a adequação necessária à norma constitucional.

Se assim não fosse, ou seja, a existência de uma suposta e total liberdade concedida à autoridade pública para a emissão de texto com força de lei, por certo não teria o legislador constitucional se referido à exigência daqueles requisitos – relevância e urgência – como exigência indispensável para a validade substancial da futura lei que se poderá ter.

Tal cuidado se mostrou pertinente, justamente por causa da natureza da norma que, adentrando no mundo jurídico de imediato, irá disciplinar situações fáticas com inegáveis e notáveis repercussões na esfera individual ou pública.

Na aplicação do dispositivo enfocado, dada a sua aplicação excepcional, não há lugar para um exame sobre a conveniência ou oportunidade da medida, pois tais elementos, no caso, não são elementos essenciais da norma, apenas funcionando, eventualmente, como complemento(s) extrínseco da sua aplicação e, ademais, tal exame estaria na esfera do poder legisferante, no caso, o Poder Legislativo.

Como já acentuamos, a integração da norma constitucional ao nosso ver, só se perfectibiliza com a ocorrência simultânea de seus requisitos formadores. Como decorrência, ao nosso sentir, a edição da Medida Provisória subsequente sem estar alicerçada nos dois requisitos mencionados, deve ser declarada nula de pleno direito por ausência de pressupostos essenciais previstos no texto constitucional, sendo, por conseguinte, inócua para disciplinar qualquer situação e, muito menos, para restringir direitos porventura já reconhecidos de outro modo.

E, sobretudo, resta acentuar acima que os dois (2) requisitos mencionados devem estar presentes simultaneamente no momento da edição da Medida Provisória, pois o texto constitucional disciplinador, contendo a conjunção aditiva e não dá idéia de alternatividade mas sim de concomitância.

4.1. Da Relevância

Num sentido puramente gramatical, relevância significaria algo que se salienta entre outras coisas; algo que se destaca, desponta, ou ainda, aquilo que sobressai,

que tem relevo.

Entretanto, o que interessa ao mundo jurídico, é o seu valor técnico-jurídico, ou seja, aquele usado na linguagem jurídica conhecida. Esse sim, é que terá valor para efeito de interpretação da norma jurídica.

Ora, em assim entendendo, podemos afirmar que relevância no seu sentido legal refere-se à determinada situação em que haja um bem jurídico – público ou particular – de valor considerável e que necessite de disciplinamento regular ou de proteção quando se ache em iminente perigo.

Ou em outras palavras, também se têm entendido que relevância importa no reconhecimento de uma situação de real importância dentro da sociedade em qualquer de seus campos – político, social ou econômico – que precisa ser imediatamente normatizada sob pena de grave convulsão ou equilíbrio da própria estrutura social.

Como se vê, pela natureza da questão fática sob o enfoque da relevância privilegiada pelo legislador constitucional, não será, à toda evidência, qualquer questão menor, como por exemplo a proibição de jogos de bingos – tidos como de azar – no país, sob o argumento falso da lavagem de dinheiro do tráfico², ou, mais absurdamente, a exclusão de um dia considerado feriado no calendário nacional que se moldará ao tipo constitucional estabelecido pelo legislador no seu art. 62.

Em suma, no âmago do termo jurídico em comento, vamos encontrar sempre a existência de uma situação cujo bem jurídico a ser disciplinado ou protegido assuma juízo de valor de real importância que mereça, justamente por essa condição, um tratamento legal e imediato.

Essa hipótese prevista no texto constitucional – relevância – para efeito de caracterização, consistiria aquilo que, atualmente, os juristas chamam de **“fumus boni juris”**, ou seja, a **“fumaça do bom direito”**.

Nesta conformidade, a edição da Medida Provisória só estaria, ao nosso ver, justificada se, e somente se, estivesse alicerçada no **“fumus boni juris”** no momento da sua deflagração.

Por isso mesmo é que ficariam fora do campo de abrangência da medida provisória, todas as demais situações ocorrentes na sociedade que, pelas suas características factuais, são rotineiramente normais ou num grau de valor ou importância jurídicos considerados normais e, por isso, aquelas estariam relegadas às leis ordinárias.

² Neste país, atualmente, raras pessoas têm qualificação suficiente para abordar com seriedade e precisão o que seja lavagem de dinheiro, seu modus operandi e sua estrutura eventualmente organizada.

4.2. Da Urgência

O requisito constitucional da “urgência”, inserido no texto fundamental pelo legislador excepcional, diz respeito àquela situação de fato, ocorrente na sociedade que, pela suas características, demanda uma resposta **imediate, rápida, sem demora**, a fim de que o bem jurídico particular (s) ou público não venha a sofrer colapso imediato ou, mesmo, perecimento.

São, como se sabe, situações excepcionais de vulto que apresentam potencial perigo ao corpo social como um todo, a uma comunidade inteira em particular ou, então, à própria integridade do país no que diz respeito à sua segurança ou soberania.

Na verificação deste requisito constitucional, por certo, a autoridade pública competente para a emissão da Medida Provisória deverá ter em mira, sempre, o caráter emergencial da situação, a existência de um perigo potencial ou concreto para o corpo social ou, ainda, levar em consideração que o caminho da lei ordinária, via Congresso Nacional, se tornará ineficaz quando escolhido pela autoridade pública com graves transtornos ou seqüelas pelos danos então surgidos com a demora.

Essa situação a que nos referimos é conhecida no âmbito jurídico como situação de “**periculum in mora**”, ou seja, a iminente probabilidade de perigo ou surgimento de dano que pode advir, e por certo advirá, da demora na adoção das medidas legais cabíveis àquela situação.

Com base nos fatos ocorrentes no dia-a-dia, uma das situações que exigiria uma pronta resposta ou ação governamental e, por conseguinte, justificável a edição da Medida Provisória, seria, pois, a hipótese de **uma calamidade pública (uma enchente, um vendaval de forte intensidade, etc.)** ou, ainda, **uma epidemia de graves conseqüências**, entre outras.

Tais situações, fora de dúvidas, pela natureza de suas ocorrências, não comportam maiores divagações.

5. A MEDIDA PROVISÓRIA E O STF

A Constituição Federal, como sabido, é a lei fundamental do Estado Democrático de Direito e, nesta conformidade, todos os governantes, sejam eles de que níveis forem – federal, estadual ou municipal, estão a ela sujeitos.

Vive-se, na atualidade, a supremacia do DIREITO SOBRE A FORÇA e não, ao contrário, A FORÇA SOBRE O DIREITO.

Por isso mesmo que, fiel aos princípios que asseguram a supremacia do DIREITO DO CIDADÃO sobre o DIREITO DO ESTADO, é que o legislador constitucional, consagrou no texto fundamental, entre outras garantias, a seguinte:

“XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

E, no art. 102, ao se referir à competência da Corte Constitucional, assevera:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal , precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. (grifamos)

Ora, se isso é verdade, como realmente entendemos que deva ser, o Supremo Tribunal Federal não pode ficar subtraído e nem subtrair-se ao exame ainda que perfunctório e de modo prévio, dos requisitos constitucionais da Medida Provisória, tais como, o da relevância e da urgência.

E, isso, por uma razão muito clara e incontestável: a possibilidade da ocorrência de dano – particular ou público – face a imediata vigência da Medida Provisória sem audiência do Congresso Nacional, este sim, o poder legítimo para a elaboração das leis.

Considerado o tempo máximo de tramitação da Medida Provisória atualmente – 120 dias – no Poder Legislativo (Emenda Constitucional nº 32/01), vislumbra-se claramente evidentes eventuais danos, afinal, no caso de não aprovação do texto excepcional.

Nem tampouco, nos parece, data vênua, deva o Supremo Tribunal Federal omitir-se ante a determinação do próprio ordenamento constitucional que lhe confere, explicitamente, a condição de “guardião da lei magna”.

Ora, se isso é também verdade, como a nós transparece de forma cristalina, a sua intervenção em todos os casos de emissão de Medidas Provisórias se apresenta legítima e necessária como sentinela do texto maior e, sobretudo como garantia aos direitos individuais inalienáveis ou direitos coletivos ou sociais já consagrados.

No cenário internacional, o direito italiano deu considerável exemplo de eficiência na proteção de seus nacionais ao consignar no texto constitucional³, art.134, a competência para o julgamento de, *verbis*:

“Controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões”. (grifamos)

Segundo assevera a articulista em seu notável estudo, *verbis*:

“Incidentalmente, a questão de ilegitimidade constitucional poderia ser levantada no curso do julgamento ou por uma das partes, desde que o juiz não a considere manifestamente infundada, sendo remetida à Corte Constitucional para julgamento. Por via direta, quando uma Região considera que uma lei ou ato da República invada a esfera de competência para si garantida pela Constituição, pode, com deliberação da Junta Regional, promover a ação de legitimidade constitucional frente à Corte, no termo de 30 dias da publicação da lei ou do ato.”

E, ademais, no intuito de fornecer maiores elementos para o entendimento da matéria, segundo o parâmetro da necessidade de intervenção do órgão jurisdicional no exame dos requisitos exigidos para a emissão da Medida Provisória, citamos ainda a parte principal do mencionado estudo acima referido e que se refere a prolação da SENTENÇA nº 29, de 27 de janeiro de 1995, quando a Corte Constitucional daquele Estado analisou a questão do exame dos requisitos constitucionais no caso do Decreto-Lei italiano, como segue:

“A inadmissibilidade das questões deduzidas não pode ser baseada em argumentos segundo os quais afasta-se dos poderes desta Corte verificar em concreto a presença dos pressupostos de necessidade e urgência previstos no art. 77 da Constituição para a adoção dos decretos-lei, sendo reservada a verificação à valoração política do Parlamento. Esta posição, partilhada no passado, ignora que a norma do citado art. 77, a preexistência de uma situação de fato que comporte a necessidade e urgência na utilização de um instrumento excepcional, como o decreto-lei, constitui um requisito de validade constitucional da ação deste ato, de modo que a eventual evidente ausência daquele pressuposto configura tanto um vício de legitimidade constitucional do decreto-lei, na hipótese adotado for a do âmbito de possibilidades de aplicação constitucionalmente previstas, quanto um vício in procedendo da própria lei de conversão, tendo esta última no caso hipotetizado, valorado erroneamente a existência de pressupostos de validade, na realidade insubsistentes, convertendo em lei um ato que não podia ser legítimo objeto de conversão. **Portanto, não existe**

³ A Corte Constitucional encontra-se disciplinada no Título VI, parte II, arts. 134 a 137, da Constituição da República Italiana, apud Thamy Progrebinschi, em excepcional artigo sobre o “Controle de Constitucionalidade dos Decreti-Legge: Uma experiência Italiana, in http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_thamy.html

nenhuma preclusão a fim de que a Corte Constitucional proceda ao exame do decreto-lei ou da lei de conversão sob o perfil do respeito dos requisitos de validade constitucional relativos à preexistência dos pressupostos de necessidade e urgência, na medida em que o correlato exame das Câmaras em sede de conversão comporta uma valoração de tipo diverso e, precisamente, de tipo nitidamente político seja com relação ao conteúdo da decisão, seja com relação aos efeitos da mesma” (destaque da autora do texto).

Acresce, por outro lado, acentuar que, no caso italiano, estão bem definidas as matérias que podem ser objeto da expedição do Decreto-lei, constituindo abuso de poder por parte da autoridade pública emissora do diploma, contemplar matéria fora de sua área de competência.

No caso brasileiro, entendemos, que a competência do Presidente da República para a emissão de Medidas Provisórias, está necessariamente concentrada nas hipóteses do art. 84, da Constituição Federal, sendo-lhe vedada a ação sobre outras matérias ou questões de competência originária da União, dos Estados ou Municípios ou, ainda, quaisquer outras a tais entes não atribuídas.

Infelizmente, em nosso caso, a tônica tem sido a usurpação de competências estatuídas no texto constitucional e colocadas na Medida Provisória como supostamente legítimas.

O cometimento deste tipo de usurpação já vem de longa data e, lamentavelmente, com ela têm silenciado não só o Congresso Nacional – este sim, legitimado constitucionalmente para a ação legisferante – como, igualmente, o próprio Supremo Tribunal Federal.

Por último, para encerrar este tópico, cabe acentuar que, nem mesmo no período rígido da ditadura do Presidente Vargas⁴, quando ele outorgou à nação a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937⁵, teve tal autoridade tanto elasticidade para editar os famigerados decreto-leis, já que os arts. 13 e 14 daquele texto, restringiam a sua competência para agir.

⁴ Período que vai de 1930 até a deposição do Presidente em 1945.

⁵ Constituição Federal conhecida como “Polaca”, de cunho altamente ditatorial, assim considerada pela doutrina política nacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que restou dito, algumas conclusões são possíveis de ser extraídas, a saber:

a) a Medida Provisória contemplada no art. 62, do texto magno, se nos afigura um instrumento extremamente importante e excepcional no processo legislativo nacional, porque prevista para situações relevantes e de urgência que reclamam imediata decisão ou disciplinamento ou proteção de um jurídico particular ou público;

b) a Medida Provisória, para a sua edição, requer a plena configuração de dois (2) requisitos materiais previstos no texto constitucional – relevância e urgência – sob pena de tornar-se um édito de feição monárquica, absolutista ou despótico, apenas chancelada pelo Poder Legislativo;

c) o S.T.F. tem inequívoca legitimidade constitucional para o exame e controle prévios acerca dos requisitos justificadores da Medida Provisória na Constituição Federal;

d) a Medida Provisória não pode constituir-se num instrumento vulgar pelo governante pelo seu uso generalizado e constante, com evidente desvirtuamento de sua destinação constitucional;

e) o Congresso Nacional, na sua alta destinação constitucional, deveria examinar a possibilidade de emenda constitucional, prevendo o exame prévio do órgão constitucional, S.T.F., antes do exame político por ele feito, o que, por certo garantiria a constitucionalidade da medida;

f) por se tratar de instrumento excepcional de feição legislativa atípica, deveria ter seu prazo de validade inicial reduzido, acelerando com isso o exame legislativo pelo Congresso e;

g) as matérias que podem ser objetos das Medidas Provisórias, referem-se, tão-somente, àquelas que são da competência privativa do Presidente da República.

Observação final do autor: a relação mencionada na introdução entre o tema abordado e o tempo moderno em que vive a sociedade, é a de que não podem os governantes subestimar a capacidade dos governados de entender e julgar as ações do governo, as decisões tomadas por ele e, seus próprios governantes.

ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES: REQUISITOS LEGAIS DESTACADOS

Luciano Trierweiller Naschenweng

Promotor de Justiça em Criciúma - SC

Trouxe a Lei nº 10.406/02, como inovação mais destacada, a permissão para a alteração do regime de bens entre os cônjuges. Dispõe o § 2º do artigo 1.639 do Novo Código Civil que *“É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”*.

Contudo, para que se viabilize tal alteração, diversos requisitos estão postos na lei e merecem uma apreciação mais detalhada:

a) É necessária uma autorização judicial para haver a alteração, não bastando um simples encaminhamento pelos cônjuges ao oficial do registro civil.

b) É inadmissível postulação unilateral. Quando a pretensão for formulada de forma bilateral, deverá a inicial ser de pronto rejeitada, por carência de ação. Assim, o pedido deve ser formulado por ambos os cônjuges, que deverão estar acordes, sem controvérsia sobre o assunto.

c) O pedido deve vir motivado, ou fundamentado, contendo as razões da alteração. Não basta a simples vontade dos interessados. Neste sentido, torna-se

necessária a designação de audiência de ratificação do pedido, oportunidade em que o Magistrado e o representante do Ministério Público terão contato direto com as partes e poderão melhor aferir as verdadeiras razões do pedido.

d) Deve vir expressa a procedência das razões, não sendo suficiente um simples pedido baseado em mero desejo impulsivo. Para dar seriedade ao pedido, devem os requerentes apresentar: 1) certidões negativas de débitos com a União, Estado e Município; 2) certidões negativas dos tabelionatos de protesto de título no local onde residem; 3) certidões negativas em falência e concordata e condenações criminais no juízo onde residem; 4) declarações de patrimônio e rendimentos dos interessados; 5) declaração de cada um contendo informações quanto à existência ou não de sociedade de alguma pessoa jurídica, as dívidas e a saúde financeira desta; 6) informações quanto à existência de filhos comuns ou de outros relacionamentos.

e) Quanto à ressalva dos direitos de terceiros, faz-se necessária a publicação de edital no diário da Justiça, com prazo de 30 dias, consoante dispõe o artigo 1º, do Provimento nº 13/2003, da Corregedoria Geral da Justiça: *“A modificação do regime de bens do casamento decorrerá de pedido motivado de ambos os cônjuges em procedimento de jurisdição voluntária, devendo o Juízo competente publicar edital com prazo de 30 (trinta) dias, a fim de imprimir a devida publicidade à mudança, visando resguardar direitos de terceiros”*.

f) É obrigatória a intervenção do Ministério Público conforme estabelece os artigos 1.105 e 82, inciso II, do Código de Processo Civil, considerando que se trata de causa atinente ao casamento, não obstante de conteúdo meramente patrimonial.

g) Não há prazo de tempo mínimo de casado para se pleitear a mudança no regime de bens.

h) O requerimento dos interessados seguirá o procedimento de jurisdição voluntária (artigo 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil), não havendo outros interessados senão os cônjuges. Os parentes e eventuais credores não serão citados, pois não haverá a necessidade de suas participações no processo.

i) Não será possível a alteração do regime de bens daqueles casais que celebraram o matrimônio nas circunstâncias do artigo 1.641, incisos I, II e III, do Código Civil, pois estão sujeitos ao regime obrigatório da separação de bens, salvo a hipótese de terem obtido a não-aplicação das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do artigo 1.523 do mesmo dispositivo legal.

j) É possível a alteração do regime de bens daqueles que tiveram o casamento celebrado sob a vigência do Código Civil de 1916. Embora remansosa corrente doutrinária pense o contrário, começam a surgir decisões judiciais que contrariam tal entendimento. Exemplo disso é a decisão da Juíza Jucelana Lurdes Pereira dos

Santos, da 3ª Vara da Família e Sucessões de Porto Alegre (uma das primeiras do Brasil, segundo o site www.espacovital.com.br). Extrai-se da decisão proferida nos autos nº 00113454988: *“Vistos XX e XX brasileiros, casados entre si, empresários, ajuizaram a presente ação ordinária onde postulam a alteração de regime de bens de seu casamento, a fim de poderem proceder modificação na disposição da empresa em que são sócios, pelo fato do novo Código Civil não mais permitir sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens. Por isso requerem a alteração do regime de bens de comunhão universal para o de comunhão parcial. Juntam documentação exigida pelo Juízo. Designada audiência na qual os postulantes expuseram a situação, e de forma espontânea manifestaram a vontade de alterarem o regime, tendo sido advertidos das conseqüências. O Ministério Público opinou, neste ato, pela procedência do pedido. Relatei. Decido. Trata-se de pedido de alteração de regime de bens de casamento, o que está previsto no art. 1.639, § 2º do novo Código Civil. Apesar do art. 2.039 do novo Código Civil dizer que o regime de bens dos casamentos celebrados sob a vigência do CC/16 é o por este estabelecido, o legislador não proibiu a alteração de regime, se esta for a vontade do casal. Até o advento deste novo diploma, o regime em que se contraía o casamento era irrevogável, mas a regra esculpida no art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil, termina com esta vedação, e dá ao regime de separação de bens maior flexibilidade: permitindo seja alterado, e só veda a possibilidade de mudança nas hipóteses dos incisos do art. 1.641, que não se aplicam ao caso em exame. O pedido está motivado no fato do casal ser sócio se uma empresa, e ao tentarem abrir filiais desta empresa sua pretensão esbarrou na negativa do Registro Civil das Pessoas Jurídicas desta Capital, em razão dos sócios serem casados pelo regime da comunhão universal de bens, pois o art. 977 do novo Código Civil, vedou que cônjuges casados por esse regime sejam sócios, entretanto, a mesma lei abriu possibilidade para que eles possam alterar o regime de bens. Na audiência de ratificação do pedido (fls. 44), os autores expuseram a este Juízo a sua situação, e ficou bastante evidente que a alteração do regime tem a finalidade apenas de expandir os negócios da empresa familiar, e não há prejuízo para nenhum deles, pois todos os bens foram adquiridos na constância do casamento, muito menos para terceiros, já que a própria lei se encarregou de fazer a ressalva. Ademais, os requerentes apresentaram certidões negativas de débitos com a União, Estado, e Município de Porto Alegre. Também dos tabelionatos de protesto de títulos desta Capital (fls. 45/56), além de certidões negativas em falências e concordatas e condenações criminais (fls. 57/62), a fim de demonstrarem a seriedade do pedido, o qual merece prosperar. Ante o exposto, defiro o pedido e determino a alteração do regime de bens do casamento de XX e XX, passando este a ser o regime da comunhão parcial de bens. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Registro Civil. A alteração do regime também deverá ser averbada no Registro de Imóveis (art. 1.657 do CC). Custas pelos autores. Registre-se. Intimem-se. Porto Alegre, 16 de julho de 2003” (Grifei).*

k) Com o deferimento da modificação, a alteração deverá ser averbada na certidão de casamento, assim como no registro geral de imóveis da situação dos bens envolvidos e do domicílio do casal (artigo 167, da Lei nº 6.015/73). Também a averbação deverá ser feita igualmente na junta comercial, se comerciante pelo

menos um dos cônjuges (artigo 37, Lei nº 4.726/65). Em relação ao casal, os efeitos da mudança se operam a partir da decisão judicial favorável e, em relação a terceiros, da averbação no registro civil de pessoas naturais.

l) Com a alteração do regime de bens, revoga-se automaticamente o pacto antenupcial daquele regime anterior que o exigia, pois se trata de posterior manifestação de vontade do casal. Vale ressaltar que se o novo regime de bens exigir o pacto antenupcial, não será necessário cumprir a determinação do artigo 1.653 e seguintes do Código Civil, pois o casamento já se realizou e também porque, sendo o processo judicial de alteração de regime de bens um instrumento público, supriria a exigência da escritura pública condicionada ao novo regime.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marcelo Wegner

Promotor de Justiça em Laguna - SC

As instituições não existem sem uma razão de ser, tampouco existem para si mesmas. Todas têm a sua finalidade social, às vezes até, legalmente estabelecida. Assim também é o Estado.

A atual Constituição projetou um Estado Democrático de Direito, voltado ao bem estar social, dando prevalência à problemática dos interesses e conflitos das crianças e dos adolescentes (artigo 227 da Constituição Federal).

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a doutrina da proteção integral, repetindo o que já havia sido colocado na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959.

Observa-se, assim, que embora tenha transcorrido longo período de vigência do ECA, esta Lei não conseguiu modificar as estruturas arcaicas do Poder

Executivo, o qual omite-se em praticar uma política social eficaz, que assegure os direitos já positivados.

Neste contexto histórico, cabe uma análise do plano eficaz das normas contidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente no que diz respeito aos direitos coletivos e sociais, haja vista que a imperatividade dos direitos fundamentais já restou assegurada pelo princípio da aplicabilidade imediata contida no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição.

O sistema tradicional é estruturado a partir da valorização das seguintes categorias: “tripartição, separação e equilíbrio entre os Poderes; constitucionalidade, legalidade e seus controles; igualdade formal de todos perante a lei; hierarquia de leis; autonomia da vontade; liberdade contratual; garantias processuais e individualização dos conflitos”. Diante desta sistematização rigorosamente científica da organização do Estado, o juiz não pode ‘substituir-se’ nem ao Legislativo, nem ao Executivo.” (PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp.29/30).

“Segundo Hely Lopes Meirelles, o entendimento que parece ser mais coerente a respeito deste tipo de controle jurisdicional, é o de que a justiça não tem o poder de substituir uma deliberação corporativa ou governamental. Entretanto, poderá apreciar sempre o ato praticado com relação às normas constitucionais, legais ou regimentais no seu aspecto que determina condições, forma, rito e competência para o seu cometimento” (CADERMATORI, L. H. U. *Discrecionariade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2.001, 195 p. - p.54).

Coloca-se o conceito de discrecionariade como impedimento ao atendimento de pedidos que obriguem o Poder Executivo a promover determinadas políticas sociais, previstas na Constituição, em normas ditas de natureza programática.

A transposição da democracia liberal para a democracia social não permite que a discrecionariade do administrador supere imposição constitucional. O judiciário, portanto, não está limitado a um controle formal da atuação do Administrador, mas deve exigir deste a implementação dos direitos transindividuais.

Diante da urgência e da prevalência dos direitos das crianças e dos adolescentes, cabe ao Juiz descer de seu pedestal de “neutralidade” e assumir a relevância da atividade judicante para a transformação social.

A questão que se impõe é a forma como se dará o controle jurisdicional da atividade administrativa (ação ou omissão), tendo em conta o agigantamento do Estado e suas limitações de ordem estrutural e financeira.

Propõe-se que o controle seja feito sob a perspectiva garantista. Nela, o Estado social ideal passa pela relevância aos princípios constitucionais e pelo primado do princípio sobre a regra.

Não se propõe uma ruptura com o sistema, mas apenas uma revisão hermenêutica da ordem jurídica pátria, no seu conteúdo axiológico, bem como o redirecionamento de opções interpretativas e integrativas da mesma.

“Nesta medida, pode-se afirmar o seguinte: se a discrecionariade deriva da esfera do Político e sendo que esta esfera também pode ser equacionada juridicamente devido às conexões necessárias entre o Direito e as reivindicações resultan-

tes das disputas sociais travadas no espaço público, tanto os atos de governo quanto os atos administrativos podem ser amplamente apreciados pelo Judiciário. Deve-se observar a este respeito que, no Estado de Direito, mesmo o Poder Legislativo, do qual derivam os atos e decisões da maior densidade política, está submetido, quanto ao teor de tais medidas, a um controle de constitucionalidade. Conseqüentemente, deve-se propugnar a extensão de tal controle a todos os atos expedidos pelo Executivo, não cabendo, portanto, o argumento de certas imunidades, pelo simples fato de que tais atos são de natureza política ou governamental” (CADERMATORI, L. H. U. Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2.001, p.54).

O controle jurisdicional a ser exercido sobre a atividade discricionária administrativa é questão complexa.

Para Dworkin, “o julgador não possui uma liberdade política ou moral no seu julgamento, concebida estas num sentido indiscriminado ou fora de qualquer parâmetro. O que, sim, ocorre em casos difíceis, nos quais a interpretação a ser dada a um instituto não está clara ou é controvertida, é a utilização de critérios, já sejam políticos ou morais, desde que modulados por princípios constitucionais e/ou normas específicas a serem aplicados àquela situação concreta e sendo estas últimas determinantes para a solução do litígio” (DWORKIN, R. citado por CADERMATORI, L. H. U. Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2.001, p.106).

Sob a perspectiva crítica do direito, os princípios assumem importância fundamental, principalmente na esfera do direito público. Alguns deles são peculiares à área da infância e juventude, dentre os quais, destacamos, o da descentralização, o da participação e o da prioridade (artigo 227 da C.F) .

Também os princípios de caráter geral, como os da “supremacia do interesse público sobre o privado”, da “finalidade”, da “motivação”, da “razoabilidade” e o da “proporcionalidade”, dentre outros, servem como parâmetros para a jurisdição constitucional no campo da administração pública.

O Estado está estruturado num conjunto de regras e princípios, sendo que nem aquelas, nem estes devem ser observados de maneira absoluta.

O processo interpretativo do Juiz, ao adotar uma postura substancialista e não procedimentalista, será resultado da sua compreensão valorativa das tendências sócio-culturais da comunidade, combinadas com as bases axiológicas que definem a ordem jurídica (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2.002, pp.139/42).

Cabe ao Poder Judiciário adotar uma atitude de resgate do Direito com-

prometido com as mudanças sociais, quantitativas e qualitativas, tendo como parâmetro para suas decisões os limites da razoabilidade. No entendimento de Dworkin “os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade” (DWORKIN, R. Uma questão de princípio, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.IX).

Este autor defende um entrelaçamento entre Direito, Moral e Política, mas não de uma maneira desarticulada e sim, obedecendo a certos parâmetros que devem guardar estrita coerência e garantem a decisão certa.

A jurisdição constitucional, torna-se mais premente, quando se verifica o fenômeno da globalização, que impõe um modelo econômico “neo-liberal”, trazendo a minimização do Estado, o que acarreta graves conseqüências para as populações dos países periféricos.

Os postulados do “neo-liberalismo” “de reengenharia política e social, formulados como um traslado de seu protótipo empresarial, colocam em perigo o Estado social, ao mesmo passo que assinalam o triunfo da injustiça. Aí, os fortes esmagam os fracos, os grandes anulam os pequenos e as minorias, senhoreando os privilégios e concentrando o capital, perpetuam a ditadura social dos poderosos. De tal modo que ao povo - desmaiado o Estado social - restar-lhe-á unicamente o partido da resignação ou do desespero. E nessa alternativa, o desespero é, como sabemos, o conselheiro do crime e da revolução” (BONAVIDES P., O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In MEZZARROBA O.(Org.). Humanismo Latino e Estado no Brasil, Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003, p.42).

O papel do Estado apresenta-se fundamental no que diz respeito aos interesses da criança e do adolescente. A Constituição Federal, em seu artigo 227, “caput”, dispõe que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Os direitos relativos a estes sujeitos de direito estão contidos em normas constitucionais e infra-constitucionais, muitas das quais definidoras dos fins do Estado.

Assim, cabe ao Magistrado resguardar a efetividade dos direitos infanto-juvenis, não só no âmbito da legalidade estrita - mas num espectro mais amplo que pode envolver questões políticas, morais, econômicas ou administrativas - guardando coerência entre uma e outra decisão para casos semelhantes, respeitando os

limites de atuação dos outros poderes e suas funções precípuas.

Existem instrumentos legais suficientes para exigir-se que o Administrador implemente políticas públicas, principalmente na área da infância e juventude, dentre os quais, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade.

Em face do exposto, pode-se concluir que a doutrina e a jurisprudência predominantes superaram a discussão sobre a eficácia dos princípios e a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer ato do administrador.

A grande questão, na atualidade, é o prisma pelo qual se analisa a legalidade/legitimidade da atividade do Administrador, a qual não pode estar centrada nos resultados econômico-financeiros de sua gestão, mas na assunção das responsabilidades do Estado.

Na área da infância e juventude a intenção do constituinte de 1988 fica mais evidente, no sentido de garantir o respeito e a qualidade de vida para estes sujeitos de direito, o que exige uma ação coordenada do Poder Público e particulares.

Conclui-se que o Juiz deve ter uma compreensão da totalidade que o cerca, usando estes elementos, em consonância com os princípios constitucionais, como fundamento de suas decisões que obriguem o Estado, através da máquina administrativa, a atender e superar os anseios éticos, jurídicos, políticos, sociais e econômicos da sociedade, dentro do contexto histórico e dos limites fáticos que se impõem.

O Estado Social se coloca, assim, como a única saída viável para os países de terceiro mundo, e o Poder Judiciário como instituição legítima para obrigar a ação do Poder Executivo, em relação às políticas públicas nesta área.

INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: O ARTIGO 94 DA LEI Nº 10.741/03 NÃO DETERMINOU NOVA DEFINIÇÃO DO CONCEITO

Renato Flávio Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995; 2. A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001; 3. As discussões advindas; 4. A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003; 5. O art. 94 da Lei 10.741/03 determinou um novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo? Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1998, em seu artigo 98 dispõe que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, “criarão juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Estabeleceu-se, nestes termos, a autorização Constitucional para a criação

e instalação dos Juizados Especiais Criminais, e é necessário se reconheça a grande virtude de tais “juizados”, nos termos em que inicialmente pensados, e reclamados por juristas de escol.

A idéia embrionária dos ditos “juizados especiais criminais”, e que merece aplauso, é a de se estabelecer valioso instrumento na agilização da prestação jurisdicional no tocante as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, entretanto, desde o primeiro instante a definição que fixa a competência dos Juizados tem causado enorme inquietação na comunidade jurídica. Ademais, demonstrando pouca ou quase nenhuma afinidade com as questões penais e processuais penais, o Poder Legislativo tem contribuído de forma significativa para o agravamento do quadro, que é um tanto mais preocupante do que se imagina, visto esbarrar suas molduras em questão de ordem constitucional, atingindo princípios verdadeiramente caros a toda a sociedade.

Os problemas que vêm sendo proporcionados pelo Legislador desatento ou despreparado não se referem, como pensaria o leigo ou aquele dado a conclusões apressadas e de pouca raiz, de simples questões processuais. As preocupações são mais profundas e estão a revelar que diante de tal quadro os operadores do Direito vêm adotando posturas que buscam “contornar” as verdadeiras ciladas legislativas, não sem grande risco de ferir princípios constitucionais, notadamente o da igualdade de todos perante a lei, estatuído do caput do artigo 5º da Carta Magna.

1. A LEI 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995

No âmbito normativo infraconstitucional, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passou a dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no seu art. 61 buscou estabelecer o conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, assim o fazendo nos seguintes termos:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

Longe da esperada boa técnica, o dispositivo em comento trouxe para o campo jurídico profundas discussões quanto ao seu conteúdo e alcance, cumprindo destacar, nesse passo, a questão relacionada a previsão de “procedimento especial”, a excluir do âmbito de incidência dos Juizados Especiais Criminais as infrações a eles submetidas, conforme a ressalva contida na parte final do texto legal.

2. A LEI 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001

No âmbito da Justiça Federal, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram instituídos pela Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.

Novas discussões surgiram com o advento da nova lei, e o debate mais acalorado fincou raízes na questão da ampliação ou não do conceito de infrações penais de “menor potencial ofensivo”.

É que o Novo Diploma legal estabelece no parágrafo único do art. 2º que:

“Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa.”

De substancial para a análise proposta, nota-se que com o texto legal passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo os crimes punidos com pena máxima não superior a 2 (dois) anos e multa. Não se renovou a ressalva relativa a existência de procedimento especial, a excluir a infração do rol de incidência da Lei mais benéfica.

3. AS DISCUSSÕES ADVINDAS

Após o advento da Lei 10.259/01 a discussão se estabeleceu nos planos doutrinário e jurisprudencial.

De um lado, vários juristas passaram a sustentar que a lei que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal não ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo para além dos limites da competência da Justiça Federal. Vale dizer: permanecia a definição dada pela Lei 9.099/95 para os crimes de competência da Justiça Estadual, e para os crimes de competência da Justiça Federal era de se observar os parâmetros firmados no parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01.

De outro vértice, não faltaram aqueles que passaram a sustentar que a nova definição legal, por ser ampliativa e, portanto, mais benéfica, deveria estender-se a toda e qualquer infração, fosse ela ajustada ao âmbito de competência da Justiça Estadual ou Federal. O argumento de base foi o princípio constitucional da isonomia ou igualdade, exortado no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Nesse sentido se posicionaram, desde logo, autores de nomeada como

Alberto Silva Franco, Damásio E. de Jesus,¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Capez, Luiz Flávio Gomes e Victor Eduardo Rios Gonçalves, dentre outros. Tal entendimento acabou encampado pelos Tribunais e hoje a jurisprudência dominante é no sentido de que “a Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95”.²

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que “em função do Princípio Constitucional da Isonomia, com a Lei nº 10.259/01 – que instituiu os Juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, o limite de pena máxima, previsto para a incidência do instituto da transação penal, foi alterado para 02 anos”.³

Nessa mesma linha argumentativa também já se decidiu que “com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no

¹ “Interpretando as disposições, verifica-se que o art. 61 da Lei n. 9.099/95 leva em conta a pena máxima abstratamente imposta aos crimes em quantidade não superior a um ano, ao passo que a lei nova prevê que o máximo da sanção detentiva não pode ser superior a dois anos. Tratando as duas normas do mesmo tema, qual seja conceituação legal de crime de menor potencial ofensivo, e adotando o critério de classificação de conformidade com a quantidade da pena, chega-se à conclusão de que empregam valorações diferentes. Diante disso, prevalece a posterior, de Direito Penal material, que, mais benéfica, derroga a anterior (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único), ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Assim, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Em consequência, sejam da competência da Justiça Comum ou Federal, devem ser havidos como delitos de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos ou multa. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum passam a ter competência sobre todos os delitos a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena privativa de liberdade não superior a dois anos (até dois anos) ou multa, entendimento adotado por quase a unanimidade da doutrina e acatado pela 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC n. 12.033, MS, rel. Ministro Félix Fischer, votação unânime, julgado em 13.8.2002”, in, JESUS, Damásio de. Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2003. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

² STJ – Rec. Ord. em HC nº 14.141 - SP (2003/0026950-8), rel. Min. Paulo Medina, DJU 09.06.03, Seção 1, p. 305, j. 13.05.03, EDRHC 12.033/MS.

³ STJ – CC Nº 36.545 - RS (2002/0119661-3), rel. Min. Gilson Dipp, DJU 02.06.03, Seção 1, p. 183, j. 26.03.03.

art. 61 da Lei nº 9.009/95. Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção”.⁴

Aliás, com o surgimento da Lei 10.259, de 12 de julho de 2.001, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por seu Procurador Geral de Justiça, baixou recomendação firmando o entendimento de que não se deveria aplicá-la no âmbito da Justiça Estadual,⁵ sendo que tal posicionamento fora agora modificado, reconhecendo-se a ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para o âmbito da Justiça Estadual.⁶

⁴ STJ - HC nº 22.881 - RS (2002/0069304-5), rel. Min. Felix Fischer, DJU 26.05.03, Seção 1, p. 371, J. 08.04.03.

⁵ Aviso nº 074/02-PGJ: “O PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e por solicitação do Coordenador em exercício do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, Dr. Rodrigo Canellas Dias, DD. Promotor de Justiça AVISA que em reunião realizada no dia 6 de fevereiro de 2002, no auditório azul da Procuradoria-Geral de Justiça, o GRUPO DE TRABALHO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS editou a seguinte recomendação: “Respeitada a independência funcional do Membro do Ministério Público, RECOMENDA-SE o entendimento de que não se aplica a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2.001, no âmbito da Justiça Estadual” (DOE de 07.02.2002).”

⁶ Aviso nº 618/2003-PGJ: “O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais, AVISA que, tendo em vista o entendimento uniforme da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (CC nº 37.819/MG, Terceira Seção, rel. Min. GILSON DIPP, DJ 09/06/03, p. 170; CC nº 38.513/MG, Terceira Seção, rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 15/09/03, p. 233; RHC nº 14.088/SP, Quinta Turma, rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJ 23/06/03, p. 393; HC nº 25.682/SP, Quinta Turma, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 18/08/03, p. 220; RHC nº 14,084/SP, Quinta Turma, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 01/09/03, p. 301; RHC nº 13.959/SP, Sexta Turma, rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 15/09/03, p. 403), bem como o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 83.104/RJ, Segunda Turma, rel. Min. GILMAR MENDES (Informativo do nº 326) no sentido de que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 revogou o art. 61 da Lei nº 9.099/95, esta Procuradoria-Geral de Justiça decidiu modificar o seu anterior posicionamento e adotar a orientação de que se aplica no âmbito da Justiça Estadual, para fins de transação penal, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, previsto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), conforme manifestação prolatada nos autos do Protocolado PGJ nº 107.798/03 (Art. 28 do CPP - Processo nº 471/02 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara)”.

4. A LEI 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003

Publicado no Diário Oficial da União em 03 de outubro de 2003, o denominado Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, terá vigência, segundo dispõe seu artigo 118, em 90 dias contados da sua publicação,⁷ com exceção ao disposto no artigo 36, caput, que entrará em vigor em 1º de janeiro de 2004, e traz em seu texto, entre outros temas, diversos dispositivos de natureza penal e também regras processuais penais.

Considera-se idoso, para os termos de tal lei, a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No âmbito do Código Penal o Estatuto alterou os seguintes dispositivos: art. 61, inc. II, letra h; art. 121, § 4º; art. 133, § 3º, inc. III; art. 140, § 3º; art. 141, inc. IV; art. 148, § 1º, inc. I; art. 159, § 1º; art. 183, inc. III, e art. 244.

A Lei de contravenções Penais sofreu modificação em seu art. 21. Também sofreram alterações as Leis de Tortura (Lei 9.455/97, em seu art. 1º, § 4º, inc. II), e a Lei Antitóxicos (Lei 6.368/76, no art. 18, inc. III).

Na lógica do “Estatuto do Idoso”, buscou-se punir com maior rigor as infrações praticadas contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Ocorre, entretanto, que seu artigo 94 aparentemente contraria a lógica que parecia evidente, ao dispor que:

“Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

Ora, o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é o que se aplica às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim reconhecidas nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, e se o desejo era punir com maior rigor as infrações destacadas no novel Diploma, exatamente por entender-se que as mesmas são mais graves, qual a razão lógica para dar-lhes o tratamento dispensado àquelas de menor gravidade?

A questão de fundo é saber, ainda, se com as disposições do art. 94 da Lei

⁷ Nesse passo, é de rigor observar o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar 95/98, verbis: “§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.”

10.741/03 ampliou-se ou não, novamente, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, devendo ser considerados como tal, a partir da vigência da nova lei, e por igual, todos os crimes “cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos”.

Observado o foco central do estudo que ora se faz, passaremos a analisar a questão no tópico seguinte.

5. O ART. 94 DA LEI 10.741/03 DETERMINOU UM NOVO CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO?

Certamente não.

A própria redação do art. 94 não faz qualquer menção a “infração penal de menor potencial ofensivo”. O legislador não indicou que os crimes cuja reprimenda buscou exasperar são considerados de menor potencial ofensivo; apenas determinou que em relação a eles se observe o procedimento da Lei 9.099/95, que é mais célere.

É certo que em sentido amplo, dito procedimento estabelece, dentre outros benefícios, o da possibilidade de transação penal antecedente à denúncia, quando preenchidos os requisitos legais, o que se revela, sem sombra de dúvida, extremamente vantajoso ao “autor do fato”.

Não é razoável concluir, todavia, que fora intenção do legislador aplicar o procedimento da Lei 9.099/95 em sentido amplo, visando permitir, por exemplo, a transação penal.

Não seria lógico impor punição mais severa e permitir em relação aos mesmos delitos o instituto da transação penal, abrandando o tratamento inclusive em relação à forma de punição pretérita à vigência do Novo Diploma Legal. Haveria inaceitável antagonismo; uma verdadeira autofagia.

Doutrinando sobre a matéria, o insuperável Damásio E. de Jesus, com sua inteligência de sempre, dá a seguinte lição: “O art. 94 somente pretendeu imprimir à ação penal por crimes contra o idoso, com sanção abstrata máxima não superior a quatro anos, o procedimento da Lei n. 9.099/95, conferindo maior rapidez ao processo. Não seria razoável que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir a transação penal, instituto de despenalização (art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais). A ampliação do limite máximo viria permitir a concessão da roupagem de infrações de menor afetação jurídica a delitos de

gravidade, como aborto consentido, furto e receptação simples, rapto, abandono material, contrabando etc. O art. 61 da Lei n. 9.099/95 contém a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Criminais. O art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo, não cuidando de infrações de menor potencial ofensivo. Temos, pois, disposições sobre temas diversos, cada uma impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade”.⁸

Na visão de Luiz Flávio Gomes e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, “o Estatuto do Idoso apenas quis emprestar da Lei 9.099/95 o rito dos artigos 77 a 83, chamado de rito sumaríssimo, que é mais célere, tendo o litígio uma rápida solução processual”.⁹ Bem por isso, no mesmo trabalho, dentre outras conclusões apresentam as seguintes: 1ª “o conceito de ‘procedimento’ do artigo 94 do Estatuto do Idoso está vinculado com o procedimento *strito sensu* (artigos 77 a 83) da Lei 9.099/95 e não o procedimento *lato sensu* (Audiência Preliminar dos artigos 70/73 da Lei 9.099/95, transação penal, composição civil dos danos e representação nas lesões para pena máxima de 4 anos, como sugeriu de início)”; 2ª: “continua a vigor no Brasil o conceito de infração de menor potencial ofensivo com pena máxima até 2 anos (artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01) e, ainda, o conceito de infração de médio potencial para embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB), cuja pena máxima é de 3 anos, porém, cabendo nesse caso os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (artigo 291, parágrafo único da Lei 9.503/97)”.

Cuidando do mesmo assunto e seguindo a mesma linha de raciocínio acima indicada, Jayme Walmer de Freitas apresenta as seguintes conclusões em excelente artigo que redigiu¹⁰: “a) O Estatuto somente inovou no campo processual ao ampliar a competência, em razão da matéria, dos Juizados Especiais Criminais, trazendo como consequência a possibilidade de processar e julgar os crimes contra idosos não considerados de menor potencial ofensivo que tenham pena máxima superior a dois anos e igual ou inferior a quatro anos. b) Não

⁸ JESUS, Damásio de. Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2003. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

⁹ GOMES, Luiz Flávio, e CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O estatuto do idoso ampliou o conceito de menor potencial ofensivo?, in, <http://www.speretta.adv.br/>

¹⁰ FREITAS, Jayme Walmer. O Estatuto do Idoso e a Lei 9.099/95, in, www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?id=981

alterou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, até o momento, privativo de leis específicas (Lei 9099/95 e 10259/01). c) Não permitiu, a exemplo do Código de Trânsito Brasileiro, que os institutos da composição civil de danos e da transação penal fossem aplicados às infrações que refogem ao âmbito das de menor potencial e apenas até 4 (quatro) anos, mantendo o status quo ante inalterado”.

No estudo do tema é inevitável mencionar a questão relacionada ao parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, onde se estabeleceu a possibilidade de transação penal e outros benefícios da Lei 9.099/95 em relação a infrações não consideradas de menor potencial ofensivo; direito que acabou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que satisfeitos os requisitos legais.¹¹

De ver-se, entretanto, que o parágrafo único do art. 291 do CTB faz expressa menção à possibilidade de aplicação do “disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro”, o que não é o caso do art. 94 do Estatuto do Idoso.

CONCLUSÃO

Embora numa primeira e rápida leitura do disposto no art. 94 da Lei 10.741, de 03 de outubro de 2003, fosse até possível imaginar conclusão diversa, é necessário convir, pelos argumentos acima expendidos, sem prejuízo de outros, que o dispositivo em comento não ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, que hoje permanece intacto, conforme o entendimento ampliativo que se emprestou ao disposto no parágrafo único do art. 2º, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, sendo injurídica qualquer pretensão de se permitir o instituto da transação penal aos delitos atingidos pela Lei 10.741/03 apenas e tão-somente por força do disposto em seu art. 94.

¹¹ STF, HC 81.510-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 11.12.2001, Boletim Informativo nº 254.

PARTE IMPARCIAL: PILAR ÉTICO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL

Anderson Lodetti de Oliveira

Advogado e Professor da Universidade do Contestado (Caçador) - SC

*As verdades jurídicas, como se fossem de areia,
dificilmente se podem conter todas na mão; sempre
existirão alguns grãos que, queiro-mo-lo ou não,
nos escaparão entre os dedos e irão parar nas mãos
de nosso adversário. A tolerância nos obriga, por respeito
ao próximo e a nossa própria fraqueza, a proceder com
fé na vitória, porém sem arrogância no combate.*

(Eduardo Couture, jurista uruguaio, 6º mandamento do advogado)

1. INTRODUÇÃO

Este artigo nasceu de duas preocupações. A primeira dela é a percepção de que muitos juristas – magistrados, advogados, membros do Ministério Público, delegados e professores – ainda não entenderam o significado de “parte imparcial”. E,

antecipo, o problema não está no conceito – que já é paradoxal em si – mas no que se entende por “verdade.”

A segunda é que, lendo a primeira Revista do Ministério Público Catarinense, recém lançada, encontrei um artigo onde ficou claro a falta de compreensão do que seja “parte imparcial.” Refiro-me ao artigo do promotor Geovani Werner Tramontin, intitulado “A atuação de um promotor de Justiça no Tribunal do Júri.”

Diante dessas duas preocupações, resolvi escrever este artigo pretendendo demonstrar o que seja “parte imparcial”. Para tanto, necessário passar pelo conceito de verdade processual. Somente compreendendo o que é verdade processual é que se pode compreender o significado de parte imparcial. Depois de explicar o significado de parte imparcial, passo tecer algumas considerações ao artigo supra mencionado.

2. A VERDADE

A primeira coisa que se aprende na faculdade de direito é que o processo civil rege-se pela verdade formal, enquanto o processo penal rege-se pela verdade material, ou verdade real. Se há alguma coisa de verdadeira nessas afirmações eu não sei, somente sei que a verdade é uma só: provisória, parcial e histórica.

Todos aqueles que procuram a tal da verdade real ainda não perceberam que é impossível se alcançar a verdade pelo método indutivo. E, pior, como o único método utilizável para a reconstrução fática é o indutivo, eis aí a má notícia: não há como se descobrir a verdade.

Vou ser mais didático. Rubem Alves conta a história de um médico que dava aulas na faculdade de medicina (séc. XV), dissecando cadáveres, e, de vez em quando, era chamado para realizar partos na sala ao lado. O número de mortes dos recém nascidos era altíssimo. Até o dia em que o médico resolveu adotar o hábito de lavar as mãos antes de realizar os partos. O índice de mortalidade começou a decrescer vertiginosamente naqueles partos realizados com as mãos lavadas. Qual foi a conclusão do médico? Ora, se ele trabalhava com carne morta (dissecando cadáveres) e não lavava as mãos, a carne viva também morria (o recém nascido). No entanto, se lavasse as mãos, retirando a carne morta, o recém nascido vivia. A conclusão foi lógica¹: a carne morta mata a carne viva. Desde então, os médicos

¹ Eis aqui o primeiro problema da lógica, ela muitas vezes não é lógica. Só há lógica com comprovação empírica. É lógico o seguinte raciocínio: a lua está mais perto do Brasil que a Inglaterra. Pois posso ver a lua, mas não posso ver a Inglaterra. É isso ocorre em vários processos. É “mais lógico” que alguém com antecedentes seja culpado! É “mais lógico” que

passaram a lavar as mãos para tratar os pacientes².

O raciocínio do médico medieval nos parece ridículo, estúpido e primário. Mas por que? Porque hoje sabemos que as bactérias causam as infecções, e utilizamos outros métodos. No entanto, a conclusão do médico foi tida por verdadeira durante alguns séculos. E isso ocorreu, e ocorre ainda hoje, com várias outras verdades.

Então, o que é verdade? Verdadeiro é o que aparentemente responde a um problema. E nos casos criminais, verdadeira é uma hipótese que responde, de forma lógica e racional, a um problema: quem é o criminoso?

Temos uma pessoa recém esfaqueada. Temos um cidadão correndo no meio do mato com uma faca suja de sangue nas mãos. Temos a verdade? O raciocínio é o mesmo do velho médico: indutivo³. Fato 1: cadáver: fato 2: morte a facadas; fato 3: faca suja de sangue; fato 4: pessoa correndo com a faca na mão. Basta juntar os fatos parciais, provados, para construir uma teoria que explica o que ocorreu: o cidadão esfaqueou a vítima e saiu correndo com a faca na mão. Eis a verdade, respondemos o problema: quem é o criminoso?

O que temos é uma hipótese. É a hipótese de acusação. No entanto, atente-mos para uma coisa: uma hipótese vai se transformar em verdade não porque seja verdadeira, mas pela falta de outra hipótese mais convincente ou mais lógica. Assim, suponhamos que nesse caso o suspeito diga que na verdade estava no meio do mato, com a faca suja de sangue, porque tinha acabado de matar um porco e estava atrás de outro que fugiu. Temos nova hipótese. Para dirimir a dúvida, prudente um

a pessoa que já foi vista em alta velocidade, um mês antes do acidente objeto do processo, seja o autor! É “mais lógico” que o depoimento policial tenha mais credibilidade, pois é “lógico” que o judicial está alterado pelo advogado! É lógico que aquele que dá um murro na mesa é mais violento e matou a mulher. São exemplos cotidianos, que todos os juristas usam, e que são tão ridículos e absurdos quanto a lua mais perto que a Inglaterra! Porque não têm comprovação empírica nenhuma. Somente com uma pesquisa poderia se afirmar que aqueles que já andou uma vez em alta velocidade atropela mais que o que nunca andou. Quantos dão murros na mesa? Exemplos dessa “lógica” às avessas – de uso cotidiano nas argumentações jurídicas – é o que mais há.

² ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras**. 2ª ed, São Paulo: Ed. Loyola, 2000, p. 54.

³ Método indutivo é aquele que parte do parcial para o geral. Ou seja, diante de vários fenômenos e fatos parciais, provados, o pesquisador cria uma regra geral, uma teoria. O caso do médico foi assim. Fato 1: mão suja de cadáver; fato 2: partos com alta mortalidade: fato 3: mão limpa; fato 4: diminuição na mortalidade. Diante dos 4 fatos ele induziu à verdade (teoria): a mão suja de carne morta mata os recém nascidos. Atentemos para uma coisa: induzir. Induzir é levar a crer, fazer com que alguém pense de determinada maneira. Interessante não, estamos sempre induzindo a uma conclusão que cremos verdadeira. E mais interessante ainda, a verdade é sempre induzida.

teste no sangue da faca para ver se é humano ou animal. Se for animal, a hipótese do suspeito parece ser a mais verdadeira, e ficaria difícil sustentar a hipótese da acusação. Já é importante atentar para uma coisa, a importância do contraditório. Se não fosse ouvida a versão da defesa, a hipótese da acusação continuaria sendo a mais verdadeira. Pior, caso o sangue desaparecesse sem que o exame fosse feito, o prejuízo para a hipótese defensiva seria enorme, e a consequência drástica (por isso só há hipótese verdadeira depois do confronto com outras hipóteses).

No entanto, isso não quer dizer que a hipótese da defesa seja a certa. Suponha que o porco morto esteja a poucos metros do cadáver. Como garantir que o suspeito não matou a vítima, de imediato lavou a faca e, em seguida, matou o porco? Ou, suponha que, voltando ao primeiro exemplo, o suspeito fosse pego por estar correndo e ter acabado de lançar a faca ao rio. E uma testemunha viu que a faca estava suja de sangue. Essa versão tornou impossível o exame de sangue, sendo que jamais saberemos se o sangue da faca era do porco ou da vítima. O que fazer?

Os exemplos podem ser da mais variada ordem, e garanto que a maioria dos promotores, delegados, juizes e advogados já se depararam com casos onde há várias hipóteses possíveis⁴. Não há o que fazer: somente Deus, a vítima e o autor saberão o que aconteceu.⁵ O que quero deixar claro é que a verdade é sempre uma hipótese mais lógica que outra. Perceba o perigo: hipótese e lógica!

Portanto, a tal da verdade real é uma utopia.⁶ O que existe é uma verdade mais provável que outra, mas mesmo assim, que pode ser falsa. Impossível descobrir o que realmente ocorreu e, portanto, somente é possível decidir com base na verdade processual. E mais um óbice para a verdade real são os impedimentos e restrições na produção da prova. O ordenamento jurídico tutela direitos fundamentais que não podem ser violados em nenhuma hipótese, mesmo que seja para reprovar alguém por ter violado outro direito fundamental (que no caso é o crime, que sempre há de ofender bem jurídico com dignidade constitucional).

⁴ Só que, infelizmente, o delegado, e às vezes o Ministério Público, costumam ser descuidados e pensam que somente há uma explicação, e acabam descartando as demais. Por isso, o delegado inteligente ouve a versão do acusado, porque já pode tentar refutar a hipótese, deixando de indiciar ou se antecipando ao que será alegado em juízo, caso indicie o suspeito.

⁵ E não pensem que uma confissão serve para a certeza. Principalmente confissões policiais, que, sabemos, ainda são na maioria das vezes forjadas (seja pela tortura, seja por constar coisas no depoimento que não foram ditas pelo interrogado, seja por fazer depoimento e só mandar o interrogado assinar, etc). E também há confissões de pessoas que tentam livrar a culpa de outro, seja por parentesco, amor, etc.

⁶ Aconselho a leitura da obra: BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Para construir a verdade processual o Ministério Público adota uma postura de parte imparcial, que é coerente com a função de defensor do regime democrático e da ordem constitucional.

3. PARTE IMPARCIAL

Acho que ficou claro que a tão sonhada verdade real não existe. Existe possibilidade de se buscar mais elementos para aumentar a probabilidade de uma hipótese e diminuir a probabilidade da hipótese contrária. E aqui entra a função de parte imparcial. Como ensina Antonio Cluny, o Ministério Público é parte imparcial.⁷ E Piero Calamandrei já descreveu o que significa tal ofício: “entre todos os ofícios judiciários, o mais árduo parece-me o do acusador público, o qual, como sustentador da acusação, deveria ser tão parcial quanto um advogado, e como guardião da lei, tão imparcial quanto um juiz.”⁸

Primeiro o dever de ser parte. Diante de vários casos haverá duas ou três hipóteses possíveis. Tenho um cliente que foi denunciado por ter matado, de madrugada, numa estrada abandonada. A vítima já tinha dois processos de homicídio e meu cliente era a única testemunha em um deles. Todos sabiam que a vítima já havia ameaçado meu cliente várias vezes de morte. No entanto, meu cliente foi denunciado por homicídio.

Alguém viu? Não. Ninguém sabe o que ocorreu, somente que sobrou um cadáver e um suspeito. Então, por que o Ministério Público denunciou por homicídio? Por que não pediu arquivamento, pois muito provável a legítima defesa? Aqui está a função de parte do órgão ministerial. Jamais poderia o Ministério Público pedir o arquivamento, porque há uma hipótese acusatória possível. Enquanto parte, o Ministério Público é obrigado a tentar demonstrar que essa hipótese é verdadeira, somente desistindo da acusação caso a hipótese de legítima defesa se afigurar com maior grau de verossimelhança. Se o Ministério Público deixasse de denunciar, estaria deixando de ser parte para se transformar em juiz, pois estaria julgando o caso em vez de tentar sustentar uma hipótese possível.

Ser parte é da natureza do Ministério Público nos processos criminais de ação penal pública, em consonância com art. 129,I da Constituição Federal e art. 257 do Código de Processo Penal. É dever o *parquet* apresentar uma hipótese

⁷ CLUNY, Antonio. **O Ministério Público hoje**. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 67.

⁸ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 58.

acusatória, salvo quando sequer existe uma hipótese acusatória, ou a hipótese é tão fraca que não dá para falar em hipótese, seja por falta de provas, seja pela debilidade das existentes (o único fato foi comprovado só pela suposta vítima de agressão, por exemplo).

São coisas totalmente diferentes o fato de julgar e o de acusar. Assim como é muito diferente a tarefa de investigar. Investigar é levantar todas as hipóteses possíveis para o caso. Acusar é eleger uma hipótese e levá-la a juízo, delimitando o processo e cientificando o réu da inteira acusação. Defender é demonstrar a fraqueza da hipótese e, às vezes, apresentar outra hipótese. Julgar é escolher uma das hipóteses possíveis, expressamente refutando a outra.⁹

Insiste Antonio Cluny que enquanto o delegado faz uma narrativa, apresentando tudo o que investigou, o Ministério Público constrói uma hipótese. O órgão acusador retira dos fatos uma hipótese que, ele mesmo submete a um juízo de falseabilidade, para ver se a hipótese é séria e provável o bastante para justificar uma ação penal. Segundo o ex-procurador-geral da república portuguesa, “o Ministério Público não aceita causas, nem representa partes, edifica causas e sustenta-as como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas.”¹⁰

Como conciliar a função de parte com a imparcialidade? Só há um caminho: o órgão do Ministério Público deve compreender que jamais está do lado da verdade, mas sempre de uma aparente verdade, e que seu interesse de agir está circunscrito à apresentação de sua hipótese dentro das normas constitucionais. A sua imparcialidade é que garantirá que o mesmo proporcionará ao réu um processo contraditório, igual e com ampla defesa, impedindo assim, que venha a existir um provimento jurisdicional embasado em um processo desigual e injusto. A imparcialidade é a garantia de que, como *custos legis*, o órgão acusador deu ao réu todas as possibilidades de demonstrar a falseabilidade da tese de acusação e/ou, apresentar uma tese de defesa.

A função do Ministério Público é sempre a de garantidor da ordem constitucional, o que, por via de consequência, coloca-o como garantidor dos direitos fundamentais (liberdade, devido processo, ampla defesa, igualdade, publicidade, etc). Segundo Marco Antônio de Barros, “parte-se do princípio de que o representante do *Parquet* tem o dever de agir com imparcialidade para igualmente obter um

⁹ Maiores esclarecimentos sobre acusação, investigação, julgamento, in OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. **Ministério Público e acusatório: por uma ética constitucionalista no processo penal**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, ano 8, v. 14, pp. 155-176, dez. 2002.

¹⁰ CLUNY, op. cit., p. 54.

resultado justo e imparcial no julgamento do processo.”¹¹ Como assevera Maurício Antonio Ribeiro Lopes, ao Ministério Público cabe a observância da conhecida e suprema regra do *due process of law*, que é cânone constitucional. Assim, além da mera legalidade, o Ministério Público deve zelar pela efetiva confirmação do devido processo legal na sua acepção mais ampla, qual seja, aquela garantidora de que o processo se inspira em princípios universais e superiores de justiça.¹²

O *parquet* não quer a condenação do réu, o que ele quer é que a sua hipótese de acusação seja conhecida pelo réu e que o mesmo possa refutá-la. Porque a privação da liberdade de um ser humano não é objetivo institucional do Ministério Público. Objetivo institucional é proteger direitos fundamentais, que, no caso criminal, faz-se pela reprovação penal. Conforme Antonio Cluny, o interesse de agir do Ministério Público é a defesa constitucional, protegendo direitos fundamentais.¹³

Na busca da reprovação penal o órgão ministerial não tolera nenhuma violação a direitos fundamentais do réu, porque sua missão constitucional é justamente evitar toda a forma de violação. O réu só está sendo processado porque violou um bem jurídico fundamental de outrem, e, seria um contra-senso, o processo violar bens jurídicos fundamentais, haja vista que foi instituído para evitar tal lesão.

Diferentemente de um particular – que está regido somente pela sua consciência e vontade – que pode querer vingança, dor e condenação, o Ministério Público só quer que a melhor hipótese vença, porque não tem interesse na condenação, mas sim na garantia do devido processo legal e na proteção de direitos fundamentais. Tanto que se a melhor hipótese for a da defesa, o Ministério Público pede absolvição. Se a hipótese acusatória está embasada em prova ilícita, o Ministério Público requer o desentranhamento da prova. Porque não quer dor, violação de direitos e nem condenação, quer somente a plena vigência dos ditames constitucionais.

Eis aí sua imparcialidade. Sua função processual é a de comprovar sua hipótese acusatória, refutando a hipótese da defesa. A condenação não é objetivo, mas mera consequência. Consequência que só ocorrerá se o órgão imparcial estiver convencido de que o réu conheceu a hipótese de acusação, pôde se defender dela, e o processo respeitou todas as garantias constitucionais. Segundo Marco Antonio de Barros, “destituído do sentimento de vingança, cujo defeito é constatado com alguma frequência na atuação do querelante (ação penal privada), segue o órgão

¹¹ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 153.

¹² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **O Ministério Público e o processo penal – A defesa da Constituição pelo órgão de acusação**. Justiça penal, São Paulo, n.º 6, p. 13-32, 1999.

¹³ CLUNY, op. cit., p. 54.

ministerial atuando como *dominus litis* e gozando de plena independência para formar a *opinio delicti* (opinião sobre o delito). Assim sendo, deve cumprir essa relevante missão com evidente isenção, pois o exercício do poder-dever de acusar o coloca formalmente num dos pólos da contrariedade penal, sem, no entanto, dispensá-lo da mesma imparcialidade funcional verificável, declarável e fixável pelo juiz, que se empenha na busca da verdade.”¹⁴

Se fosse parte parcial, o *parquet* forçaria a acusação a qualquer preço, inclusive quando não houvesse provas, quando a hipótese de defesa fosse mais convincente, quando houvesse provas ilícitas, etc. Isso porque sua função não seria a preservação do devido processo, mas sim a condenação, que é coisa bem diferente. Uma coisa é querer que sua hipótese seja testada – porque, afinal, isso é uma questão de consciência, pois a hipótese que se tenta refutar e sobrevive é de maior probabilidade – dentro das regras processuais, sendo o resultado mera consequência. Coisa diferente é querer o resultado, escondendo provas, atuando sem ética, buscando a condenação a qualquer custo. Essa é uma parcialidade não prevista em texto normativo algum no Brasil, por isso, é uma atuação fora dos padrões éticos e morais do Ministério Público.

4. O ARTIGO

Como expus na introdução, dois foram os motivos que me levaram a escrever este artigo. Neste tópico passo ao segundo motivo, que foi justamente o artigo do promotor Geovani Werner Tramontin, intitulado “A atuação de um promotor de Justiça no Tribunal do Júri.”

O artigo causou-me preocupação porque percebi que é fruto de um equivocado entendimento da função ministerial. Lendo o artigo parece que o autor quer um Ministério Público parcial, sem se preocupar com a ética e o devido processo penal, procurando somente o resultado favorável à acusação.

Outra preocupação, é que sei que a enorme maioria dos promotores de Justiça do Estado de Santa Catarina souberam fazer a filtragem do que ali estava escrito. No entanto, temo pelo acadêmicos deste Estado, seja em nível de graduação, seja nas Escolas da Magistratura e do Ministério Público (principalmente neste, porque a tendência do candidato de concurso é decorar artigos das revistas dos entes para os quais pretende prestar concurso).

O objetivo do artigo foi o de transmitir aos promotores de Justiça “algu-

¹⁴ BARROS, op. cit., p. 155.

mas técnicas experimentadas que, com o tempo, foram se mostrando eficazes nos resultados dos julgados.”¹⁵ E continua o autor falando em preparar para adentrar uma “arena” onde advogados são contratados a peso de ouro.

É perceptível que se um promotor de Justiça entrar no Tribunal do Júri tomado pelo espírito de guerra, somente haverá um resultado: a perda da imparcialidade e o começo do desvio ético do Ministério Público. O órgão acusador, como já exposto, deve sempre ter a humildade de compreender que a verdade não foi encontrada, e nunca será – salvo se ele achar que é Deus – somente sendo possível se falar em probabilidade.

Portanto, ser eficaz em um julgamento – seja do júri ou do juiz singular – é garantir a plena vigência das garantias constitucionais e admitir que a hipótese acusatória pode ser falha. Inadmissível que o membro do Ministério Público entre visando somente a condenação, para ser “eficaz” e que, para isso, tenha que criar uma ficção: “convencer a si próprio de que o acusado foi um homicida frio e covarde”.¹⁶

Essa é uma técnica totalmente contrária aos fins institucionais do *parquet*. Ter que se convencer de uma mentira (“todo homicida é frio e covarde”) para sempre lutar pela condenação é por demais parcial, e eticamente condenável para um membro do Ministério Público. Condenável também que o promotor de Justiça recorra à expressões apelativas, como “lavar o sangue derramado”.¹⁷

Pior que entrar em plenário com a intenção somente de condenar, é utilizar de técnicas imorais e anti-éticas. A grandeza do Ministério Público não pode coadunar com as algumas “técnicas.” Uma delas é a de tratar os jurados como compradores, fazendo o promotor de Justiça se passar por um vendedor, que tem que tratar bem os seus clientes. “Bajular” jurados¹⁸ não tem nada a ver com expor a hipótese acusatória com seriedade e dentro das regras do devido processo. Essa atitude pedinte tem mais a ver com a intenção de conseguir uma condenação a qualquer preço, e não de acusar de forma ética, deixando que o resultado seja dado pelos juízes de fato. Recorrer de forma apelativa às invocações de lei e ordem, que pregam uma punição desenfreada e irracional, dizendo aos jurados que eles poderão condenar e inverter as críticas que se fazem ao Judiciário, que só sabe absolver,¹⁹ não tem nenhuma pertinência à função de guardião constitucional que compete ao Ministério Público.

¹⁵ TRAMONTIN, Geovani Werner. **A atuação de um promotor de Justiça no Tribunal do Júri**. Revista do Ministério Público Catarinense, nº 1, set./dez 2003, p. 41.

¹⁶ TRAMONTIN, op. Cit., p. 42.

¹⁷ TRAMONTIN, op. cit., p. 49.

¹⁸ TRAMONTIN, op. Cit., p. 44.

¹⁹ TRAMONTIN, op. Cit., p. 50.

Outra técnica que muito me assustou, foi “conversar com o oficial de Justiça, a fim de que informe quem são os ‘bons’ jurados”. Como pode um membro da instituição essencial à função jurisdicional do Estado utilizar técnicas imorais para conseguir o resultado condenação! E a busca da condenação a qualquer preço está tão inserida no artigo, que o autor chega a falar: “cabe ao promotor de Justiça quando for aberto o questionamento da testemunha de defesa, fazer o mesmo trabalho que o advogado faria, ou seja, desacreditar a testemunha, mostrando que ela mente e foi ‘plantada’ na fase de plenário apenas para ajudar o amigo acusado, que com ela contatou.”²⁰

Desacreditar a testemunha e chamá-la de mentirosa é por demais ofensivo ao cidadão que está desenvolvendo um *minús* público e que deveria ser respeitada e elogiada, por estar perdendo um dia de trabalho para depor em juízo.

E o advogado plantou a testemunha? Lendo essas frases parece que todo aquele que chega ao plenário do Júri deveria ser condenado, e que toda a tese a seu favor não passa de mentira e enganação.

Outra circunstância que me chamou atenção foi o fato do autor entender que as testemunhas da acusação são do processo, e as testemunhas da defesa são da defesa!²¹ E justifica isso aduzindo que as primeiras foram colacionadas pelo Delegado, o que lhes dá idoneidade. As últimas, por sua vez, foram arranjadas pelo réu. O autor só esqueceu de um detalhe, no processo penal vigente o inquérito policial é inquisitivo e sem contraditório, o que impossibilita a defesa fazer a autoridade policial ouvir suas testemunhas. Principalmente em casos de réus presos por crime de comoção – causados por sensacionalismo da mídia local ou nacional – os Delegados querem resultados rápidos e, a primeira versão, mais ou menos certa, vai para o relatório do inquérito como sendo verdadeira. Portanto, as testemunhas da defesa não entram no processo não por sua incredibilidade, mas sim pela forma unilateral como as investigações são promovidas.

E ao Ministério Público incumbe a tarefa de zelar com a máxima atenção possível para tal fato. Em vez de denunciar de forma afobada, somente para exibir o réu para as câmeras, analisar se a investigação policial foi bem feita e cuidou das várias hipóteses possíveis. E, em não tendo tanto zelo, deve o *parquet* ser humilde e aceitar que há outra versão razoável para explicar o caso, que será trazida pelas testemunhas da defesa.

Outra preocupação surgiu de alguns outros aspectos, que são incompatíveis com a atuação séria e imparcial do Ministério Público. Como ensinar técnicas para

²⁰ TRAMONTIN, op. Cit., p. 47.

²¹ TRAMONTIN, op. Cit., p. 43.

distrair os jurados,²² utilizar expressões chulas e apelativas nos cumprimentos ao réu²³ – em total desrespeito à situação de sofrimento que o mesmo vive, pois se é inocente, a mácula que se lhe impõe jamais apagará, e se for culpado, está em situação de conflito individual tão séria que chegou ao ponto de matar um ser humano –, dizer que não basta expor as provas, é necessário ser apelativo,²⁴ etc.

Todas estas técnicas demonstram o comprometimento do órgão acusador com um resultado: a condenação. Bem provável que se use a expressão “venci” o defensor. Mas tais posturas comprometem sobremaneira a atuação de um órgão comprometido com valores fundamentais da Constituição Federal e a dignidade da pessoa humana do acusado.

Para concluir, dizer que “o melhor defensor é o promotor” é demonstrar desconhecimento de como se constrói uma hipótese para a resposta de um problema. Impossível que aquele que esteja preocupado com a hipótese acusatória possa, ao mesmo tempo, providenciar uma hipótese defensiva. O máximo que pode ocorrer, algumas vezes, é o promotor tentar ver se há consistência na hipótese acusatória, tentando, em sua consciência, rebatê-la com uma tese defensiva. No entanto, nenhum promotor fará o oposto, levantando uma hipótese defensiva, tentará derrubá-la com uma hipótese acusatória. Isto por dois motivos.

O primeiro é que a função de parte do Ministério Público exige que ele formule a hipótese acusatória, dentro de várias hipóteses possíveis. A segunda é que, na maioria dos casos, caso o promotor formulasse uma hipótese defensiva e tentasse falseá-la com uma hipótese acusatória, veria que sempre sobraria a dúvida. E tal situação transformá-lo-ia em juiz, não mais em órgão de acusação.

Por isso, somente o advogado garante ao réu uma defesa completa e conforme a garantia constitucional da ampla defesa, inscrita no art. 5, LV da Constituição Federal. E a classe dos advogados não é composta de “canalhas” e, a grande maioria, não recebe quase nada para defender uma pessoa no júri (o Estado de Santa Catarina deve honorários há muito tempo, sendo que somente uma pequena parcela deles é paga anualmente). O constituinte elevou a atividade da advocacia à função essencial da atividade jurisdicional porque estava bem informado.

Sabendo que sempre há outras hipóteses para explicar o mesmo fato, seria desastroso confiar que o réu fosse se abrir para o órgão acusador, justamente aquele que o está levando a juízo. O réu somente pode se abrir para um profissional livre, sem nenhuma vinculação institucional e que está preparado para ser sua voz, e

²² TRAMONTIN, op. Cit, p. 60.

²³ TRAMONTIN, op. Cit., p. 48.

²⁴ TRAMONTIN, op. Cit., p. 51.

defender sua versão diante do seu juiz natural. Os advogados, conforme Piero Calamandrei, “são feitos para serem parciais”, pois “o advogado que pretendesse exercer seu ministério com imparcialidade não só constituiria uma incômoda duplicata de juiz, mas seria deste o pior inimigo.”²⁵

O advogado, e só o advogado, pode proporcionar uma defesa completa ao réu. Claro que o Ministério Público, em sua missão de parte imparcial, pode favorecer e muito o acusado, quando se convencer de que a hipótese acusatória não é digna de privar a liberdade de um ser humano. Nesses casos, cumprindo com lealdade seu ofício constitucional o órgão acusador pede a absolvição. Mas o advogado, ainda que ciente da culpa de seu cliente, é obrigado a lhe assumir a defesa e construir uma hipótese defensiva, desde que razoável, honesta e sem a produção de falsas provas, como dispõem os art. 1º; art. 2º, II; art. 6º e art. 21 do Código de Ética da Advocacia. Como ressalta Marco Antonio de Barros, “dominada pelo princípio da ampla defesa, a atuação do defensor não pode e nem deve ser imparcial”.²⁶ O que nos faz concluir, sem medo de errar, que “o melhor defensor do réu é seu advogado.”

5. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi alcançado, qual seja, demonstrar o significado da função “parte imparcial” do Ministério Público. Ficou consignado que a imparcialidade diz sempre respeito ao cuidado que o órgão ministerial deve ter ao promover qualquer ação penal, sempre zelando por valores constitucionais e direitos fundamentais, sem nenhum comprometimento com o fim do processo. A condenação ou absolvição são atividades do órgão julgador, cabendo à acusação expor de maneira leal, clara e embasada a hipótese acusatória.

A análise do artigo do promotor de Justiça Geovani Tramontin foi feita no sentido de demonstrar que a equivocada compreensão do que seja “parte imparcial” acaba resultando em um agir contrário aos preceitos éticos que norteiam a atividade do Ministério Público. Sem percepção da função constitucional do Ministério Público, acaba-se caindo em uma atividade totalmente apaixonada, movida por vitórias pessoais e evitada de parcialidade, tendo por objetivo uma condenação a qualquer preço.

²⁵ CALAMANDREI, op. Cit, p. 123.

²⁶ BARROS, op. Cit., p. 176.

A imparcialidade do Ministério Público é o que justifica todo o rol de garantias institucionais pertinentes ao cargo de membro do *parquet* (inamovibilidade, vitaliceidade, irredutibilidade de vencimentos, independência institucional), porque, se algum dia o órgão ministerial vier a se preocupar com a condenação e a parcialidade, perderá sentido o rol de garantias instituídos em favor da instituição. E, para fazer o papel de acusador parcial, basta instituir um órgão administrativo vinculado a metas mensais e à “eficácia”, palavras chaves de um mundo neoliberal.

6. REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ALVES, Rubem. Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras. 2ª ed, São Paulo: Ed. Loyola, 2000.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CLUNY, Antonio. O Ministério Público hoje. Lisboa: Cosmos, 1997.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O Ministério Público e o processo penal – A defesa da Constituição pelo órgão de acusação. Justiça penal, São Paulo, nº 6, p. 13-32, 1999.

TRAMONTIN, Geovani Werner. A atuação de um promotor de Justiça no Tribunal do Júri. Revista do Ministério Público Catarinense, nº 1, set./dez 2003.

PROCEDIMENTO PARA JULGAMENTO DOS CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA

João José Leal

*Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica
da Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí) - SC*

1. UMA LEI PENALMENTE INÓCUA PELA EXTENSÃO DO VETO PRESIDENCIAL

Com o advento da Lei nº 10.409/02, a questão relativa ao procedimento e respectivos prazos a serem observados no processo e julgamento das infrações decorrentes do tráfico ilícito de drogas, ficou realmente confusa. É que, após uma década de debates sobre diversos projetos e após os inúmeros vetos presidenciais, foi sancionado um texto legal completamente deformado, lacunoso e com inúmeras imperfeições técnico-legislativas.

Quanto ao processo para julgamento dos acusados da prática de crime de tráfico de entorpecentes e, diante de um texto legal tão confuso e desfigurado, duas posições interpretativas são possíveis. A primeira é no sentido de que, diante da extensão dos vetos sofridos pela Lei nº 10.409/02, as normas procedimentais estabelecidas pela Lei nº 6.368/76 continuam sendo as aplicáveis para o processo e julgamento dos crimes de narcotráfico. Já a segunda, pode conduzir ao entendimento de que as novas regras procedimentais é que são as aplicáveis. A

primeira – a nosso ver, a mais correta e mais adequada - é a posição que defendemos neste artigo.

2. CRIMES DE PORTE PARA USO PRÓPRIO E DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE CONTINUAM TIPIFICADOS PELA LEI Nº 6.368/76

O art. 59 da Lei nº 10.409/02 revogava expressamente a Lei nº 6.368/76. Afinal, tratava-se de lei nova que deveria substituir a anterior em todos os seus termos. O referido artigo, no entanto, foi vetado, juntamente com inúmeros outros dispositivos, inclusive aqueles que definiam as infrações relacionadas com o tráfico e uso de substância entorpecente. Portanto, as disposições da Lei nº 6.368/76 que não forem contrárias às novas normas constantes da Lei nº 10.409/02, continuam em plena vigência e eficácia.

A definição dos crimes decorrentes do tráfico ilícito de substância entorpecente e a previsão de suas respectivas penas constava do Capítulo III (artigos 14 a 26) do projeto aprovado pelo Congresso Nacional. No entanto, esse capítulo foi integralmente vetado pelo Presidente da República. Em consequência, é evidente que os tipos penais relacionados com o tráfico e o porte para uso próprio de substância entorpecente continuam sendo aqueles tipificados nos arts. 12 a 18 e suas respectivas sanções, da Lei nº 6.368/76.

Continuamos, portanto, com o mesmo rol de infrações e com a mesma pauta sancionadora da década de 70, para reprimir as condutas ilícitas relacionadas com o tráfico de entorpecentes.

3. PROCEDIMENTO PARA JULGAMENTO CONTINUA O PREVISTO NA LEI 6.368/76

Os capítulos IV e V da Lei nº 10.409/02, tratam do procedimento e da instrução para o julgamento das infrações relacionadas ao tráfico e uso de substância entorpecente. O art. 27 refere-se “ao procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei”. Como o capítulo que definia esses novos crimes (Capítulo III) foi integralmente vetado, cremos que a melhor interpretação consiste em considerar ineficazes ou inócuas as disposições de natureza processual da nova lei, por falta do necessário direito material que pretende instrumentalizar.

Com propriedade, Cristiano Avila Maronna e Carlos Alberto Mendes, já assinalaram que “a parte procedimental da Lei nº 10.409/02, prevista no capítulo

IV, não pode subsistir autonomamente porque reporta sua aplicação aos crimes previstos no capítulo vetado.” Para esses autores, essas normas procedimentais desacompanhadas das respectivas normas de direito substancial, são como uma alma penada vagando em busca de um corpo material (*Nova Lei de Tóxicos: O Reflexo do Irrefletido*. Boletim IBCCRIM, São Paulo: n° 111 – fev/2002, p. 9).

A nosso ver, as normas procedimentais estabelecidas pela nova lei constituem uma espécie inusitada de dispositivos legais juridicamente inócuos ou ineficazes. Assemelham-se a meteoros errantes, perdidos no espaço normativo que lhes deu vida, onde vagam sem qualquer função e sentido jurídico porque o veto presidencial lhes retirou a norma material que lhes dava a razão de suas próprias existências.

4. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Nos tribunais, a divergência ainda não encontrou o necessário caminho da uniformização. No entanto, a tendência da hermenêutica jurisprudencial parece encaminhar-se para a compreensão de que o procedimento para processar e julgar os autores de crime relacionado à substância entorpecente é o previsto na Lei n° 6.368/76 e não o da Lei n° 10.409/02. Ao menos, foi o resultado que colhemos de pesquisa das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, de São Paulo e pelo STJ.

No TJRS, a divergência entre os órgãos julgadores é bastante acentuada. As decisões que mandam aplicar o procedimento previsto na Lei 10.409/02, fundamentam-se no argumento de que tal procedimento é mais favorável ao acusado e que, portanto, não há como deixar de aplicá-lo, sob pena de ofensa à regra da retroatividade normativa *in bonam partem*.¹

Mesmo assim, naquela Corte estadual parece predominar o entendimento de que, como a Lei n° 10.409/02 teve vetado todo o Capítulo referente aos tipos penais, “resultou daí que as normas de caráter procedimental ficaram sem objeto”²

¹ ACr 70005617493, rel. Walter Jobim Neto, 2ª Cam. Crim., j. 06.02.03; ACr 70006136253, 2ª Cam. Crim., rel. Délio Wedy, j. 05.06.03; 70004778871, 3ª Cam. Crim., rel. Danúbio Franco, j. 20.06.03; RHC 70005917091, rel. Danúbio Franco, 3ª Câm. Crim., j. 17.04.03.

² ACr 70005725353, rel. Maria da Graça Mottin, Cam. Esp. Crim., j. 24.06.2003. Ver, também: ACr 70005509179, rel. Maria da Graça Motin, Cam. Esp. Crim., j. 25.02.2003; ACr 70005927520, rel. Délio Wedy (vencido), 2ª Cam. Crim., j. 15.02.03; ACr 70005813472, rel. Délio Wedy (vencido), j. 24.04.2003; RHC 70006447239, rel. Manoel Hoppe, 1ª Cam. Crim., j. 04.06.03; RHC 70006209798, rel. Ranolfo Vieira, 1ª Cam. Crim., j. 28.05.2003.

ou “despidas de eficácia, de vez que a nova lei não contém definição de crimes”.

Em consequência, o procedimento para processar e julgar os acusados de crime de tráfico de entorpecente continua sendo o estabelecido na Lei nº 6.368/76.

5. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

No TJSC, está consolidada a seguinte posição hermenêutica, em face da matéria em exame:

“O veto integral do Capítulo III da Lei nº 10.409/02, que dispunha sobre os crimes e as penas referentes ao uso e ao tráfico ilícito de drogas entorpecentes, privou de eficácia os preceitos que instituíram o procedimento para apuração dos crimes nela definidos, transformando-os em verdadeiras normas em branco, consoante entendimento assente nesta Corte.”³

Em outra decisão, ficou assentado que o procedimento previsto na Lei nº 10.409/02, “restou sem objeto, visto que os artigos que definiram seus crimes foram vetados.”⁴

No TJSC, portanto, não há qualquer discrepância sobre a matéria: o autor de crime de tráfico de substância entorpecente deve ser julgado pelo procedimento estabelecido na Lei nº 6.368/76, porque as regras procedimentais previstas na Lei nº 10.409/02 restaram sem eficácia jurídica.

6. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

O mesmo entendimento jurisprudencial foi adotado pelo TJSP. Na 1ª Câmara Criminal, ficou decidido que, como o Capítulo III e o art. 59 da Lei nº 10.409/02 foram vetados, o procedimento a ser adotado para julgamento dos

³ ACr 2003.010961-7, rel. Sérgio Paladino, 2ª Câmara. Crim., j. 30.09.03.

⁴ ACr 2003.012129-3, rel. Jorge Mussi, 1ª Câmara. Crim., j. 26.08.03. No mesmo sentido, ver, ainda: ACr 2003.000258-8, rel. Jaime Ramos, 1ª Câmara. Crim., j. 18.02.03, HC 2002.007976-1, rel. Maurílio Moreira, j. 15.05.2002; HC 2003.000258; HC 2002.025733-3; HC 2002.025681-7 e HC 2002.024610-2.

⁵ HC 403.500-3/1-00, rel. Des. Marco Antônio, j. 13.02.2003.

crimes de tráfico de entorpecentes é o previsto na Lei nº 6.368/76.⁵ A 2ª Câmara Criminal firmou posição no sentido de que “o disposto no art. 27 da Lei nº 10.409/02 é cristalino e não permite nenhuma interpretação equivocada: o procedimento pertinente a essa lei somente se aplica na persecução dos crimes por ela definidos”⁶ e não aos crimes definidos na Lei nº 6.368/76, cujo procedimento continua a ser o aplicável no julgamento de tais crimes.

A jurisprudência da 4ª Câmara Criminal perfilhou idêntico entendimento e decidiu que, como “a Lei nº 10.409/02 não define crimes, os arts. 27 a 34 dessa Lei ficaram sem objeto, de sorte que subsistem os crimes definidos na Lei nº 6.368/76, bem como o procedimento penal previsto para os delitos concernentes ao tráfico de entorpecentes.”⁷

7. POSIÇÃO DO TRF DA 4ª REGIÃO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O TRF da 4ª Região, fazendo remissão ao disposto no § 1º, do art. 2º, da LICC (revogação da lei anterior por lei nova que estabeleça disposição em contrário), decidiu que “a Lei nº 10.409/02, ao dispor sobre o procedimento e a instrução criminal para os crime de uso e tráfico de entorpecentes, revogou, nesse ponto, a Lei nº 6.368/76”.⁸ Para o referido TRF, “o fato de a nova lei não conter descrição dos tipos penais não impede a aplicação das novas normas procedimentais aos delitos previstos na Lei nº 6.368/76”.

Na mesma ocasião e julgando matéria semelhante, a mesma Turma daquele Tribunal Regional, no entanto, afastou a argüição de nulidade de processo por crime de tráfico que aplicou as regras procedimentais previstas na Lei nº 6368/76. O fundamento da decisão repousou no argumento de que “a não aplicação do rito previsto na nova Lei de Tóxicos, a Lei nº 10.409/2002, não pode gerar nulidade”.⁹

Analisando a matéria, a 5ª Turma do STJ concluiu que o “procedimento referente aos crimes que envolvem substância entorpecente continua a ser regulado

⁶ HC 407.149-3/8-00, rel. Almeida Braga, j. 10.02.2003. Da mesma Câmara, ver: HC 407.202-3/0-00, rel. Almeida Braga, j. 10.03.03; HC 412.941-3/4-00, rel. Almeida Braga, j. 17.03.2003; HC 416.178-3/0-00, j. 07.04.2003; HC 418.354-3/9-00, rel. Almeida Braga, j. 28.04.2003.

⁷ HC 410.068.3/5, rel. Hélio de Freitas, j. 10.03.2003.

⁸ ACr 2002.70.02.004424-0-PR, 7ª Turma, j. 15.04.2003, DJU 14.05.03, p. 1.110.

⁹ Acr 2002.71.04.00.0701-8-RS, 7ª Turma, j. 15.04.2003, v.u.

¹⁰ RHC 14.557/SP, rel. Gilson Dipp, DJU 03.11.03, p. 327.

pela Lei nº 6.368/76, eis que o art. 59 da Lei nº 10.409/02, que revogava a Lei Anti-Tóxicos foi vetado por ocasião da sanção presidencial.”¹⁰

A 6ª Turma do STJ também decidiu, sem qualquer discrepância, que os crimes tipificados na Lei nº 10.409/02 (artigos 14 a 25 do Capítulo III), “foram inteiramente vetados, o que tornou inócua a disposição contida no art. 27 da referida lei, bem como o procedimento criminal a ela relativo.”¹¹

Em outras oportunidades, a mesma Turma do STJ, apreciando matéria semelhante, afastou alegação de nulidade em ações penais que observaram o procedimento previsto na Lei nº 6.368/76 contra acusados de crime de tráfico de entorpecente.¹² Essas decisões não afirmaram expressamente a ineficácia ou a inaplicabilidade das novas normas procedimentais previstas na Lei nº 10.409/02. No entanto, ao manter a legitimidade de aplicação das normas previstas na lei anterior, admitiu que o veto ao capítulo referente aos tipos penais atingiu implicitamente o capítulo relativo ao novo procedimento, cujas normas aprovadas pelo Congresso Nacional não resistiram à sanção presidencial.

Desta forma, a pesquisa realizada permite afirmar que a corrente jurisprudencial predominante (frise-se que se trata da jurisprudência dos três tribunais estaduais pesquisados e a do STJ) entende que o autor de crime de tráfico de entorpecente deve ser processado e julgado com a observância das normas procedimentais previstas na Lei nº 6.368/76 e não na Lei nº 10.409/02.

Esta hermenêutica jurisprudencial parece-nos a mais correta e acertada por duas razões simples.

A primeira, conforme assinalamos acima, porque a nova lei manda aplicar o seu procedimento a crimes previstos em seu próprio texto, cujas normas não chegaram a ter existência jurídica, por terem sido vetados no momento da sanção presidencial. Portanto, não há como aplicar essas normas procedimentais a crimes definidos em outro texto legal. Este já seria um argumento simples, mas suficiente para afastar a incidência das regras de procedimento da nova lei aos crimes de tráfico de drogas ilícitas.

Mas há uma segunda razão para justificar esta posição predominante na hermenêutica doutrinária e jurisprudencial. É que o novo procedimento não pode

¹¹ HC 23.491-SC, rel. Fontes de Alencar, j. 19.11.2002, v.u.

¹² RHC 14.913-SP, rel. Félix Fischer, DJU 15.12.2003, p. 326; HC 30.044-RJ, rel. Félix Fischer, DJU 15.12.2003, p. 326; HC 25.919-SP, rel. Jorge Scartezzini, DJU 01.12.2003, p. 237; RHC 29.794/SP, rel. Gilson Dipp, DJU 24.11.03, p. 340; RHC 26.273/SP, rel. Félix Fischer, DJU 17.11.03, p. 344; RHC 14.533/RJ, rel. Laurita Vaz, DJU 13.10.03, p. 383; HC 28.659/MG, rel. Laurita Vaz, DJU 13.10.03, p. 390; HC 26.900-SP, rel. Jorge Scartezzini, j. 1208.2003.

ser considerado mais favorável ao acusado, como pretendem os que defendem a sua aplicação. Entendem que a nova lei estabelece o prazo de dez dias para “citação do acusado para responder à acusação” (frise-se que, de acordo com a nossa processualística, o termo correto para denominar esse tipo de ato judicial seria “notificação” e não “citação”) e garante-lhe o direito a uma defesa ou resposta preliminar para demonstrar, antes do recebimento da denúncia, que a acusação é inepta e, assim, evitar que a ação penal possa ser instaurada. Esta garantia, por si só, tornaria o novo procedimento mais favorável ao acusado e isto justificaria a sua imperiosa aplicação nos processos para julgamento dos crimes de tráfico de entorpecente.

Não nos convence este raciocínio, que padece da necessária lógica jurídica. É preciso não esquecer que o art. 29 caput da nova lei alterou significativamente os prazos para conclusão do Inquérito Policial, que passaram a ser de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso e de 30 (trinta), quando estiver em liberdade. No caso de indiciado preso em flagrante ou preventivamente, o prazo para que a autoridade policial termine o inquérito, que era de cinco dias nos termos da Lei n° 6.368/76, foi bastante dilatado, sob a justificativa de que é comum haver necessidade de investigações mais amplas e complexas. Ressalte-se que tais prazos podem ser duplicados por decisão judicial, quando justificadamente requerido pela autoridade policial.

A fase processual inicia-se com a denúncia, que deve ser apresentada pelo representante do Ministério Público no prazo de 10 (dez) dias (art. 37, inciso III). Ressalte-se que, aqui, também, houve um aumento sensível do prazo para a apresentação da peça acusatória. Parece-nos um tempo demasiado longo e, se realmente houvesse uma justificativa para aumentar o prazo anterior de três dias, o mais razoável seria fixá-lo em cinco dias, que é o prazo comum para apresentação de denúncia para os demais crimes, no caso de indiciado preso.

Sabendo-se que a grande maioria dos autores de crime de tráfico de entorpecente são presos em flagrante, basta atentar para o fato de que a nova lei dilatou, significativamente, os prazos para a realização do inquérito policial e para a apresentação da denúncia e será fácil concluir que não se trata de procedimento mais favorável ao acusado. Em vez de cinco dias para a conclusão das investigações policiais e de mais três dias para apresentação da denúncia, como estabelece a Lei n° 6.358/76, com o novo procedimento, o acusado preso provisoriamente terá que aguardar, no mínimo, mais de 25 dias para conhecer o teor da acusação, período este que poderá ultrapassar 40 dias, se o juiz autorizar a prorrogação do prazo de 15 dias para a conclusão das investigações policiais.

Somente após esse longo prazo (em que normalmente aguarda preso), é que o acusado será “citado” para apresentar sua defesa preliminar, que não lhe

confere nenhuma garantia de rejeição da denúncia ou de revogação de sua prisão provisória. Frise-se, ainda, que somente após a apresentação da defesa preliminar é que o magistrado deverá exarar o despacho de recebimento da denúncia, momento processual em que estará sendo iniciada a ação penal. Mas aí, então, já terão decorridos mais de 40 dias ou mais, com o acusado preso provisoriamente.

Além disso, embora a regra procedimental da chamada defesa preliminar seja de todo salutar e benéfica, a experiência tem demonstrado que sua ausência no âmbito da processualística brasileira pode ser suprida por meio do habeas-corpus, garantia constitucional que tem sido utilizada intensamente nos meios judiciais de nosso país, para trancamento de ações penais indevidas ou de prisões provisórias contrárias à lei. Ressalte-se, ainda, que a defesa preliminar não pode ser vista como uma panacéia ou como uma carta de alforria que haverá de livrar todos os acusados por tráfico de entorpecente da prisão provisória legalmente efetuada, devido processo legal e da conseqüente condenação, nos casos em que ficar demonstrada a materialidade e a autoria da infração, bem como a culpabilidade do acusado.

Portanto, não há que se falar em ofensa à regra de garantia individual da retroatividade da norma penal mais favorável, como pretendem alguns comentaristas da nova lei ou integrantes de nossas cortes judiciárias.

Concluindo, entendemos que a melhor solução é a de se considerar ineficazes as normas procedimentais previstas nos capítulos IV e V, da Lei n° 10.409/02. Esta acabou sendo promulgada pela metade, com seu texto original completamente mutilado. É, na verdade, uma lei sem eficácia jurídicopenal.

Em conseqüência, cremos que o mais correto, conforme ressaltamos acima, é continuar observando o procedimento estabelecido no capítulo IV, da Lei n° 6.368/76.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 10.876/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO)

Paulo Antonio Locatelli

Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal - SC

1. INTRODUÇÃO

As armas de fogo estão intimamente relacionadas com a segurança pública, incumbindo à União, por essa razão, permitir e fiscalizar a sua produção e comércio (CF, art. 21, VI). Essas disposições informam o interesse do Estado na disciplina do regular desenvolvimento do sistema no que diz respeito à observância dos direitos dos cidadãos nas relações sociais, garantindo-lhes a segurança. A incolumidade pública, bem que integra a segurança coletiva, é, pois, interesse que se encontra relacionado não a uma pessoa considerada isoladamente, e sim ao corpo social.

Atentando à necessidade e supostamente aos reclamos imediatos da sociedade, recentemente foi sancionada a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que instituiu o Sistema Nacional de Armas — SINARM, anteriormente regulamentado pelo Decreto 2.222 de 8.5.97, traçando normas pertinentes à aquisição, registro, obtenção do porte de arma, bem como a utilização da arma autorizada.

São significativas as alterações introduzidas pela nova lei. O Governo Federal acredita que com essa medida radical, será capaz de reduzir os índices de violên-

cia e criminalidade a percentuais aceitáveis, pois é sob os argumentos de crescente onda de violência, criminalidade organizada e o comércio de armas de fogo e munições que pautou o Estatuto do Desarmamento proibindo o comércio de armas em todo o país e marcando um plebiscito para outubro de 2005. Porém, ao assim agir, muitos entendem que demonstra o seu despreparo no que se relaciona à segurança pública.

Busca o Estado atender a Constituição Federal, que em seu art. 5º, caput, garante ao cidadão, dentre outros que elenca, o direito à vida e também à segurança. De igual forma, o artigo 6º, prevê entre os direitos sociais, o que se relaciona à segurança. Por fim, dispõe a Carta Magna que a segurança é um dever do Estado (art. 144, caput).

Entretanto, sabemos qual é a verdadeira situação da segurança pública atual em todo o país, com carência de material e pessoal. Assim, uma das indagações que surge é como pode o Estado apresentar uma radiografia estrutural tão lastimável e ao mesmo tempo retirar da população ordeira o direito de ter consigo um instrumento que muitas vezes pode salvar a sua vida e também defender sua propriedade.

2. ANTES DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Já se observava que era manifesta a intenção de conferir maior rigor na repressão ao porte ilegal de armas de fogo, conduta originalmente caracterizadora de mera contravenção penal, que o legislador ordinário criminalizou-a, através da Lei nº 9.437/97, hoje derrogada pela Lei nº 10.826/2003. Dispunha o seu art. 10, caput:

“Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.” (grifo nosso)
Pena – detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos e multa”.

O artigo em questão dizia respeito, de uma forma genérica, ao simples porte ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido, integrado por 18 (dezoito) condutas que compunham o referido tipo (hoje são 13 (treze)). Não era necessário a realização de mais de uma das condutas para a caracterização do crime e, inclusive, por tratar-se de um tipo misto alternativo, a realização de mais de um comportamento pelo agente implicaria sempre em um único delito, por aplicação do princípio da alternatividade. Desse modo, aquele que possuía, portava, expunha à venda e, finalmente, vendia uma determinada arma de fogo cometia um único crime.

Assim, condutas como possuir, guardar, ou ter em depósito arma de fogo, mas sem registro, ainda que intramuros e completamente carentes de ofensividade à segurança pública, tornaram-se crimes punidos com detenção de uma a dois anos, além de multa (caput do art. 10 da referida Lei). E o possuidor poderia ser preso em flagrante a qualquer momento, uma vez que a posse, a guarda e o depósito compunham delitos permanentes.

Importa considerar que a lei tratou, distintamente, as armas de “uso permitido”, que são aquelas de pequeno poder ofensivo, utilizáveis pelos cidadãos idôneos para sua defesa pessoal e para defesa de seu patrimônio, e armas de “uso restrito ou proibido”, de maior poder ofensivo, cuja utilização requer habilitação especial – previsto no art. 12 da Lei nº 9.437/97.

No quesito liberdade provisória, a autoridade policial podia conceder liberdade provisória com fiança nos caso do art. 10, caput e § 1º, já que eram punidos com detenção; nos demais casos apenas a autoridade judiciária era a competente para concedê-lo.

3. A PARTIR DA LEI 10.826/2003

a) Aquisição de arma: quem pretender adquirir arma de fogo (de uso permitido) deverá apresentar requerimento à Polícia Federal, além de ater-se aos requisitos do art. 4º, do Estatuto¹, deverá também declarar a efetiva necessidade. O SINARM expedirá autorização de compra, intransferível.

Pessoas comuns só poderão comprar armas depois de completarem 25 anos de idade.²

O SINARM expede autorização de compra e a polícia federal REGISTRA.

Quem nessas condições não possui REGISTRO deverá obter até dia 24/06/2004, ou seja 180 dias da publicação da Lei do Desarmamento.

¹ Art. 4º - Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal;

II - apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta lei.

² Art. 28 – É vedado ao menor de 25 (vinte e cinco) anos adquirir arma de fogo, ressalvados os integrantes das entidades constantes dos incisos I, II e III do art. 6º desta Lei.

b) Registro da Arma: Vale em todo o território nacional. É obrigatório, conforme dispõe o art. 3º, da Lei 10.826/2003. Será expedido CERTIFICADO de registro de arma de fogo pela polícia federal que é PRECEDIDO de autorização do SINARM.

VALIDADE: deve ser renovado a cada 3 anos e re-comprovar os requisitos do art. 4º, do Estatuto. **Os registros da Lei nº 9.437/97, valem até o dia 23.12.2006 (art. 5º, § 6º).**

O registro obrigatório da arma de fogo para aquelas de uso restrito (de uso de atiradores, caçadores, colecionadores, dos integrantes da Polícia Federal, dos Magistrados, dos Membros do Ministério Público), ficarão a cargo do Comando do Exército. O Comando também fiscalizará a importação, exportação e desembaraço alfandegário de armas de fogo de colecionadores, atiradores e caçadores.

Os registros de propriedade, expedidos pelos órgãos estaduais, realizados até a data de publicação do Estatuto do Desarmamento, deverão ser renovados em três anos pelo registro federal.

O registro é o documento que autoriza a MANTER essa arma exclusivamente no interior da residência/domicílio, em propriedade rural, ou no seu local de trabalho se for o titular ou o responsável legal.

A autorização de porte pode ter eficácia temporária e territorial limitada (depende de regulamento). Caso o portador da mesma seja detido ou abordado em estado de embriagues ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas, a autorização perderá automaticamente sua eficácia.

4. ENTREGA DE ARMAS

Entre as várias inovações prevista pela Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento – esta a possibilidade do possuidor ou proprietário de arma de fogo entregá-la à Polícia Federal, no prazo de 180 dias (até dia 24 de junho de 2004), mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Tais disposições estão previstas nos artigos no Capítulo V – Disposições Gerais – mais especificamente nos artigos 30 a 32³ da referida Lei.

Ocorre que até a presente data ainda não há regulamentação sobre a forma

³ Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da

de entrega ou da possível indenização, sendo que o Ministério da Justiça criou comissão para tanto, principalmente no que diz respeito ao registro das armas.

Há que se ressaltar que a Lei criou uma espécie de “abolitio criminis” para aquele que quiser entregar espontaneamente sua arma de fogo, mesmo que esta não esteja registrada.

Desta feita, a pessoa pode se deslocar com a arma que possui registro ou não, ainda que sem o porte até o local para efetuar a entrega sem que caracterize o crime, desde que essa seja a finalidade. Outra razão de estar portando a arma sem autorização (com ou sem registro) caracteriza crime.

Com isso, o crime tipificado por exemplo no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, só passa a ter eficácia a partir de 180 dias da publicação do Estatuto (23.12.2003), porque o art. 30 concedeu esse prazo (180 dias), determinando responsabilidade penal para quem não o cumprir. Desta feita, quem POSSUIR ou MANTIVER arma de fogo, acessório ou munição no INTERIOR DE SUA RESIDÊNCIA até o dia 22.06.2004, sem autorização, não estará cometendo crime, porque a eficácia do art.12 está condicionada ao art. 30 do Estatuto.

No entanto, como a Lei está em vigor e não há como retirar do cidadão a prerrogativa que lhe foi conferida de entregar arma de fogo à polícia, é que se contactou com as autoridades policiais, chegando-se ao seguinte procedimento de atuação que deve ser adotado caso algum cidadão queira devolver arma da qual seja proprietário ou possuidor.

A entrega das armas, com registro ou não, deverão ser feitas junto às Delegacias da Polícia Federal (Art. 32) que independentemente da regulamentação da lei as estarão recebendo conforme informou a Superintendencia do Departamento de Policia Federal em Santa Catarina.

Nos municípios onde inexistente Delegacia da Polícia Federal, as armas de fogo poderão ser encaminhadas diretamente pelo cidadão interessado às delegaci-

origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta lei.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.

Parágrafo Único. Na hipótese prevista neste artigo e no art. 31, as armas recebidas constarão de cadastro específico e, após a elaboração de laudo pericial, serão encaminhadas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Comando do Exército para destruição, sendo vedada sua utilização ou reaproveitamento para qualquer fim.

as Regionais de Polícia Civil das Comarcas, quando então o responsável pelo recebimento deverá lavrar termo de entrega e apreensão da arma.

Se os municípios que compõe a Comarca não forem sede de Regional, a delegacia que recebeu a arma de fogo deverá enviar àquela para que proceda a baixa junto ao cadastro no SINARM, pois somente as Delegacias de Polícia Regionais é que procedem essa baixa e encaminharão posteriormente ao Ministério do Exército para a entrega definitiva para os fins previstos na lei. Por força de determinação interna do Exército, as entregas efetuadas pelas Delegacias Regionais de Polícia Civil são acompanhadas de um oficial de justiça.

Quanto à indenização mencionada na Lei, até que a mesma seja regulamentada, não há como resolver tal impasse, porque somente o regulamento poderá editar os requisitos, valores e determinar quem arcará com esse ônus.

5. AUTORIZAÇÃO PARA PORTE DE ARMA

Segundo a normatização vigente, objeto destas considerações, o porte de arma de fogo em todo território nacional fica proibido, salvo para os casos previstos em legislação própria e para os integrantes das corporações mencionados no artigo 6º, incisos I ao IX, do Estatuto do desarmamento⁴.

Aos residentes em áreas rurais que comprovarem depender do emprego de arma de fogo para prover a subsistência alimentar de sua família será autorizado o porte na categoria de “caçador”.

Outros órgãos públicos que, em razão de suas atribuições legais, tenham a competência de polícia própria, de proteção à infância e juventude, de fiscalização

⁴ a) Forças Armadas;

b) Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal;

c) Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar;

d) Polícia Civil;

e) Guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500 mil habitantes;

f) Guardas Municipais dos Municípios com menos de 500 mil habitantes, quando em serviço;

g) Agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e do Departamento de Segurança da Secretaria de Segurança Institucional da Presidência da República;

h) Integrantes das polícias legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

l) Agentes e guardas penitenciários e integrantes das escoltas de presos.

ambiental, trabalhista ou tributária poderão requerer autorização de porte de arma para seus agentes operacionais, mas apenas para uso exclusivo em serviço.

A autorização para o porte de armas de uso permitido, em todo território nacional, é de competência exclusiva da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do SINARM, podendo ter eficácia temporária e territorial limitada. Caso o portador da mesma seja detido ou abordado em estado de embriagues ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas, a autorização perderá automaticamente sua eficácia.

As autorizações já concedidas expirarão em 90 dias após a vigência do Estatuto do Desarmamento, mas poderão ser renovadas na Polícia Federal no mesmo prazo.

Os portes de armas já concedidos expirar-se-ão em 24.03.2004 (art.29) e o prazo de validade do novo porte será regulamentado por Decreto.

6. PORTE DE ARMA AO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No caso sob análise e com base na Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos (Lei Federal nº 8625/93) em seu art. 42, que confere, a todo membro do Ministério Público do país, seja de que esfera for, a prerrogativa do porte de arma de fogo, com adaptações advindas de novas regras trazidas pela Lei Federal nº 10.826/2003. Não há que se falar, sob pena de erro crasso, de revogação daquela norma pelo simples advento do “Estatuto do Desarmamento”. Além disso, o próprio Estatuto ressalva a recepção das legislações específicas, bastando a simples interpretação do artigo 6º, do Estatuto.⁵

Intocada restou, de conseqüência, a prerrogativa funcional do porte legal de arma de fogo aos membros do Ministério Público, por força do princípio da especialidade que ninguém ousa desconhecer.

Isto posto, de clareza solar que remanesce sem dúvida razoável a prerrogativa dos membros do Ministério Público, sejam do Ministério Público da União ou das instituições estaduais, de portar arma de fogo com base em suas leis orgânicas (Lei Complementar Federal nº 75/93 e Lei Federal nº 8625/93, respectivamente), e, no que tange ao Parquet do estado de Santa Catarina, também por força da norma insculpida em sua lei organizadora específica, a Lei Complementar Estadual

⁵ Art. 6º - É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para: (grifo nosso)

nº 197/2003, que em seu artigo 206, assim dispõe:

Art. 206. Os membros do Ministério Público, na ativa ou aposentados, terão carteira funcional que valerá em todo o território nacional como cédula de identidade e porte permanente de arma, independentemente de qualquer ato formal de licença ou autorização, salvo o registro da arma no órgão competente. (grifo nosso)

Parágrafo único. Por representação do Procurador-Geral de Justiça ao Conselho Superior do Ministério Público o porte de arma poderá ser cassado quando qualquer membro do Ministério Público se utilizar da prerrogativa em circunstâncias que acarretem prejuízo ao prestígio ou à dignidade da Instituição.

Alteração houve, contudo, pelo simples advento do Estatuto, gozando de coercitividade suficiente para atingir qualquer categoria funcional que seja; trata-se da imperiosidade de se portar arma de fogo REGISTRADA, a comando do art. 3º da legislação em foco, onde se dispôs: “É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente”. Note-se que a prefalada receptividade das legislações específicas aqui não ocorre, talqualmente se deu com o porte legal, contido no artigo 6º (“É proibido o porte de arma de fogo em todo território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para”).

Diante de qualquer dúvida consulte-se o disposto nos artigos 14 c/c art.25, do já referido Estatuto, que não deixa margem a interpretações outras.⁶

Conclui-se, com a segurança dos argumentos ora expendidos, de que a “Nova Lei do Desarmamento” NÃO REVOGOU O PORTE LEGAL DE ARMA DE FOGO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO, face aos consagrados princípios da especialidade, da recepção e do federalismo; contudo, A PARTIR DA DATA DE SUA VIGÊNCIA TAIS AUTORIDADES TÊM DE PORTAR, JUNTO DA CARTEIRA FUNCIONAL, O DOCUMENTO DE REGISTRO ADMINISTRATIVO DA ARMA CONDUZIDA, sob pena de cometerem infração da ordem legal.

Porém, há que se lembrar que nesse caso o porte singular (no caso para os

⁶ Art. 14. Porta, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Art. 25. Armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos serão, após elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, encaminhados pelo juiz competente, quando não mais interessarem à persecução penal, ao Comando do Exército, para destruição, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

membros do Ministério Público) é uma autorização concedida pela autoridade competente, é um ato administrativo discricionário, precário, válido por tempo determinado, não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, portanto pode negá-la a Administração ou cassá-la a qualquer momento, e é válida para arma certa e determinada.⁷

7. NORMA PENAL EM BRANCO

a) Classificação legal das armas: uso permitido e uso restrito ou proibido (art. 23 – será disciplinada por decreto Presidencial mediante proposta do Comando do Exército)- por enquanto vale o que esta disposto no Decreto n. 3.665/2000, nos seus artigos 15, 16 e 17.⁸

8. OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES

a) Eficácia da arma: continua a divergência jurisprudencial com relação a eficácia da arma e a necessidade de provar, através de perícia, a capacidade lesiva da arma, isto é, de que é apta a efetuar disparos. Nossos Tribunais já decidiram com base na lei anterior de forma pacífica no sentido de que não é imprescindível a perícia de potencialidade lesiva da arma de fogo na instrução probatória do crime de porte ilegal de arma, conforme decisão abaixo.⁹

⁷ cf.: Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 20ª ed., 1995, p. 170; José Cretela Júnior, *Curso de Direito Administrativo, Forense*, 4ª Ed., 1975, p. 274; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo, Forense*, p. 109, 296; Celso Antônio Bandeira de Melo, *Malheiros*, 9ª Ed., 1997, p. 273.

⁸ Em anexo na parte final do texto

⁹ Informativo da Coordenadoria de Recursos da Procuradoria de Justiça nº 09/01 – Florianópolis, março de 2001.

a) REsp nº 285.451/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 13.3.2001, cuja ementa é a que segue: “PENAL. ARMA DE FOGO. PORTE ILEGAL. PERÍCIA. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. 1. Comprovada a posse de arma de fogo não registrada, que em momento algum teve controvertida ou efetivamente negada sua potencialidade ofensiva, a ausência do exame pericial não descaracteriza a conduta típica.

b) Recurso Especial conhecido e provido. “Este apelo especial foi interposto pela Coordenadoria de Recursos contra o Acórdão do TJSC prolatado na Apelação Criminal nº 00.002582-8, da Comarca de Ituporanga, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, que havia decidido nos seguintes termos:

“PORTE ILEGAL DE ARMA – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – PRE-

b) Arma desmuniçada: posição do Tribunal Superior na questão Armas sem munição: segundo STJ, porta arma de fogo, mesmo sem munição, é crime e ainda sob a regia da antiga lei assim já decidiu:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. Para que se caracterize a tipicidade da conduta elencada no art. 10, da Lei nº 9.437/97, basta tão-somente o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente. A circunstância de a arma estar desmuniçada não exclui a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão, colocando em risco toda a paz social. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 302747 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2001/0013348-7; Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; Órgão Julgador QUINTA TURMA; DJ 09/12/2002 PG:00369).

E ainda,

PENAL. PROCESSO PENAL. ARMA DE FOGO. PORTE ILEGAL. PERÍCIA. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. Segundo precedentes “comprovada a posse de arma de fogo não registrada, que em momento algum teve negada sua potencialidade ofensiva, a ausência do exame pericial não descaracteriza a conduta típica. (REsp nº 285.451/SC, Ministro Edson Vidigal, DJ de 09/04/2001).Recurso conhecido e provido”.(RESP 302357 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2001/0010429-0; Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; Órgão Julgador QUINTA TURMA; DJ DATA:04/11/2002 PG:00227).

c) Tipos penais: continua a mesma classificação, à da lei anterior, TIPOS ALTERNATIVOS em face da multiplicidade de verbos. Assim, várias condutas típicas, como por exemplo: adquirir, guardar e depois portar ilegalmente arma de fogo, caracterizarão um só crime, porque atingem o mesmo bem jurídico. Manter sob guarda, sem autorização, arma de fogo, acessórios e munição, ainda que para várias armas, representarão apenas um único crime.

d) Elementos normativos: a maioria dos tipos penais apresentam elemen-

SUNÇÃO INACOLHIDA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA”. Para condenação nas penas do art. 10, da Lei nº 9.437/97, a arma objeto do crime deve ser submetida à perícia (salvo quando a apreensão se seguir ao seu uso efetivo), porquanto sua potencialidade lesiva não é presumida, eis que a própria legislação estabelece limitações à presunção juris tantum de seu funcionamento (art. 3º da Lei n. 9.437/97 e §§ 1º e 2º, do Dec. nº 2.222/97).

tos normativos consistentes na expressão sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Isto significa que nenhuma arma pode circular, trocar de propriedade ou posse sem Prévia autorização do SINARM e da Polícia Federal.

e) Juizado Especial Criminal: com relação a posse e o porte irregular de arma de fogo de uso permitido, não cabe mais falar em Juizado Especial Criminal, porque a pena máxima aumentou e com isso também não cabe transação penal, como era possível na legislação anterior.

f) Fiança: também não cabe, porque O Estatuto assim definiu, exceto se a arma estiver registrada no nome do agente.

A inovação significativa que o Estatuto traz, ocorre justamente sobre esse tema ‘fiança’ e liberdade provisória. Algumas condutas são afiançáveis (arts. 12,13 e 14) enquanto outras são consideradas inafiançáveis (arts. 14, caput, § único e 15), admitindo liberdade provisória com fulcro no art. 310, § único do Código de Processo Penal, enquanto outras são definidas como insuscetíveis de liberdade provisória (arts. 16, 17 e 18).

g) Concurso de crime: no que tange ao tema – homicídio praticado com arma de fogo sem porte – o porte é crime-meio e restará absorvido pelo crime fim. Porém, antes do agente iniciar o crime de homicídio ou o crime fim, sobram ainda 12 condutas típicas possíveis que já estão consumadas, como por exemplo possuir ou adquirir.

h) A não-aplicação da *vacatio legis* às armas de fogo de uso restrito – comentários ao artigo 32, da Lei nº 10.826/2003

A Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, em seu artigo 32, traz a seguinte redação:

“Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei”.

Nos termos do artigo em análise, algumas condutas tipificadas como criminosas pelo Estatuto do Desarmamento só poderão entrar em vigor após o decurso desse lapso temporal de 180 (cento e oitenta) dias contados da data de sua publicação, qual seja, em 23 do mesmo mês e ano. Assim, conseqüentemente, encontram-se em período de vacância todas as condutas verbalizadas no artigo 12 (posse ilegal de arma de fogo, acessórios e munição, de uso permitido).

Não pairam dúvidas sobre o argumento retro. Todavia, no que se refere à

extensão da *vacatio legis* aos tipos penais elencados nos artigos 14 e 16, a controvérsia se instala.

Especificamente no que tange ao artigo 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), a melhor orientação direciona-se no sentido de apenas, excepcionalmente, aplicar-se a algumas condutas nele descritas, a *vacatio legis*. Isto é, tão-somente nos casos em que o agente for flagrado com a arma de fogo (acessórios ou munição) no momento em que se deslocava para efetuar a sua entrega às autoridades competentes. Com efeito, caberá ao agente provar que se encontra amparado pela *vacatio legis*.

Já com relação às práticas ilícitas descritas no caput do artigo 16 do Estatuto em foco, entende-se temerária a extensão do período de *vacatio legis*, visto que se trata de posse ou porte ilegal de arma de fogo (munição e acessórios) de uso restrito ou proibido. E, muito embora o dispositivo legal em estudo (art. 32) não obstar a sua aplicação, certamente não era a intenção do legislador abarcar tal conduta que, inclusive, mereceu tratamento diferenciado e mais gravoso.

Por outro lado, a prática descrita no inciso IV do parágrafo único do comentado artigo 16, encontra-se sob o manto da *vacatio legis*. Isso porque, a conduta de "portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou sinal identificador raspado, suprimido ou adulterado" não pressupõe que a arma seja, necessariamente, de uso restrito, podendo referir-se às de uso permitido. Esse é o entendimento abraçado pelo Procurador de Justiça Gilberto Thums do Ministério Público do Rio Grande do Sul, extraído do artigo "Estatuto do Desarmamento – Lei nº 10.826 de 23.12.2002 -Primeiras Anotações".

Portanto, não se coaduna com o posicionamento que vem sendo adotado pelo egrégio Tribunal de Justiça no sentido de se obstar o início da persecução penal quando o crime em comento for o previsto no caput do artigo 16. Nesse sentido, cita-se a recente decisão da Segunda Câmara Criminal, por votação unânime sem sede de Habeas Corpus, assim deferiu, determinando o trancamento da ação penal e a soltura do paciente.

"Habeas-corpus. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Art.16 da Lei nº 10.826/03. Crime permanente. Prisão em flagrante durante a *vacatio legis* indireta, prevista no seu art. 32. Dispositivo penal desprovido de eficácia. Constrangimento evidenciado. Ordem concedida para trancar a ação penal e confirmar a soltura do paciente determinada na liminar.

O art. 32 da Lei nº 10.826/03 confere o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o possuidor de arma de fogo não registrada entregá-la à Polícia Federal, mediante indenização, caso presumida a boa-fé.

Sendo o agente preso em flagrante na posse de arma de fogo nesse período, *vacatio legis* indireta, constitui o ato evidente constrangimento ilegal, assim como a denúncia oferecida pelo fato, pois, antes de escoado o prazo legal, a conduta de possuir arma de fogo, de uso restrito ou não, sem registro, é momentaneamente atípica.”(HC n. 04.001585-2, de Caçador, Relator Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 10.02.2004).

9. INTENÇÃO DO LEGISLADOR

O legislador nem sempre demonstra uma boa técnica e coerência ao editar leis penais, cabendo ao intérprete essa árdua tarefa, pois nunca é demais a preocupação com analogias in malam partem ou interpretações que tragam mais dano do que benefício à comunidade.

No nosso caso o legislador foi primoroso, pois a inusitada vacância do art. 32 da Nova Lei, embora a indiscutível boa intenção vemos que não revela “uma preocupação técnica em oferecer um desenho legislativo ajustado ao resto do sistema penal nem, tampouco, ao conjunto da própria lei”.¹⁰

Condutas delituosas encontram-se acobertadas por uma esdrúxula e desanimadora *vacatio legis*, que lança ao chão toda a esperança que a sociedade depositava para a contenção da violência.

Assim, para aqueles agentes que foram flagrados com arma no interior de sua residência até o dia 22.12.2003 e estão sendo acusados por posse ou guarda de arma de uso permitido em sua residência ou local de trabalho, o processo continuará tramitando normalmente. **A lei nova não retroagirá para operar a descriminalização.** Porém, na medida em que somente passará a ser ilícito penal no dia 22.06.2004 – prazo de 180 dias previsto em lei - durante esse período de *vacatio legis* o agente deverá providenciar o registro da arma ou a sua entrega à Polícia Federal. Logo, na hipótese de encontrar-se uma arma de uso permitido na residência de alguém, sem o competente registro, é necessário verificar a situação da aludida arma. Uma vez que, se foi adquirida ilegalmente ou é objeto de crime precedente, haverá ilícito penal, podendo nesse caso até haver o flagrante, como por exemplo a conduta de ‘ocultar ou ter em depósito’, que é crime permanente. Do contrário, a simples existência de arma de uso permitido não constituirá crime até 22.06.2004.

Segundo preceito incriminador do Estatuto do Desarmamento, se a arma

¹⁰ Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira, Lei das Armas de Fogo, Rev. dos Tribunais, 1988, p. 60/61.

encontrada for de uso restrito ou proibido deve haver imediata prisão em flagrante com enquadramento no art. 16 da nova lei, porque essas armas jamais poderão ser registradas. Há a possibilidade de registro (somente para armas de uso permitido), com prazo sob *vacatio legis* previsto pelo art. 30 do Estatuto. *Vacatio legis* essa que ainda pode ter prazo indefinido, como na hipótese do artigo 31, que autoriza a entrega, “a qualquer tempo” (portanto, até mesmo após o decurso dos 180 dias), à Polícia Federal, das armas de fogo “adquiridas regularmente”.

Ressalta-se que, o artigo 30 diz respeito apenas às condutas tipificadas no artigo 12 do novo estatuto, que passarão a ser incriminadas a partir de 22.06.2004, mas restritas às hipóteses em que a posse ou propriedade da arma tenha um precedente lícito, por exemplo, herança ou ter deixado de registrar a arma quando a Lei nº 9.437/97 concedeu prazo de 180 dias para proceder ao registro. Havendo elemento probatório de que a arma tem procedência ilícita, a tipificação passa a ser o que determina o art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

O entrave em questão é o fato da própria lei não discriminar, não definir com precisão que tipo de armas ‘não registradas’ deverão ser entregues e a quem endereça a conduta tipificada no art. 32, ou seja “os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas (de uso permitido, proibido ou restrito – a lei nada diz) as entreguem, se quiserem, à Polícia Federal, para posterior destruição pelo comando do Exército, podendo ser indenizado do respectivo valor, conforme dispuser o decreto regulamentador, se demonstrarem boa-fé”. Talvez, hoje, o maior impasse é com relação a vigência da *Vacatio Legis*, ou seja os 180 (cento e oitenta) dias, que também consta no referido artigo e esta sendo usado para descaracterizar a conduta atípica, devido se encontrar sob a égide da vacância.

Existem posicionamentos com relação ao lapso temporal concedido pelo artigo 32 da Lei 10.826/03, afirmando que “tal prazo foi, na verdade uma forma de anistia”¹¹, com todas as suas conseqüências jurídicas.

A Lei, em seu art. 32, ao estabelecer a presunção da boa-fé de quem comprovasse a origem lícita da posse da referida arma, é claro, tencionava motivar a população, obviamente a sua maior parte - aquela enorme parcela que com o cumprimento das leis se preocupa - a fazer o registro ou a entrega de suas armas, armas estas de uso permitido, e é claro, ainda sob a presunção da boa-fé, obtidas lícitamente. Duas importantes conseqüências teríamos deste comportamento: estariam com suas armas legalizadas todas ou quase todas as pessoas íntegras, honestas, ciosas de seus deveres e um cadastro completo estaria disponível.

Sempre se diz que a diferença entre o remédio e o veneno é a quantidade.

¹¹ Gomes & Oliveira, ob. Cit., p.31.

Desse modo, assim como pode parecer um absurdo chamar açúcar, de que tanto gostamos, de veneno, ele pode excepcionalmente ser um veneno mortal. Basta ministrá-lo a um diabético. É o que se pode falar com relação a armas de fogo de uso permitido e armas de fogo de uso restrito/proibido, se abrirmos a possibilidade para aquele que alegar ou declarar necessidade de adquirir arma de fogo uso restrito de ‘forma lícita’, como pode ser feito com relação a armas de uso permitido. Poderíamos estar habilitando pessoas sem capacidade técnica, ou mesmo aptidão psicológica para o manuseio de armas de uso exclusivo e assim cometendo o crime de falsidade ideológica art. 299, do CP. Para isto, bastaria entregarmos, a um cidadão comum, o registro por exemplo de uma arma de fogo automática de qualquer calibre, arma de uso restrito, que comprovadamente aquele cidadão obtivera – ou possa comprovar – mediante nota fiscal de compra e ainda lhe ofertaríamos o porte como brinde, estaríamos não só sendo coniventes com a violência, como afrontando o que determina a Nova Lei. Uma vez que somente ao Comando do Exército caberá autorizar, excepcionalmente, aquisição destas armas. Vale frisar que não pode ser concedida a qualquer um do povo o seu uso.

Como se vê, “deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências”, conforme a magnífica lição de Carlos Maximiliano;¹² “A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração.”¹³

Dentro deste contexto, não poderá ocorrer a *vacatio legis* e também a *abolitio criminis*, em se tratando de armas de uso restrito ou não permitido diante da notória ilicitude da aquisição. Encontrada tal arma de fogo no interior de residências, poderá ocorrer a prisão em flagrante do infrator e a tipificação recairá no art. 16 da nova lei, e não se pode dar uma interpretação extensiva ao art. 32 da lei 10.826/2003, alcançando toda e qualquer arma de uso restrito ou não permitido.

O que o legislador quis punir, antecipando-se, é o empreendimento criminoso, servindo-se de um objeto (seja arma de fogo de uso permitido), uma vez que armas de fogo de uso restrito ou proibido lhe é vedado a possibilidade de registro, pelo simples fato de serem estas armas de uso exclusivo. Como poderá, então, o cidadão estar de posse de tal instrumento? Instrumento esse que pela lógica, devido a dificuldade de acesso, só poderá ser adquirido por meios ilícitos. Concluiu-se que deve ser punido esse estado de ânimo, essa transformação de um objeto em um instrumento prestes a disparar, e apto a permitir a consumação de vários outros crimes.

De outro vértice, mesmo que não se entenda pela possibilidade da prisão

¹² apud Weber Martins Batista, Direito Penal e Direito Processual Penal, Forense, 2ª ed., 1996, p.11.

¹³ Thomas Jefferson.

em flagrante, no período de 180 dias, daquele que possuir em sua residência arma de uso restrito ou não permitido, a arma de fogo deve ser apreendida cumprindo com um dos fins da lei, que é o desarmamento.

i) Arma de brinquedo: segundo o Estatuto fica proibida a fabricação, venda, comercialização e importação de brinquedos, réplicas e simulacros de arma de fogo, exceto as destinadas ao adestramento, instrução e coleção de usuário autorizado, esse é o entendimento disposto no art. 26, da nova lei¹⁴.

Acabou a discussão sobre arma de brinquedo e sua tipificação na lei de armas como crime autônomo.

Quem estiver sendo acusado por infração ao art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97, como crime autônomo, tem sua punibilidade extinta por 'abolitio criminis'. Quem já foi condenado tem direito à revisão criminal.

10. CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE ALGUNS TIPOS PENAIIS

Art.12 - POSSE irregular de arma de fogo de USO PERMITIDO: possuir ou manter sob guarda arma de fogo, acessório¹⁵ ou munição de uso permitido, no interior da residência/dependência/local de trabalho (responsável da empresa).

Sujeito ativo: quem possui ou guarda no interior da residência/local de trabalho arma não registrada. Não se aplica o porte ilegal porque o registro é suficiente para manter a arma nestes locais (art.5º, do Estatuto).

Art.14 - PORTE ilegal de arma de fogo de USO PERMITIDO: portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda, ocultar, ARMA DE FOGO, ACES-SÓRIO ou MUNIÇÃO de uso permitido, sem autorização ou em desacordo com norma legal/regulamentar.

Crime inafiançável, exceto se a arma estiver registrada no nome do agente.

A conduta manter sob guarda é a mesma do art. 12, com diferença do local

¹⁴ Art. 26. São vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir.

Parágrafo Único. Excetuam-se da proibição as réplicas e os simulacros destinados à instrução, ao adestramento, ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército.

¹⁵ Conforme Dec. 3665/200, art. 3º, II, considera-se 'acessório de arma: artefato que, acoplado a uma, possibilita a melhoria do desempenho do atirador, a modificação de um efeito secundário do tiro ou a modificação do aspecto visual da arma'

onde a arma é guardada. Se for na residência ou local de trabalho, a pena será de 1 a 3 anos de detenção, se for em outro local, será de reclusão de 2 a 4 anos.

Art.15 - Disparo de arma de fogo: disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado/suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, salvo se esta conduta não tiver como objetivo a prática de outro crime. Crime sem direito à fiança.

A conduta típica consiste em disparar arma de fogo sem objetivo de cometer crime mais grave. Atirar a esmo. Atirar para assustar ou intimidar alguém ou até mesmo para provar funcionalidade da arma. Se ocorrer crime de homicídio, sendo que esta não era a intenção do agente que disparou a arma, poderá responder pelo resultado a título de dolo eventual (art.121, caput, do CP) ou culpa, sendo que neste caso, o disparo é mais grave do que a morte culposa e prevalecerá a Lei do Desarmamento. Não se tipifica a conduta no caso de disparo acidental. Nesta hipótese, havendo algum resultado como morte ou lesão, o agente responderá a título de culpa pelo resultado. É a conclusão: se o agente pretende por exemplo, praticar crimes contra o patrimônio ou crimes contra a vida e dispara a arma de fogo, a conduta fica absorvida pelo crime mais grave pretendido.

Arma de uso proibido: se a arma que foi disparada é de uso proibido, o Estatuto não faz qualquer distinção quanto à pena. Porém, é claro que se a arma for apreendida, haverá a tipificação descrita no art. 16 de acordo com a conduta flagrada.

Art. 16 Posse ou porte ilegal de arma de fogo de USO RESTRITO: possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda, ocultar, arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal/regulamentar. Crime de reclusão, sem direito à liberdade provisória.

Agrava-se a pena, se a ação do agente tiver como objeto o comércio de armas, as condutas do art. 16, do Estatuto cedem lugar para o art. 17, do mesmo, que possui pena mais severa.¹⁶

¹⁶ Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou a qualquer forma utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo Único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

11. CONFISCO OU PERDIMENTO DA ARMA

Nos termos do artigo 118 do CPP, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Mas as coisas a que se refere o artigo 91 do CP não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final condenatória, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé. É o chamado confisco. E aqui esta o cerne da nossa discussão.

O confisco é efeito da sentença penal condenatória, consoante dispõe o art. 91, inciso II, letras a e b, do CP. O efeito é automático, dispensando sua expressa declaração na sentença condenatória. É a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Posto isto, percebe-se que a ressalva do direito do lesado e de terceiro de boa-fé, na primeira hipótese supra, não se justifica, pois, se o instrumento constitui fato ilícito, não podem ter direito à devolução: ex.: apreendida uma arma de uso exclusivo do Exército, ainda que em poder de terceiro, não lhe pode ser devolvida, mas sim à União. A perda em favor da União só será decretada em relação aos instrumentos de uso ilícito, na forma do art. 91, II, a, do CP, tanto que só a eles faz menção o art. 122 do CPP (RT, 559:319).

O confisco hoje ocorre apenas no caso de sentença penal condenatória. No caso de arquivamento do inquérito, de extinção da punibilidade, de sentença de impronúncia ou absolutória, não se pode mais decretar o confisco dos instrumentos e produtos do crime, como determinava o primitivo art. 100 do CP e o art. 779 do CPP¹⁷.

Ainda sobre o confisco, o mestre Paulo Lúcio Nogueira, assim dispõe: “Muito se discute sobre o confisco na prática de crimes, e não na de contravenções, havendo vários autores que defendem essa opinião; outros entendem ser possível o confisco tanto na condenação de crimes, como na de contravenções.

¹⁷ Existe decisão do STF no sentido de que se “a autoridade policial não encontrou elementos para prosseguir no inquérito, por não se configurar a infração prevista em qualquer dispositivo penal, cumpre-lhe devolver a arma a seu legítimo proprietário” (RTJ, 57/148).

“Se o juiz julga extinta a punibilidade antes do término da ação penal, não havendo condenação, cumpre seja restituída ao acusado a arma apreendida em seu poder quando da prática do crime” (RT 492/357).

Acrescenta-se em favor do confisco que há contravenções, como fabricação e porte ilegal de armas, jogo do bicho etc., em que o confisco de instrumentos e bens torna-se indispensável, como efeito da condenação”¹⁸.

Estatuto do Desarmamento fez referência expressa sobre o confisco da arma que for objeto de qualquer crime, tanto na nova lei de armas quanto em outros crimes. Embasamento há¹⁹. E a luz sobre essa seara no novo Estatuto é o art. 25. Ao estabelecer que as armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos serão objeto de laudo pericial, que será juntado aos autos, e quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhados pelo juiz ao Comando do Exército para destruição, no prazo de 48 horas.

12. CONFISCO POR ILÍCITOS PRATICADOS COM ARMAS NA LEI ANTERIOR (LEI Nº 9.437/97)

Como foi mencionado anteriormente, até o trânsito em julgado da sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. O confisco era efeito automático da sentença penal condenatória, consoante dispõe o art. 91, II, letras a e b, do CP;

¹⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal, 11ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo/SP, 2000, pág. 176.

¹⁹ **Confisco dos instrumentos do crime:** refere-se o artigo 119 do CPP aos arts. 74 e 100 do CP na redação original. Ao art. 74 anterior corresponde agora, por força da Lei 7.209/84, o art. 91, II, que se refere ao confisco, ou seja, à perda, em favor da União, dos instrumentos e produto do crime com a sentença condenatória irrecorrível. O mandamento do art. 100, referente a perda em caso de crime de autoria ignorada, não consta mais na legislação vigente, aplicando-se então o art. 799 do CPP. As coisas apreendidas não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé. Ficam confiscados, portanto, com efeito automático da condenação, em primeiro lugar, os ‘instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito’ (punhais, petrechos para falsificação de moeda ou documentos, substâncias que causam dependência física ou psíquica etc.) (art. 91, II, ‘a’, do CP). Incluem-se aí as armas de uso proibido, munições, pólvora, petrechos e similares de controle do Ministério do Exército (arts. 272 ss. do Dec. n. 55.649/65). Não são confiscados, devendo ser restituídos ao proprietário, os instrumentos do crime quando se tratarem de armas ou objetos utilizados ocasionalmente para prática do ilícito penal e cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção não constituam fato ilícito. O confisco somente ocorre quando a infração pela qual o réu foi condenado constitui crime: a expressão contida no art. 19, inciso II, do CP, deve ser interpretada restritivamente, não abrangendo a contravenção. É indispensável, aliás, que haja um nexo etiológico entre o crime e o objeto utilizado para sua prática para que ocorra o confisco. (Julio F. Mirabete, na obra Código de Processo Penal Interpretado. 3ª ed., Ed. Atlas, São Paulo/SP, 1995).

Em se tratando de porte ilegal de arma de fogo, praticado sobre a égide da lei anterior, em tese havia a possibilidade de transação penal, podendo o Promotor de Justiça propor como condição da transação o perdimento da arma, desde que houvesse a anuência do autor da infração, aceitando as condições impostas integralmente. Do contrário, não aceita a proposta nestes termos, – com o confisco - o Promotor de Justiça oferecia denuncia e, ao final, se condenado fosse, decretava-se o confisco nos moldes do art. 91, CP.

Previa, também, a possibilidade da suspensão condicional do processo, para o caso previsto no artigo 10, caput e § 1º, cuja pena mínima era de um ano, nos casos dos §§ 2º e 3º com pena mínima de dois anos era incabível.

Abaixo segue o posicionamento dos Tribunais Superiores, ainda sob a vigência da Lei nº 9.437/97²⁰.

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bem jurídico objeto da tutela penal é semelhante ao da lei anterior, qual seja, a segurança coletiva ou a incolumidade pública. Portanto, o Estatuto visa prevenir a ocorrência de crimes mais graves normalmente praticados com uso de arma de fogo.

Observa-se que os crimes são de perigo presumido, porque os tipos penais não prevêem a ocorrência de dano efetivo a qualquer bem jurídico, basta a mera situação de perigo. Exceção feita ao art. 15 (disparo de arma de fogo), que se caracteriza como formal, sendo impertinente sua classificação como crime de perigo ou de dano.

O Estatuto, em síntese, estipula penas variáveis para diversos crimes. O tráfico internacional de arma de fogo tem pena de reclusão de quatro a dez anos, enquanto o comércio ilegal resulta em reclusão de quatro a oito anos. Ambos os crimes tiveram a pena aumentada da metade se a arma, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito. Além disso, não será permitida a liberdade provisória.

²⁰ “PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONFISCO. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A condenação por porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento do armamento apreendido, em razão da aplicação, na espécie, do disposto no art. 91, II, “a” do Código Penal, em consonância com o art. 1º da LCP. II - Recurso conhecido e provido para, cassando-se o acórdão recorrido, determinar-se seja restabelecida a decisão monocrática que indeferiu o pedido de restituição da arma de fogo apreendida.” (STJ, RES 83857/SP; RECURSO ESPECIAL 1995/0069237-6; Relator Min. GILSON DIPP; DJ 14/02/2000 PG:00056).

Confere, ainda, competência exclusiva à Polícia Federal (após autorização do SINARM) para a expedição e a autorização para a posse e o porte de armas de fogo de uso permitido e de munições, sem prejuízo do estabelecido de convênios de cooperação com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados; estabelece requisitos mais rígidos para os interessados na aquisição de arma de fogo; proibi o porte de arma de fogo para pessoas físicas, com as ressalvas previstas; aumenta os valores das taxas correspondentes à expedição de autorizações para a posse e o porte de arma de fogo, sem que a elevação possa significar desestímulo ao registro e ao porte; tipifica penalmente condutas criminosas relacionadas com armas de fogo, agravando as penas correspondentes às previstas na legislação anterior; aumenta a idade mínima das pessoas físicas legalmente autorizadas a adquirirem armas de fogo; prevê a aplicação de multas às empresas que promovem indevidamente o transporte e a publicidade de armas de fogo e propõe a proibição da comercialização de armas de fogo.

Como se viu, a eficácia da Lei nº 9437/97 trouxe algum avanço no quesito controle da posse e do porte de armas de fogo, porém a lei demonstrou neste curto espaço de tempo que necessitava ser aprimorada através de uma norma modernizada para que surta efeito. O Estatuto, ao ampliar a matéria, emprega-lhe melhor sistematização, mas repete muitos dos dispositivos da Lei anterior.

Anexo da Nota 8:

“Art. 15. As armas, munições, acessórios e equipamentos são classificados, quanto ao uso, em:

I - de uso restrito; e

II - de uso permitido.

Art. 16. São de uso restrito:

I - armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;

II - armas, munições, acessórios e equipamentos que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;

III - armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres.357 Magnum,9 Luger,.38 Super Auto,.40 S&W,.44 SPL, .44 Magnum,.45 Colt e .45 Auto;

IV - armas de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester,.270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;

V - armas de fogo automáticas de qualquer calibre;

VI - armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros;

VII - armas de fogo de alma lisa de calibre superior ao doze e suas munições;

VIII - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre

superior a seis milímetros, que disparem projéteis de qualquer natureza;

IX - armas de fogo dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes;

X - arma a ar comprimido, simulacro do Fz 7,62mm, M964, FAL;

XI - armas e dispositivos que lancem agentes de guerra química ou gás agressivo e suas munições;

XII - dispositivos que constituam acessórios de armas e que tenham por objetivo dificultar a localização da arma, como os silenciadores de tiro, os quebra-chamas e outros, que servem para amortecer o estampido ou a chama do tiro e também os que modificam as condições de emprego, tais como os bocais lança-granadas e outros;

XIII - munições ou dispositivos com efeitos pirotécnicos, ou dispositivos similares capazes de provocar incêndios ou explosões;

XIV - munições com projéteis que contenham elementos químicos agressivos, cujos efeitos sobre a pessoa atingida sejam de aumentar consideravelmente os danos, tais como projéteis explosivos ou venenosos;

XV - espadas e espadins utilizados pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares;

XVI - equipamentos para visão noturna, tais como óculos, periscópios, lunetas, etc;

XVII - dispositivos ópticos de pontaria com aumento igual ou maior que seis vezes ou diâmetro da objetiva igual ou maior que trinta e seis milímetros;

XVIII - dispositivos de pontaria que empregam luz ou outro meio de marcar o alvo;

XIX - blindagens balísticas para munições de uso restrito;

XX - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo portáteis de uso restrito, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e

XXI - veículos blindados de emprego civil ou militar.

Art. 17. São de uso permitido:

I - armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, 32 S&W .38 SPL e .380 Auto;

II - armas de fogo longas raiadas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40;

III - armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semi-automáticas, calibre doze ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros; as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano, e suas munições de uso permitido;

IV - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre igual ou inferior a seis milímetros e suas

munições de uso permitido;

V - armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo exclusivamente pólvora;

VI - armas para uso industrial ou que utilizem projéteis anestésicos para uso veterinário;

VII - dispositivos óticos de pontaria com aumento menor que seis vezes e diâmetro da objetiva menor que trinta e seis milímetros;

VIII - cartuchos vazios, semicarregados ou carregados a chumbo granulado, conhecidos como “cartuchos de caça”, destinados a armas de fogo de alma lisa de calibre permitido;

IX - blindagens balísticas para munições de uso permitido;

X - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo de porte de uso permitido, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e

XI - veículo de passeio blindado.”

PARA CONHECER E RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL Nº 10.628/2002

Márcia Aguiar Arend

*Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio
Operacional da Moralidade Administrativa - SC*

Renato Guilherme Gomes Cunha

Advogado

Sumário: Introdução; 1. A racionalidade indolente a serviço da alienação; 2. Das investidas contra as possibilidades de igualação; 3. Entendendo as diferenças entre foro por prerrogativa de função e foro privilegiado; 4. Do foro privilegiado na súmula 394 do STF; 5. Do afastamento do privilégio: cancelamento da Súmula 394 do STF e o foro por prerrogativa de função; 6. Da lei nº 10.628/02; 6.1. A debilidade semântica da lei nº 10.628/02; 6.2. A inconstitucionalidade da lei nº 10.628/02; 7. O reconhecimento difuso da inconstitucionalidade no processo penal: além de possível, necessário; 8. A inversão dos princípios hermenêuticos: da interpretação restritiva de garantias à interpretação ampliativa das restrições às garantias constitucionais.

INTRODUÇÃO

Em 26 de dezembro de 2002, foi publicada a Lei 10.628, por meio da qual o legislador ordinário promoveu profunda alteração no texto do artigo 84 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, os quais restaram assim redigidos:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado o disposto no § 1º.”

A repercussão desta alteração na lei processual vem sendo sentida em todas as partes do país e encharcando de indignação todos aqueles que, comprometidos com a higidez do ordenamento jurídico como artefato de emancipação e elevação dos padrões éticos da sociedade brasileira, não se conformam com as estripulias insertadas ao sabor dos cochilos natalinos, para proteção processual dos ex-ocupantes de cargos na administração pública.

O presente estudo pretende, apenas, ampliar o debate instalado nos fóruns e Tribunais nacionais e, quem sabe, auxiliar na compreensão do episódio político, legislativo e jurisprudencial que cercou a edição da indigitada lei.

1. A RACIONALIDADE INDOLENTE A SERVIÇO DA ALIENAÇÃO

Para compreender as circunstâncias em meio as quais o legislador ordinário decide por introduzir no ordenamento jurídico um instrumento legal impregnado de vícios, entende-se necessário contextualizar certo estoque de episódios que antecederam a lei. Para tanto, e embora seja possível supor que não se precise ir tão longe, sente-se fundamental ir além dos fatos recentes para breve análise das características epocais do momento.

Não se pode esquecer que todo ato de conhecimento consiste numa trajetó-

ria que parte de um ponto inicial, o qual se pode chamar de ponto de ignorância, indo em direção ao ponto do saber em que se chega ao conhecimento¹. Ainda que a incompletude seja a característica basilar do processo de conhecimento, e que já seja comum a idéia de que o conhecimento liberta, há que se reconhecer que ele também se tornou artefato de aflição e flagelos coletivos.²

Na modernidade, aqui entendida a partir do século XVII, dentro de uma visão historiográfica eurocêntrica – o ponto de ignorância é entendido como CAOS e o ponto do saber como ORDEM. É por esta trilha que na modernidade tem-se exaltado o conhecimento REGULAÇÃO, como meio de se conquistar a ordem. Mas o resultado da regulação e de todos os saberes dela conseqüentes foi o fortalecimento de todas as formas de dominação, intolerância e repúdio à alteridade, forças geradoras do CAOS, sobretudo pela colonização dos sentimentos e trivialização do humano operada pelo poder devastador da ECONOMIA.

Pode-se facilmente reconhecer que o ponto de ignorância hoje, neste novo conhecimento que a modernidade recente reclama, está nos múltiplos colonialismos e que o ponto do saber só se atinge com e pela solidariedade. Enquanto ela não ascende e se infiltra no agir das pessoas, dos grupos, das classes como ética planetária, continuará a ser referendado o conhecimento REGULAÇÃO – servo do processo de mercadorização das necessidades levianas, bem ao gosto e modo do capitalismo, que tão bem soube elevar o poder da ciência e da tecnologia, irmãs, robustas que não emanciparam e tampouco fizeram felizes os homens nos dias que correm.

O conhecimento regulação da modernidade, ainda forte e viçoso, instaurou e persiste na racionalidade moral prática, resultante da exaltação de uma ética antropocêntrica e barbaramente individualista, que não contribui para produzir ou instituir como principal responsabilidade de todos e das instituições, a criação de possibilidades de haver responsabilidades.

Tem-se que reconhecer que a “modernidade ocidental”, na verdade, pelo excesso de REGULAÇÃO resultante da prevalência do conhecimento e não da solidariedade, promoveu a despolitização e a contaminação das subjetividades que passaram a ser puramente objetísticas.

A despolitização da sociedade, ao restringir o interesse das pessoas na parti-

¹ Para aprofundamento da reflexão em torno da trajetória entre o estado de ignorância para o estado de conhecimento, ver SANTOS, Souza Boaventura. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

² “Tradicionalmente se repete o princípio positivista, segundo o qual quanto maior é o saber, maior é o poder, que para nós se tornou “lógico”. (...) Entretanto, a estas alturas da História, o que parece inquestionável é o contrário: é o poder que condiciona o saber.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral – 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 1999. p. 63

cipação nos processos de emancipação, continua a contaminar as pessoas e as sociedades com as mágicas da regulação.

Com efeito, o conhecimento científico, nos seus excessos regulatórios, transformou a ciência na principal força do capitalismo, marca emblemática da modernidade, e de tanto regular ou pretender regular a ordem, suprimiu as responsabilidades pela solidariedade e, desta forma, a ordem passou a gerar o CAOS. Vê-se, então, que a cientifização da sociedade, e sobretudo do DIREITO, integram o fenômeno de produção do CAOS.

2. DAS INVESTIDAS CONTRA AS POSSIBILIDADES DE IGUALAÇÃO

É, portanto, irremediavelmente lógico³ que o Direito, que se apresenta como ciência, esteja mesmo se transformando numa ferramenta cada vez mais inapta para aceitar e chancelar políticas públicas solidárias, igualitárias e emancipatórias.

As políticas públicas tendentes a enfrentar a incessante produção de desigualdades e os conflitos dela derivados encontram no Direito e em sua dogmática regulatória, acervos de racionalidades e modelos de gestão para ampliação das desigualdades e do CAOS.

Já é quase lugar comum ouvir-se que a existência de Políticas Públicas tendentes a equilibrar as diferenças sociais, tornam as sociedades mais igualitárias, ao menos sob o ponto de vista da fruição de Direitos Humanos, sendo tais sociedades menos caóticas e, portanto, menos violentas. Contudo, ainda não é comum encontrar-se países ou sociedades comprometidos com a produção da igualdade na satisfação das necessidades reais das pessoas da comunidade.

As áreas pobres das cidades estão repletas de problemas, violência, comércio de drogas, jogos e sexo, homicídios, defraudações. Ao invés de tais atos serem vistos como alvo de políticas públicas, porque são indicadores de miséria, são vistos como alvos de uma guerra. Nas ilhas de deleite dos afortunados por meio da corrupção, sonegação e “jeitinhos”, outros tipos de violência são perpetrados e a quantidade de repúdio público é mitigada pela gestão diferenciada do estereótipo de criminoso. É nesta ambiência que as inseguranças e o temor transformam questões de política em questões de e para a polícia e para o sistema penal gerenciar e produzir seus lixos.

Com esta forma de ver, as políticas públicas são vistas não como caminhos para segurança nos direitos das pessoas, mas como artefato de segurança contra o

³ e “a lógica é a arma mais mortal”, segundo o poeta Guilherme Arantes

crime. Com isso, vai sendo polarizada a sociedade em dois grupos completamente distintos: infratores e potenciais vítimas – controlados e protegidos.

Ocorre que as correntes moldadas pelo imperialismo econômico, geneticamente comprometidas com a desigualdade social, porque constitui garantia para a gestão diferenciada do poder no interior das estruturas dos Estados nacionais, também nos chamados Estados centrais da economia mundial, estão programadas a chancelar, com imensa força discursiva, o recolhimento do Estado como gerente e empreendedor de políticas de inclusão social. Ao contrário, o que se percebe, quase como um processo sem volta, é o absoluto liberalismo econômico, com a retirada, agora sem qualquer pudor, dos atributos do Estado como agente fomentador da homogeneização do tecido social.

O ultraliberalismo econômico reclama, tão somente, um superestado penal, para garantir as vontades da economia da exclusão social casada com a concentração de poder e riqueza de uns poucos.

Em meio ao crescente fenômeno de colonização dos saberes e dos sentimentos pelas máximas da economia de mercado, tem-se no Brasil não só o confronto das pretensões de igualdade na fruição de direitos sociais, mas agora, e de forma muito exaltada, pretensões vigorosas no sentido do tratamento desigual perante a justiça como valor, e perante o Poder Judiciário, por meio da ampliação de privilégios a indivíduos diferenciados, que assim são entendidos porque tiveram mandatos eletivos.

Não se quer a igualação em relação à lei. Aliás, nos gabinetes da ‘alta burocracia’ nem se quer que lei alguma estabeleça qualquer possibilidade de igualdade. Muito ao contrário, a regulação caminha pelas sendas da mais desbragada desigualdade. Agora, sem qualquer constrangimento, há arautos defendendo a desigualdade processual como artefato de garantia para o exercício das funções, de modo a liberar o administrador público do risco de sofrer com eventual futura preocupação em sentar-se perante o Estado Juiz para dar contas de práticas administrativas de seu tempo de gestão. Ou seja, ao invés de trilhar-se pelas sendas da emancipação, continua-se, a passos largos, estruturando um arcabouço legal e jurisprudencial de explícita regulação para garantia das desigualdades.

Tal empreendimento parece avançado e já capilarizado nas estruturas judiciárias do país, e vem sendo reforçado pela recidiva de posicionamentos dos Tribunais acuados em reconhecer os elementos anímicos e estratégicos que se conjugaram para conferir a extensão dos direitos de foro privilegiado, como agora definido pela Lei em comento.

Antes de avançar no trabalho, cumpre fazer uma distinção terminológica entre “foro por prerrogativa de função” e “foro privilegiado”, apesar de serem tratados, regra geral, como sinônimos.

3. ENTENDENDO AS DIFERENÇAS ENTRE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E FORO PRIVILEGIADO

A doutrina e a jurisprudência nacionais foram construindo os pressupostos discursivos de que certos agentes políticos devem ter a garantia de desempenhar suas funções sem sujeição a pressões, admitindo, assim, que aos agentes políticos fosse conferida a garantia do foro por prerrogativa de função, isto é, pela relevância do cargo, privilégio que os garantiria o julgamento pelos órgãos colegiados de instância superior. Este entendimento firmou-se na premissa de que os Tribunais de maior categoria têm “mais isenção” para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, pela capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que recaem contra ele.

A presumida independência dos Tribunais superiores seria, nas palavras de Victor Nunes Leal, “uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado”.⁴

Foi esse o caminho estabelecido pelo poder constituinte originário quando disciplinou, por exemplo, o artigo 102, inciso I, alínea b da Constituição da República.⁵

Foro por prerrogativa de função não é, portanto, o mesmo que foro privilegiado. Diz-se foro privilegiado a atribuição de foro especial em decorrência de qualidades pessoais, e em virtude do princípio constitucional da igualdade, não é previsto no direito pátrio, pois “não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de

⁴ Voto do Ministro Victor Nunes Leal na Reclamação nº 473 reproduzida pelo Ministro Moreira Alves por ocasião de seu voto no julgamento de Questão de Ordem em Queixa-Crime (Inquérito nº 427-DF), e re-reproduzido no voto do Ministro Sydney Sanches na Questão de Ordem referente ao Inquérito nº 687-4 SP: “A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado.”

⁵ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;”

Barão que deva ser julgado por um juízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente”.⁶

Distingue-se o foro privilegiado do foro por prerrogativa de função, porque neste último o tratamento especial é dispensado em razão do cargo, e não da pessoa, e “tanto isso é exato que, cessada a função, desaparece o ‘privilégio’”.⁷

4. DO FORO PRIVILEGIADO NA SÚMULA 394 DO STF

O Supremo Tribunal Federal, em 1964, editou a Súmula 394, com a seguinte redação:

“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

A Corte superior estabeleceu o norte interpretativo dos artigos 59, inciso I, 62, 88, 92, 100, e 101, inciso I, alíneas a, b e c, 104, inciso II, 108, 119, inciso VII, 124, incisos IX e XII, da Constituição de 1946, e ainda das Leis n° 1.079/50 e n° 3.258/59, erigindo uma interpretação ampliativa dos dispositivos constitucionais então vigentes, estendendo o foro especial mesmo para aqueles que tivessem deixado cargos na administração pública, independentemente do crime que estivesse sendo o agente processado.

As principais razões de respaldo do entendimento consistiam, em síntese, na premissa de que, ainda que cessada a função do agente, poderia surgir a possibilidade de outrem tentar exercer influência sobre quem poderia julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, este “reduzido então, freqüentemente, à condição de adversário da situação dominante”.⁸

Assim, estendendo-se o foro por prerrogativa de função mesmo para depois de findo o exercício do cargo público, criou-se paralelamente ao foro por

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. – 18. ed. rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. – São Paulo: Saraiva, 1997. p. 132

⁷ TOURINHO FILHO. Op. cit. p. 131

⁸ Voto do Ministro Victor Nunes Leal na Reclamação n° 473 reproduzida pelo Ministro Moreira Alves por ocasião de seu voto no julgamento de Questão de Ordem em Queixa-Crime (Inquérito n° 427-DF), e re-reproduzido no voto do Ministro Sydney Sanches na Questão de Ordem referente ao Inquérito n° 687-4 SP: “Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes, o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o Tribunal que o houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade, para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzindo então, freqüentemente, à condição de adversário da situação dominante.”

prerrogativa de função – durante o exercício desta – o foro privilegiado – após o exercício da função.

5. DO AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO: CANCELAMENTO DA SÚMULA 394 DO STF E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Passaram-se trinta e cinco anos da edição da Súmula 394 para que então, em agosto de 1999, houvesse o cancelamento com a restauração da ordem interpretativa na medida da compatibilização da jurisprudência do STF com o preceituado na Carta Política nacional, decidindo a Corte Superior sobre o foro especial apenas em razão do exercício da função.

Cumprе indagar-se sobre quais as razões que teriam respaldado a permanência, por tão alongado tempo, da citada Súmula? Por que se demorou tanto em instaurar o debate a respeito da constitucionalidade do aludido enunciado?

Deve-se destacar, de início, terem sido raros, no interregno do chamado período revolucionário, os julgamentos de processos pelo Supremo Tribunal envolvendo ex-autoridades detentoras do privilégio. Este fato contribuiu, sobremaneira, para o tardio questionamento dessa Súmula Federal.

De outra parte, a bem da verdade, convém lembrar que, tradicionalmente, o Direito Constitucional tem sido uma área do Direito sem vigorosa interpretação, silêncio que assim se manteve até meados do século XX, e que no Brasil, e quase que exclusivamente na doutrina, passou a acontecer apenas na década de 80, coincidindo com a redemocratização do país⁹, fato que serviu como condição suspensiva em relação a qualquer discussão a respeito das “garantias” asseguradas durante o regime militar.

Ademais, não se deve desprezar o fato de que, normalmente, aqueles que vêm a compor os órgãos colegiados tendem a repisar e repetir os passos já marcados por aqueles que há mais tempo já os compunham.¹⁰ Ou seja, as mudanças de

⁹“(…) o Direito Constitucional há sido, pois, um direito sem interpretação, até meados deste século, e que só depois dos anos 50 é que veio efetivamente a falar de interpretação da Constituição. (...) Foi essa lacuna que buscamos preencher no Brasil há cerca de duas décadas com o nosso Direito Constitucional, lançado em 1980.” BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2001. p. 533

¹⁰Tal assertiva se comprova na declaração do Min. Nelson Jobim, quando discutia a respeito do cancelamento da Súmula 394: “Quando cheguei no Tribunal, havia uma decisão sobre questão de habeas corpus. Foi-me dito que a Corte, há oito ou dez anos, estava decidindo de uma forma e, para mudarmos essa interpretação, seria necessária uma alteração constitucional; eu concordei.”

Ministros no Supremo Tribunal Federal não implicaram mudança no perfil interpretativo da posição sumular em análise.

E mesmo com a ambiência constitucional remodelada, sabe-se que a democratização de fato não decorre da simples edição de uma nova Carta, há todo um processo de adequação das instituições à nova realidade, com a erupção lenta de uma nova forma de ver e instituir a cultura democrática nos próprios cidadãos.

Então, aos poucos, e muito lentamente, foram acontecendo episódios escandalosos que instilaram a chamada opinião pública a reagir diante de negociatas e dilapidações de patrimônio público, protagonizadas por detentores de cargos públicos, e que acabaram exortando, senão o espírito cívico – vez que a sociedade continua de certa forma letárgica frente ao descaso generalizado – mas ao menos o sentimento de transformação, até porque nunca havia sido comum, e sequer natural, Juízes, Senadores ou Presidentes da República serem processados. Como disse o Min. Sydney Sanches, apreciando Questão de Ordem no Inq. 687-4 SP, “os tempos são outros. Já não são raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República”.¹¹

E foi exatamente na apreciação desta Questão de Ordem que o Min. Sydney Sanches manifestou-se no sentido de cancelar a Súmula 394. Disse Sua Excelência:

“Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte.

Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para exercentes de cargos ou mandatos.

¹¹ Interessante notar, também, a preocupação do Min. Sydney Sanches com outro fator decorrente do aumento no número de demandas dessa natureza: “E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas.”

Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

(...).

Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394.”

A proposta de cancelamento da súmula foi acolhida por unanimidade, iniciando-se, todavia, um embate acerca da formulação de uma outra, que acabou por não vingar à época¹², porém cujo conteúdo o Min. Sepúlveda Pertence fez questão de traçar: “cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal seja iniciado após a cessação daquele exercício funcional”.

Não resta dúvida que foi esta proposta de súmula que acabou inspirando o legislador a promover a redação da Lei nº 10.628/02.

6. DA LEI Nº 10.628/02

O texto da Lei nº 10.628/02 evidencia três objetivos político-processuais:

- (1) adequar o caput do art. 84 do Código de Processo Penal às denominações e competências estabelecidas na Constituição da República de 1988;
- (2) estender o foro especial aos ex-detentores de cargo público, na conformidade da súmula proposta pelo Min. Sepúlveda Pertence;
- (3) ampliar o foro especial às ações de improbidade administrativa.

Cumpra-se perquirir¹³, então, se antes do advento desta lei tinha-se a certeza de que o foro por prerrogativa de função não se estendia aos ex-detentores de cargo, eis que não estavam contemplados expressamente na Constituição da República, quais as circunstâncias ensejadoras de dúvidas ou mesmo de certezas, que convalidam decisões contrárias ao texto Constitucional, se ele permanece o mes-

¹² Votaram a favor da edição da nova súmula, além do Ministro Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão, estando presentes à sessão, ainda, os Ministros Carlos Velloso, Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

¹³ Ousa-se convocar o leitor a uma breve interlocução.

mo, e, por conseguinte, sua interpretação deveria permanecer a mesma?¹⁴

A verdade é que a referida lei já vem atingindo seu objetivo, que é, senão o de levar os processos dos “privilegiados” aos Tribunais Superiores, até nestes serem julgados (provavelmente julgamentos de extinção de punibilidade ante a prescrição da pretensão punitiva), ao menos o de criar incerteza jurídica¹⁵ suficiente para prejudicar o desenvolvimento e desenrolar dos processos em curso, e de outros tantos que estão a surgir.

Afora estes questionamentos, há que se acrescentar o vício de *caris técnico* que está a contaminar a Lei nº 10.628/02.

6.1. A PRETENSÃO NÃO DECLARADA DA LEI Nº 10.628/02

Depreende-se da Lei nº 10.628/02 os seus latentes propósitos, mas aquele por ela declarado não tem lastro motivacional. Pode-se compreendê-la como totalmente desnecessária, porquanto o texto original do art. 84 estava harmonizado com o texto da Lei Fundamental. A antiga redação do art. 84 do Código de Processo Penal estava assim vazada:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade”.

Esta redação assim permaneceu até final de 2002, não tendo sido questionado, em momento algum, a competência para julgamento daqueles que exerciam os cargos públicos com direito a foro por prerrogativa de função. E a razão era simples: a competência por prerrogativa de função estava estabelecida na Constituição da República, não havendo necessidade de Lei Ordinária repetir o que nela já constava sob pena de traduzir em produção legislativa sem resultado, infecunda.

É de se deixar claro que o problema da antiga redação do artigo 84 não era restrito a questões de denominação, pois o dispositivo acima transcrito não tratava, por exemplo, da competência para julgamento dos Governadores dos Estados, e nem por isso estavam eles sendo julgados pelos juízes de 1º grau – o que vem demonstrar, ainda mais, que esta matéria é reservada à Constituição da República.

¹⁴ Na verdade, o que se quis afirmar é que “o direito descobre-se, mas não se inventa” (Dworkin *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. – 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 197)

¹⁵ Incerteza desnecessária e absurda frente à clareza do Texto Constitucional.

Deflui da verificação do texto do caput do art. 84, alterado pela Lei 10.628/2002, que além do Supremo Tribunal Federal, houve o acréscimo do Superior Tribunal de Justiça e a exclusão da antiga referência aos Tribunais de Apelação, com a inserção no texto da denominação Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e, ainda, a alteração da conjunção “ou” para a conjunção “e”, para referir-se aos “crimes comuns e de responsabilidade”.

Como a pretensão não declarada do legislador ordinário foi a de enxertar a garantia da extensão do foro privilegiado, nos processos criminais, aos agentes políticos que não o tinham após a perda da função pública, e nos processos decorrentes de atos de improbidade administrativa cometidos no exercício da função, foram necessários dois parágrafos para dar tal garantia processual. Ao legislador ordinário pouco interessava que o fundamento do foro por prerrogativa de função radica na proteção do exercício da função pública e não na proteção processual do agente.

Pairava uma necessidade política que contava com o restabelecimento da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal. Não sendo possível esperar ou correr risco, urgia garantir empreendimento normativo que assegurasse ampla proteção processual, mesmo que ao arrepio da Constituição. É que o legislador ordinário não reúne legitimidade para ampliar a competência dos órgãos de superposição, ou seja, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Referidas competências, como é sabido, são constitucionais e, por conseqüência, tão-somente a reforma do texto maior permitiria, se desejada, a ampliação dessa prerrogativa. Assim, a legislação ordinária, em que pese o esforço dos parlamentares em preservar a pessoa dos agentes políticos, já neste momento, carece da necessária constitucionalidade, o que necessita ser repellido pelo Poder Judiciário.

Como a Lei nº 10.628/02 tem o propósito explícito de estabelecer foro privilegiado, deve, de plano, ser tratada como lei “estéril”, pois ou apenas reproduz o contido na Constituição da República, ou tenta inovar em assunto vedado, maculando-se pela inconstitucionalidade, e essa sabe-se, é a sua nódoa.

Mas não é só isso. Ao empreender-se simples leitura literal do novo dispositivo legal, avulta uma contradição irreparável. É que o caput do artigo 84 do Código de Processo Penal refere-se a crimes comuns e de responsabilidade. E o seu § 1º, por sua vez, determina a extensão da competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, porém nos casos relativos aos “atos administrativos do agente”.

O socorro à doutrina de Direito Administrativo implica reprisar a máxima

de que o ato administrativo tem alguns requisitos ou elementos¹⁶, sem os quais o ato será nulo ou mesmo inexistente.¹⁷

A doutrina erigida elenca como elementos do ato administrativo, a competência da autoridade, o objeto, o motivo, a finalidade e a forma dos atos administrativos.¹⁸

Por razões empíricas, e até mesmo pela própria natureza fragmentária do Direito Penal, todo ato criminoso, e também o de improbidade administrativa, praticado no exercício da função pública, necessariamente não preenche alguns dos requisitos antes elencados, porque, por exemplo, ou vai ser constituído de objeto ilícito, ou terá sua finalidade deturpada, ou não terá motivação pública, ou aviltará princípios e, desta maneira, não poderá ser entendido como ato administrativo.

Apenas para exemplificar, na Questão de Ordem em que foi proposto o cancelamento da Súmula 394, estava em julgamento um ex-Deputado Federal que teria assinado uma carteira com brasão da República, expedida pela Câmara dos Deputados, indicando falsamente seu irmão como assessor parlamentar. Evidencia-se, neste caso, o objeto ilícito do ato praticado, podendo-se considerá-lo, dependendo da doutrina administrativista, um ato nulo ou mesmo inexistente.

Conseqüentemente, partindo-se dessa premissa, tem-se por óbvio que atribuir a ato administrativo o conceito de ato criminoso ou de improbidade administrativa é simplesmente impossível. Pode existir ato administrativo nulo ou inexistente que não seja crime e tampouco ato de improbidade administrativa, mas jamais haverá ato criminoso e de improbidade administrativa que não seja ato nulo ou inexistente.

¹⁶ Os termos “requisitos” ou “elementos” são trazidos, quase que invariavelmente, como sinônimos nas obras de Direito Administrativo.

¹⁷ “São pressupostos de existência o *objeto* e a *pertinência* do ato ao exercício da função administrativa. Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto *subjetivo* (sujeito); 2) pressupostos *objetivos* (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto *teleológico* (finalidade); 4) pressuposto *lógico* (causa); e 5) pressupostos *formalísticos* (formalização). (...) Sem os elementos não há *ato algum*, administrativo ou não. Ou seja, inexistirá o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico.

Sem os pressupostos de existência faltará o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltará o requerido para a qualificação dele como ato administrativo (válido ou inválido).

Sem os pressupostos de validade não haverá ato administrativo válido.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2000. p. 335/336

¹⁸ CARLIN, Volnei Ivo. Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001. p. 82-86.

Deste modo, fazendo-se esta análise do texto legal torna-se patente a sua inocuidade em razão do fato de referir-se a ato administrativo e, nesse sentido, com os atributos que lhe são próprios. O legislador descurou-se em identificar a ilicitude do ato administrativo. Ou será que para o legislador ordinário ato administrativo pode ter por sinônimo implícito a mesma significância de ato criminoso?

Não se pode esquecer que toda a doutrina construída em torno da significância do substantivo composto “ato administrativo” exige-lhe seus correspectivos atributos de legalidade, forma prevista em lei, e autoridade pública competente. Ou seja, não presentes tais elementos, não se pode estar diante de ato administrativo. Em síntese, se é ato administrativo, então não há crime, se há crime, então se trata de ato viciado ou mesmo criminoso, mas não se trata de ato administrativo.

Pode-se, é verdade, rebater com o argumento da presunção de legalidade/legitimidade do ato administrativo. A este respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ leciona:

“a) Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é, milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”.

E do escólio de Odete Medauar²⁰ se extrai:

“A presunção é relativa, podendo ser contestada perante a própria Administração, o Tribunal de Contas, em juízo ou qualquer órgão de controle, mediante as vias pertinentes...”

Já Lúcia Valle Figueiredo²¹ realça:

“Todavia, como bem assinala Celso Antônio, a presunção se inverte quando os atos forem contestados em juízo ou, diríamos nós, também fora dele, quando contestados administrativamente.

Caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanação do provimento administrativo contestado.”

¹⁹ Op. cit. p. 358/359.

²⁰ Direito Administrativo Moderno. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2001. p. 167.

²¹ Curso de Direito Administrativo. 5ª ed., rev., atual. e ampliada – São Paulo: Malheiros, 2001. p. 173.

Assim, se a mencionada presunção é afastada quando contestada, judicial e/ou administrativamente, a instauração de inquérito policial ou civil, e a propositura de ação penal ou de improbidade administrativa tem o condão de arredá-la, não se podendo aplicar, portanto, o parágrafo 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal pela incongruência já explicada acima.

É certo que se trata de uma análise de significados em meio à matriz dogmática do Direito Administrativo. O fato é que, em verdade, o legislador quis referir-se aos atos praticados no exercício das funções. Todavia, o que se demonstra é que os operadores jurídicos terão que fazer um esforço descomunal para aplicação da Lei nº 10.628/02, tanto por ela conter um grave defeito técnico – senão for considerada completamente “estéril” e inócua – como por ofender a Constituição da República.

6.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628/02

Desde o advento da Lei nº 10.628/02 surgiu nos Tribunais pátrios uma celeuma a respeito da sua constitucionalidade. A explicação para o surgimento desta dúvida resta plenamente justificada pelo fato de que, ao tempo do cancelamento da Súmula 394 do Supremo tribunal Federal, este admitiu que somente na Constituição poderia estar previsto foro por prerrogativa de função, circunstância que por si só macularia a lei infraconstitucional que ousasse tratar da matéria.

Não obstante, há autores que admitem como correta a previsão do foro por prerrogativa de função fora do texto da Constituição da República, dentre eles destaca-se Tourinho Filho.²² Segundo o autor – o qual não explica a razão desta diferença –, “nos Estados Unidos da América do Norte, a competência originária tem assento exclusivamente na Constituição”, e que no Brasil, “a competência pela prerrogativa de função tem assento na Constituição, nas leis ordinárias e de Organização Judiciária”.²³ As lições do mestre, sempre tão elucidativas, nesta matéria específica, contudo, parece incidir em equívoco.

Objetivando aprimorar a reflexão, caso se lance mão dos aportes da chamada Nova Hermenêutica, propalada aqui no Brasil pelo eminente Paulo Bonavides²⁴, a prerrogativa de função para ex-detentores de cargos não subsiste, exatamente por colidir com os princípios basilares da República Brasileira. E isto é fato porque os princípios, consoante doutrina Canotilho, “vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa

²² Op. cit. p. 133

²³ Op. cit. p. 133

²⁴ Op. cit. p. 535

positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais”.²⁵

É certo que toda Constituição é dotada de regras e princípios, cada qual com densidade semântica distinta. Assim, existem, em primeiro lugar, os princípios estruturantes, que são constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São eles o princípio do Estado de Direito, princípio democrático e o princípio republicano. “O princípio republicano ganha densidade através de outros subprincípios como, por ex., o princípio de não-vitaliciedade dos cargos políticos (art. 121.º) e princípio da igualdade civil e política (art. 13.º), etc”.²⁶

Estes últimos princípios são os chamados “princípios gerais fundamentais”, que podem ser densificados, ainda mais, com outros princípios constitucionais especiais, dentre os quais, é de se citar, o princípio da igualdade jurisdicional – consequência vitalizadora do princípio da igualdade. Não é outra a ensinança de José Afonso da Silva:²⁷

“A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolavelmente ligada à democracia.

O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Sob o primeiro prisma, o princípio da igualdade da Justiça consiste na condenação de júzcos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). As constituições anteriores vedavam, também, o foro privilegiado, embora o estabelecessem em alguns casos, em razão da qualidade dos imputados. A atual igualmente prevê foro privilegiado nesses casos. Assim é privilegiado o foro para julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, de Ministros de Estado, membros do Congresso Nacional, (...). Afora os casos de foro privilegiado, expressamente estabelecidos na Constituição e situa-

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. – 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 177/178

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. – 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 186/187.

²⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 221/222.

ção correspondente nas constituições estaduais, será inconstitucional a previsão de outros.”

Portanto, seguindo-se a teoria material da Constituição, resta evidenciada a ofensa aos princípios constitucionais, posto que a Lei nº 10.628/02 afronta a Constituição da República no seu âmbito, desde o princípio republicano, perpassando pelos da igualdade até o da igualdade jurisdicional.

Seria até lúcido e quase óbvio questionar-se se também o foro por prerrogativa de função²⁸ não atingiria estes mesmos princípios constitucionais.

A resposta, entretanto, é negativa, pois esta regra constitucional encontra guarida em outros princípios constitucionais, do Estado Democrático de Direito e da independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais vêm justificar o foro por prerrogativa de função, isto é, certos agentes devem assumir suas funções de modo a não estarem sujeitos a pressões, merecendo serem julgados pelos órgãos colegiados de instância superior, vez que, em tese, os Tribunais de maior categoria teriam “mais isenção” para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir. De qualquer modo, a proteção destina-se preservar a administração pública e não exclusivamente o ocupante da função pública.

E como se sabe, diferentemente do que ocorre no conflito entre normas, o conflito entre princípios é harmônico, vez que eles não se excluem, antes se integram de acordo com sua carga axiológica, devendo prevalecer a hermenêutica da proporcionalidade valorativa.

E mais uma vez ressalta-se: exatamente por constituir exceção à regra do tratamento igualitário é que o constituinte fez questão de estabelecer, ele próprio, a ressalva do foro por prerrogativa de função.

A verdade é que para o Constituinte de 1988 o foro por prerrogativa de função faz parte da denominada reserva de constituição, conceituada por Canotilho²⁹ como o “conjunto de matérias que devem estar e não podem deixar de estar normativamente contempladas num texto constitucional”. O autor, tentando delinear os limites da “reserva de constituição”, assim se referiu:

“Nos tempos mais recentes a reserva de constituição é abordada em sede da teoria da justiça a partir da ideia de dimensões constitucionais essenciais (the Idea of Constitutional Essentials). Esta “essência constitucional” é constituída pelos princípios fundamentais

²⁸ Isto é, o foro com competência para julgar os detentores, no presente, daqueles específicos cargos.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 1104/1105.

que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, princípio da regra maioritária) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar.”³⁰

E a estrutura geral do Poder Judiciário envolve necessariamente a determinação do foro por prerrogativa de função a determinadas pessoas, aplicando-se e excetuando-se as regras e princípios da igualdade e igualdade jurisdicional, todos estes, segundo as palavras de Canotilho, assuntos inseridos dentro nos limites da “reserva de constituição”.

Com efeito, e a bem da verdade, o foro por prerrogativa de função constitui uma restrição à igualdade jurisdicional, e segundo a “Metódica da Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias”³¹, deve-se verificar se a restrição é imediatamente estabelecida na própria Constituição – “restrição constitucional expressa” – ou se esta autoriza a lei a restringir esse âmbito de protecção – “reserva de lei restritiva”. Se a restrição é prevista na própria constituição, a norma que a traz é, ao mesmo tempo,

“normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos: (1) são normas de garantia porque garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de protecção a determinado direito (ex.: art. 45º/1 - <<Os cidadãos têm o direito de se reunir...>>); (2) são normas restritivas porque estabelecem imediatamente limites ao âmbito de protecção (ex.: art. 45º/1 - <<Os cidadãos têm o direito de se reunir pacificamente e sem armas>>). Estes limites ou restrições imediatamente criados pelas normas constitucionais conectionam-se intrinsecamente com a norma de garantia, pois é da sua articulação (norma de garantia/norma restritiva) que se deduz o âmbito de protecção concretamente garantido pelos preceitos constitucionais.

O legislador não está impedido de reproduzir, nos actos legislativos, os limites directamente impostos pela constituição. Todavia, a lei não cria, nestas hipóteses, limites; <<ilumina>> ou revela, de forma não constitutiva, os limites constitucionais expressos (lei declarativa de limites constitucionais expressos).”

Não é demais recordar que também sob o prisma das premissas teóricas kelsenianas, a Lei nº 10.628/02 não encontra respaldo de constitucionalidade e, portanto, de validade dentro do ordenamento jurídico pátrio.

A problemática que envolve o ordenamento jurídico é que este não é composto apenas por uma norma, mas por um conjunto destas, o que implica a imensa dificuldade de impedir a construção de um conjunto caótico de normas. Assim, exige-se deste ordenamento jurídico a sua unidade, a sua coerência, e a sua

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 1105.

completude. Interessam especialmente ao presente estudo os dois primeiros.

O estabelecimento de uma unidade ao ordenamento jurídico importa desafio tanto ao legislador como ao intérprete da legislação. Empreendimento árduo que vem sendo estruturado a partir da aceitação dos aportes da teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen, cujo núcleo do pensamento pode ser sintetizado de modo muito simples: as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano, havendo umas superiores a outras, estas dependendo daquelas como fundamento de validade.

Assim, “subindo” de norma em norma chega-se à norma suprema, que não depende de nenhuma outra superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental.³² E por se encontrar no ápice do ordenamento jurídico, é ela também o critério que permite estabelecer se uma norma pertence àquele. Ela é o “fundamento de validade de todas as normas do sistema”.³³

Nesse núcleo doutrinal, a característica da unidade se aproxima com a da coerência. Se um ordenamento jurídico é um sistema, não podem coexistir nele normas incompatíveis, daí se dizer que o Direito não admite antinomias, assim compreendidas como a situação de normas incompatíveis entre si.

Tem-se, inclusive, um aparato dogmático para solução das antinomias. Três são os critérios fundamentais para dirimir conflitos antinômicos: o critério cronológico, em que prevalece a norma posterior; o critério da especialidade, em que, de duas normas, uma especial e outra geral, prevalece a primeira; e o critério hierárquico, que estabelece a prevalência da norma superior em relação à norma de nível inferior.³⁴

Com esses subsídios da teoria do ordenamento jurídico, conclui-se:

(1) há antinomia entre a Constituição da República – a qual limita o foro por prerrogativa de função para determinadas pessoas que exercem determinadas funções públicas – e a Lei nº 10.628/02;

(2) o conflito entre as normas ocorre no campo de norma hierarquicamente superior – Constituição da República – em relação a outra – Lei n.º 10.628/02, prevalecendo, portanto, a Constituição;

(3) o conflito também se instaura entre norma posterior – Lei nº 10.628/02

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. – 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 1233

³² BOBBIO, Norberto. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. – São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. p. 49.

³³ BOBBIO. Op. cit. p. 62.

³⁴ BOBBIO. Op. cit. p. 92-96.

– em relação à anterior – Constituição da República;

(4) por fim, aparentemente há conflito entre norma especial e geral.

Inicialmente cumpre-se deixar clara a antinomia em relação à Constituição da República: se a Constituição faz questão de excepcionar, ela própria, seu próprio texto, é porque desejava o constituinte que esta tarefa fosse exclusivamente sua, e não do legislador ordinário.

Em relação às demais conclusões acima identificadas, nota-se sobressair a existência de um conflito entre os próprios critérios de resolução de antinomia. Em tese, o Texto Constitucional encontra-se balizado pelo critério hierárquico, enquanto a Lei nº 10.628/02 alicerça-se nos critérios cronológico e da especialidade.

Conforme bem salientado por Bobbio³⁵, o conflito entre critério cronológico e qualquer dos outros dois é facilmente resolvido em favor destes, por serem mais fortes. Destarte, resta o conflito entre os critérios da especialidade e hierárquico. Segundo o autor,

“a gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade”. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico³⁶.

Se no conflito entre esses critérios, em situações gerais, em regra, deve haver prevaquecimento do critério hierárquico, maior razão para dever ele sobressair diante da especialidade – foro por prerrogativa de função – posto já se encontrar na própria Constituição da República. Isto é, baseada nos seus princípios, a Constituição da República prevê regra geral e exceção³⁷, e de forma expressa.

Sem querer operar Direito Comparado, mas apenas destacando a forma como é tratado o assunto no direito estrangeiro³⁸, a exceção expressa na própria Constituição é comumente verificada em outros países. É o que faz, por exemplo,

³⁵ Op. cit. p. 108/109.

³⁶ Op. cit. p. 109.

³⁷ Se o constituinte tivesse a idéia de estender a referida exceção de foro especial para após o término do mandato, teria feito como o constituinte português, que faz essa ressalva *a contrario sensu* no artigo 130º, 4 da Constituição Portuguesa. Vide nota nº 39.

³⁸ Não se trata de Direito Comparado, mas simples referência a dispositivos constitucionais de outros países. Prof. José Isaac Pilati (Teoria e prática do direito comparado. – Florianópolis: OAB/SC Ed., 2000. p. 15) lembra que “quem faz uma simples alusão a dispositivos ou sistemas jurídicos estrangeiros não está, propriamente, operando com Direito Comparado”.

a Constituição Portuguesa³⁹, Italiana⁴⁰, Argentina⁴¹ e dos Estados Unidos⁴². E a razão não é qualquer uma, senão porque tal matéria encontra-se nos limites da “reserva de constituição” – o qual já se enfrentou anteriormente neste trabalho – e exatamente para tentar evitar-se o abuso do foro especial, para que não seja transformado o foro por prerrogativa de função em foro privilegiado.

O constituinte brasileiro ao agir conforme os constituintes dos países antes referidos, decidiu que os princípios da igualdade e da igualdade jurisdicional são de tal forma prevalentes que em caso de conflito de regras que deles derivam e outras que excepcionam estas próprias regras, o critério prevalente deve ser o hierárquico e não o da especialidade. E por tal razão houve a previsão no próprio texto constitucional no sentido de que o aparente conflito de normas deve ser resolvido

³⁹ “Art. 130º Responsabilidade criminal

1 Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.

2 A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

3 A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.

4 Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.” Disponível em: <http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html>. Acesso em: 09 out. 2003.

⁴⁰ “Art. 134. La Corte costituzionale giudica:

sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni;

sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni;

sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.” Disponível em: <<http://www.parlamento.it/funz/cost/home.htm>>. Acesso em 09 out. 2003.

⁴¹ “Artículo 53. - Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.” Disponível em: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Constitucion_Nacional.htm>. Acesso em: 09 out. 2003.

⁴² Artigo 1º, seção 3, traduzidos: “Só o Senado poderá julgar os crimes de responsabilidade (impeachment). Reunidos para esse fim, os Senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Suprema Corte. E nenhuma pessoa será condenada a não ser pelo voto de dois terços dos membros presentes.” Disponível em: <<http://www.usembassy-maputo.gov.mz/u.s.constitution.htm>>. Acesso em: 09 out. 2003.

exclusivamente com o critério da especialidade, ante a inexistência de diferença de hierarquia entre as normas.

Assim, também ao proceder-se à análise sob o prisma da teoria do ordenamento jurídico, não há como fugir da evidência da inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02.

Os defensores da constitucionalidade da legislação podem argumentar que, na verdade, ela apenas interpreta o que a Constituição da República já traz, o que, se realmente faz, ressalta-se, é implicitamente.⁴³ Todavia, como se bem sabe, afora os casos de interpretação autêntica⁴⁴, a lei não serve para dar interpretação. E mais, a lei não pode fazer interpretação de institutos previstos na Lei Maior, sob pena de estar alterando ela própria, sem as formalidades exigidas das emendas constitucionais.

Hugo de Brito Machado⁴⁵ leciona que “se um conceito jurídico, seja legal ou doutrinário, é utilizado pela Constituição, não poderá ser alterado pelo legislador ordinário, nem muito menos pelo intérprete”. E prossegue:

“Admitir que a lei ordinária redefine conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode, e deve, reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado desta”.

E no caso em análise, inexistente a dita vaguidade, pois absolutamente claras a natureza e qualidade dos sujeitos a quem é estendido o foro por prerrogativa de função.

Para se demonstrar ainda mais a gravidade desta “tarefa interpretativa” da lei em relação ao Texto Constitucional, dá-se o seguinte exemplo: o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, declara que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Imagine-se a hipótese de lei ordinária, ao cometer o absurdo de conceituar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, restringisse o alcance destes. Neste caso, flagrante estaria o conflito em relação à Constituição da República. É o que ensina Canotilho:⁴⁶

“A interpretação autêntica” não é em si uma tarefa legislativa inconstitucional mas impõem-se cuidados particulares. Também aqui

⁴³ Como se bem sabe, a Constituição da República não faz referência aos ex-detentores de cargo quando trata do foro por prerrogativa de função.

⁴⁴ Dentro da lei há a interpretação de outro segmento da própria lei, ou então, em leis diversas, porém necessariamente de mesmo nível.

⁴⁵ Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 656.

a memória é um bom aviso. Através da técnica do *référé* legislativo (consulta interpretativa), o legislador invadiu na França a função jurisdicional (dá a supressão logo em 1837). O problema enfrentado por estas leis é precisamente esse: o de saber se, a coberto da interpretação, o legislador não pretende se não orientar a justiça no sentido por ele desejado. Quando as leis se aplicam directamente a casos com processos em curso e “forçam a mão dos juízes” então o que a lei pretende é “julgar através de outros meios” (ex.: o caso francês dos “assalariados advogados de 1977”).

Elucida o autor:⁴⁷

“Fora das possibilidades da interpretação constitucional se deve situar a interpretação conhecida na metodologia geral do direito por interpretação autêntica. Por interpretação autêntica entende-se, geralmente, a interpretação feita pelo órgão da qual emanou um determinado acto normativo (ex.: o sentido de uma lei é fixado <<autenticamente>> por outra lei; um regulamento com equívocidade de sentidos é interpretado por outro regulamento). Para além da clara dimensão voluntarista inerente à idêia de interpretação autêntica, no âmbito da interpretação da constituição só poderá falar-se de interpretação autêntica quando uma nova lei constitucional, através do processo de revisão constitucionalmente fixado, vier esclarecer o sentido de alguns preceitos contidos no texto constitucional. Uma interpretação autêntica da constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável. Por um lado, o legislador não pode pretender <<fixar>> o sentido de uma norma constitucional tal como faz em relação às leis por ele editadas. Neste caso, ele é o seu <<criador>>, admitindo-se que, se ele pode criar e revogar uma lei, por maioria de razão a poderá interpretar. (...) Todavia, em relação às normas constitucionais o legislador não está nesta situação privilegiada. Ele é um dos destinatários das normas constitucionais (e, em relação a algumas normas, o destinatário⁴⁸ por excelência), cumprindo-lhe concretizar a constituição, mas não é <<dono>> das normas constitucionais para poder, *ex voluntate*, fixar o sentido dessas normas.”

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. – 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 1193/1194. – grifos não constam no original.

⁴⁸ E no caso do foro especial, eis que se contemplam os próprios membros do Poder Legislativo, por mais esta razão se pode afirmar que são destinatários destas normas.

Precisa e surpreendentemente arremata⁴⁹ o autor⁵⁰:

“Acresce que uma lei hipoteticamente interpretativa da constituição poderia conter uma interpretação inconstitucional, daí decorrendo o perigo, já assinalado, da formação de um <<concentrado constitucional>> paralelo, conducente à substituição do princípio da constitucionalidade das leis pelo da legalidade da constituição, legalidade essa que poderia até ser inconstitucional.”

Da mesma forma in casu, se se considerar que a legislação infraconstitucional está realmente com o intuito de interpretar a letra da Carta Maior, evidencia-se, por conseguinte, a moléstia da inconstitucionalidade que contamina a Lei nº 10.628/02.

7. O RECONHECIMENTO DIFUSO DA INCONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL: ALÉM DE POSSÍVEL, NECESSÁRIO

Recentemente proferiram-se algumas decisões no sentido de se aplicar a Lei nº 10.628/02, tendo em vista a presunção de constitucionalidade das leis, esquecendo-se o julgador, todavia, que no Brasil adotou-se uma modalidade de sistema que contempla tanto o sistema americano quanto europeu no controle jurisdicional da constitucionalidade.

Há duas formas de inconstitucionalidade previstas na Constituição: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão: a primeira ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariam normas ou princípios da Constituição, decorrência da unidade e coerência do ordenamento jurídico, ou seja, a compatibilidade das normas como princípio do ordenamento jurídico determina que a validade daquelas de grau inferior está condicionada à efetiva compatibilidade com as de grau superior.

A segunda forma de inconstitucionalidade avulta nas hipóteses em que não tenham sido praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais, eis que muitas destas, necessitam, de fato, de uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos efetivem-se na prática.⁵¹

⁴⁹ Surpreende por parecer que se refere exatamente ao tema analisado neste artigo.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. – 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 1194.

⁵¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Op. cit.* p. 49.

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser declarada de duas maneiras (analisando sob o aspecto jurisdicional). A primeira é via Ação Direta de Inconstitucionalidade, dirigida ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102 da Constituição da República), onde será procedida uma análise em abstrato das normas conflitantes, e cuja eventual declaração opera efeitos *erga omnes*. A segunda forma é feita incidentalmente em ação proposta em qualquer foro, em que o pretense direito de um dos litigantes funda-se ou esbarra em uma norma que se quer ver declarada inconstitucional para aquele caso determinado. Isto é, faz-se uma análise in concreto, e por tal razão, os efeitos da possível declaração incidental de inconstitucionalidade da referida norma, atingirão tão-somente as partes envolvidas no processo.

Paralelamente a esses procedimentos, pode-se provocar o Judiciário a fim de defender a Constituição por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o intuito de obter a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos acrescidos ao artigo 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/02. O pedido de suspensão liminar, entretanto, restou indeferido.

Nada impede, todavia, que a inconstitucionalidade seja declarada incidentalmente, por meio do controle difuso.

Para tanto, em virtude da inexistência de disciplina própria para o controle de constitucionalidade no Código de Processo Penal, devem ser aplicadas regras paradigmas previstas no Código de Processo Civil, pois a lei processual penal admite “interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (art. 3º, do CPP), nas hipóteses em que não dispõe clara e expressamente.

8. A INVERSÃO DOS PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS: DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE GARANTIAS À INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DAS RESTRIÇÕES ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Do princípio estruturante do Estado de Direito extrai-se a necessidade de haver um procedimento justo e adequado que permita o acesso ao direito para a realização dos direitos. Esta a razão pela qual a Constituição é mesmo uma carta de princípios cujas densidades devem ser harmonizadas à luz da proporcionalidade por parte do intérprete. Dentre tantos princípios eleva-se o da garantia de via judi-

ciária⁵², que também se desdobra em outros princípios destacando-se o da garantia de proteção jurídica.

Leciona, a respeito, Canotilho:⁵³

“Verdadeiramente fundamental no princípio da abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos: reforça o princípio da efectividade dos direitos fundamentais proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais.

Em igual dimensão segue-se o princípio do acesso aos Tribunais que reforça aquele princípio da judicialidade por possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdicção”.⁵⁴

Forte na pretensão de dar efetividade aos direitos fundamentais, o Constituinte concebeu também outros instrumentos, como por exemplo o mandado de injunção, recurso processual ainda pouco utilizado até mesmo pela pouca eficácia que se lhe tem conferido.

Outra via escolhida pelo Poder Constituinte de 1988 para fazer valer os direitos fundamentais, foi atribuir ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos e coletivos, dentre outras funções que foram definidas para integrar-lhe o rol de misteres. Transcrevem-se os dispositivos constitucionais pertinentes:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(...)

Art. 128.

(...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

(...)

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 273.

53 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 274.

54 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 423.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

A dimensão e detalhamento das funções denotam o rigor e a preocupação do constituinte em realmente garantir não só os direitos fundamentais descritos no artigo 5º da Constituição da República, como também aqueles previstos ao longo de todo o Texto Constitucional. Reside aí o episódio legislativo determinante das transformações operadas no agir do Ministério Público.

Dentre tantas mudanças fortemente percebidas pela sociedade destaca-se a transformação das funções que mais caracterizavam o agir do Promotor de Justiça, que deixou de ser somente o “promotor do crime” para assumir função relevante que “num contexto constitucional democrático, vai desde o exercício da ação penal até à defesa e representação de pessoas carecidas de proteção (órfãos, menores trabalhadores), passando pela defesa de interesses difusos (ambiente, patrimônio) e pela defesa da constitucionalidade e legalidade”.⁵⁵

Em que pese este zelo do Constituinte com os instrumentos asseguradores das garantias e direitos que previu, percebe-se que, amiúde, no cotidiano judiciário, têm sido constante decisões limitadoras das possibilidades de efetivá-los.

Dentre as principais decisões nesse sentido, destacam-se as que se referem à ilegitimidade do Ministério Público para promover determinadas ações civis públicas, e a surpreendente decisão de que à instituição não cabe a promoção da investigação no controle externo da atividade policial, mas apenas a capacidade de re-

quisitar uma ou outra diligência, ou ainda a instauração de inquérito policial.

Depreende-se ser ainda adotado no Brasil doutrina constitucionalista já superada. É que as regras que tratam das atribuições do Ministério Público são regras “jurídico-organizatórias”, pois atribuem “competência” ao referido órgão constitucionalmente previsto, e são também regras “jurídico-materiais” pois visam assegurar status jurídico-material aos cidadãos.⁵⁶ Exatamente por tais características, operou-se no Brasil o rompimento com a doutrina constitucionalista alemã da época de Weimar, que pretendia separar as normas organizatórias das normas materiais.⁵⁷

Deste modo, quando os Tribunais defrontam-se com demandas que implicam dirimir questões a respeito das atribuições e poderes do Ministério Público, continuam mantendo o entendimento de que as leis que tratam da instituição ostentam caráter de normas exclusivamente jurídico-organizatórias, balizando-se naquela retrógrada doutrina, descurando-se, todavia, da necessária compreensão de que são, na verdade, normas de natureza jurídico-material, pois detalham as atribuições e poderes conferidos ao Ministério Público. E este foi o propósito do constituinte: dar ao Ministério Público instrumentos adequados e próprios à defesa dos direitos e garantias do cidadão – com essa pretensão introduziu o caráter jurídico-material às normas que estabelecem as atribuições da instituição.

Da mesma forma, as normas que cuidam da competência dos Tribunais são regras jurídico-organizatórias, porém também normas jurídico-materiais, se forem encaradas como normas de garantia ao princípio da igualdade jurisdicional.

As garantias constitucionais, como se sabe, interpretam-se sempre de forma ampliativa, visando sua aplicação na maior dimensão possível e, por conseguinte, suas restrições devem ser interpretadas restritivamente.

Trata-se, na verdade, da invocação do princípio que Canotilho⁵⁸ tão bem identifica e nomina como “o princípio da máxima efectividade”, pelo qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. O autor lembra, ainda, que “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

E assim, se o enfoque dado a estas normas que tratam do Ministério Público e do foro especial for desviado para o da efetivação das garantias constitucio-

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. – 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 665

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. – 5. ed., totalmente refundida e aumentada. – Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 181/183.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. – 5. ed., totalmente refundida e aumentada. – Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 180.

nais⁵⁹, deve-se interpretar utilizando-se das mesmas regras de interpretação destas, buscando a ampla aplicação das garantias trazidas na essência destas normas.

Todavia, conforme se percebe em inúmeros julgados, não predomina sequer uma interpretação literal, prevalece a interpretação restritiva das atribuições do Ministério Público, num esforço hermenêutico perigoso e funesto para uma sociedade ainda órfã e sem acesso aos Tribunais.

Interpretam-se restritivamente as garantias que seriam efetivadas pelo Ministério Público – como, por exemplo, o próprio acesso à justiça – e as restrições repetidas vezes são interpretadas de forma ampla.

Nesta esteira, tem-se tentado impor a interpretação ampla do foro especial previsto na Constituição da República – seja por meio da Súmula proposta, seja pela própria Lei n.º 10.628/02 – interpretação que representa, como é óbvio, a restrição da garantia da igualdade jurisdicional,

A explicação política que parece subsidiar essa interpretação radical – em ambos os casos –, está, lamentavelmente, na manutenção dos muitos interesses de setores dos poderes públicos e mesmo de parte da sociedade, que não se sentem confortados com a propagação de cidadania efetuada pela Constituição de 1988.⁶⁰ Tanto é assim, que se está a assistir a reações de parte do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, aquele por meio de decisões que tendem a afastar a atuação do Ministério Público, e este através de leis como a de n.º 10.628/02.

Não com o intuito de afastar o pejo⁶¹, até porque a vergonha também pode ser um artefato modulador de decisões, há muito que lamentar a forma como têm sido tratadas no Brasil as garantias constitucionais. Aliás, garantias constitucionais estão também sendo aviltadas por autoridades públicas em outros países. Fato que não pode servir, obviamente, de baliza ao intérprete brasileiro para entendê-las harmonizadas aos princípios constitucionais.

Na Itália, por exemplo, a recente Lei n.º 140, de 20 de junho de 2003, recomendada pelo Primeiro Ministro Berlusconi, afasta a possibilidade de ser dado andamento aos processos em que foram imputados a ele crimes de sonegação

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. – 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 1187.

⁵⁹ Não se está nem considerando como se fossem elas próprias as garantias constitucionais, vez que resultaria em enredo que justificaria maior delonga.

⁶⁰ Não é por outra razão que foi denominada por Ulysses Guimarães como a “Constituição Cidadã”.

⁶¹ De fato ações como esta fazem os brasileiros conscientes encherem-se de vergonha.

fiscal e corrupção de magistrados.⁶²

Segundo esta lei italiana, não podem ser submetidos a processos criminais, em relação a qualquer crime, inclusive aqueles antecedentes aos cargos ou às funções, até a cessação das mesmas: o Presidente da República, Presidente do Senado da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Conselho de Ministros e o Presidente da Corte Constitucional⁶³.

A urgência do Chefe de Governo Italiano fez com que se determinasse que os processos em andamento devessem ser imediatamente suspensos, assemelhando-se à lei brasileira (Lei nº 10.628/02) que foi publicada no dia 26/12/2002, menos de uma semana antes de haver a troca de Chefe do Poder Executivo.

Os argumentos favoráveis à extensão do foro especial nos moldes trazidos pela Lei nº 10.628/02, sejam aqueles constantes da exposição de motivos – que são os mesmos expostos pelo ex-Ministro Victor Nunes Leal – sejam os apontados pelo ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso em entrevista a um periódico⁶⁴, escapam todos, solenemente, do raciocínio jurídico para o campo estrito e calculado da conveniência.

Este tipo de conveniência para garantir a extensão do foro especial poderia até ter sido desejado pelos brasileiros em geral, ou apenas por aqueles que os representavam. Em qualquer das hipóteses, teria que ter sido trilhado o caminho da Emenda Constitucional. O que não foi feito certamente porque preliminarmente reconhecidas as dificuldades de obtenção, ao final do mandato em dezembro de 2002, dos 3/5 dos votos exigidos pelo artigo 60, § 2º da Constituição da República notadamente para empanar, pela via derivada da emenda constitucional, a higidez da Constituição no que se refere à igualdade jurisdicional. Como não havia tempo nem ambiente para emendar a Constituição, adotou-se a lei ordinária com cálculo preciso dos efeitos sobre as pretensões de fazer perpetuar a competência especial por prerrogativa de função para agentes públicos que deixam a função pública.

⁶² E por coincidência, ou não, os periódicos têm informado que a referida lei foi considerada inconstitucional pela corte constitucional italiana. Resta saber se queremos, nós do Brasil, ter uma corte constitucional de primeiro ou terceiro mundo...

⁶³ Art. 1º, 1 da Lei nº 140/2003: “Non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l’assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall’articolo 90 della Costituzione, il Presidente del Senato della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto previsto dall’articolo 96 della Costituzione, il Presidente della Corte costituzionale.” <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/elelenum.htm>>, em 09.10.2003.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto emergem as conclusões que a seguir são destacadas:

- é substancial a diferença entre o “foro por prerrogativa de função” e o “foro privilegiado”, eis que aquele visa a preservar a própria função exercida pelo agente, enquanto esta confere um privilégio em razão da própria pessoa;

- a Súmula 394 do STF, exatamente por conferir foro especial para ex-exercentes de cargos públicos, isto é, que não mais exercem a função pública, encerra um “foro privilegiado”;

- o cancelamento da Súmula representou um retorno ao verdadeiro “foro por prerrogativa de função”, único com respaldo constitucional;

- o cancelamento da Súmula foi acompanhado de proposta de formulação de outra, que, por não ser acatada, tomou corpo no ordenamento jurídico pela Lei n.º 10.628/02;

- a Lei n.º 10.628/02 possui uma debilidade semântica, posto que, quando estende a competência do foro especial para os ex-exercentes de cargos públicos menciona que somente nos casos em que os crimes se referirem a atos administrativos, o que, todavia, é impossível, pois os atos administrativos possuem elementos ou requisitos que não são encontrados em atos criminosos;

- a Lei n.º 10.628/02 é inconstitucional porque o foro especial representa uma exceção ao princípio da igualdade jurisdicional, o qual decorre dos princípios da igualdade civil, e republicano, e por tal razão deve ser contemplado no corpo do Texto Constitucional;

- a Lei n.º 10.628/02 também é inconstitucional porque, em sendo exceção à regra de que todos devem ser julgados por juízes singulares, percebe-se que a Constituição da República traz a regra e a exceção, o que indica claramente o desejo do constituinte de que a matéria seja exclusivamente sua, como ocorre nos demais

⁶⁴ Em entrevista à Revista Veja, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso afirmou:

“*Veja* – O senhor apóia a restauração da prerrogativa de foro, pela qual o presidente só pode ser julgado pelo Supremo Tribunal?”

FHC – Eu apóio. É claro que pelos atos praticados como presidente, não como pessoa física. Imagine o que é se defender de 150 processos, movidos em Manaus, em Pelotas, em Jacaré, em toda parte. Você tem de ter uma corte de advogados. Isso é uma loucura. No fim vai para o Supremo, mas até lá você enlouqueceu e está pobre. É um sistema feito para atormentar, perseguir mesmo. Como termina no Supremo, é melhor julgar logo pelo Supremo.” REVISTA VEJA. São Paulo, Editora Abril, semanal, edição n.º 1778, de 20/11/2002. p. 45.

países, e a incursão sobre esse assunto por meio de lei infraconstitucional representa uma antinomia resolvida pelo critério hierárquico;

- o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei no processo penal pode ser feito por meio do controle difuso, não configurando empecilho o fato de haver ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal;

- a problemática das interpretações a respeito da competência por foro especial e das atribuições do Ministério Público passa necessariamente pelo rompimento com a doutrina constitucionalista da época de Weimar, a qual concebia e determinava a separação entre as normas jurídico-organizatórias das normas jurídico-materiais. Estas últimas, por guardarem relação com a realização de direitos e garantias, devem ser interpretadas segundo a regra de interpretação destes direitos, isto é, de forma a efetivar amplamente aquelas garantias.

- afastada a possibilidade de se respaldar juridicamente o foro especial nos moldes da Lei n.º 10.628/02, tem-se adentrado no campo restrito da conveniência, o que representa um atentado ao Estado Democrático de Direito: somente por meio de Emenda Constitucional esta conveniência poderia adquirir suporte jurídico de modo a respeitar os pilares constitucionais da República Federativa do Brasil.

FIM DO EXAME CRIMINOLÓGICO?

Marcelo Gomes Silva

Promotor de Justiça em Araranguá - SC

Quando se está diante de um problema, reza a boa técnica para resolve-lo, que seja ele analisado, que se conheça suas origens e que se busque a melhor resposta que, efetivamente, o solucione.

Pois com o advento da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal (LEP), o caso não foi bem assim.

Como de hábito, o legislador vem remendando a legislação penal e processual penal para suprir as omissões do poder público, sem dar importância às consequências da alteração.

Dispõe o art. 1º do referido Diploma que a LEP, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.” (NR)

O dispositivo revogado da LEP assim dispunha:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Nítidamente, o objetivo do legislador foi acabar com eventual morosidade pela qual passa um pedido de progressão de regime prisional. Eventual porque a Lei não pode generalizar situações caóticas no Rio de Janeiro ou em São Paulo, como se fossem a regra do país.

Numa interpretação superficial da Lei, tem-se que a análise acerca do mérito do apenado, para a concessão do benefício, agora depende do bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Ressalte-se que o Juiz, por óbvio, não fica adstrito à classificação que o diretor do estabelecimento prisional dê ao comportamento do apenado. Deve apenas esta servir de subsídio para sua análise.

O primeiro equívoco surge quando se questiona o que é bom comportamento. Não ficou definido, de maneira objetiva, como classificar o comportamento de um apenado.

Poderia ele cometer falta leve, média ou grave? Qual o tempo para a reabilitação do comportamento? A falta disciplinar prescreve? Todas estas questões foram remetidas à percepção subjetiva de quem classificar o comportamento.

Ainda que se admitisse a classificação subjetiva, veja-se que está se tratando de comportamento exterior, ou seja, se cumpre ou não as determinações do administrador, ou se tentou ou não fugir, mas não das condições subjetivas intrínsecas à psique do apenado.

Acerca disto já ensinou Mirabete:¹

“Não basta bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social. Ensina Hans Göbbels: ‘O bom comportamento de um preso não pode ser determinante imediata para estabelecer-lhe um prognósti-

¹ JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Execução Penal, 10ª ed., SP: Atlas, p. 388/389.

co biológico-social favorável, principalmente porque tal comprovante da melhoria se baseia fundamentalmente em informes de funcionários de prisões, fornecidos pouco antes da liberação, e que se atêm ao bom comportamento externo, a fim de facilitar a readaptação sem inconvenientes ao termo de condenação... Na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do estabelecimento se deve a vários e múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão motivada sobre o caráter”.

Aponta-se, neste aspecto, o segundo engano decorrente de uma análise pura da Lei e sem a contextualizar com a Constituição da República, Código Penal e demais artigos da LEP, fazendo supor que o exame criminológico não seja mais exigível para a concessão de progressão de regime.

Fundamental, pois, é que se avalie não apenas se o apenado praticou ou não faltas disciplinares, mas sim, suas condições psicológicas para regresso ao convívio social, típico do sistema de progressão adotado pelo Brasil.

A análise da personalidade do sentenciado, seu grau de periculosidade, entendimento dos fins da reprimenda, probabilidade de voltar a delinquir e sugestão de formas de medidas necessárias ressocialização são fundamentais para a colocação do apenado em um regime prisional mais brando.

Ao abandonar olímpicamente o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, a Lei pecou. Seguiu o caminho mais fácil, mas não necessariamente o mais correto. Não veio à tona qualquer justificativa técnica e lógica para a extinção.

Ficaria, portanto, a sociedade refém da análise empírica, sob o aspecto de conhecimento em psicologia, quando muito, dos operadores do Direito.

O exame criminológico é uma garantia que o Estado-Juiz possui para a concessão da liberdade a um condenado. Não que o Magistrado fique adstrito ao laudo, mas lhe dá considerável suporte para a decisão.

A jurisprudência unânime dos Tribunais pátrios reconhece a importância da realização da referida perícia. Cite-se como exemplo o Tribunal Catarinense:

“Somente através da análise global da vida carcerária do reeducando, inclusive com o exame criminológico daquele submetido ao regime fechado, sopesando-se os pontos negativos e positivos que possam denotar sua reabilitação, poder-se-á constatar com segurança sua aptidão para progressão e retorno ao convívio social”.²

² Recurso de Agravo nº 99.018920-1, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 21.12.1999.

Na doutrina, o entendimento não destoa em relação à relevância, conforme ensina Mirabete:

“No exame criminológico, a personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se, com isso explicar a ‘dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminológica)’ e a avaliação da possibilidade de delinquir (prognóstico criminológico)”

Para PAULO LÚCIO NOGUEIRA, “o exame criminológico conduz à classificação do condenado para a designação do estabelecimento adequado e escolha dos métodos de tratamento, pois o conhecimento da personalidade do preso e a proposição do seu tratamento têm em vista justamente a sua ressocialização”.³

E continua o doutrinador:

“Nem sempre o simples cumprimento de um sexto da pena pode ensejar a progressão, pois o condenado deve cumprir pelo menos esse lapso temporal, que nem sempre pode ser satisfatório, dado o montante da pena aplicada. E também, deve revelar merecimento, **o que deve ser apurado através da sua personalidade e não apenas do seu comportamento carcerário, pois existe tendência de elementos perigosos demonstrarem bom comportamento na prisão, o que não deixa de ser verdadeira simulação**”⁴ (sem grifo no original.).

A Lei, ao olvidar toda a análise clínica, morfológica, neurológica psicológica, psiquiátrica, e social do apenado, constituiu-se em profundo retrocesso no combate ao crime e na prevenção da reincidência, mandou a ciência da psicologia às favas e não resolveu o problema.

As vozes abolicionistas que aplaudiram a alteração legislativa justificam a mudança sob o argumento de que se o Estado não acompanha o preso durante o cumprimento da pena, não seria justo avaliá-lo para a progressão. Corrija-se, então, o acompanhamento, mas não se extinguindo o exame. Seria como abolir crimes porque não existe cadeia.

O correto, em nosso entendimento é que, apesar da malfadada Lei, o Magistrado pode, a fim de analisar o mérito do sentenciado, valer-se da comissão técnica de classificação e do exame criminológico.

³ Comentários à Lei de Execução Penal, SP: Saraiva, 1990, p.10.

⁴ Op. cit., p. 135/136.

A uma porque a alteração também entra em conflito com a Constituição da República, uma vez que o art. 5º da CR, dispõe em seu inciso XLVI que “a lei regulará a **individualização** da pena e adotará, entre outras, as seguintes: ...”

Individualizar a pena, segundo César Dario Mariano da Silva⁵ consiste em:

“propiciar ao preso as condições necessárias para que possa retornar ao convívio social. A individualização deve ater-se a métodos científicos, nunca improvisados, iniciando-se com a classificação dos detentos, de forma que possam ser destinados aos programas de execução mais apropriados de acordo com suas necessidades pessoais. A individualização da pena é direito constitucional previsto no artigo 5º, XLVI, 1ª parte, da CF.

Sem o parecer da comissão técnica de classificação e o exame criminológico generalizar-se-ia, ainda mais, a reprimenda, contribuindo, definitivamente para o conceito de universalidade do crime. Ou seja, flagrante inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, porque conforme disposto no art. 33, § 2º do Código Penal, assim prevê: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, **segundo o mérito do condenado**, observados os seguintes critérios [...]” Vê-se, que não é vedado ao Juiz socorrer-se de profissionais habilitados para melhor análise do apenado.

Acerca do assunto assevera Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho:⁶

“Assim sendo, entendemos que, mesmo sob a égide da Lei nº 10.792/03, o juiz da execução, em busca da verdade real e em virtude de seu livre convencimento motivado, pode afastar o teor do atestado de boa conduta carcerária e analisar os conteúdos do parecer da CTC e do laudo de exame criminológico para fundamentar o indeferimento da progressão de regime ou do livramento condicional”.

Não difere César Dario Mariano da Silva:⁷

“Ora, se o Juiz das Execuções Penais tiver dúvidas sobre a cessação da periculosidade do condenado, deverá condicionar a progressão de regime prisional ao exame criminológico. Seria um contra-senso permitir a progressão, ou até mesmo a liberdade, para alguém que ainda não possui condições de retornar ao convívio social. Assim, se o exame criminológico concluir que o preso não

⁵ <http://www.cpc.adv.br>

⁶ <http://www.sindimp.com.br>

⁷ Op. Cit

tem condições de progredir de regime prisional, o juiz deverá indeferir a progressão, dada à natureza do sistema progressivo de regime, que pressupõe a readaptação gradativa do preso à liberdade”.

No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci:⁸

“Outra não pode ser a interpretação a ser dada, uma vez que seria fazer letra morta da riqueza proporcionada pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, consagrador do princípio constitucional da individualização da penal – e lei ordinária não poderia fazê-lo”.

E continua:

“Por isso, partindo-se do pressuposto de que a individualização da pena não se encerra com a prolação da sentença, continuando durante a execução da pena, que possui caráter jurisdicional, logo, depende de atos motivados do juiz para que se desenvolva, jamais se poderia considerar extinta ou afastada a possibilidade de, para formar seu convencimento, o magistrado ficar entregue a um simples atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, para todo e qualquer caso, sabe-se lá de que forma e com qual critério.

O Poder Judiciário é autônomo do Executivo, não sendo um atestado o suficiente para levar o magistrado a abrir mão de sua independência funcional, avaliando concretamente o progresso e o merecimento de condenados submetidos à sua jurisdição. Outro caminho seria coibir a individualização executória da pena, o que, ademais, não seria o ideal”.

Crê-se que realmente esta é a saída legal e lógica. Sempre que necessitar pode o Juiz determinar de ofício a realização do exame criminológico, especialmente nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, embasando-se em laudo de profissionais qualificados para análise psicológica do recluso.

Outro aspecto interessante a ser analisado, ainda, é que o dispositivo legal, se bem interpretado, não extinguiu o exame criminológico para a obtenção do livramento condicional.

Ocorre que o parágrafo 2º do art. 112 ficou com a seguinte redação: “Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.” Que procedimento? O previsto no parágrafo 1º, ou seja, de que a decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. Não

⁸ www.cpc.adv.br

se refere ao caput, pois este não prevê procedimento e sim requisitos para a concessão da progressão. Continua em vigor o art. 83, parágrafo único do Código Penal, ou seja, a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Concluindo, o legislador, ao invés de criar mecanismos processuais para a agilização dos exames criminológicos, prever o treinamento do pessoal responsável pela perícia, determinar o acompanhamento psicológico do reeducando ao longo do cumprimento da pena, estipular outros critérios para o exame, entre outras saídas, optou pelo caminho mais fácil: retirá-lo do ordenamento jurídico, como se não fosse interessante à sociedade conhecer as condições psicológicas do preso. Ao invés de acabar com um problema do sistema prisional, criou mais um.

Cabe ao Ministério Público, como Órgão de fiscalização do cumprimento da pena, requerer a realização do exame criminológico, quando do pedido de progressão de regime, sempre que houver dúvidas acerca das condições pessoais do apenado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO CLANDESTINO EM ÁREA DA UNIÃO: COMPARTILHANDO UMA EXPERIÊNCIA

Luís Eduardo Souto

Promotor de Justiça em Tijucas - SC

O aproveitamento indevido ou até mesmo o não aproveitamento de áreas urbanas dentro de um contexto histórico brasileiro caracterizado pela má distribuição de renda de seus habitantes, desemprego, êxodo rural e difícil acesso à moradia, têm estimulado a proliferação de favelas e o desenvolvimento de construções clandestinas em áreas urbanas de vários municípios em nosso país, não sendo diferente o caso de Santa Catarina.

Tal situação não se restringe a invasões apenas de áreas privadas mas envolve, em muitos casos, a ocupação clandestina de áreas pertencentes aos diversos entes públicos, incluindo-se aqui os imóveis pertencentes à União Federal.

É pacífico o entendimento de que, em se tratando de terras públicas, não existe o direito à prescrição aquisitiva da propriedade ocupada (§ 3º do art. 183 da CF/88), situação esta que condiciona os entes públicos à proteção de seus bens, adotando, para tanto, as medidas que entender pertinentes nos limites de seu poder discricionário para ver-se, de regra, reintegrado em sua posse. Neste contexto, a proteção do patrimônio público pelo Estado, utilizando-se do uso coercitivo do poder estatal ou até mesmo valendo-se do manejo de ações possessórias na defesa de seu patrimônio, por vezes não tem solucionado de forma adequada ou mesmo estancado os processos avançados de favelização e ocupação clandestina de áreas públicas em vários municípios, situação esta visível principalmente nas capitais de

nosso país, onde se encontram fixados grandes bolsões de pobreza.

Isto porque, em se tratando de pessoas de baixíssima renda, para efetivar-se com responsabilidade a sua remoção, torna-se indispensável a apresentação e a efetivação de um projeto de reassentamento organizado, sob pena de uma simples expulsão dos invasores ocasionar um verdadeiro caos, subtraindo muitas vezes o único teto de uma família pobre. A complexidade deste processo acaba por vezes implicando na simples desistência da área e ausência de qualquer medida pelo poder público, remanescendo no local loteamentos sem qualquer planejamento urbanístico onde proliferam, em muitos casos, favelas construídas sem qualquer infra-estrutura.

Neste contexto, a Lei Federal nº 9.636 de 15 de maio de 1998, ao tratar acerca da administração, do aforamento e da alienação de bens imóveis de domínio da União, trouxe uma alternativa para solucionar esta situação. Estabeleceu em seu art. 4º a possibilidade de serem firmados convênios entre o Serviço do Patrimônio da União (SPU), os Estados, Municípios e a iniciativa privada, visando a regularização de parcelamento e urbanização de áreas vagas, com base em projetos devidamente elaborados, respeitados a preservação e o livre acesso às praias marítimas, fluviais e lacustres e áreas de uso comum do povo. Aos entes públicos, em contrapartida, abre-se a possibilidade da arrecadação anual das taxas de ocupação e foros e receitas provenientes da venda do domínio útil ou pleno dos lotes.

Em se tratando de construções populares, o art. 18, inc. II da referida lei aponta a possibilidade da cessão gratuita, em condições especiais, a critério do poder executivo, de imóveis da união a pessoas físicas ou jurídicas em se tratando de interesse público ou social, podendo ser realizada sob o regime da concessão real de uso resolúvel previsto no art. 7º do Decreto-lei nº 271/65. Trata-se de uma forma inteligente de controlar e fiscalizar a transferência do bem público à esfera privada condicionando-se a medida ao específico fim ao qual se direciona, sob pena de extinguir-se o direito concedido em caso de desobediência à finalidade entabulada.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 2.220 de 4 de setembro de 2001, buscando regularizar o par. 1º do art. 183 da CF/88 e o próprio art. 18, inc. II da lei 9.636/98, concede o direito à concessão de uso especial para fins exclusivos de moradia àquele que, até 30 de junho de 2001 possuía como seu, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público pertencente à União, situado em área urbana, utilizando-o como sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário de nenhum outro imóvel. No cômputo do tempo de posse, o § 1º do art. 1º da medida autoriza a composses ou soma de posses.

Assome-se a isto que o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) estabelece em seu art. 3º, inc. III, que compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana promover, por iniciativa própria e em conjunto com os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Pergunta-se: Em se tratando de área pública, passível de disposição por iniciativa exclusiva do poder executivo, qual a relação do Ministério Público com o tema?

Compete ao Ministério Público, entre outras atribuições previstas no art.127 da CF/88, a defesa dos interesses sociais. Com base nesta perspectiva de atuação, passo a compartilhar, na seqüência, uma a experiência positiva enfrentada no município de Tijucas, com repercussão na imprensa catarinense no mês de fevereiro de 2004.

Uma área urbana doada pelo município de Tijucas à União Federal ainda na década de 50 e não devidamente ocupada proporcionou, face o acelerado número de invasões e construções clandestinas no terreno, o maior processo de favelização do município, abrigando, no início do ano de 2004 um total de 841 moradores (sendo destes 335 crianças), organizados em 276 casebres distribuídos em 20 ha, que correspondem a 25% da extensão total do imóvel. Além da situação grave vivenciada pelos moradores do bairro (denominado Sem Terras), os quais não possuem as básicas condições de infra-estrutura exigidas na lei 6766/79, a exclusão social de seus ocupantes vêm desenvolvendo o mais acelerado processo de criminalidade do município, fundamentalmente em se tratando de crimes contra o patrimônio.

Diante do fato, duas ações são movimentadas há anos pela União Federal e pelo Município de Tijucas visando solucionar o problema: na Justiça Federal, uma ação de reintegração de posse foi ajuizada pela União contra os moradores no ano de 1998, encontrando-se ainda em fase de citação; no SPU, um procedimento administrativo acionado pelo município no ano de 1997, já contando com mais de um metro de altura e milhares de páginas, visando a reversão da área, ambos tramitando a passos lentos e sem perspectivas de solução.

Diante do quadro, funcionando este membro do Ministério Público como agente político na busca de soluções extrajudiciais na preservação dos interesse social, coletivo e difuso postos em jogo - note-se, quanto a competência da atuação, não importar o fato de se tratar de imóvel pertencente à União, uma vez que situado em área urbana deste município e comarca, com graves repercussões sociais aos moradores - foram realizadas reuniões envolvendo, entre outras entidades, representantes do Serviço de Patrimônio da União, da Advocacia-Geral da União, Município e Ministério Público.

A solução do caso operou-se pelo encaminhamento de um projeto definitivo de loteamento elaborado pelo município direcionado ao Serviço do Patrimônio da União (SPU), atendendo-se os moldes exigidos pela União, pela FATMA e pelo Ministério Público, bem como as disposições contidas nas legislação citada, objetivando a reversão da área em favor do município através de um processo de aforamento

gratuito, revertendo-se, ato contínuo, os lotes em favor dos moradores de baixa renda (assim considerados aqueles que possuem renda familiar inferior a três salários mínimos) uma vez atendidas as exigências contidas na medida provisória citada.

Como forma de materializar-se as obrigações pactuadas, articulamos a realização de uma audiência pública através da qual o município e os moradores do bairro firmaram, em data de 11 de fevereiro de 2004, na presença de representantes da Advocacia-Geral da União e do Serviço do Patrimônio da União, termo de ajustamento de condutas coletivo assumindo o município o compromisso de realizar todas as obras de infra-estrutura necessárias à correta urbanização do bairro no período de 4 (quatro) anos (construção de creches, pré-escolas, escola de ensino fundamental, áreas esportivas) além de estimular a inclusão social de seus moradores (colocação de seus nomes e aptidões profissionais junto ao programa do SINE). Por sua vez, os beneficiados assumiram a obrigação de atender às exigências contidas na legislação federal para auferir o benefício do direito real de uso dos lotes. Finalmente, assumiu a Advocacia-Geral da União, em audiência pública, o compromisso da desistência da ação de reintegração de posse, ao passo em que o SPU responsabilizou-se em firmar no mais breve tempo possível o termo de cessão visando a transferência da área em favor do município, o que deverá ocorrer já nos próximos dias, seguindo-se o exemplo ocorrido no município de Florianópolis em loteamento situado nas proximidades do aeroporto Hercílio Luz.

Fica o registro desta experiência gratificante que possibilitou, de forma rápida e prática (o SPU informou que a tramitação dos processos administrativos em hipóteses semelhantes, sem a intervenção do *parquet* perdura em média 10 anos até atingir algum resultado), por medidas e articulações extrajudiciais de iniciativa do Ministério Público Catarinense (reuniões, audiência pública e assinatura de termo de ajustamento de condutas) o acesso à cidadania e à inclusão social de 841 favelados, o resguardo dos restantes 60 ha área pública ainda não invadidos do terreno para utilização visando o interesse público da sociedade e a gradativa redução de um preocupante processo de favelização e criminalidade de Tijucas.

Por fim, cumpre destacar o fato de que o termo de ajustamento de condutas, seguindo o mesmo prisma adotado com sucesso na ação civil pública proposta pelo Ministério Público referente à redução do número de vereadores nos municípios catarinenses – onde o afastamento dos vereadores deverá ocorrer somente a partir da próxima legislatura – foi elaborado com a perspectiva de produzir efeitos pró futuro, ou seja, passando a ter eficácia jurídica e servindo como título executivo extrajudicial somente a partir da assinatura do contrato de cessão da área pela União em favor do Município. Tal estratégia foi traçada para, além de entabular as responsabilidades das partes, agilizar e melhor instruir o próprio processo de reversão e regularização do loteamento.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ESTATUTO DO IDOSO

Paulo Richter Mussi

*Advogado e Assessor Jurídico Centro de Apoio
Operacional da Cidadania e Fundações - SC*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

*Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio
Operacional da Cidadania e Fundações - SC*

O Presidente da República sancionou em 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, que define medidas de proteção às pessoas com idade igual ou superior aos 60 anos. O projeto regulamenta os direitos dos idosos, determina obrigações às entidades assistenciais, estabelece penalidades para diversas situações de desrespeito aos idosos, além de atribuir uma série de competências e responsabilidades ao Ministério Público. O Estatuto entrou em vigor após decorridos noventa dias de sua publicação oficial (DOU – 03.10.03), ressalvado o art. 36, relativo a caracterização de dependência econômica, que vigorou a partir de 1º de janeiro de 2004.

De autoria do ex-deputado e atual senador Paulo Paim (PT-RS), após sete anos de tramitação no Congresso, o Projeto de Lei Complementar nº 57/2003 foi aprovado por unanimidade, tanto na Câmara quanto no Senado. Todavia, o texto original teve o art. 72 vetado, quando de sua publicação.

O texto vetado alterava o art. 275 do Código de Processo Civil, acrescentando como mais uma condição para o processo poder seguir o rito sumário o fato de a parte ser pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. A razão do veto, conforme publicado no Diário Oficial da União, foi o fato de o artigo ser inconstitucional. O processo sumário, de tramitação mais ágil, é destinado aos ca-

sos de menor complexidade e, por isso, não pode ter a idade como uma condição para a sua aplicação.

“É certo que a propositura visa a dar maior rapidez na entrega da prestação jurisdicional. Sem embargo, sua adoção pode não surtir os efeitos desejados pelo legislador na medida em que o acolhimento de tal medida acarretará conseqüências negativas ao desiderato da prestação jurisdicional”, diz a justificativa do veto. Com certeza, nem todos os processos que têm como litigantes pessoas idosas são de menor complexidade.

O Estatuto do Idoso contém 118 artigos que regulamentam os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, possuindo o propósito de operacionalizar a garantia dos direitos assegurados por políticas públicas e mecanismos processuais.

O artigo 2º do Estatuto revela seu espírito, qual seja, o da proteção integral para que o idoso tenha “todas as oportunidades e facilidades, para preservação da saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social em condições de liberdade e dignidade”, a exemplo do assentado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Vai mais longe em seu art. 3º, quando determina que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar, “com prioridade absoluta, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar”, significando dizer que sempre deverá prevalecer o interesse do idoso, priorizando-se seu atendimento.

O Estatuto garante aos idosos atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população. Prioriza o atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, em consonância com o § 1º, do art. 230, da Constituição Federal.¹

Passa a ser dever de todos prevenir a ameaça ou violação dos direitos do idoso e de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação que tenha testemunhado ou tomado conhecimento.

O Promotor de Justiça poderá referendar as transações de alimentos celebradas em sua presença, que passam a ter efeito de título executivo extrajudicial, sendo facultado ao idoso optar entre os prestadores da obrigação alimentar, que é solidária.

¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

É bem verdade que o parágrafo único do artigo 57, da Lei 9.099/95², Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já autorizava ao Promotor de Justiça esta atuação, no entanto a disposição expressa no art. 13 do Estatuto, veio dar maior força, evidência e significado a ela, porquanto não se restringe ao idoso carente.

Em que pese o Estatuto tenha ampliado o acesso a alimentos aos idosos, cabe aqui reprimir alerta efetuado por Vitor F. Kämpel, no tocante a solidariedade dos responsáveis pela prestação prevista no art. 12³. Este dispositivo permite ao idoso escolher a quem vai demandar (netos, filhos, cônjuge e irmãos), sem qualquer ordem de preferência. Situação que fere o princípio da reciprocidade das obrigações alimentares estatuído pelo art. 1.696, do CC⁴, segundo o qual a obrigação alimentar se aplica na mesma medida entre pais e filhos.

De acordo com o Código Civil, entre parentes, a obrigação tem caráter sucessivo, de forma que só na falta dos ascendentes é que podem ser chamados os descendentes e, na falta destes, podem ser chamados os irmãos.

Contrariamente veio disciplinar o Estatuto, estabelecendo que no caso da pessoa maior de 60 anos necessitar de alimentos, ela pode acionar os irmãos em primeiro lugar, mesmo que tenha filhos, não estando obrigada a obedecer a ordem do art. 1.694, do CC:⁵

a) os parentes na linha ascendente (embora dificilmente existam), descendentes e irmãos;

b) cônjuges, e

c) companheiros.

A doutrina e a jurisprudência terão que harmonizar esta situação de direito.

Entre outros direitos, o Estatuto assegura aos idosos preferência de atendi-

² Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

³ Art. 12, da Lei Federal nº 10.741/03. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

⁴ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros.

⁵ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

mento no Sistema Único de Saúde (SUS) e remédios gratuitos⁶, especialmente os de uso continuado, e impede que os planos de saúde reajstem as mensalidades de acordo com o critério da idade.

O direito à acompanhante em caso de internação ou observação em hospital ganhou status de lei, emergindo da esfera de norma administrativa contida na Portaria n° 280, de 07.04.99⁷, do Ministério da Saúde, para afirmar sua compulsoriedade, obrigando, inclusive, a rede hospitalar privada não conveniada ao SUS, ao seu cumprimento.

A questão dos planos de saúde, colocou o Ministro da Saúde, Humberto Costa, em rota de colisão com o Presidente da República, pois o primeiro defendia a proibição de reajuste das mensalidades nos termos da lei atual, ou seja, para que as pessoas com mais de 60 anos de idade que já são clientes a mais de 10 anos de um plano de saúde, enquanto que o art. 15, § 3º do Estatuto veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Segundo, ainda o Ministro da Saúde, haverá agora três tipos de planos de saúde no Brasil: o anterior a 1998, para os quais valerão as regras estabelecidas no contrato, o regido pela lei de 1998, onde as pessoas com mais de 60 anos e 10 anos de contribuição, não podem ter aumento na mensalidade em razão da idade e o abrangido pelo Estatuto do Idoso. Continua o Ministro dizendo que para quem tem menos tempo de contribuição, o reajuste tem de ser feito de acordo com faixas etárias. São sete faixas. Pela lei, a diferença entre o preço cobrado entre a primeira faixa e a última não pode ser superior a 500%. Já os planos que forem acertados depois do Estatuto do Idoso terão outra regra: os reajustes não podem ser feitos depois dos 60 anos, qualquer que seja o período de contribuição.

A ANS – Agência Nacional de Saúde Complementar criou uma Câmara Técnica para avaliar os impactos do Estatuto sobre os planos de saúde, cujo trabalho resultou na edição da Resolução Normativa – RN n° 63, de 22.12.2003, que

⁶ Art. 196, da CF. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 2º, da Lei 8.080/90. Saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Art. 43, da Lei 8.080/90. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

⁷ Art. 1º, da Portaria MS n° 280/99. Tornar obrigatório nos hospitais públicos, contratados ou conveniados com o Sistema Único de Saúde - SUS, a viabilização de meios que permitam a presença do acompanhante de pacientes maiores de 60 (sessenta) anos de idade, quando internados.

define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004.⁸

O idoso terá direito a descontos de pelo menos cinqüenta por cento nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer⁹, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais. Seguramente, este dispositivo carece de regulamentação, pois o custo deste incentivo será diluído nos ingressos dos demais participantes dos eventos.

É vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, inclusive para concursos, ressalvados os casos que a natureza do cargo o exigir, devendo o primeiro critério para desempate em concurso público ser a idade mais elevada do candidato.

Nas aposentadorias, o reajuste dos benefícios acontecerão na mesma data do reajuste do salário mínimo, porém com percentual definido em regulamento. A idade para requerer o salário mínimo estipulado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, pelos idosos que não possuam meios para prover sua própria subsistência, nem tê-la provida pela família, foi fixada em 65 anos. Trata-se do benefício conhecido como BPC – Benefício de Prestação Continuada, já previsto no art. 42, do Decreto Federal n.º 1.744/95.¹⁰

⁸ Art. 2º, da RN 63/03, da ANS. Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

- I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;
- II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;
- III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
- IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
- V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
- VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
- VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
- VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinqüenta e três) anos;
- IX - 54 (cinqüenta e quatro) a 58 (cinqüenta e oito) anos;
- X - 59 (cinqüenta e nove) anos ou mais.

⁹ Art. 1º, da Lei Estadual 10.357/97. É obrigatório, nos locais de exibição cultural ou eventos esportivos promovidos, co-promovidos, patrocinados ou co-patrocinados pelo Governo do Estado de Santa Catarina, a reserva de um percentual de 10% (dez por cento) de lugares que serão destinados ao acesso gratuito de pessoas idosas, com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos.

Parágrafo único. Os beneficiários desta Lei, devem retirar os ingressos com uma antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas do início das exposições ou eventos.

As entidades de longa permanência ou casas lares são obrigadas a firmar contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa abrigada, especificando o tipo de atendimento e as obrigações decorrentes, sendo permitida a cobrança de participação do idoso no custeio da entidade filantrópica, desde que não exceda a setenta por cento de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido pelo idoso. Esta participação do idoso fica condicionada ao aval do Conselho Municipal do Idoso ou, se inexistente, do Conselho Municipal da Assistência Social.

Atenção especial merece o § 3º, do art. 35¹¹ do Estatuto na hipótese do idoso incapaz, cujo curador seja ou venha a ser pessoa ligada a entidade de atendimento, ante a possível confusão que se estabelecerá entre prestadora de serviços e contratante (abrigado). Mesmo em não sendo o representante legal da entidade o curador do idoso, mas empregado seu, notória é a ausência de independência deste com relação a quem lhe garante o salário.

O idoso terá prioridade para compra de moradia própria nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, mediante reserva de três por cento das unidades. Estando prevista, ainda, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários voltados para essa faixa etária.

Fica assegurada aos maiores de 65 anos, a gratuidade no transporte coletivo público, urbano e semi-urbano¹², com reserva de dez por cento dos assentos, que deverão ser devidamente identificados com placa de reserva¹³, bastando ao idoso apresentar qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade. Lei local poderá estender os benefícios da gratuidade nos meios de transporte para pessoas com idade entre 60 e 65 anos.

¹⁰ Art. 42, do Dec. 1744/95. A partir de 1º de janeiro de 1998, a idade prevista no inciso I do art. 5º deste Regulamento reduzir-se-á para 67 anos e, a partir de 1º de janeiro de 2000, para 65 anos.

¹¹ § 3º, do Art. 35, do Estatuto. Na hipótese da pessoa idosa ser incapaz, caberá a seu representante legal firmar contrato a que se refere o *caput* deste artigo.

¹² Art. 1º, da Lei Est. 8.160/90 - Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos em linhas urbanas e intermunicipais de características urbanas.

¹³ Art. 1º, da Lei Est. 8.220/91. Ficam as empresas concessionárias de transporte coletivos de linhas intermunicipais de características urbanas no Estado de Santa Catarina, obrigadas a destinar em cada ônibus, quatro (04) assentos para o uso exclusivo de pessoas portadoras de deficiências, gestantes e idosos.

Parágrafo único - As empresas deverão sinalizar os referidos assentos para que sejam facilmente reconhecidos pelos usuários.

O Estatuto ampliou a gratuidade prevista constitucionalmente¹⁴, estendendo-a ao transporte coletivo semi-urbano e esclarecendo que tal benefício não inclui o transporte seletivo, quando prestado paralelamente aos serviços regulares.

No caso do transporte coletivo interestadual, devem ser reservadas duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos e desconto de cinquenta por cento para os idosos que excedam as vagas garantidas e cuja renda seja igual ou inferior a dois salários mínimos. Trata-se de norma que necessariamente demanda regulamentação em nosso entendimento¹⁵, embora já tenham sido propostas ações objetivando a imediata implementação deste comando legal.

Fica, ainda, assegurada a reserva de cinco por cento das vagas nos estações públicas e privados, posicionada em locais que garantam melhor comodidade.

Foram criadas medidas de proteção ao idoso, aplicáveis sempre que seus direitos estiverem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade, do Estado, da família, de seu curador ou de entidade de atendimento, ou simplesmente em razão de sua condição pessoal. Dentre as medidas criadas especificamente para este fim, destacam-se o encaminhamento do idoso à família ou curador, mediante termo de responsabilidade firmado com o Ministério Público ou com o Poder Judiciário, a requerimento do “parquet”, e a inclusão do idoso ou da pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação, em programa de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas.

O Estatuto determina a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais nos quais pessoas com idade igual ou acima de 60 anos figurem como partes ou intervenientes. A Lei Federal n.º 10.173/01, que acrescentou as letras A e B ao art. 1.211 do CPC, já concedia este benefício aos maiores de 65 anos¹⁶, facultando ao Poder Público a criação de varas especializadas e exclusivas para atender ao idoso.

¹⁴ § 12, do art. 230, da CF. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

¹⁵ Art. 40 da Lei 10.741/03. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I – reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários – mínimos.

Parágrafo único - Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.

As entidades de atendimento ao idoso ficam obrigadas a inscrever seus programas junto à Vigilância Sanitária e ao Conselho Municipal da Pessoa Idosa ou Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa e aquelas que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência têm a obrigação de atuar na preservação dos vínculos familiares do idoso; propiciar-lhe atendimento personalizado e em pequenos grupos, bem como assegurar-lhe a participação em atividades comunitárias, de caráter interno e externo; fornecer-lhe vestuário adequado, se públicas, e alimentação suficiente; proporcionar-lhe cuidados à saúde, assistência religiosa e atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer, entre outros benefícios. Estão sujeitas a penalidades administrativas que vão desde a advertência e multa até suspensão das atividades ou dissolução da entidade, com a proibição de atendimento a idosos a bem do interesse público, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos.

DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

Sempre que verificado algum abuso ao direito do idoso o Ministério Público poderá determinar, entre outras, as seguintes medidas: encaminhar à família ou curador; orientação, apoio e acompanhamento temporário; requisitar tratamento de sua saúde; inclusão em programa oficial ou comunitário de orientação e tratamento a usuários de drogas, ao idoso ou a pessoa que lhe cause perturbação; abrigo em entidade; abrigo temporário; documentos necessários ao exercício da cidadania.

O Estatuto determina que as entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso sejam fiscalizadas pelo Ministério Público¹⁶ que, verificando a ocorrência de infração, poderá promover a suspensão das atividades ou dissolução da entidade, com a proibição de atendimento a idosos.

A imposição de penalidade administrativa por infração às normas do Estatuto terá início por auto de infração ou requisição do Ministério Público, sendo que a autoridade judiciária só poderá aplicar as medidas que entender necessárias para

¹⁶ Art. 1.211-A, do CPC. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.

Art. 1.211-B, do CPC. O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

¹⁷ Art. 25, VI, da Lei 8.625/93 e art. 82, VIII, da Lei complementar Estadual 197/00. Exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência.

evitar lesões aos direitos dos idosos, após ouvir o Ministério Público.

Na defesa do interesse do idoso, compete ao Ministério Público, entre outros atos: instaurar inquérito civil e ação civil pública; promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição, designação de curador especial e oficiar em todos os feitos que se discutam os direitos dos idosos em condições de risco; atuar como substituto processual e promover a revogação de instrumento procuratório, nas situações de risco; requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; requisitar força policial, serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições e referendar transações envolvendo interesses e direitos de idosos.

Nos processos e procedimentos em que não for parte, o Ministério Público atuará obrigatoriamente, acarretando nulidade a falta de intervenção, devendo sua intimação ser pessoal.

O Estatuto admite o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados, e dispõe que as multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas por meio de execução promovida pelo Ministério Público, o mesmo ocorrendo com relação às sentenças condenatórias favoráveis ao idoso, das quais tenham decorrido sessenta dias do trânsito em julgado, sem que o autor tenha promovido a execução.

DOS CRIMES:

O Estatuto estabelece punições que vão de dois meses a um ano de detenção e multa, em caso de maus-tratos; de um a quatro anos de reclusão, se a infração resultar em lesão corporal grave, e em caso de morte, a pena aumenta para reclusão de quatro a doze anos.

Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias e aos meios de transporte, ou ainda, desdenhar, humilhar e menosprezar resultará em punição de reclusão de seis meses a um ano e multa. O estatuto aumenta em um terço a pena se a vítima estiver sob os cuidados do infrator.

Também passa a ser crime abandonar o idoso em hospitais e casas de saúde. A punição para esses casos passa a ser detenção de seis meses a três anos e multa. No caso da infração consistir na falta de assistência ao idoso, quando seja possível fazê-lo sem risco pessoal, ou dificultar a assistência à saúde, sem justa causa, a pena varia de seis meses a um ano de detenção e multa.

O estatuto prevê, ainda, a detenção de seis meses a um ano e multa para a pessoa que deixar de cumprir, retardar ou frustrar a execução de ordem judicial expedida, quando o idoso fizer parte do processo.

Para quem se apropriar ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, a punição prevista é reclusão de um a quatro anos e multa.

Coagir o idoso a doar, realizar testamento, contratar ou outorgar procuração é crime e a pena varia de dois a cinco anos de reclusão.

Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador, a pena é de reclusão de seis meses a um ano e multa.

Os crimes definidos no Estatuto são de ação penal pública incondicionada, e aqueles cuja pena máxima privativa de liberdade, não ultrapassar quatro anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Excepciona o Estatuto a aplicação do art. 181¹⁸, do CP, aos crimes contra o patrimônio cuja a vítima seja pessoa idosa, praticados por cônjuge na constância do casamento, ascendente ou descendente, cujo parentesco seja civil ou natural, assim como a aplicação do art. 182¹⁹, do citado diploma legal.

Finalmente, o Estatuto alterou o Código Penal Brasileiro, passando a constar como sujeito passivo a pessoa idosa maior de sessenta anos, nos seguintes dispositivos: art. 61, II, “h”; art. 121, § 4º; art. 133, § 3º, III; art. 140, § 3º; art. 141, IV; art. 148, § 1º, I; art. 159, § 1º; e art. 244. Já o inciso III acrescentado ao artigo 183, excepcionou a aplicação dos artigos 181 e 182 quando a vítima possuir idade igual ou superior a sessenta anos, incidindo em redundância, ante o previsto no artigo 95 do Estatuto que já havia afastado a escusa absolutória prevista no art. 181 e a exigência de representação dos crimes contra o patrimônio. A contravenção de vias de fato (art. 21, do Decreto Lei 3.688/41), o crime de tortura (art. 1º, § 4º, do art. 9.455/97) e o de tráfico de entorpecentes (art. 18, III, da Lei 6.368/76) que visem pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos tiveram suas penas aumentadas.

Acreditamos que a disposição que gerará maior polêmica em sua aplicação é aquela contida no art. 94 do Estatuto, que submete aos ditames da Lei dos Juizados

¹⁸ Art. 181, do CP. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

¹⁹ Art. 182, do CP. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II – de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Especiais Criminais (Lei 9.099/95), os crimes nele previstos cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, situação que poderá ensejar extensão a todos os delitos com a mesma graduação de apenamento, a exemplo do que aconteceu com a Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais, n.º 10.259, de 12 de junho de 2001. Ademais, somente as figuras delitivas previstas nos arts. 99, § 2º e 107, da Lei 10.741/03, ficam excluídas da aplicação da referida Lei dos Juizados Especiais.

Todavia, discussões já se instalaram com o propósito de estabelecer o real significado da palavra procedimento inscrita no art. 94 do Estatuto. Entendemos referir-se apenas ao rito dos crimes descritos no Estatuto, como será a forma de impulsionamento do processo, com audiência única, desprezando-se a possibilidade de transação²⁰, já que deflui da leitura sistêmica do Estatuto que o legislador não quis punir menos severamente o autor de crime contra o idoso, mas somente propiciar uma tramitação mais célere ao processo. O Estatuto não considerou de menor potencial os crimes nele descritos, a matéria continua disciplinada pelo artigo 61 da Lei 9.099/95²¹, alterado pelo parágrafo único do artigo segundo da Lei 10.259/2001²². Até porque se tal interpretação não prevalecer, o agente que violar um dos tipos penais do Estatuto terá tratamento mais benéfico àquele que violar outros dispositivos legais, cujas vítimas tenham menos de sessenta, situação no mínimo absurda.

Quase na mesma linha de raciocínio, manifestou-se o Dr. Vânio Martins de Faria, promotor de justiça titular da 22ª Promotoria da Capital, por intermédio de e-mail, ao afirmar que o art. 94 do Estatuto do Idosos não traduz norma de caráter geral, conceitual, como o fez o parágrafo único do art. 2º, da Lei 10.259/01, alterando o conceito dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, e por isto amparado no princípio da isonomia e da analogia “in bonam partem”, derogando o art. 61, da Lei 9.099/95, pois tem aplicação casuística, pertinente aos

²⁰ Art. 72 da Lei Federal nº 9.099/95. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

²¹ Art. 61 da Lei Federal nº 9.099/95. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

²² Art. 2º, da Lei 10.259/2001. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

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

ilícitos penais nele incluídos (no Estatuto), aos quais deverá ser aplicada a Lei 9.099/95, como também o fez o Código de Trânsito, em seu art. 291, parágrafo único²³, ao remeter para a aplicação do instituto da transação penal, da Lei do Juizado, os crimes previstos nos arts. 303, 306 e 308 daquele código.

Luiz Flávio Gomes e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira²⁴ endossam a interpretação acima ao dizerem que se o legislador quisesse aplicar os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, leia-se, artigos 74²⁵, 76²⁶ e 88²⁷, da Lei 9.099/95 PARA INFRAÇÕES COM PENA MÁXIMA ATÉ 4 ANOS, expressamente teria feito, ou seja, usaria a mesma fórmula que usou na embriaguez ao volante (que possui pena máxima de 3 anos, logo, não se enquadra no conceito de infração de menor potencial ofensivo, porém, cabe aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95 na Justiça Comum – vide artigo 291, parágrafo único da Lei 9.503/97 – expressamente determinou que se aplicasse os artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95 nos crimes do Código de Trânsito). Aliás, o legislador deu prova disso, quando disse no artigo 95 que os crimes do Estatuto são de “ação penal pública incondicionada” (já eliminando a aplicação do artigo 88 da Lei 9.099/95 nos crimes do Estatuto do Idoso).

Destaque enseja a posição do Dr. Marcus Vinicius Viveiros Dias, procurador da república, que defende corrente restritiva de interpretação do art. 94 do Estatuto do Idoso, porquanto ele não altera os parâmetros legais para se considerar uma infração de menor potencial ofensivo (mesmo porque não poderia fazê-lo),

²³ Art. 291, da Lei 9.503/97. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²⁴ Artigo: O Estatuto do Idoso Ampliou o Conceito de Menor Potencial Ofensivo?, *in* <http://www.iusnet.com.br>

²⁵ Art. 74 da Lei Federal nº 9.099/95. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

²⁶ Art. 76 da Lei Federal nº 9.099/95. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

²⁷ Art. 88 da Lei Federal nº 9.099/95. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

devendo o referido dispositivo ser interpretado sistematicamente à luz do artigo 98, I²⁸, da Constituição da República, do artigo 61 da Lei n° 9.099/95 e do artigo 2º, parágrafo único da Lei n° 10.259/2001, somente se admitindo o rito sumaríssimo, a transação penal e demais benesses da Lei 9.099/95, para infrações de menor potencial ofensivo, sendo essas aquelas cujo “quantum” da pena máxima a 2 (dois) anos, inclusive no âmbito da Lei n° 10.741/2003.

Por evidente, há os que defendam que todos os delitos cujas penas máximas abstratamente cominadas sejam de até quatro anos devam ser processados perante os Juizados Especiais Criminais, e por isto, todos os feitos em curso, tenham ou não rito especial, seriam merecedores da imediata aplicação dos institutos contidos na Lei 9.099/95. Porém, no estreito âmbito deste trabalho, que se propõe a tecer breves considerações sobre o Estatuto do Idoso, não analisaremos tais posições.

²⁸ Art. 98 da Constituição Federal. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – Juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O ESTATUTO DO IDOSO E O PODER DE POLÍCIA

Hélio Abreu Filho

Advogado, Administrador, Sanitarista e Presidente do Conselho Estadual do Idoso – SC

Alexandre Herculano Abreu

Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente – SC

Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e Silva

Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral – SC

Sumário: Introdução; 1. Conceituando “fiscalização-poder de polícia”; 2. A ação fiscalizadora do Conselho do Idoso; 3. Os atos administrativos e seus procedimentos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas de atendimento aos interesses dos idosos em relação à saúde, trabalho, educação (...), historicamente, não têm merecido a mesma importância daquelas referentes à criança, à mulher, ou ao trabalhador. Percebe-se, assim, que a noção que hoje se tem de cidadania não incorpora as características desse importante mas marginalizado segmento social.

É que salvo algumas exceções, os governos não têm investido como deveriam em equipes de recursos humanos, em treinamentos e atualizações, ou aparelhos e equipamentos para o atendimento adequado aos direitos fundamentais dos idosos. É de se destacar, inclusive, que os idosos vêm sofrendo com ações paliati-

vas, como consequência de intervenções clientelistas ou de interesses políticos.

Por outro lado, paradoxalmente a essa situação de marginalização, o controle social exercido pelos Conselhos afins vem começando a ser, ainda que de forma incipiente, reconhecido pela sociedade e entidades de defesa de direitos humanos. Isto porque, a comunidade de forma geral vem a cada dia mais se conscientizando da importância dos Conselhos, como um espaço público capaz de promover a articulação das políticas públicas e consequente proteção e melhoria da qualidade de vida de idosos, crianças e demais excluídos sociais.

Após todo um movimento nacional pela descentralização das políticas públicas e municipalização das ações de atendimento à criança e ao adolescente, observa-se que foram poucas, mas boas, as experiências municipais de sucesso. Isto se deu em virtude destas políticas estarem efetivamente envolvidas num Sistema de Garantia de Direitos.

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), o Conselho do Idoso passou a somar às suas funções de controle social, as de ‘defesa de direitos’, permitindo-se a este o exercício de relações interativas de promoção, controle e defesa. Aliado a isto, cabe ainda ao Conselho fazer parte do planejamento de todas as ações programáticas, setoriais, de assistência social, lazer, esporte, educação, saúde, trabalho, moradia (...) do Poder Público (Municipal, Estadual ou Federal) para que sobre estas ações não recaiam as penalidades da lei, em face do Poder de Polícia que poderá ser exercido pelo Ministério Público e pelos próprios Conselhos.

Assim, com o advento do Estatuto do Idoso, as políticas públicas em relação aos idosos devem, a partir de agora, adquirir a devida prioridade. Em consequência, os Estados e os Municípios deverão investir na constituição dos Conselhos dos Idosos, criando a infra-estrutura mínima adequada para o desenvolvimento das ações fiscalizadoras e de controle social.

De outro lado, as transgressões ao Estatuto por parte das entidades de atendimento (governamentais ou não governamentais), deverá importar penalização do infrator, conforme a natureza e a gravidade da falta cometida. Deve-se, contudo, ter em mente que aliado à prática deve-se que se ingressar no estudo sistemático da norma estatutária, a fim de aclarar pontos obscuros e eventualmente omissos, mas garantido-se, desde já, os direitos fundamentais do cidadão idoso, de forma individual, coletiva e/ou difusa.

O estudo que se segue, de cunho eminentemente didático, tem por finalidade contribuir para a difusão dos preceitos contidos na recente Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), a fim de fixar o sentido e o alcance destas disposições legais que preconizam a cidadania plena do idoso.

1. CONCEITUANDO “FISCALIZAÇÃO – PODER DE POLÍCIA”

Os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos (vida, liberdade, saúde, educação...), também compõem o quadro de interesses assegurados pelo Estatuto do Idoso, e são passíveis de exigibilidade, mediante ação própria.

Para garantia e cumprimento destes direitos a Administração Pública dispõe do PODER DE POLÍCIA. Assim, além da possibilidade do cidadão ou de seus representantes demandarem em Juízo para ver restabelecido o direito violado, também a Administração, por intermédio de alguns órgãos, possui instrumento adequado para determinar o cumprimento do direito ameaçado ou violado.

Extrai-se da doutrina pátria os seguintes conceitos de poder polícia:

“(…) poder de polícia é a atribuição conferida à Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens e o exercício de atividades e direitos individuais, com o interesse público ou social”. (DAWALIBI, Marcelo. Revista de Direito Ambiental nº 14 Págs.92-102. Ed RT).

“(…) poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 25ª ed., p. 122).

“(…) atividade da administração pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar; com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um de ver de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 10ª ed., p. 523).

Da leitura desses conceitos conclui-se que o poder de polícia na hipótese específica do Estatuto, não está só para limitar, restringir, conformar, condicionar o direito individual ao coletivo, mas antes garantir o acesso do idoso aos direitos fundamentais assegurados por meio da exibibilidade e autoexecutoriedade, seus atributos.

Assim, o poder de polícia não deve ser entendido como o poder da Polícia Civil, da Polícia Militar, da Polícia Judiciária. O poder de polícia é o poder, por exemplo, que a Vigilância Sanitária possui, quando fiscaliza a higiene e a salubridade

de estabelecimentos de interesse da saúde ou, que o Corpo de Bombeiros possui, quando realiza a fiscalização da segurança das edificações. Portanto, o Poder de Polícia não se confunde com a polícia judiciária e a polícia de manutenção da ordem pública, pois estas atuam sobre pessoas.

No caso específico do Estatuto do Idoso, pode-se entender o poder de polícia como uma atividade da Administração Pública, que disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público, concernente ao respeito aos direitos individuais dos idosos.⁴

Para que o **exercício do poder de polícia** seja considerado regular devem estar presentes, basicamente, quatro **requisitos**:

- (a) desempenhado por órgão competente;
- (b) atuação nos limites da lei aplicável;
- (c) observância do devido processo legal; e,
- (d) a ação não venha a ocorrer com abuso ou desvio de poder, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária.

Como os direitos fundamentais incluem direitos inalienáveis, tais como vida e saúde, a sua preservação exige múltiplas providências, destacando-se duas, as de:

a) ordem legal – que dizem respeito a garantia da legitimidade da autoridade pública e o apoio aos atos de fiscalização;

b) ordem institucional – que trata da adequação das normas e dos meios administrativos disponibilizados para o exercício da função pública.

E, nesse sentido, o Estatuto identificou os Conselhos de Idosos como um **órgão de fiscalização** das entidades governamentais e não governamentais e enunciou algumas de suas competências, deixando uma lacuna a ser preenchida pelos Estados para disciplinamento desta nova função pública. E será este arcabouço legal que irá legitimar a ação da autoridade pública, ‘servidor efetivo’, como agente de fiscalização do Conselho. Esta lacuna deverá ser preenchida pelos Estados, dada à existência de uma competência concorrente supletiva⁵ por parte destes entes federativos em relação à União, que lhes permite legislar sobre as situações relacionadas à proteção e defesa da saúde; a assistência jurídica e defensoria pública; e, à proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. Evidentemente, temáticas afins ao Estatuto do Idoso.

Assim, não será competência privativa da União a emissão de regras específicas e de execução, podendo os Estados fazê-lo ao lado das normas gerais emana-

⁴Inferência a partir do conceito de Poder de Polícia definido no artigo 78 do Código Tributário Nacional.

das pelo ente federativo que lhe é superior.

Consoante o disposto nos artigos 52 e 53 do Estatuto do Idoso, o **Conselho**, tem a competência de fiscalizar as entidades de atendimento (governamentais e não governamentais - art. 52) e a política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas (art. 53). Neste segundo caso, trata-se da fiscalização das ações programáticas estabelecidas pela União, na Política Nacional do Idoso, e pelos Estados, na Política Estadual do Idoso (em Santa Catarina, Lei Estadual nº 11.436/2000).

Estes dois dispositivos vêm ao encontro com o já estabelecido no Artigo 7º, no sentido de que os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei. Esta atribuição prevista no artigo 7º, se configura na vigilância e na fiscalização do direito que possa vir a ser ameaçado ou violado, por falta, omissão ou abuso da entidade de atendimento (art. 43, inciso II); ou, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, entendido aqui as organizações que os representam tais como hospitais, casas de repouso, Bancos, Teatros, entre outros (Art. 43, inciso I). Contudo, as medidas de proteção ao idoso previstas no artigo 45 do Estatuto, são de exclusiva competência do Ministério Público, ou do Poder Judiciário, a requerimento daquele.

Neste sentido, a ação fiscalizadora dos conselhos se dá de duas formas: (a) **sobre os órgãos e entidades governamentais no que diz respeito a política estabelecida para o idoso (Art. 7º c/c Art. 52); e, (b) sobre a ação das entidades de atendimento, no cumprimento aos ditames do Estatuto do Idoso (Art. 52 c/c Art. 55).**

A fiscalização da Política do Idoso, diz respeito a verificação da existência de prioridade na execução e/ou no apoio dos diversos Setores públicos aos programas que tenham por fundamento os princípios e diretrizes da Política estabelecida. Também compreende a verificação e avaliação do cumprimento das competências estabelecidas pelo Artigo 10 do Estatuto do Idoso. Dentre as ações da política a serem acompanhadas e fiscalizadas, junto aos Setores públicos⁶, destacam-se:

- atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população (Art. 3º, p.u., inciso I);
- capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos (Art. 3º, p.u., inciso VI);
- estabelecimento de mecanismos para divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento (Art. 3º, p.u.,

⁵ Artigo 24 caput e parágrafos primeiro e segundo da Constituição Federal Brasileira.

⁶ Setores públicos entenda-se, o Setor Saúde (seus órgãos), o Setor Educação (seus órgãos), o Setor de Assistência Social (seus órgãos), entre outros.

inciso VII);

- garantia de acesso do idoso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais (Art. 3º, p.u., inciso VIII);

- cumprimento das normas de planejamento e execução emanadas dos órgãos competentes da Política do Idoso (Art. 48);

Já a fiscalização das entidades de atendimento terá como **objeto** diversos atos e fatos como sejam:

- existência de programa de manutenção na entidade (Art. 48);

- existência de **ato** de inscrição da entidade no Conselho Municipal do Idoso/CMI - (Art. 48, parágrafo único);

- atendimento regular aos **quesitos** que são exigidos na inscrição da entidade no CMI (Art. 48, parágrafo único), tais como: (a) instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; (b) apresentar objetivos estatutários e plano de trabalho compatíveis com os princípios desta Lei; (c) estar regularmente constituída; (d) demonstrar a idoneidade de seus dirigentes; e (e) outras adicionalmente estabelecidas pelo Conselho Municipal do Idoso e àquelas eventualmente requeridos pelos Conselhos afins (Conselho Municipal de Assistência Social, Conselho Municipal de Saúde, etc...);

- adoção de **princípios** pelas entidades longa permanência (Art. 49), a saber: (a) preservação dos vínculos familiares; (b) atendimento personalizado e em pequenos grupos; (c) manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior; (d) participação do idoso nas atividades comunitárias; (e) observância dos direitos e garantias dos idosos; (f) preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade;

- danos aos idosos, no caso de idosos abrigados (Art. 55, § 1º);

- fraude em relação ao programa de atendimento (Art. 55, § 1º);

- aplicação ou desvio de finalidade dos recursos públicos (Art. 55, § 2º);

- situações de risco aos direitos assegurados nesta Lei (Art. 55, § 3º).

Estas inúmeras situações exigem uma definição legal da **partilha de competências** entre agentes fiscais (efetivos) dos Conselhos de Idosos da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que ação fiscal não implique repetição ou superposição de atos. Aliás, este cuidado com a superposição de competências também deverá haver em relação, por exemplo, ao Ministério Público, à Vigilância Sanitária e ao Corpo de Bombeiros.

Evidente, que na ausência de agentes fiscais designados pelos municípios – e só poderão existir em havendo Conselho instalado – os agentes designados pelo Estado podem atuar supletivamente. Até porque, sendo interesse comum da União,

Estados e Municípios assegurar os direitos fundamentais dos idosos previstos no Estatuto do Idoso, há, em princípio, uma competência concorrente para legislar e atuar.

2. A AÇÃO FISCALIZADORA DO CONSELHO

Esta **atuação fiscalizadora do Conselho do Idoso** poderá gerar, em razão das situações de transgressão aos direitos dos idosos, **medidas** de âmbito administrativo ou **penalidades** de âmbito judicial a serem cumpridas pelas entidades de atendimento (Art. 52 c/c art.55) ou pelos Setores responsáveis pela execução da política do idoso (Art. 7º c/c Art.52).

A apuração das responsabilidades no âmbito da legislação estatutária sobre as entidades de atendimento (e não sobre as pessoas, seus gestores), não exclui a apuração de possíveis crimes, faltas éticas ou disciplinares, conforme a legislação civil, penal, administrativa e normas ético-disciplinares. É o que estabelece o artigo 55 do Estatuto do Idoso.

Mas, o **exercício do Poder de Polícia** ficou mais claro no disciplinamento do Estatuto quanto ao **Ministério Público**, que terá livre acesso a toda entidade de atendimento ao idoso e **poderá tomar um conjunto de medidas** (Art. 74), dentre as quais destacam-se:

- instauração de procedimento administrativo e, para instruí-lo, requisição de informações, exames, perícias e documentos;
- instauração de sindicâncias, requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial;
- inspeção das entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei;
- adoção de medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;
- requisição de força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições.

Estas medidas acima elencadas não podem ser tomadas pelo ente fiscal dos Conselhos de Idosos.

Existem ainda **outras medidas** a disposição do **Ministério Público**, caso os direitos estatutários forem ameaçados ou violados (Artigo 45) por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; ou em razão de sua condição pessoal⁷. Estas medidas são:

- (a) encaminhamento à família ou curador;
- (b) orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- (c) requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- (d) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
- (e) abrigo em entidade.

No caso específico destas medidas previstas pelo Artigo 45, o Ministério Público poderá buscar valer-se de **decisão judicial**.

A autoridade (agente) fiscal com atuação no Conselho poderá, contudo, valer-se da autoridade do Ministério Público, comunicando-o da **ocorrência de infração** atribuída a entidade de atendimento que coloque em risco os direitos assegurados na Lei.

O Ministério Público além de tomar as providências cabíveis (p.ex. aquelas previstas no artigo 45), poderá promover a suspensão das atividades ou dissolução da entidade, com a proibição de atendimento a idosos a bem do interesse público, sem prejuízo das providências a serem tomadas pela Vigilância Sanitária (Art. 55, § 3º).

No caso de as **entidades de atendimento**⁸ descumprirem as determinações do Estatuto, elas ficam sujeitas a **penalidades**, que para serem emitidas devem provir do **‘devido processo legal’** (Art. 55). Este ‘devido processo legal’, pode ser **administrativo** (apuração de infração administrativa pela autoridade fiscal) ou **judicial**.

O devido processo legal, pela via judicial, na **apuração de irregularidade** em entidade de atendimento está disciplinada no artigo 65, que estabelece o procedimento de apuração de irregularidade em entidade governamental e não-governamental de atendimento ao idoso. Segundo o citado dispositivo, o procedimento judicial terá início mediante petição fundamentada de pessoa interessada⁹ ou iniciativa do Ministério Público. Nesse sentido, havendo motivo grave, poderá a autori-

⁷ Condição pessoal: entenda-se a situação gerada pelo próprio idoso, por exemplo, a sua condição de alcoólatra.

⁸ Entidades de atendimento: por inferência dos textos legais, entenda-se aquelas entidades governamentais e não governamentais de assistência ao idoso (artigo 48 e seu parágrafo único), que desenvolvam ou não programas de institucionalização de longa permanência (artigo 49), e as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos prestadoras de serviço ao idoso.

dade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade ou outras medidas que julgar adequadas, para evitar lesão aos direitos do idoso, mediante decisão fundamentada.

Já na esfera administrativa, o devido processo legal se dará através de **procedimento** para **imposição de penalidade administrativa** por **infração** às normas de proteção ao idoso. Terá início com requisição do Ministério Público ou **Auto de Infração** elaborado por **servidor efetivo** e assinado, se possível, por duas testemunhas.

3. OS ATOS ADMINISTRATIVOS E SEUS PROCEDIMENTOS

No caso de **Auto de Infração** elaborado por servidor efetivo, recomenda-se que este esteja lotado no Conselho e tenha designação específica, o que lhe dará legitimidade como agente fiscal.

Nesse sentido, o Poder Público (federal, estadual e municipal) deverá criar um quadro de servidores efetivos para atuação junto ao Conselho, no cargo de inspetor de fiscalização, ou denominação similar. Este cargo será preferencialmente ocupado por servidor público efetivo de nível superior, dada as articulações que executará e o conjunto de leis que deverá manipular e interpretar para sucesso de sua atuação.

No Setor Saúde do Estado de Santa Catarina, quando publicada a Lei Estadual de Saúde, Lei nº 6.320/83, o quadro de servidores efetivos do Departamento de Saúde Pública (DSP) para atuação na Vigilância Sanitária não se fazia completo. Daí a lei facultou a possibilidade de atribuição em exercício da função fiscal para servidores públicos que preenchessem determinado perfil. Algo similar poderá ser aplicado neste caso.

O artigo 60 estabelece que o procedimento para a imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção ao idoso - certamente por entidade de atendimento - terá início com o Auto de Infração elaborado por servidor efetivo (lotado no Conselho) e assinado, se possível, por duas testemunhas.

O Auto de Infração, que poderá ou não ser um formulário impresso, deverá conter, basicamente, a **natureza** e as **circunstâncias** da infração.

A **natureza da infração** tem a ver com a sua caracterização como infração leve, grave ou gravíssima, isto é, dependerá do risco para a vida ou à saúde da pessoa idosa abrigada. Mas para a aplicação às entidades de atendimento de uma

⁹Pessoa interessada: entenda-se aquela pessoa que encontra-se com seu direito ameaçado ou violado, ou quem pessoalmente possa representá-la em juízo.

forma em geral, o risco pode ser entendido como os componentes críticos dos acontecimentos, fatos ou coisas que colocam ou possam vir a colocar em risco social a pessoa do idoso (perdas econômicas, de vínculos afetivos, etc...) ou a sua vida e saúde. Estes fatores de risco acarretam demanda dos serviços sociais e de saúde, dada as conseqüências possíveis como morte, sofrimento, baixa auto-estima.

Havendo risco para a vida ou à saúde do idoso (Art. 62), a autoridade competente, no caso a autoridade fiscal do Conselho, **aplicará à entidade de atendimento** as sanções regulamentares, sem prejuízo da iniciativa e das providências que vierem a ser adotadas pelo Ministério Público, Vigilância Sanitária, Corpo de Bombeiros, e outros.

E, nos casos em que **não houver risco para a vida ou a saúde da pessoa idosa abrigada** (Art. 63), **a autoridade competente aplicará** à entidade de atendimento as **sanções regulamentares**, sem prejuízo da iniciativa e das providências que vierem a ser adotadas pelo Ministério Público ou pelas demais instituições legitimadas para a fiscalização.

Na interpretação dos artigos 62 e 63, o primeiro dizendo respeito às situações de ‘risco para a vida ou a saúde’ e o segundo as situações ‘sem risco de vida’, percebe-se que, havendo ‘risco para a vida ou a saúde’ serão tomadas determinadas providências independente da entidade de atendimento ser ou não um ‘abrigo’. Já quando a situação ‘não envolver risco de vida’, serão tomadas providências quando a situação envolver entidade de longa permanência (abrigo).

Nesse sentido, é de se concluir que todas as entidades de atendimento, ou seja, todas as entidades governamentais e não governamentais, que atuarem junto ao idoso, estarão isentas do processo administrativo para apuração de infração, caso o ato infracional não tenha resultado em ‘risco a saúde ou a vida’ do idoso. Restará para a autoridade fiscal com atuação no Conselho, neste caso, comunicar a existência da infração ao Ministério Público. E aqui exercitará, tão só, a condição de controle social.

Retornando à questão do formalismo da ação fiscal, é recomendável também que o Auto de Infração contenha certos indicativos, obedecendo formalidades próprias dos atos administrativos, tais como:

- a) nome/razão social do infrator, endereço, demais elementos para sua qualificação;
- b) local, data e hora da lavratura onde a infração foi cometida ou constatada;
- c) descrição da infração e menção do dispositivo legal que teria sido transgredido, o que circunstancia a natureza da infração;
- d) penalidade a que está sujeita o infrator e o preceito legal que autoriza a

imposição da penalidade;

ciência, pelo autuado, que responderá pelo fato mediante processo administrativo;

e) assinatura do autuado ou, na sua ausência ou recusa, de duas testemunhas, e do autuante (autoridade fiscal);

f) prazo para interposição de recurso –10 (dez) dias –, quando cabível¹⁰;

g) registro de eventual recusa do infrator em assinar o auto.

As **circunstâncias da infração**, a ser expressa no Auto de Infração, dizem respeito tanto as conseqüências (danosas) sociais, quanto para a saúde do idoso, bem como, o registro da contribuição ou não do infrator para consecução do evento e ainda para sua reparação. Esta anotação da contribuição deverá expressar, por exemplo, se o infrator é reincidente; se cometeu a infração para obter vantagem pecuniária; se ocorreu mediante coação; se houve conseqüências calamitosas; se houve omissão de providências que seriam esperadas dada a sua responsabilidade; se ocorreu dolo, fraude, má fé.

Estabelecendo o Auto de Infração o prazo para a defesa, 10 (dez) dias, esta poderá ser entregue no ato da vistoria ou posteriormente, por via postal, contendo neste caso, o aviso de recebimento (sugere-se o aviso de registro, com entrega em mãos). Certamente estas situações de autuação posterior, não devem tratar-se de questões relacionadas a vida e à saúde do idoso.

Avista-se, dada as questões recursais, a imperiosidade do Conselho contar com uma assessoria jurídica que lhe dê suporte para as decisões administrativo-fiscais, inclusive, para assessorar esta instância decisória, que presume-se venha a ser o Presidente do Conselho.

Assim, o procedimento deflagrado pela autoridade fiscal em primeira instância, é analisado e deliberado em segunda instância pelo Presidente do Conselho; e, em caso de um segundo recurso, revisado em terceira instância, pelo Conselho em sessão plenária.

As penalidades a serem aplicadas pelas autoridades fiscais, que podem ser revisadas pelas autoridades superiores (Presidente do Conselho ou o próprio Conselho), neste procedimento que se denomina, devido processo legal, de cunho administrativo, são as seguintes:

Art. 55. As entidades de atendimento que descumprirem as determinações desta lei ficarão sujeitas, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos, às seguintes penalidades,

¹⁰ A lei poderá estabelecer situações em que não seja cabível o recurso, por exemplo, para reaver objetos, remédios, que tenham sido objeto de apreensão e imediata insineração.

observado o devido processo legal:

I – as entidades governamentais:

- a) advertência;
- b) afastamento provisório de seus dirigentes;
- c) afastamento definitivo de seus dirigentes;
- d) fechamento de unidade ou interdição de programa;

II – as entidades não-governamentais:

- a) advertência;
- b) multa;
- c) suspensão parcial ou total do repasse de verbas públicas;
- d) interdição de unidade ou suspensão de programa;
- e) proibição de atendimento a idosos a bem do interesse público.

Algumas destas decisões devem estar respaldadas por protocolos, convênios e contratos, articulados pelos Conselhos, constituídos em rede de proteção social, haja visto a imprescindibilidade de respostas às situações que acarretem risco a vida e à saúde dos idosos, quando a medida requerer o fechamento da entidade ou a interdição do programa. Não é factível supor que a autoridade fiscal vá executar uma ação empreendedora, sem o suporte de instrumentos capazes de lhe dar eficácia e efetividade as suas atuações.

Finalizando, enquanto não houver o disciplinamento legal para a atuação do agente fiscal a serviço do Conselho, a sua atuação poderá mesmo assim ser iniciada de imediato, juntamente com a atividade de inscrição de programas. Resulta conclusivo, em razão dos Princípios Gerais do Direito que, se o **conselho** é o **órgão competente** para realizar a inscrição de programas das entidades de atendimento aos idosos (parágrafo único, artigo 48), já que competente para autorizar¹¹ o funcionamento das mesmas (“(...) ficam sujeitas à inscrição (...)”), também o será para cassar este registro. E aí sua atuação se dá como autoridade pública, devendo limitar-se a **verificação da manutenção da regularidade** dos requisitos que levaram à concessão.

Estes requisitos são:

- instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança (certificados emitidos pela Vigilância Sanitária e Corpo de Bombeiros);
- objetivos estatutários e plano de trabalho compatíveis com os princípios desta Lei;
- constituição regular;
- idoneidade de seus dirigentes.

¹¹ O termo é, certamente, ‘autorizar’, posto que as entidades ficam sujeitas à inscrição (parágrafo único, Art. 48)

Mas, mesmo possuindo esta condição, digamos, inata, o Conselho do Idoso necessita do apoio institucional do Poder Público, em especial da Secretaria que lhe dá guarida, para que esta forneça o apoio administrativo e financeiro necessário ao seu aparelhamento e regular funcionamento. Esta atribuição, aliás, é determinação do próprio Estatuto.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a legislação federal, a despeito do conteúdo já enunciado pelo Estatuto do Idoso no que se refere ao poder de polícia, deve ser melhor desenvolvida no que diz respeito a seus limites, abrangência, finalidade e da sua possibilidade de assegurar o direito e/ou restringir e condicionar a ação daquelas entidades que ameaçam ou violam direitos. Mas nada do que hoje se tem valerá se não estiver vinculada a uma proposta de reestruturação, a uma reformulação dos fins estatais.

Após esta breve análise do tema, confrontando-se aos avanços já estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda torna-se subjetiva e difícil a abordagem, conclusiva e concreta, quanto ao comportamento do Estado Brasileiro na consolidação do Estatuto do Idoso como Carta de Cidadania. Isto porque, tanto a União, quanto os Estados e Municípios devem viabilizar a constituição do Fundo Especial para apoio da política do idoso; o quadro de servidores efetivos que desenvolverão, junto ao Conselho do Idoso, a função de fiscalização das entidades de atendimento governamentais e não governamentais; e, a edição da legislação que estabelecerá os procedimentos jurídico-administrativos para expedição e processamento dos autos de imposição de penalidades.

Ressalta-se ainda, que a atividade mediadora do Estado de Direito encontra-se em fase muito teórica e de prática embrionária. Tanto que existe um abismo entre poder-dever do Estado e a ação de salvaguarda dos direitos individuais e coletivos, que levam a democracia vivenciada pelo País à exigência de regramento de direitos fundamentais.

E, no momento em que o segmento idoso adentra na defesa dos seus interesses, ele, cidadão que vota e escolhe governantes, torna propício o repensar do objetivo da proteção dos direitos fundamentais, ou seja, da intervenção estatal nas relações de direitos individuais. E, enquanto não se fizer presente um estudo mais minucioso que leve a uma normatização coerente com a problemática da sociedade pós-moderna, não se terá efetividade no atendimento aos interesses individuais e coletivos e conseqüentemente a supremacia do interesse público, prevalente no Estado Democrático de Direito.

Após essas considerações, pode-se dizer que a Fiscalização do Conselho do Idoso compreende um conjunto de ações no âmbito das práticas de cidadania, assentadas em várias áreas do conhecimento técnico-científico (saúde, educação, lazer, cultura, assistência social, transporte, moradia, etc...) e em bases jurídicas que lhe conferem o poder de normatização, educação, avaliação e de intervenção, e que têm por objetivo controlar e garantir a qualidade do atendimento oferecidas aos idosos pelas entidades governamentais e não governamentais, assegurando o seu atendimento enquanto direito.

A Fiscalização, sob essa perspectiva, é um forte instrumento para a melhoria da qualidade de vida do segmento idoso. A sistematização aqui sugerida, os conceitos e fundamentos, as formas de desenvolvimento das avaliações e o exercício da função de polícia tem como objetivo subsidiar questões que estarão, sem dúvida, despontando nas atividades rotineiras das equipes técnicas.

Espera-se que o presente texto venha a contribuir para direcionamento da legislação emergente e sirva de estímulo para a busca de melhores alternativas de exercício das ações fiscais, tendentes a subsidiar a qualidade de vida da população idosa, não mais amanhã, ou posteriormente, AGORA. Este é o momento de nos unir e garantir a verdadeira cidadania, pois, “um nada faz, o conjunto é que opera”.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 10ª ed., p. 523).

DAWALIBI, Marcelo. Revista de Direito Ambiental n° 14 Págs. 92-102. Ed RT).

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 25ª ed., p. 122).

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RESPONSÁVEL PELA EMISSÃO DE CERTIFICADOS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

Adauto Viccari Júnior

*Administrador, Advogado e Coordenador-Geral dos Órgãos e Serviços
Auxiliares de Apoio Técnico e Administrativo do MPSC*

Há alguns anos, durante a realização do primeiro Planejamento Estratégico da Instituição, foi levantando a preocupação com a necessidade da aferição de resultados palpáveis para a sociedade. Daí surgiram duas preocupações, a relacionada com a avaliação, que possui dois requisitos, o diagnóstico e as metas; e a segunda que se refere ao método a ser adotado.

Como implementar estes conceitos administrativos no mundo jurídico? A resposta é dada quando se investiga os novos caminhos do modelo gerencial, que envolve flexibilidade da gestão e do produto para se adaptar as novas exigências do mercado e da produção com vistas à qualidade e prioridades do consumidor para a área privada e do cidadão para a área pública. A contradição aparece no momento de tornar a lei flexível e adaptável às novas exigências.

Dessa forma, a utilidade da lógica e das estratégias deve invadir o mundo jurídico de forma a permitir introduzir conceitos de accountability e equidade nas políticas públicas, para que se possam criar mecanismos de avaliação de resultados úteis para a sociedade.

Talvez, como enfatizava Luiz Carlos Bresser Pereira, seja necessário a reconceitualização, que consiste em introduzir uma nova maneira de pensar na área pública para que os gerentes identifiquem os problemas reais por meio de seus sintomas, e articule pessoas para resolvê-los rapidamente.

O Governo não pode ser uma empresa mas pode se tornar mais empresarial. O setor público não está numa situação em que as velhas verdades possam ser reafirmadas. É uma situação que requer o desenvolvimento de novos princípios. A administração pública deve enfrentar o desafio da inovação mais do que confiar na imitação.¹

Precisamos acreditar que, antes de ganhar a comunidade, precisamos voltar nossas ações para o público interno, de forma a promover um engajamento auto-sustentável de voluntariado em que os funcionários se envolvam de verdade e a reação em cadeia que se busca, é fazer com que a responsabilidade social seja parte do dia a dia dos colaboradores e meta da Instituição.

O cuidado a ser tomado é o de não associar responsabilidade a assistencialismo ou caridade. Para isso diagnosticar males sociais deve ser uma meta estratégica do Ministério Público, para o estabelecimento de um conjunto de ações que produzam resultados que possam ser avaliados.

Para Clark Gilbert² existe três fases em uma ruptura: na primeira a inovação cria um mercado novo, independente do já estabelecido; na segunda, esse novo mercado cresce e atrapalha o avanço do outro; na terceira fase, o tamanho do antigo mercado diminui significativamente e o novo predomina. Compreender tal processo é importante para uma empresa saber agir no caso de uma inovação disruptiva acontecer em seu setor de atividade.

A ruptura é uma oportunidade de crescimento que as organizações públicas a exemplo das empresas da iniciativa privada devem almejar. São os clientes na área privada e os cidadãos na área pública que definem o caminho, ou seja, as necessidades deles que impulsionam a criação do novo modelo de negócio.

Neste contexto, responsabilidade social e cidadania, palavras, antes apenas assumidas por entidades assistenciais, ganharam, recentemente, uma nova dimensão ao serem associadas a outros setores da sociedade. Reconhecendo esse importante papel desempenhado pela empresa moderna e, tendo o compromisso com a justiça social e a capacidade de atuar em parcerias, o Ministério Público pode aproveitar uma oportunidade de mercado e implementar um programa de “Responsabilidade Social e Cidadania Empresarial” com o objetivo de ajudar pessoas e instituições a realizar coisas que tentavam, mas não conseguiam com os produtos e serviços disponíveis no mercado.

O Brasil tem uma imensa dívida social, em áreas básicas como saúde, educação, segurança e alimentação, que ultrapassa a capacidade de solução por parte do

¹ Fernando Luiz Abrucio – cadernos ENAP n° 10, op. cit. Gerald Caiden e Les Metcalf & Sue Richards

² Oportunidades na ruptura – HSM Management, n° 42, jan-fev 2004, pág 8.

Estado. Os contrastes sociais são gritantes. Apesar de ser considerado o 15º maior Produto Interno Bruto (PIB) mundial, tem um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que mede a qualidade de vida da população, na 65ª colocação em termos mundiais.

Apesar de estar entre as maiores economias do mundo, o Brasil tem 15 milhões de analfabetos com idade igual ou superior a 15 anos (o que equivale à população do Chile ou três vezes a de Israel). Segundo o IPEA, dos mais de 170 milhões de brasileiros (Censo 2000), 22,6 milhões não têm condições de se alimentar por conta própria, ou seja, estão abaixo da linha de indigência, e outros 53,1 milhões, um pouco acima da escala, são considerados abaixo da linha de pobreza.

O RDH 2003 cita o programa fome zero, do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, como exemplo de plataforma política sintonizada com as Metas do Milênio e que esta iniciativa deve ser encorajada e sustentada, pois o apoio e a mobilização obtidos em uma campanha assim são cruciais para o atendimento das Metas. Para diminuir ou mesmo erradicar essas desigualdades, o país deverá acordar para um novo tempo, de desenvolvimento sustentável, educação, saúde, justiça social, ou seja, de bem-estar geral da sociedade.

As ações, que antes eram atribuídas como responsabilidade dos governos, estão sendo substituídas pelo que se convencionou chamar de responsabilidade social. A responsabilidade social é a forma ética como a empresa e o governo se relacionam com seus diversos públicos, seja com a comunidade, empregados, fornecedores, clientes, acionistas, órgãos do governo e meio ambiente. É uma forma de conduzir os negócios da empresa de tal maneira que a torna parceira e corresponsável pelo desenvolvimento social.

Na Administração Pública a responsabilidade social surge em 2000, com a edição da Lei Complementar 101/00, que trás a necessidade da avaliação das despesas e resultados para a área pública, inclusive impondo responsabilidade na esfera civil e criminal pela má gestão dos recursos públicos.

O termo Cidadania Empresarial tem sido utilizado para caracterizar aquelas empresas que atuam além de seus limites internos, ou seja, que fazem um trabalho permanente e sistemático, voltado para o desenvolvimento social das comunidades que as cercam.

Alimentação, Educação, Saúde, Família, Moradia, Meio Ambiente, Cultura, Entretenimento, Direitos. A sociedade civil organizada nos mostra todos os dias a importância dessas necessidades básicas para a nossa existência. São responsabilidades do poder público, do setor privado, da sociedade civil organizada e de cada indivíduo. Assim, uma ação social terá maior poder de mudança quanto mais setores da sociedade e indivíduos puder mobilizar e envolver.

Incentivar a prática da responsabilidade social e da cidadania no Estado de Santa Catarina, através da emissão de certificados emitidos pelo Ministério Público, ou mesmo a promoção ou organização de um prêmio para reconhecer as melhores práticas de cidadania a ser entregue às organizações destaques do ano, pode ser um exemplo de ruptura com o modelo tradicional de atuação.

Reconhecer a atuação de órgão público e de empresa junto à comunidade em programas internos e externos que contribuam para o desenvolvimento social e comunitário, consolidando o espírito de cidadania e responsabilidade social e buscar dimensionar quem são e onde estão as empresas catarinenses que praticam algum tipo de ação social passariam a ser novas preocupações da instituição.

Dentro das novas atividades a serem desenvolvidas existe a necessidade de elaborar um questionário para fins de cadastro e diagnóstico das empresas e instituições públicas que possuem responsabilidade social e empresas que querem fazer responsabilidade social, para fins de identificar os parceiros do programa.

Para incentivar a prática da responsabilidade social, o Ministério Público poderá criar 3 (três) modelos de selo para certificar as empresas socialmente responsáveis em três estágios diferentes, estabelecer premiação por categoria (Educação, Cultura, Meio Ambiente, Saúde e Participação Comunitária); sistematizar quadros de indicadores para a avaliação das práticas de Responsabilidade Social das empresas e órgãos públicos; disponibilizar as informações desta prática através da Internet, para conhecimento da sociedade, são apenas exemplos de ações possíveis.

As organizações públicas ou privadas poderão usufruir da divulgação, caso seja certificada ou premiada; fortalecer a imagem perante a comunidade e internamente gerar capacidade de atrair e reter talentos; que trará por consequência um maior comprometimento e lealdade dos empregados, que passam a se identificar melhor com a empresa e uma maior aceitação pelos clientes, que a cada dia se tornam mais exigentes.

Poderá ser concedido à estas organizações uma maior facilidade de acesso a financiamentos, pois é real a tendência de que os fundos de investimento passem a considerar mais as empresas ou organizações públicas socialmente responsáveis na concessão de financiamentos..

Este processo de parceria e envolvimento visa em última análise criar uma cultura de empresa social e eticamente responsável, contribuindo para a garantia do futuro das empresas, pois o desenvolvimento econômico pode ficar comprometido se não houver desenvolvimento social.

Neste novo cenário que desponta, existe uma oportunidade para o Ministério Público reinterpretar suas atribuições constitucionais, reforçando uma atuação pro-ativa e mostrando resultados para a sociedade.

PROTEÇÃO DA SEGURANÇA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO – ATRIBUIÇÃO DAS PROMOTORIAS DO CONSUMIDOR OU DA CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS?

Jacson Corrêa

*Procurador de Justiça e Coordenador-Geral do Centro
de Apoio Operacional do Consumidor - SC*

Fábio de Souza Trajano

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro
de Apoio Operacional do Consumidor - SC*

Sumário: 1. Introdução; 2. Relação de consumo. Atribuição natural da Promotoria do Consumidor; 3. Serviços públicos; 4. Consumidor equiparado; 5. Edificações mistas; 6. Edificações residenciais; 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Em consulta ao Sistema de Procedimentos Instaurados – SPI, disponibilizado pela Intranet no site do Ministério Público de Santa Catarina, constata-se que inúmeros procedimentos administrativos para verificação do cumprimento das normas técnicas de segurança em locais privados, tais como restaurantes, hotéis, escolas particulares, clubes recreativos e estádios de futebol ora são instaurados por Promotorias do Consumidor e ora por Promotorias dos Direitos Humanos e Cidadania.

Pretendemos com o presente estudo contribuir para a que o aparente conflito de atribuições entre mencionadas promotorias seja dirimido, em homenagem a efetividade e racionalização da atuação ministerial.

Para uma melhor análise da questão, dividimos a manifestação em tópicos.

No primeiro, tecemos comentários acerca da atribuição para conhecer questões relacionadas à segurança nos procedimentos e ações tratando de relações de consumo de forma genérica.

No segundo, analisaremos quando o serviço público é objeto de relação de consumo.

No terceiro, será dado enfoque aos acidentes de consumo atingindo transeuntes ou trabalhadores próximos ao local dos fatos, conhecidos como bystander.

No quarto, abordaremos a questão da segurança nas edificações mistas.

No quinto tópico, falaremos sobre as edificações apenas residenciais.

As conclusões estão no quinto tópico.

2. RELAÇÃO DE CONSUMO. ATRIBUIÇÃO NATURAL DA PROMOTORIA DO CONSUMIDOR

A solução ao aparente conflito de atribuições, a nosso sentir, merece ser resolvida definindo-se a atribuição das Promotorias do Consumidor para os casos envolvendo relações de consumo e da Promotoria dos Direitos Humanos e Cidadania naquelas situações em que a relação de consumo não se configura.

Sabemos que o conceito de cidadania sofreu alterações ao longo do tempo. Antes era a prerrogativa de quem podia participar da vida política do país. Tínhamos o cidadão e o indivíduo. Hoje, cidadania relaciona-se com os direitos e garantias do ser humano consagrados na Constituição Federal, como os direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Como a defesa do consumidor foi erigida pela Constituição Federal como direito e garantia fundamental, conforme se observa no art. 5º, inc. XXXII, direito do consumidor é direito inerente à cidadania. Tal conclusão, todavia, não significa, por óbvio, que as questões de cunho consumerista sejam tratadas no âmbito do Ministério Público pela Promotoria da defesa da Cidadania.

Neste sentido, aliás, o Ato nº 159/92/MP, que disciplina a atuação do Ministério Público nas questões ligadas à defesa da moralidade administrativa, à defesa do meio ambiente e do consumidor, à proteção dos direitos humanos da cidadania e ao combate à sonegação fiscal:

Art. 5º - Para fins e efeitos deste Ato, consideram-se afetas:

...

III - à área da defesa do consumidor:

as ações e medidas, de natureza civil e criminal, destinadas a proteger o consumidor enquanto coletividade ou envolvam, entre outras situações, desequilíbrio nas relações de consumo, publicidade enganosa, prejuízo **à saúde, à segurança** (o destaque é nosso), ao bem estar ou à economia popular; auferimento ilícito de lucros; desrespeito à ética comercial e industrial; cobrança e prestação irregular de serviços;

IV - à área da defesa dos direitos humanos e da cidadania:

as ações e medidas de natureza civil e criminal, voltadas para a proteção da pessoa portadora de deficiência, do idoso, das populações indígenas, ou que envolvam, entre outras situações, prestação de serviços públicos de saúde e educação; segurança e higiene do trabalho; inobservância de normas gerais de segurança; situação carcerária; tributação ilegal e violação sistemática e generalizada dos direitos e garantias individuais e coletivos por parte de órgãos públicos e instituições privadas;

É bem verdade que consta na atribuição da área da defesa dos direitos humanos e cidadania a inobservância de normas gerais de segurança, todavia tal atribuição não pode implicar no tratamento de questões de segurança envolvendo relações de consumo, em razão do critério da especialidade.

Conclusão diferente exigiria que o Promotor da Cidadania tivesse que se familiarizar com o Código de Defesa do Consumidor para resolver qualquer incidente relacionado à segurança dos consumidores ou a eles equiparados, o que, a nosso sentir, estaria na contramão da especialização por áreas de atuação e em nada contribuiria para a tão necessária racionalização da atuação ministerial.

Com efeito, qualquer ação ou procedimento relacionada à segurança dos consumidores e pessoas a ele equiparados em restaurantes, hotéis, escolas particulares, clubes recreativos e estádios de futebol deverá ser observado a legislação consumerista.

Outro ponto de aparente conflito de atribuição entre as mencionadas Promotorias é em relação a proteção a dignidade das pessoas.

A preocupação pelo respeito da dignidade do consumidor é um dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, conforme observa-se no seu art. 4º, conhecido como norma-objetivo. A dignidade do ser humano também é área de atribuição das Promotorias dos Direitos Humanos e Cidadania.

A solução, novamente, é pelo critério da especialidade. Ou seja: se a violação da dignidade estiver relacionada a uma relação de consumo a atribuição é da Promotoria do Consumidor. O assunto seria tratado apenas em caráter residual pela

Promotoria da Cidadania.

Não se olvida, outrossim, que proteção da segurança está diretamente relacionada com dignidade das pessoas. O Código de Defesa do Consumidor, todavia, trata em vários dispositivos da proteção da segurança dos consumidores. No artigo 6º, inciso I, por exemplo, dispõe que são direitos básicos dos consumidores “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Dedicada, outrossim, toda a Seção I, do Capítulo IV, a proteção à saúde e segurança do Consumidor.

Somente para ilustrar, destacam-se decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no conhecido caso do edifício Palace II, fundamentando todo o decisum no Código de Defesa do Consumidor:

Responsabilidade civil. Desabamento do edifício Palace II. Solidariedade passiva entre incorporador e construtor. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Pedidos parcialmente procedentes. Indenização por danos morais majoradas para patamar mais compatível com a gravidade da culpa e do dano causado e com a capacidade econômica do ofensor. Provimento parcial da segunda apelação e desprovimento da primeira.¹

ACÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO E INDENIZAÇÃO. EDIFÍCIO PALACE II. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCONSIDERAÇÃO DA AUTONOMIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PROCEDÊNCIA. O Incorporador/construtor é um fornecedor de serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do art. 3º do CDC... A responsabilidade da Construtora, segunda Ré, é objetiva como se vê no art. 12, do CDC e da primeira Ré encontra amparo no art. 28 do mesmo Código, que acolheu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando se trata de empresas coligadas, o que ocorre na hipótese em julgamento.²

O Ministério Público do Estado de São Paulo trata das questões relacionadas à segurança em shows, hotéis, cinemas, ginásios de esportes, estádios etc, pelas Promotorias do Consumidor, conforme observa-se no *site* do respectivo Centro de Apoio Operacional do Consumidor (www.mp.sp.gov.br/Caoconsumidor/cenacon.htm), destacando-se os seguintes procedimentos:

¹ Ap. Cível 2002.001.22546, julgada em 25/02/03.

² Ap. Cível 18.191/99, julgada em 15/02/00.

FICHA R Nº 606/97 -CENACON – “SEGURANÇA – GINÁSIO DE ESPORTES – REALIZAÇÃO DE “ SHOW DOS RAIMUNDOS” EM LOCAL INADEQUADO – ACIDENTE DE CONSUMO – AGLOMERAÇÃO NA SAÍDA DO SHOW, COM VÍTIMAS FATAIS E LESÕES CORPORAIS EM DIVERSAS PESSOAS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A CONDENAÇÃO DOS RÉUS, DEVEDORES SOLIDÁRIOS, AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS DIFUSOS, A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR, SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DO CLUBE POR 10 ANOS E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.”

FICHA R Nº 470/99- CENACON - ASSUNTO: “SEGURANÇA - ESTABELECIMENTO HOTELEIRO - FUNCIONAMENTO EM DESACORDO COM AS NORMAS VIGENTES DE PROTEÇÃO E COMBATE A INCÊNDIO - RISCOS AOS FREQUENTADORES - AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A QUE SEJA PROVIDENCIADA A ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA, SOB PENA DE FECHAMENTO POR PRAZO INDETERMINADO OU CASSAÇÃO DEFINITIVA DE SUA LICENÇA DE FUNCIONAMENTO, OU AINDA MULTA DIÁRIA. PEDE-SE, AINDA, CONDENAÇÃO DA MUNICIPALIDADE, NA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, CONSISTENTE EM NÃO RENOVAR A LICENÇA DE FUNCIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO ATÉ A SUA ADEQUAÇÃO”

FICHA R Nº 026/99 -CENACON – “SEGURANÇA – SALAS DE CINEMA - FALTA DE CONDIÇÕES PARA FUNCIONAMENTO, COM RISCO AOS SEUS FREQUENTADORES - AÇÃO VISANDO A PROIBIR O SEU FUNCIONAMENTO ATÉ A SUA ADEQUAÇÃO. ”

Na home page do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Rio Grande do Sul também se encontram procedimentos relacionados à segurança em edificações comerciais. No Ministério Público do Paraná encontramos ajustamento de conduta da Promotoria do Consumidor sobre segurança em estádios de futebol.

Não é demais lembrar que o Plano Geral de Atuação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina consagrou, na área do consumidor, a segurança dos consumidores como prioridade, destacando os serviços de lazer como estádios,

ginásios de esportes, cinemas e outros, in verbis:

PLANO GERAL DE ATUAÇÃO

II - POLÍTICAS E PRIORIDADES INSTITUCIONAIS

6. ÁREA DO CONSUMIDOR

6.1 PROTEÇÃO DA SAÚDE E SEGURANÇA DO CONSUMIDOR

Implementar ações visando a resguardar a saúde e a segurança dos consumidores de produtos, inclusive a água potável e os de origem animal, e de serviços, especialmente os de lazer (estádios, ginásios de esportes, cinemas, teatros e outros).

Registre-se que o CCO expediu a Nota Técnica nº 01/03, com o objetivo de orientar aos Promotores de Defesa do Consumidor na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta envolvendo a segurança dos consumidores.

O recente Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/03) não deixa dúvidas quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos eventos esportivos, reconhecendo a entidade responsável pela organização da competição e a entidade detentora do mando de jogo como fornecedores e atribuindo a defesa do torcedor aos órgãos de defesa do consumidor, senão vejamos:

Art. 3º Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

[...]

Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 41. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a defesa do torcedor, e, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento do disposto nesta Lei, poderão:

I - constituir órgão especializado de defesa do torcedor; ou

II - atribuir a promoção e defesa do torcedor aos órgãos de defesa do consumidor.

3. SERVIÇOS PÚBLICOS

Tema que pode gerar certa dúvida é quanto a segurança das edificações relacionadas ao fornecimento de serviços públicos.

Os serviços públicos podem ou não ser objeto de relação de consumo. Se prestados em decorrência da atividade precípua do Estado, através do pagamento de impostos, como de saúde, segurança pública e ensino, não serão tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Já serviços prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, através do pagamento de tarifas, como fornecimento de água, energia, telefonia, transporte, são objetos de relação de consumo.

Ou seja: os serviços públicos *ut universi* não são objeto de relação de consumo, enquanto os serviços *uti singuli* são protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao tema, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Consumidor do Ministério Público de São Paulo, coordenado na ocasião por José Geraldo Brito Filomeno, editou a Súmula de Estudos nº 6, tratando exatamente de conflito de atribuição entre Promotoria do Consumidor e da Cidadania em serviços públicos, deixando consignado:

SERVIÇO PÚBLICO - OBJETO DE PROTEÇÃO
PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR - “UTI SINGULI”

“São objeto de tutela pelo Código do Consumidor, e de atribuição das Promotorias de Justiça do Consumidor, os serviços públicos prestados “UTI SINGULI” e mediante retribuição por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente, quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para os efeitos do seu art. 22. Não o são, porém, os serviços públicos prestados “UTI UNIVERSI” como decorrência da atividade precípua do Poder Público e retribuído por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. Nesse caso, tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão”.³

Cláudio Bonatto, a respeito do assunto, assim, se manifesta:

Os serviços públicos próprios, também denominados serviços *uti universi*, são prestados pelo poder público sem que exista a possibilidade prévia de serem identificados individualmente os destinatários. Exatamente por isso, são executados diretamente pela Administração, tendo em vista que, muitas vezes, são exigidos atos

³ Promotoria de Justiça do Consumidor: Atuação Prática, p. 67, 1997. Coordenação José Geraldo Brito Filomeno. Colaboração: Dora Bussab Castelo e Ronaldo Porto Macedo Jr. Imprensa Oficial de SP.

de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Desta forma, não podem ser delegados.

Podemos citar como exemplo o serviço de segurança pública, o de saúde pública e outros, os quais são mantidos por tributos, sendo indivisíveis e não-mensuráveis na sua utilização.

Serviços públicos impróprios são aqueles que não têm a mesma essencialidade que os próprios. São serviços que atendem à conveniência dos cidadãos e podem ser prestados pelo Estado e, alguns deles, por delegação a terceiros. O pagamento destes serviços é efetivado através de tarifa (preço público) ou taxa. São também conhecidos como serviços *uti singuli*.

Nossa posição sobre o tema é a de que os serviços *uti universi* não sofrem a incidência do CDC.⁴

Assim, se a edificação estiver relacionada a serviço público objeto de relação de consumo a atribuição seria da Promotoria do Consumidor, restando para a Promotoria da Cidadania as questões relacionadas aos serviços públicos que ficam fora da abrangência do Código de Defesa do Consumidor.

4 - CONSUMIDOR EQUIPARADO

Outra questão interessante que pode, em um primeiro momento, ensejar certa dúvida quanto a definição da Promotoria com atribuição natural é relacionada à segurança daquelas pessoas que estavam apenas passando próximo ao local do acidente de consumo (desabamento do prédio) ou trabalhando quando foram atingidas.

A dúvida é afastada quando é sabido que tais pessoas são equiparadas a consumidores, por serem vítimas de acidente de consumo, conforme dispõe o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Assim, para os efeitos da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, ou seja, em acidentes de consumo, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento, inclusive profissional que desenvolver alguma atividade e for atingido pelo acidente de consumo.

⁴ BONATTO, Cláudio, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p.101.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, não deixa dúvidas quanto a possibilidade do profissional ser vítima de acidente de consumo:

“A irrelevância da destinação final – É bom notar que o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2º). Fala-se somente em “vítimas do evento”, **noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer um acidente de consumo** (o destaque não faz parte do original).

O dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados, sofre ferimentos provocados pela explosão de um recipiente defeituoso, pode perfeitamente utilizar o sistema do Código para pleitear sua reparação.”⁵

Ada Pellegrini Grinover acrescenta:

[...] equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, ou seja “os denominados bystander, vale dizer, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, mas que sofreram prejuízo em razão dos defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço.”⁶

Verifica-se, assim, que a preocupação do Código de Defesa do Consumidor não é apenas a segurança ou saúde de um único consumidor ou grupo determinado de consumidores, mas de todo e qualquer indivíduo que eventualmente por ali transite. Protege-se não só o consumidor direto, mas também qualquer outra pessoa que tenha sofrido algum transtorno em razão do acidente de consumo.

5. EDIFICAÇÕES MISTAS

O Decreto Lei Estadual nº 4909/94, classifica como mista, para determinação de medidas de segurança contra incêndio, as edificações residenciais e comerciais.

O fato da edificação ser mista não afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e, por conseguinte, da Promotoria do Consumidor, porquanto perfeitamente caracterizada a relação de consumo, seja pela existência do destinatá-

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.p. 81.

⁶ Grinover, Ada Pellegrini, *et al.*, *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 179.

rio final do serviço e produto oferecido pelas lojas comerciais (fornecedores), como pelos consumidores equiparados que transitam no próprio prédio ou em suas proximidades, todos sujeitos ao fato do produto ou serviço.

6. EDIFICAÇÕES RESIDENCIAIS

Finalmente, quanto à segurança das edificações apenas residenciais, quando se relacionar a vícios e defeitos de construção, entendemos que a atribuição também é da Promotoria do Consumidor, pois configurada a relação de consumo entre proprietários e construtora.

Já se a questão que coloca em risco à segurança das pessoas não envolver relação de consumo, como, por exemplo, falta de manutenção dos extintores pelo próprio condomínio, a atribuição deve ser da Promotoria da Cidadania, pois não será observado o Código de Defesa do Consumidor.

7. CONCLUSÕES

Diante do exposto, entendemos:

1. Ser atribuição da Promotoria do Consumidor conhecer dos procedimentos e ações tratando da segurança dos consumidores ou pessoas a ele equiparadas nas questões envolvendo relações de consumo.

2. Ser atribuição da Promotoria da Cidadania e Direitos Humanos conhecer dos procedimentos e ações tratando de segurança que não envolvam relações de consumo, como, por exemplo, afetos à segurança em prédios públicos que prestam serviços típicos de Estado, como saúde, segurança, Justiça etc, pois não se aplica, nestes casos, o Código de Defesa do Consumidor.

3. Em edificações residenciais:

3.1. Se a falta de segurança decorrer de defeitos de construção, a atribuição é da Promotoria do Consumidor;

3.2. Se a falta de segurança decorrer da falta de manutenção dos proprietários, a atribuição é da Promotoria dos Direitos Humanos e Cidadania.

4. Em edificações mistas (comercial e residencial) a atribuição é da Promotoria do Consumidor.

A LEI DE IMPROBIDADE COMO FATOR DE APROXIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM O TRIBUNAL DE CONTAS

Basílio Elias De Caro

*Procurador de Justiça e Coordenador-Geral do Centro de Apoio
Operacional da Moralidade Administrativa - SC*

***“O poder e a lei não são sinônimos.
Na verdade, freqüentemente são
opostos e inconciliáveis”.***

Sumário: 1 - Introdução. 2 – Objetivos Constitucionais e deveres dos Órgãos da Administração Pública em face dos princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal e da Lei de Improbidade. 3 – O Ministério Público e o Tribunal de Contas. 4 – Dados estatísticos relativos ao combate à improbidade pelo Ministério Público Estadual. 5 – Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A frase em epígrafe, atribuída ao virtuoso homem público e tribuno inigualável dos tempos da Roma antiga, Marco Túlio Cícero, foi dita há mais de dois mil anos. Pode, à primeira vista, parecer que traduz uma obviedade, mas contém, na essência do seu significado, a razão de ser da existência dos órgãos e mecanismos de controle da Administração Pública encarregados de verificar a exaço e reprimir a desconformidade dos atos dos seus agentes.

Traduziu o testemunho do advogado, escritor, pretor, governador, senador e cônsul romano, que se notabilizou como defensor intransigente da então república que reprimia com o exílio, através da *Lex Julia*, os atos danosos ao erário público.

Práticas abusivas direcionadas intencionalmente contra o interesse público e sempre em favor dos apetites pessoais do autor dos desmandos ou de terceiros a quem queira beneficiar, representam uma verdade de fácil percepção e constituem uma das facetas do descompasso havido entre o mau uso do poder e a lei. A esse procedimento vulgarmente denominamos corrupção, ou atos de improbidade administrativa, segundo a acepção técnica do termo, punidos, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas, com as severas sanções do Art. 12 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992: a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, conforme os parâmetros estabelecidos em seus três incisos e respectivo parágrafo único.

2. OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS E DEVERES DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI DE IMPROBIDADE

A Constituição Federal submete a Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Art. 37, caput). Contém comando no § 4º do mesmo artigo, determinando a punição ao vilipêndio do princípio da moralidade administrativa, onde se insere o dever de probidade no trato da coisa pública, com a suspensão dos direitos

políticos, com a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e obrigando o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Rui Samuel Espíndola¹, enfatizando os princípios elencados no caput do Art. 37 da Constituição, salienta:

“Esses princípios, entre outros, endereçam-se ao objetivo precípua do constitucionalismo: o controle do poder político, o controle do atuar administrativo em face dos Direitos da Pessoa Humana, dos grupos sociais organizados e suas demandas por saúde, educação, justiça, lazer, moradia, segurança e demais elementos que compõem o feixe de valores circundantes da esfera mínima de dignidade exigível por cada pessoa, especialmente as desprovidas de posse e recursos materiais suficientes à sua subsistência e de sua família”.

E a Lei de Improbidade Administrativa dita em seu art. 4º:

“Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade nos atos que lhe são afetos”.

Marino Pazzaglini Filho comenta esse dispositivo, dizendo²:

“Velar pela estrita observância não significa apenas cumprir, mas também fazer cumprir. É o dever de zelo e obediência aos princípios da Administração Pública, de cuja inobservância resultam as espécies de improbidade ditadas pelo art. 11, entre os quais se amolda não apenas a conduta comissiva, mas também o que é mais comum, a omissiva, ou seja, o incumprimento por parte do agente público, dotado de competência administrativa, do dever de persecução para as venalidades de que tem ciência em razão das suas funções. Tão ou mais censurável que afrontar uma norma é o silêncio sobre seu descumprimento, omissão que contribui para o esvaziamento dos princípios aludidos”.

¹ Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas, revista da Esmesc, vol.14, p. 40/41.

² Improbidade Administrativa, São Paulo, Atlas, 3ª ed. p.50

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O TRIBUNAL DE CONTAS

É fácil então concluir nesse contexto normativo, que no Direito pátrio se pretende coibir a improbidade de forma exemplar, e que para isso todos os agentes e organismos públicos devem prestar o seu concurso, apurando as infrações nos limites das suas atribuições, e esgotando-as nesse afã, e mesmo provocando a iniciativa de outros órgãos dotados de atribuições diversas, porém, voltadas ao mesmo fim, com o propósito de esgotar o conteúdo dos comandos legais que prevêm a imposição cumulativa de sanções ao infrator, para que não torne a investir contra o interesse público, contra valores essenciais consagrados no diploma ordenador do Estado.

Ainda antes do advento da Carta de 1988 e, também, da Lei 8.429/92, entre outras conclusões contidas na tese “O Ministério Público e os Abusos do Poder Administrativo”, aprovada por unanimidade no VI Congresso Nacional do Ministério Público realizado na cidade de São Paulo, em junho de 1985, versando sobre o tema “Justiça e Constituinte”, o Procurador de Justiça catariense José Galvani Alberton preconizava:

“2 - É dever da Administração Pública exaurir a perspectiva teleológica da lei, ensejando, sempre que cabível, a responsabilização supletiva, civil e/ou penal, do infrator das normas administrativas”.

Considerando, pois, que nos termos da Constituição à Administração Pública compete observar e fazer cumprir os princípios que lhe são inerentes, os seus órgãos de controle interno e externo devem portar-se como “vasos comunicantes” onde a troca de informações e o apoio mútuo sejam uma constante, de sorte a permitir a evolução dos mecanismos de controle e a repressão aos atos de improbidade tornando efetivas as determinações constitucionais e as específicas sanções da Lei n. 8.429/92, e, isto é importante, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas.

Posta assim a questão cabe concluir que constitui necessidade imperativa a intensificação do intercâmbio de informações, a mútua colaboração, a interação entre o Ministério Público, o Tribunal de Contas como forma de emprestar-se plena eficácia à atuação de ambas as instituições, e à Lei de Improbidade, em face do sentido finalístico das suas missões constitucionais nesta área, de onde derivam conseqüências específicas.

³ Fernandes Flávio Sátiro, Improbidade Administrativa, site *Jus Navigandi*

É que enquanto os Tribunais de Contas “verificam a legalidade das despesas, constataam a ocorrência de prejuízos aos erários sob sua proteção, atestam a prática de violação à moralidade administrativa, exercitada por diferentes meios, certificam o desvio de recursos, em favor dos agentes ou de terceiros, demonstram a realização de aquisições ou alienações viciosas de bens; comprovam o favorecimento de terceiros em detrimento do patrimônio público; evidenciam a omissão ou negligência do agente público; testemunham infrações aos princípios da legalidade, legitimidade, da economicidade...”²³ podendo, em face disso, recomendar a rejeição das contas ao legislativo, e imputar débitos com força de título executivo extrajudicial, o Ministério Público, titular da ação penal, do inquérito civil, e legitimado para a propositura da ação civil pública destinada à proteção do patrimônio público (CF, Art. 129 I e III), persegue perante o Judiciário a efetividade dos comandos normativos sancionadores.

Cumpre salientar, que a legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela judicial do patrimônio público não se restringe apenas à ação civil por ato de improbidade, que é ação de conhecimento.

Quando o Artigo 25, inciso VIII, da Lei Complementar 8.625/93— Lei Orgânica do Ministério Público — preceitua incumbir-lhe “ingressar em Juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais ou conselhos de contas”, está legitimando o Ministério Público a promover também a “ação” de execução das decisões do Tribunal que importem imputação de débito, às quais as Constituições Federal (Art.71, § 3º) e Estadual (Art. 59, § 3º) atribuem eficácia de título executivo extrajudicial. Vale conferir, a propósito daquele dispositivo, o magistério de Pedro Roberto Decomain, em seus “Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público”, Ed. Obra Jurídica, 1996, p.168 e seguintes.

Essa atribuição é compatível com a finalidade institucional de defesa do patrimônio público constitucionalmente prevista, e não conflita com a proibição estampada no inciso IX, do artigo 129 da Constituição da República, que veda ao órgão ministerial a representação judicial de entidades públicas; É que em tal hipótese o bem jurídico tutelado é o patrimônio público, bem de todos, visando ao ressarcimento do dano. Situação diversa se apresenta diante da imposição de multas pela Corte de Contas, quando então a busca da tutela jurisdicional é conferida com exclusividade ao Estado através do seu órgão de representação judicial, porque aí não se cuida de preservação da coisa pública, mas de implemento de sanção administrativa.

A legitimação ativa conferida ao Ministério Público para a Execução é providencial. Permite a reparação do dano sem prejuízo do manejo da ação de

improbidade visando à imposição das demais sanções; Propicia maior celeridade no repatriamento da lesão ao erário, posto que a etapa do processo de conhecimento para essa finalidade fica abolida; Garante a eficácia e o respeito às decisões do Tribunal de Contas, muitas vezes desconsideradas nesse tocante, uma vez que o representante legal da pessoa jurídica de direito público lesada, a quem concorrentemente também cabe promover a execução, direta ou indiretamente, por interesse próprio ou de terceiro, poderá deixar de agir.

4. DADOS ESTATÍSTICOS RELATIVOS AO COMBATE A IMPROBIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

O Ministério Público, no combate à improbidade administrativa, conta com promotorias de Justiça especializadas, notadamente nas maiores comarcas do Estado, e com um órgão de coordenação-geral, o Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa.

Cuidam as promotorias de Justiça dos procedimentos investigatórios, das ações penais e de improbidade, relativas aos agentes que não gozam de foro especial por prerrogativa de função.

O Centro de Apoio Operacional entre outros misteres, trata da coordenação daquelas atividades, presta auxílio técnico-jurídico quando solicitado, e o seu Coordenador-Geral, por delegação do Procurador-Geral de Justiça, promove ações penais nas hipóteses de incidência de foro especial por prerrogativa de função, como no caso dos prefeitos municipais, e atua nas ações civis públicas em tramitação no Tribunal de Justiça.

As fontes alimentadoras desse trabalho — além do agir de ofício — promanam de representações, de inquéritos policiais, e de procedimentos originários do Tribunal de Contas, enviados ao Ministério Público por iniciativa da própria Corte, e mesmo por outros meios, como no caso das câmaras de vereadores, e representam um número considerável naquele universo.

Dados da Corregedoria-Geral do Ministério Público, contidos no Relatório de Atividades das Promotorias de Justiça, revelam que no ano de 2003, em primeira instância, ingressaram, sem distinção da origem, 220 novos procedimentos na área penal relativos à moralidade administrativa, dos quais 73 foram arquivados. Foram oferecidas, também pelo promotores de Justiça oficiais em primeiro grau, 694 novas denúncias pela prática de delitos contra a administração pública em geral.

Para a apuração de infrações na área cível, foram instaurados em primeira instância, entre inquéritos civis, procedimentos administrativos e peças

informativas, 681 novos procedimentos no ano de 2003, e ajuizadas 126 ações civis públicas, e totalizam 951 os processos dessa natureza em tramitação perante o Judiciário nas mais diversas comarcas.

Do total de 2.474 inquéritos civis e demais procedimentos investigatórios instaurados pelo Ministério Público no mesmo ano abrangendo as áreas de defesa do meio ambiente, consumidor, Direitos humanos, e moralidade administrativa, esta contempla o maior percentual (27,53%). Nesse mesmo universo de atuação, as ações civis públicas ajuizadas na área da moralidade representaram 31,66%, das 398 propostas, sendo inferior apenas às ações civis tendentes à preservação do meio ambiente (37,69%).

Na órbita do Centro de Operacional da Moralidade Administrativa estão em tramitação 380 procedimentos. Em andamento no Tribunal de Justiça, existem 74 ações penais envolvendo prefeitos municipais.

Estes dados salvo melhor juízo, não são modestos. Significam, o empreendimento de esforços tendentes a investigar, ou obter o pronunciamento judicial acerca de condutas acompanhadas, nas mais das vezes, de elementos indiciários do cometimento de atos ilícitos. Com certeza eles haveriam de crescer na hipótese de incremento do relacionamento entre Ministério Público e Tribunal de Contas, — que deve ser uma via de mão dupla —, porque, assim como os documentos emanados da Corte, por sua inerente credibilidade, subsidiam parcela das iniciativas ministeriais, estas, poderão prestar-se a informar o Tribunal a respeito de fatos e situações eventualmente por ele não sabidos, e cujo conhecimento poderá mostrar-se útil no desempenho das suas importantes atribuições.

Prenuncio que todos devemos ter uma carga considerável de trabalho adicional brevemente, a exigir mútua e estreita colaboração, a partir da certa aprovação do Projeto de Lei n. 2.546/2003 que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”, a chamada PPP, já em fase de adiantada tramitação no Congresso Nacional, permitindo que, com maior amplitude e privilégios, o capital privado nacional e internacional abocanhe um novo mercado que propiciará o desempenho de atividades de competência da Administração Pública, a delegação total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública entre outras possibilidades.

Boa ou má a inovação para o País, o tempo dirá. É certo, porém, que este novo “eldorado” que se instalará inicialmente no âmbito da União, mas que irá refletir-se sem demora nos estados da federação ensejará disputas inescrupulosas, uma vasta linha de frente, onde um nicho de corrupção poderá instalar-se, dado o grande volume de recursos e oportunidades que suscitarão

a cobiça. Para isso devemos todos estar atentos e bem dispostos, porque, sem sombra de dúvidas, seremos chamados a intervir.

Para finalizar, vale associar ao tema, nas devidas proporções, a concepção de repartição dos poderes de Montesquieu, transposta para o sistema constitucional de freios e contrapesos quanto ao controle dos atos da Administração, cujo substrato consiste em que aquele que detém o poder tende a dele abusar, impondo-se, pois, que o poder detenha o poder.

5. CONCLUSÕES

1 - Os princípios constitucionais encabeçados no Art. 37 da Constituição Federal representam mecanismos de controle dos atos da Administração, sendo dever dos seus agentes cumpri-los e fazer com que sejam cumpridos;

2 - Inseridos nesse mister por força das suas atribuições constitucionais, compete ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, como organismos de controle, agir em estreita colaboração com o propósito de darem efetividade aos comandos legais com vistas à preservação do patrimônio público e reparação dos danos que lhe forem causados, bem como à imposição das sanções previstas na Lei de Improbidade;

3 - Dentro dessa perspectiva de exaurimento das determinações legais, a troca de informações assume aspecto relevante, prestando-se a subsidiar o desempenho das atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas na busca de resultados;

4 - Ao lado da legitimidade para a ação civil por ato de improbidade buscando a reparação dos danos ao patrimônio público e a imposição das sanções previstas na Lei 8.429/92, grande parte das vezes instruídas com peças informativas originárias do Tribunal de Contas, compete ao Ministério Público promover a Execução das decisões do Tribunal, das quais resulte a imputação de débitos aos agentes públicos;

5 - O exercício dessa atribuição abrevia o tempo necessário à recomposição do desfalque ao patrimônio público por dispensar os trâmites inerentes ao processo de conhecimento, e implementa a autoridade imanente das decisões do Tribunal de Contas, propiciando-lhes plena eficácia.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1. Espíndola, Rui Samuel. Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: Revista da ESMESC, vol. 14.
2. Pazzaglini Filho, Marino. Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas. 3ª ed.
3. Alberton, José Galvani. O Ministério Público e os abusos do Poder Administrativo. In: Justitia, vol. 131-A.
4. Fernandes, Flávio Sátiro. Improbidade Administrativa. disponível no site Jus Navegandi.
5. Decomain, Pedro Roberto. Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

