



XII
CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DE MINAS GERAIS
2016

O Ministério Público no combate à corrupção

TESES





XII
CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DE MINAS GERAIS
2016

O Ministério Público no combate à corrupção

TESES

INDICE

- 1 Burocracia e Ineficiência também são formas epidêmicas de corrupção, devendo o Ministério Público exigir de si e dos demais órgãos públicos o combate a esta epidemia, **5**
- 2 A legitimidade da Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartório (Andecc) para a proposição de ação civil pública na defesa do patrimônio público, **8**
- 3 O Brasil prende pouco, **11**
- 4 Fiscalização judicial do princípio da obrigatoriedade da ação penal e sua prática acrítica: pode ser diferente, **21**
- 5 Descobrimo o óbvio: a defesa prévia prevista na Lei de Improbidade foi revogada pela EC 32/01!, **31**
- 6 O Novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, **33**
- 7 Audiências concentradas e a obrigatória “Escuta Tolerante” da Criança e do Adolescente, **36**
- 8 O prazo prescricional da ação de improbidade administrativa proposta em face de servidor no exercício de cargo efetivo ou emprego, **41**
- 9 Cabimento do mandado de segurança contra ato judicial na hipótese de decisão ilegal capaz de causar dano irreparável, **44**
- 10 Ministério Público, Direitos Humanos e Desastres Naturais e Tecnológicos, **46**
- 11 A prescrição das ações de ressarcimento ao erário depois do julgamento pelo STF do RE n.º 669.069-MG, **53**
- 12 Autonomia da ação de responsabilidade de pessoas jurídicas com fundamento na Lei Anticorrupção, **56**
- 13 Impossibilidade de extinção do processo coletivo sem julgamento do mérito por incapacidade processual ou ilegitimidade ativa do autor coletivo. Obrigatoriedade de oportunizar a outro colegitimado prosseguir com a ação coletiva. Ministério Público. Princípio do microsistema único coletivo e da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, **64**
- 14 A distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, §1º) na Ação de Improbidade Administrativa e o princípio da presunção da inocência. Possibilidade – Estratégia de atuação do Ministério Público, **72**
- 15 A participação do Promotor de Justiça na formação da vontade institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, **78**
- 16 Legitimidade das associações civis para a defesa de direitos difusos e coletivos independentemente de autorização expressa dos associados, **87**
- 17 Do controle de gastos nas eleições para o cargo de procurador-geral de justiça, **92**

Burocracia e ineficiência também são formas epidêmicas de corrupção, devendo o Ministério Público exigir de si e dos demais órgãos públicos o combate a esta epidemia

ANDRÉ LUÍS ALVES DE MELO,

Promotor de Justiça em Araguari, Doutorando pela PUC-SP

Uma das funções mais relevantes do Ministério Público é zelar pelo conjunto de bens, direitos e valores pertencentes a todos, ou seja, o patrimônio público social do Brasil.

Nesse sentido não se fiscaliza apenas pela correta aplicação da lei no tocante às verbas públicas. Mas, sobretudo, exige-se que o administrador público paute sua conduta imbuído dos melhores princípios republicanos e atue em observância aos fundamentos éticos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência**.

Dentro desta perspectiva, importante destacar que o combate à corrupção é um dos desafios maiores, uma vez que é uma atitude que tende a ser aceita culturalmente pela população, ainda que se diga o contrário publicamente.

A dificuldade para se combater a corrupção decorre de que normalmente há conluio entre corruptor e corrompido, sendo inviável o combate através de flagrantes, logo demanda uma investigação mais profunda.

Além disso, o conceito de corrupção e o legal, não necessariamente o moral, logo grupos politicamente organizados podem conseguir normatizações que apesar de serem uma espécie de corrupção, não o são do ponto de vista legal.

Cita-se ainda o problema de que o Código Penal do Brasil apenas prevê corrupção caso envolva agente público ou verba pública, não prevendo a corrupção na área privada, o que caracteriza uma lacuna enorme e que estimula a impunidade e desordem social.

No entanto, ultrapassando essas deficiências culturais e estruturais, existe o pouco comentado problema na própria atuação do Ministério Público, os quais podemos apontar brevemente:

- 1) Em geral, não existe um levantamento para apurar a eficiência dos resultados da atuação da Promotoria, como medidas tomadas, resultados apurados em valores, afinal não basta a condenação, mas sim saber quanto foi apurado.
- 2) Ausência da meritocracia para premiar e incentivar as iniciativas mais exitosas, bem como resultados.
- 3) Correições focam mais em saber se as peças estão recheadas de jurisprudência e

doutrina do que nos resultados obtidos, principalmente há uma tendência a ovacionar linguagem oitocentista nas peças jurídicas.

- 4) Ausência de transparência, pois não se mensura no site do MPMG os resultados obtidos.
- 5) Cultura arcaica de acreditar que basta ajuizar ação judicial e não é necessário estimular o seu andamento, pois isto é “obrigação do Judiciário”.
- 6) Ausência de avaliação nas Correições de medidas locais para controle, acompanhamento e agilização dos andamentos das ações ajuizadas.
- 7) Excesso de foco na Independência Funcional em detrimento da Eficiência, embora ambos sejam princípios constitucionais.
- 8) Inexplicável e injustificável enorme diferença de resultados e medidas entre Promotorias com atribuições semelhantes, tanto na mesma Comarca, como em Comarcas diferentes, o que é comum em razão de avaliação de medidas comparativas de meritocracia.

No tocante à atuação do Ministério Público há um caso real em que foi identificada uma fraude envolvendo várias Comarcas, as quais receberam a informação, mas não se sabe quais medidas tomaram.

Foi realizado um pequeno levantamento informal e concluído que algumas nada fizeram, outras fizeram o de praxe e não se preocuparam com o resultado. E apenas uma conseguiu condenação e restituição parcial de bens desviados. Contudo, na Correição a preocupação da Equipe era apenas se a peça jurídica estava bonita, e por isto entende-se, ter muita doutrina e jurisprudência, e não tiveram o menor interesse em saber o resultado, pois não “estava previsto no formulário”.

Importante, ressaltar que em pesquisa realizada pela FIESP foi constatado pelos seus associados que estes gastam, em torno de 5% com corrupção de agentes públicos, mas 30% com ineficiência e burocracia do Estado. Ou seja, a ineficiência e burocracia são problemas mais graves para o mercado do que a corrupção.

No entanto, pouco se vê no âmbito do Ministério Público uma disposição para combater esta burocracia.

Geralmente estas “burocracias” são justificadas em razão de um falso argumento de segurança. Ou seja, de que é bom para a segurança de algo, mas na verdade servem apenas para “segurança” da reserva de mercado de trabalho de alguns privilegiados.

Normalmente, prevalece no meio jurídico um inconsciente coletivo de esquerdismo, o qual consiste na visão de “Estado forte”, o que na prática significa “Estado inchado”, e vêm atividades privadas como corruptos, ambiciosos e parasitas. Sendo que Servidores Públicos são, em geral, anjos que não almejam lucros, nem altos salários, e servem à sociedade por amor ao próximo.

Este pensamento não é natural, mas é estimulado nas escolas de base, notadamente públicas, e tem origem na política de Esquerda Gramscista (guerra cultural) de fazer a “revolução permanente” e usa a educação para “lecionar” que a ideologia de que Estado é bom, e Atividade empresarial ruim, isto foi e ainda é ensinado nas Escolas Públicas, nas quais “professores” são ludibriados, e ludibriam, com base em políticas ativistas do Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação.

Para se ter ideia desta “guerra cultural” feita pela esquerda, basta observar que nas últimas déca-

das o Governo financia filmes, em regra, que colocam o crime como cometido nas periferias e o criminoso como vítima da sociedade.

Retornando ao tema principal citamos que a burocracia pode ser uma espécie de corrupção, tanto para fins penais como por improbidade. Mas, há uma dificuldade de se convencer o meio jurídico sobre esta perspectiva, pois focados no positivismo/finalismo, ou seja, a formação jurídica tende a ser apenas legalista abandonando os demais fatores sociais.

Burocracia e ineficiência têm o mesmo fundamento, e são difíceis de serem provadas, mas não impossível, pois beneficiam grupos que se apropriam do Estado com visão patrimonialista de usarem o mesmo em prol de si mesmos em vez da sociedade. Geralmente, usam o argumento de “segurança” e querem bater o carimbo, ainda que seja um carimbo digital.

Os arquétipos jurídicos tendem a combater cartel de preços em postos de gasolina, mas nada fala sobre o cartel de tabela de honorários da OAB. Em outra situação, por exemplo, o meio jurídico tende a ser rigoroso com filas em bancos, mas nada se fala nas filas de Cartórios, afinal a maioria “aprendeu” nas escolas que bancos são malvados e exploradores, mas cartórios são ligados ao Estado, logo tendem a ser “bonzinhos” e voltados para a nossa segurança.

Portanto, o conceito de corrupção tende a ser influenciado enormemente pelo aspecto cultural e pelo inconsciente coletivo.

Diante do exposto, **conclui-se** que:

- 1) A burocracia e ineficiência também são meios de corrupção, devendo o Ministério Público combater esta modalidade de corrupção, inclusive na própria Instituição.
- 2) Em sua atuação no combate à corrupção deve o Ministério Público estimular a meritocracia interna e estabelecer mecanismos para demonstrar os resultados obtidos, notadamente por órgão de execução, sem os coletivismos que ocultam os gargalos e ineficiências pontuais e estruturais.

A legitimidade da Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartório (Andecc) para a proposição de ação civil pública na defesa do patrimônio público

AUTORIA: PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DEFESA: ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA

– Procurador de Justiça

FUNDAMENTAÇÃO

A associação civil Andecc tem ajuizado várias ações civis públicas em face do Estado de Minas Gerais e dos titulares dos cartórios admitidos por ato de designação do Governador do Estado, pleiteando a anulação do ato e a realização de concurso público para as serventias.

Algumas ações têm sido extintas por ilegitimidade ativa sem se levar em conta as recentes alterações legislativas da alínea “b” do inciso V do art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

O objeto da tese é saber se essa associação civil – que tem por objeto social tutelar o direito coletivo ao preenchimento das vagas em serventias notariais e de registro por meio de concurso público – tem ou não legitimidade para essa ação.

Registre-se que a Andecc foi constituída há mais de um ano, preenchendo, portanto, o requisito previsto na alínea “a” do inciso V do art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

O tema envolve uma questão processual relevante, porquanto não se constata o ajuizamento de ações pelo Ministério Público nessa área.

O TJMG diverge a respeito da questão, conforme se verifica nos acórdãos colacionados no julgamento proferido pela 1ª Câmara Cível na Apelação Cível n.º 1.0074.13.003658-0/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 14.03.2016, DJ 28.03.2016, no qual se suscitou o Incidente de Assunção de Competência para uniformizar os posicionamentos sobre a matéria.

O acórdão tem a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DOS CONCURSOS PARA CARTÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSTITUIÇÃO HÁ MAIS DE UM ANO. FINALIDADE DE PROMOVER A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIVERGÊNCIA NO TRIBUNAL SOBRE O TEMA. RELEVANTE QUESTÃO DE INTERESSE PÚBLICO E PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 555, § 1º, CPC, REPRODUZIDO NO ART. 947, § 4º, NCPC.

REMESSA À 1ª CÂMARA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CÍVEL
(ART. 35, III DO RITJMG).

- Sob a ótica do art. 555, § 1º, CPC, é cabível que a Câmara Cível decline da competência para a Câmara de Uniformização de Jurisprudência Cível para que ocorra o julgamento de causa na qual existe divergência significativa sobre legitimação para agir de associação civil na defesa do patrimônio público.

- Hipótese na qual a questão relativa à referida legitimidade ativa deve merecer tratamento uniforme e é necessário compor a divergência que já existe entre as Câmaras Cíveis sobre o tema.

A Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos tem se manifestado da forma exposta a seguir.

O inciso V, alíneas “a” e “b”, do art. 5º da Lei n.º 7.347/85, **incluído pela Lei n.º 11.448/2007** tinha a seguinte redação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

V - a associação que, concomitantemente:

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei n.º 12.966, de 24.04.2014, que alterou a Lei da Ação Civil Pública (LACP) para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, deu a seguinte redação à citada alínea “b”:

- b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, **aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos** ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (grifo nosso)

Decorridos dois meses da citada alteração, a Lei n.º 13.004, de 24.06.2014 – que entrou em vigor dois meses depois de sua publicação –, alterou novamente o referido dispositivo para incluir, entre as finalidades da ação civil pública promovida pela associação civil, a proteção do patrimônio público e social.

A redação atual do dispositivo em tela é a seguinte:

- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, **a proteção ao patrimônio público e social**, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (grifo nosso)

A defesa do instituto do concurso público, necessário à regularização da delegação da serventia

– finalidade da Andecc –, constitui direito difuso inserido na tutela do patrimônio público sob o ângulo imaterial, qual seja, a estrita observância dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da CF) nos certames, cuja legitimidade foi expressamente atribuída às associações pela norma citada.

A realização do concurso para a delegação das serventias interessa não só aos eventuais candidatos, mas a toda a sociedade.

CONCLUSÃO

A Andecc na defesa do Patrimônio Público, tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública que visa a tutelar o direito ao preenchimento das vagas em serventias notariais e de registro por meio de concurso público.

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

Procurador de Justiça

Ana Paula Mendes Rodrigues

Procuradora de Justiça

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça

Geraldo Magela Carvalho Fiorentini

Procurador de Justiça

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça

Iraídes de Oliveira Marques Caillaux

Procuradora de Justiça

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior

Procurador de Justiça

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

Maria Inês Rodrigues de Souza

Procuradora de Justiça

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça

Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino

Procuradora de Justiça

Reyvani Jabour Ribeiro

Procuradora de Justiça

Rômulo de Carvalho Ferraz

Procurador de Justiça

O Brasil prende pouco

CALIXTO OLIVEIRA SOUZA

Promotor de Justiça

Comarca de Divinópolis - Minas Gerais

SUMÁRIO

1 Introdução - 2 O problema causado pela impunidade - 3 O tabu do patrimônio - 4 O exemplo dos países desenvolvidos - 4.1 Estados Unidos da América - 4.2 Europa- 4.3 Uma comparação entre números- 5 Crimes graves merecem prisão -5.1 A prisão como desestímulo e como defesa - 5.2 Não se trata de excluir injustamente ninguém - 6 Comparação entre prisões e hospitais - 6.1 O livre arbítrio - 6.2 prisão e hospital - 7 O objetivo não é o de encher as prisões - 8 A prisão deve ser reservada a quem merece - 8.1 Sobre o número de vagas atual no sistema prisional- 9 Sobre o argumento de que a prisão não recupera - 10 Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A violência é um dos grandes problemas do país já há alguns anos, ao lado das mazelas da educação, da saúde, do desemprego, do transporte, dentre outros.

As pessoas, não apenas nas grandes cidades, vivem o tempo todo com medo. Não se usa mais o telefone celular na rua, não se pode mais permanecer dentro de um carro estacionado, não se sai mais de casa com tranquilidade, não importa a hora do dia; as casas, com muros e grades altas, estão equipadas com cercas elétricas e concertinas. Os apartamentos em andares mais baixos têm grades. Mesmo os poucos que conseguem atingir um padrão de cidadãos de países desenvolvidos no que se refere à saúde, educação e transporte, não conseguem se livrar da constante ameaça da violência.

Um trabalhador ou uma dona de casa não podem mais sacar dinheiro no caixa eletrônico do supermercado ou de seu local de trabalho, e isso por uma razão muito simples: eles não existem mais, pois o Estado desistiu de oferecer segurança nesses casos. As pessoas necessitam ir ao banco para fazer retiradas. Ou seja: retrocedemos. Estamos modificando nosso modo de viver, em uma constante adaptação à violência cada vez maior.

As pessoas não aguentam mais. Estão ansiosas por uma solução. O desejo da população é de que os criminosos sejam punidos e que os crimes não continuem a ser tão comuns, como atualmente ocorre com o roubo à mão armada, que a todos aterroriza e acontece a todo momento, em todos os lugares, a qualquer hora do dia.

Vivemos como se estivéssemos em guerra.

As soluções apresentadas para o problema são muitas, extremamente variadas. Fala-se em equipar as Polícias, em melhorar a educação das crianças, em melhorar os índices sociais, em prender menos, educando os infratores com penas alternativas, ou seja, há muitas ideias. Ocorre que estamos vivendo um aumento crescente da violência, ano após ano, e nada, ou muito pouco, é implementado, seja por falta de interesse, de verbas ou mesmo de projetos.

A ideia apresentada no presente trabalho vai contra o que pregam muitos doutos, mas almeja ser pelo menos considerada, analisada e discutida. Se aceita e posta em prática, poderá contribuir para uma redução da violência no país em curto espaço de tempo, sem grandes custos, sem injustiças e sem sacrifício das garantias individuais e da democracia. O que se sugere aqui é que o país prenda mais, muito mais que atualmente.

Diz-se comumente que o Brasil prende muito (segundo o site G1 o número de presos em 2015 era de 615.000); será demonstrado no presente estudo, porém, que este país prende muito menos do que deveria. E ainda: que um aumento no número das prisões colaborará em muito pouco tempo para que este, que é considerado atualmente um dos países mais violentos do mundo, se torne um dos mais seguros.

A ideia é dar a cada um o que ele merece, sem olvidar a necessidade das políticas educacionais e sociais, que poderão contribuir, no futuro, para uma paulatina diminuição do número de prisões, ao lado do próprio desestímulo ao crime causado pelo rigor das leis e de sua aplicação.

Nesse contexto, o tema do XII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais “Ministério Público no combate à corrupção”, adquire grande importância, pois tudo o que está sendo aqui proposto poderá não merecer a menor atenção se os responsáveis pela administração pública estiverem preocupados exclusivamente em se locupletar ilicitamente, deixando à própria sorte os cidadãos que lhes conferem os mandatos e viabilizam seus cargos. Conclui-se que todos os projetos para um Brasil melhor passam pelo combate à corrupção.

2. O PROBLEMA CAUSADO PELA IMPUNIDADE

É comum a afirmativa de que as prisões não recuperam e que é necessário encontrar uma alternativa. Os defensores dessa ideia, porém, não apresentam a sonhada alternativa, esse inatingível santo graal. As penas alternativas funcionam apenas para autores de crimes mais leves, devendo-se observar ainda que são comuns as prisões por descumprimento de tais penas.

Para os crimes graves, o que a população e os operadores do direito - principalmente os que têm contato direto com autores e vítimas - almejam é o fim da impunidade. A desproporção atual entre os crimes e as penas (incluídas nestas a execução penal) é tão grande que estas configuram verdadeira impunidade.

Vivemos um momento no Brasil de banalização da violência, com um aumento absurdo da quantidade de crimes e de uma crescente diminuição proporcional das punições, considerando que o aumento do número de presos é muito inferior ao de crimes.

Para um crime de latrocínio consumado a pena fica em vinte anos ou pouco mais. Com o cumprimento de dois quintos (oito anos) o autor passa ao regime semiaberto. Ou seja, um indivíduo que inicia o cumprimento da pena por um crime de tamanha gravidade, considerado hediondo, aos 22 anos de idade, estará no regime semiaberto, ou seja, praticamente livre, aos 30 anos.

Para um roubo sem morte, mas com arma e enorme terror para a vítima, que nunca sabe se vai

escapar com vida, e ainda é obrigada a ouvir que teve “sorte” por ter ficado apenas sem bens materiais, a pena é de cinco anos e quatro meses a quinze anos (art. 157, § 2º, I), com apenas uma parte em regime fechado.

É preciso dar um resposta ao crime. Uma resposta dura, desestimulante, que sirva para desencorajar e, não sendo suficiente, para tirar de circulação os que se aventuram a descumprir a lei.

Ouvimos a todo momento as pessoas dizerem que não aguentam mais a impunidade.

Reportagem no portal de notícias UAI, de maio de 2016, menciona o crime de roubo como um dos que mais amedrontam a população. É natural que essa modalidade de crime cause medo, tendo em vista que o roubo não traz preocupação apenas a respeito do patrimônio, mas inclui a integridade física da vítima, gravemente ameaçada nesses casos. O site menciona o aumento do número de roubos em Belo Horizonte, de 22% de 2014 para 2015 e de 30,78% de 2015 para 2016 (até maio). Segundo o UAI, alguns indivíduos chegaram a ser presos até sete vezes de 1º de janeiro a 23 de maio de 2016. Ainda segundo o site, todos os dias várias pessoas são presas mais de uma vez (o que é do conhecimento de todos os que atuam na área criminal).

O site narra um roubo cometido contra um barbeiro de 79 anos, com violência, para levar um celular e cem reais em dinheiro. A vítima, agredida com uma cadeira, ficou desacordada na barbearia. O autor, de 32 anos de idade, preso alguns dias depois, já ostentava nove passagens pela Polícia por roubo, tráfico de drogas, furto e entrada na prisão com objetos proibidos, como celular. Nesse caso, uma prisão mais rigorosa pelo primeiro crime teria impedido os demais, além de desestimular outros candidatos a criminosos. A equação é simples: mais tempo de prisão, muito menos crimes.

O Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, em reunião no dia 07 de junho de 2016 com os 27 secretários de segurança dos estados, afirmou que o Brasil prende muito, mas prende mal (site UAI, em 08/06/2016). Disse o colega de Ministério Público que “nós aplicamos a mesma pena privativa de liberdade para quem furta galinhas e para quem pratica roubo qualificado com fuzil”. No mesmo encontro, o Ministro defendeu que “corrupção, tráfico e crimes praticados com violência ou grave ameaça têm que ter um tratamento mais duro”. E acrescentou: “não se pode dar essa progressão que se dá”.

Embora o guardião da Justiça do País estivesse defendendo a redução do número de prisões, pode-se concluir facilmente que a seguir sua linha de raciocínio nós teremos em pouco tempo prisões livres de autores de pequenos delitos, atualmente presos provisoriamente *ad eternum*, o que seria um grande progresso, e uma melhora enorme na segurança, pois teríamos um aumento exponencial do número de presos por crimes graves, o que tornaria necessário, inclusive, ao contrário do por ele afirmado, um grande aumento no número de vagas nas prisões, com uma mudança radical nos níveis de segurança do País.

3. O TABU DO PATRIMÔNIO

É comum ouvirmos de estudiosos do crime o argumento de que o direito defende com muita ênfase o patrimônio, que as leis brasileiras são patrimonialistas etc.

Ocorre que, excluindo-se os crimes contra a liberdade sexual, que não têm qualquer relação com o patrimônio, os demais crimes violentos, e que mais amedrontam a população, têm relação com o patrimônio.

O homicídio não é crime contra o patrimônio, mas grande parte é cometida em razão de desentendimentos motivados por questões de patrimônio. Por outro lado, não é o que mais amedronta os cidadãos.

Os campeões do terror são os crimes contra o patrimônio. Todas as pessoas, sem exceção, em qualquer lugar, a qualquer hora, estão sujeitas a eles. Ainda que sejam adotadas as tradicionais reco-

mendações da Polícia, que incluem, como dito acima, restrições à liberdade auto impostas, como não sair à noite, não portar ou exibir objetos de valor, não usar o celular na rua, não permanecer dentro de veículos estacionados, não deixar os vidros dos veículos abertos, trancar as portas dos veículos, não conduzir os veículos em determinadas pistas, consideradas de difícil fuga, não parar em semáforos vermelhos de madrugada, não entrar em casa se houver uma pessoa parada por perto, instalar cercas elétricas, concertinas, grades, alarmes e câmeras, aumentar o número e a eficiência das fechaduras, aumentar os muros, não parar em restaurantes e lanchonetes de beira de estrada, contratar seguranças para padarias e restaurantes etc., os riscos continuam a existir. Todos conhecem pessoas roubadas em locais e em horários impensáveis há até pouco tempo, como em restaurantes ou escritórios em plena luz do dia.

Toda essa insegurança existe em razão do patrimônio, cobiçado por indivíduos que não têm medo de tentar subtrair o dinheiro ou quaisquer objetos de pessoas que se sacrificaram para adquiri-los.

Que fique bem claro: os bens são necessários. As pessoas saem de casa para trabalhar ou estudar não apenas pela realização pessoal; elas precisam de dinheiro, de bens. Muito sacrifício é feito para se adquirir um automóvel (que quanto mais barato, mais inviável é o seguro), uma motocicleta, um telefone celular, um lote de terreno, que poderia ser adquirido com o dinheiro que foi roubado. E o pior: a integridade física das pessoas é posta em risco o tempo todo, tenham elas bens ou não.

Conclui-se, naturalmente, que penas altas e efetivamente aplicadas para os crimes contra o patrimônio aumentarão a segurança da população para índices elevadíssimos.

4. O EXEMPLO DOS PAÍSES DESENVOLVIDOS

4.1 Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América são, como o Brasil, um país novo, cuja população ainda não tem arraigados os comportamentos sociais encontrados em países da Europa, por exemplo. Excluindo-se os grandes ganhadores de prêmios científicos, com formação em universidades como Harvard, Princeton ou Stanford, os americanos têm deficiências de educação e há um grande número de indivíduos propensos a cometer crimes. Naquele país, a solução encontrada para manter altos níveis de segurança foi a aplicação de rigor na prisão. Os EUA são o país que mais prende no mundo. Como parte da população opta por delinquir, o país responde com a prisão. O resultado é um país seguro, em que os criminosos não ficam nas ruas, mas atrás dos altos muros e das concertinas, itens de segurança utilizados naquele país para que as pessoas não saiam e não para que não entrem.

Pode-se perguntar o que leva um preso à cadeia nos EUA se o país é seguro. A resposta é simples: basta o cometimento de um crime grave para que o indivíduo permaneça durante longos anos preso. O mesmo autor não repetirá seus atos à exaustão como no Brasil. Há naquele país, assim, um número de presos próximo ao número de crimes graves, diferente do sistema brasileiro em que para ser preso por pouco tempo o criminoso deverá ser multirreincidente e possuir uma ficha criminal extensa, com um rol enorme de vítimas.

4.2 Europa

Países como a Suécia ou a Dinamarca, campeões em testes de honestidade como o da carteira encontrada com dinheiro (o número de devoluções está entre os mais altos) - e governados por dirigentes que se envergonham ao serem flagrados em infrações consideradas mínimas em países em desenvol-

vimento e chegam a pedir desculpas em público e na maioria das vezes a se exonerarem dos cargos a pedido - têm um número baixo de presos. A impressão que passam, em um primeiro momento, é a de que as prisões não são a solução para a violência, mas a educação e o IDH (índice de desenvolvimento humano).

É interessante observar que a Holanda, em data recente, desativou presídios, decisão tomada por falta de demanda. No Brasil, os defensores das penas alternativas comemoraram, acreditando que o exemplo holandês deve ser seguido, com o fechamento de muitas de nossas prisões também. O raciocínio, porém, não resiste a uma análise racional. Deve ser ressaltado que as prisões recentemente fechadas foram construídas em um momento em que havia demanda. Em países como a Holanda não se constroem elefantes brancos para enterrar o dinheiro do contribuinte após grande parte ter ido para as contas dos governantes. Ou seja: havendo demanda, constroem-se presídios e mandam-se os criminosos para lá. Com o tempo, diante dos rigores da lei, o crime diminui. É essa a hora em que as prisões se esvaziam e podem até ser desativadas.

4.3 Uma comparação entre números

Segundo o site do Instituto Avante Brasil, Países como Suécia, Holanda, Nova Zelândia, Coreia do Sul etc. têm cerca de 98 presos por 100.000 habitantes. O Brasil tem cerca de 358 presos para cada 100.000. Por outro lado, o Brasil tem cerca de 29 assassinatos para cada 100.000 pessoas, enquanto nos países citados a proporção é de 1 para 100.000. A seguir a proporção, deveríamos ter 98 vezes 29, ou seja, 2.842.000 presos. Esse número, porém, se atingido em algum momento, cairia rapidamente, pois o número de crimes se reduziria proporcionalmente, esvaziando paulatinamente as cadeias até chegar a números, talvez, proporcionais aos dos Estados Unidos da América, que segundo o site Mundo Estranho, da Editora Abril, têm cerca de 2.300.000 presos, ou seja, cerca de 719 presos por 100.000 habitantes. Caso, após uma possível estabilização, tivéssemos essa média, teríamos mais que o dobro de presos que temos atualmente, ou seja, cerca de 1.438.000 presos, considerando uma população de 200.000.000 de pessoas.

O mesmo site expõe sua opinião sobre as razões de terem os países da Europa citados um número mínimo de presos: certeza do castigo e política socioeconômica e educativa para todos. A primeira solução cabe ao direito penal; a segunda, a outras áreas.

5. CRIMES GRAVES MERECEM PRISÃO

5.1 A prisão como desestímulo e como defesa

A prisão deve voltar a ter, no Brasil, a função de desestimular o crime. Está na hora de fazer valer a antiga frase: “o crime não compensa”. No Brasil atual o crime está compensando, e muito. O risco de prisão, ainda que preso em flagrante o autor ou descoberto o crime após investigação, é pequeno. Para um crime de furto qualificado, com a entrada em residência alheia mediante arrombamento, por exemplo, o autor recebe um sursis; ou seja, ele comete um crime dessa gravidade e a pena é suspensa. Se reincidente, a pena ainda pode se restringir ao regime aberto. Comete outro crime e recebe uma pena em regime semiaberto, com livramento após o cumprimento de um terço da pena. E ainda tem remição, progressão com um sexto do tempo, indulto, comutação de pena etc. Como é de conhecimento até dos leigos, não é fácil ficar preso no Brasil. A prisão, por aqui, definitivamente não é um desestímulo ao crime.

Por que, então, temos uma das maiores populações carcerárias do mundo? Por uma razão muito simples: vivemos em um dos países onde mais se cometem crimes no mundo. O número de presos, aparentemente alto se comparado com os de outros países, é, na verdade, baixo. A relação presos/crimes é desproporcional, com o número dos primeiros muito menor que o dos segundos. É pequeno o número de seiscentos mil presos no Brasil porque o número de crimes está na casa dos muitos milhões, com muitos milhões de vítimas, obviamente.

A proposta do presente trabalho é de punir o criminoso com rigor desde o primeiro crime, desestimulando o ato criminoso e, ainda, tirando de circulação o criminoso, impedindo-o, conseqüentemente, de cometer outros crimes durante um longo período de tempo, diminuindo drasticamente o número de vítimas e devolvendo aos cidadãos de bem o direito não só de ir e vir, mas também de ficar, de não temer constantemente pela própria vida e pelas dos familiares, ao terem notícias de homicídios e de latrocínios todos os dias, de desfrutar dos bens adquiridos com tanto sacrifício, de disporem dos próprios corpos, de terem tranquilidade para sair de casa, andar pelas ruas ou aguardar em uma parada de ônibus, tanto durante o dia quanto durante a noite.

5.2 Não se trata de excluir injustamente ninguém

Quando se fala em rigor na prisão, ouve-se invariavelmente o discurso paternalista daqueles que acreditam serem os presos indivíduos injustiçados, vítimas de um “sistema excludente” e que pagarão um preço alto para que a elite possa desfrutar de seu conforto.

O argumento não se sustenta. Basta andar pelas ruas para ver milhões de pessoas de classes sociais mais baixas vivendo normalmente em sociedade. São pessoas que levantam cedo, trabalham, se esforçam para se sustentarem e proverem as necessidades de suas famílias, tudo honestamente. Essas pessoas, que não podemos chamar de elite na conotação comumente usada, não são candidatas a serem presas. Pelo contrário; como são também vítimas da violência ou têm parentes ou amigos que são, desejam a punição e a retirada dos malfeitores de circulação. Só assim poderão ter paz quando se deslocarem pela cidade, de ônibus, carro, moto ou a pé, quando deixarem em casa seus familiares, quando chegarem em casa, forem ao banco ou estiverem sozinhas com um estranho.

Os candidatos a ficarem anos na prisão não se incluem entre as pessoas acima mencionadas. Ficarão na prisão as pessoas que não sabem se comportar de acordo com as leis e com os mais básicos princípios de ética e moral, como respeitarem a liberdade, a integridade física e os bens dos demais.

6. COMPARAÇÃO ENTRE PRISÕES E HOSPITAIS

Sempre que se fala em prisões vem o contraponto da prevenção, da educação, da melhoria das condições de vida da população, medidas que comprovadamente diminuem a violência.

Há, porém, algumas observações a respeito, que não podem ser olvidadas, que serão feitas a seguir, para demonstrar que a prevenção é importante, mas há momentos em que é necessário agir na outra ponta, quando a prevenção for falha ou demorar a produzir efeitos, como ocorre com as doenças.

6.1 O livre arbítrio

A primeira observação é que uma parte da população, ainda que receba do Estado oportunidade de boa educação e de boas condições de vida, não oferece a contrapartida, ou seja, a dedicação ao

estudo e ao trabalho, o que lhes traria boas condições de vida por toda a existência, preferindo se manter à margem do progresso e do conforto frequentemente obtidos pelos que se esforçam. Exercem, assim, o chamado livre arbítrio, neste caso para viverem de forma pior. Muitas dessas pessoas podem enveredar pelo crime, em razão de seu descompromisso com a sociedade, e não há política de Estado que as faça mudar. A única forma de proteger a sociedade dessas pessoas é a coerção e, se necessária, a prisão.

6.2 prisão e hospital

A prisão pode ser facilmente comparada a um hospital. Vejamos.

Uma das funções do Estado e desejo de todos é que haja um plano eficiente de prevenção de doenças e acidentes, o que inclui saneamento básico, vacinas, educação da população, uma rede de postos de saúde para exames de rotina, médicos de família etc., com a finalidade de se evitar ao máximo que as pessoas cheguem ao ponto de necessitar de internações em hospitais.

Citemos o caso da dengue, doença de países tropicais não desenvolvidos. O desejo de todos é que não seja necessária a reserva de tantos leitos e profissionais para atendimento de pacientes com dengue. Fala-se, para tanto, em prevenção. Os cuidados, todos sabem. O problema é que grande parte da população (além do próprio Estado) não dá a menor atenção a esses cuidados, o que resulta em proliferação do mosquito e em transmissão em massa da doença. A criação dos tais leitos e a reserva dos profissionais, dos equipamentos e dos medicamentos torna-se, então, uma necessidade. Note-se que em vários países, por motivos diversos, não há leitos sendo utilizados por pacientes com dengue, nem há profissionais deslocados para esse atendimento. Obviamente não se pode afirmar, por isso, que a solução para a dengue é a extinção do atendimento médico-hospitalar. Ora, enquanto houver pacientes com dengue, os leitos, equipamentos, medicamentos e médicos deverão existir. Na medida em que os cuidados aumentarem e o mosquito transmissor diminuir, com a conseqüente diminuição da doença, os leitos diminuirão até ser desnecessários, deixando mais espaço para outros casos.

O exemplo do trânsito, no caso em foco, é didático. A demanda pelos mais variados profissionais da medicina, como ortopedistas, neurocirurgiões, cardiologistas etc. aumenta a cada ano em razão do sempre crescente aumento dos acidentes de trânsito. Ninguém em sã consciência, porém, propõe diminuir a estrutura para atendimento na expectativa de diminuição do número de acidentes, o que poderia ocorrer radicalmente se as políticas de educação e punição, atualmente tímidas, mas existentes, dessem resultado.

Não se consegue nem pensar em um especialista em saúde defendendo em um congresso que não se deve aumentar o número de hospitais, para meramente focarem todos em medidas profiláticas, além de campanhas.

O mesmo ocorre com as prisões. Enquanto forem necessárias, devem elas ser construídas e ocupadas. Enquanto a prevenção não funcionar, o remédio amargo da segregação deve ser prescrito e aplicado.

É possível que haja um consenso de que a educação, a prevenção, a criação de empregos, a oferta de escolas, as penas alternativas para crimes leves, devem fazer parte de qualquer projeto de diminuição da violência. Paralelamente ao incremento de tais medidas, ou enquanto elas não são tomadas ou não apresentarem resultados, as pessoas que cometem crimes graves devem ser punidas com rigor. A punição, *in casu*, terá a função de desestimular, colaborando com as demais medidas, e ainda de inviabilizar a reiteração criminosa, ao não permitir que o mesmo indivíduo cometa muitos crimes, em uma proporção injusta, ou seja, de muitas vítimas para um só criminoso.

No caso do Brasil, nota-se um descompasso entre a oferta de prisões e a demanda. Basta uma comparação entre a quantidade de crimes graves e a de pessoas presas para se perceber o quanto o número de prisões é pequeno, deixando fora delas um número enorme, talvez de 1.000.000 (um milhão) de pessoas, que deveriam estar lá em razão de seus próprios atos e para que fosse a paz devolvida às pessoas de bem.

7. O OBJETIVO NÃO É O DE ENCHER AS PRISÕES

O presente trabalho não tem a finalidade de propor um aumento da quantidade de presos apenas para se obter um número, como se este fosse mágico e reduzisse a violência automaticamente. O objetivo não é esse.

Voltando ao exemplo do hospital, é importante lembrar que ninguém gosta de internações, cirurgias ou longos tratamentos. Ninguém, no entanto, defende a extinção de tais procedimentos, assim como não defende o aumento deles pura e simplesmente. Todos os que se preocupam com a saúde almejam melhores hospitais, mas não desejam um aumento de casos. Por outro lado, todos querem mais hospitais, porque querendo ou não a demanda sempre aumenta.

Continuando ainda no exemplo dos hospitais, devemos nos lembrar que em países desenvolvidos, em que as pessoas foram educadas para dirigir corretamente, principalmente em razão do alto rigor das punições pelas infrações e da existência de fiscalização, o número de pessoas internadas por acidentes de trânsito é muito menor. A estrutura hospitalar para esse fim também é menor, mas é proporcional à demanda.

Enfim, o número de pessoas presas deve ser proporcional à demanda.

8 A PRISÃO DEVE SER RESERVADA A QUEM MERECE

Fala-se muito em prisões injustas, por fatos leves, que em muitos casos, em razão das condições pessoais dos autores, não são mantidas após a condenação.

Noticiam-se também a todo momento casos de prisões antes do julgamento que se prolongam no tempo, pelos mais variados motivos. É hora de dar um basta nessas situações, com a implementação de prazos para os processos, fiscalização pelas Corregedorias e punições para os profissionais desidiosos, como os responsáveis por casos de pessoas que aguardam às vezes mais de um ano por uma decisão de primeira instância.

É necessário que as prisões sejam reservadas aos que as merecem.

8.1 Sobre o número de vagas atual no sistema prisional

O site G1, já citado acima, também informa que o número de vagas nas prisões brasileiras é muito pequeno. Apenas 371.459.

Deve ser ressaltado, primeiro, que para melhorar a segurança do país, conforme o aqui sugerido, devem ser construídas muitas prisões. Não se pode esquecer, quando se pensa nas dificuldades

financeiras para se por em prática a proposta, que prisões não são construções tão caras, isso se forem construídas de acordo com a Lei de Licitações e pelo preço real. Não há luxo em prisões. O acabamento é muito simples e a mobília é mínima.

Deve ser lembrada ainda a possibilidade de tais construções através de Parceria Público Privada (PPP). Segundo o Deputado Federal Domingos Sávio, de Minas Gerais, em artigo publicado no Jornal Agora, de Divinópolis (14 e 15 de maio de 2016, pág. 2), o complexo prisional de Ribeirão das Neves, construído por esse sistema, custou para a iniciativa privada a importância de R\$ 230.000.000,00 (duzentos e trinta milhões de reais), passando o Estado a investir apenas após o recebimento de presos, através do pagamento de um valor mensal por preso. Ademais, é sabido que os presos, nesse sistema, trabalham, estudam, têm assistência médica, odontológica e psicológica de qualidade, e quando há falhas ou fugas o empreendedor é punido com descontos nos repasses, o que o obriga a prestar um serviço muito melhor que aquele visto diariamente nas prisões administradas pelo Estado.

Não há dúvida, ainda, que um investimento para aumentar o número de vagas trará ao país uma economia imensa em gastos com segurança, de modo geral, o que inclui uma diminuição da demanda pelo serviço da Polícia Militar, das investigações e dos processos criminais, pois os autores não retornarão tanto aos bancos dos réus, muitas vezes diante dos mesmos Juízes e Promotores de Justiça, pois estarão presos, impossibilitados de cometerem novos crimes.

Em um país em que se constroem estádios de futebol ao preço de R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais) para a realização de três jogos não se pode falar que não há verbas para a construção de prisões. Esse valor seria suficiente para a construção de oito complexos como o acima citado, sempre lembrando que o investimento inicial pode ser feito pela iniciativa privada, cabendo ao Estado o pagamento mensal, de acordo com os serviços prestados.

9. SOBRE O ARGUMENTO DE QUE A PRISÃO NÃO RECUPERA

O presente trabalho não tem a pretensão de entrar no mérito da questão sobre a recuperação dos presos, se ocorre ou não. É sabido que a reincidência no Brasil é muito alta. Ocorre que há estudos recentes que demonstram que a reincidência entre menores é ainda superior à reincidência entre adultos, o que pode ser explicado pela quase ausência de punição. Ou seja, havendo uma punição, mesmo pequena, o índice de reincidência é menor que entre aqueles para os quais é raríssima a segregação, além de limitada a prazos pequenos.

É possível que sendo previstas e aplicadas penas altas para os crimes, com uma execução penal também rigorosa, os índices de reincidência diminuam. É exatamente este o objetivo do presente trabalho: demonstrar que estando o criminoso atrás das grades por mais tempo, estará este, obviamente, impossibilitado de cometer novos crimes, o que, somado ao desestímulo causado pela possibilidade de um longo período enclausurado, fará com que os que já foram presos pensem várias vezes antes de reincidir, fazendo ainda com que os propensos à primeira empreitada não o façam por temerem as consequências.

10. CONCLUSÃO

Considerando que o número de crimes violentos ou praticados com grave ameaça, como os homicídios, crimes contra a liberdade sexual, sequestros e roubos, além do de furtos qualificados no Brasil são muito altos, em sua maioria diretamente ligados ao tráfico de drogas, que deve ser aqui incluído, podendo ser comparados aos de uma guerra civil, privando a população de seu direito à vida, à liberdade de ir e vir e até de usufruir do fruto de seu trabalho, deverão ser adotadas providências urgentes para que seja alterada a legislação penal com a finalidade de se elevar drasticamente as penas para tais condutas, com redução substancial dos benefícios concedidos durante a execução penal em relação às penas, o que desestimulará a prática de tais ilícitos e tirará de circulação por longos períodos os que vierem a cometê-los, impedindo-os de perpetrar novos crimes e devolvendo as ruas, as praças e demais locais públicos e privados às pessoas cumpridoras das leis.

MOÇÃO:

Envio da conclusão à Conamp para qu sejam feitas tratativas junto ao Congresso Nacional para implementação do que foi aprovado.

MOÇÃO do CONGRESSO:

Considerando o índice de alterações de decisões criminais de segunda instancia e a necessidade de desestimular os recursos meramente protelatórios, deverá ser pleiteada ao Supremo Tribunal Federal a manutenção da execução das penas de prisão após a confirmação da primeira condenação.

Fiscalização judicial do princípio da obrigatoriedade da ação penal e sua prática acrítica: pode ser diferente

EMMANUEL LEVENHAGEN PELEGRINI

Promotor de Justiça em Minas Gerais

RENAN LEVENHAGEN PELEGRINI

Analista de Promotoria do Ministério Público de São Paulo

Tenho por auto-evidente que a função do jurista não se esgota no exímio manejo da técnica normativa, a serviço de quaisquer finalidades; mas que ela só se realiza, de um lado, pela crítica permanente dos valores predominantes da sociedade em que atua e, de outro, pelo trabalho de contínua adaptação da técnica jurídica a esses valores¹.

INTRODUÇÃO

Crítica permanente é justamente o que falta aos juristas e aos operadores do Direito, de um modo geral, ao se debruçarem sobre a regra extraída do art. 28 do CPP. Herdado do regime ditatorial do Estado Novo – o dispositivo faz parte da redação original do CPP –, o art. 28 do CPP continua sendo invocado - e aplicado – em todo território nacional acriticamente.

Passados 27 anos do advento da CF/88, o dispositivo parece estar imune aos influxos advindos da atual constituição. Muito pouco se discute acerca dessa regra. Críticas, como dito, são (quase) inexistentes.

Além da análise pouco atrevida, o tema, apesar de relevante, é muito pouco explorado. Acanhados estudos ainda podem ser encontrados. Manifestações de membros do Ministério Público e decisões judiciais, porém, não tangenciam a questão da inconstitucionalidade do dispositivo.

Dado esse quadro, a situação permanece inalterada: discordando da posição do promotor de Justiça (ou procurador da República) pelo arquivamento de inquérito policial, o juiz, invocando o vetusto art. 28, envia os respectivos autos ao órgão do Ministério Público responsável pela revisão da manifestação ministerial – procurador-geral de Justiça ou Câmara de Coordenação e Revisão.

¹ Discurso de posse do Professor Fábio Konder Comparato no cargo de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferido em 1976. Recomenda-se vivamente a leitura integral deste discurso, que demonstra o profundo humanismo deste eminente ser humano. (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 71, 1976)

No entanto, há muito o que se dizer a respeito dessa norma. Que deve ser vista e revista, agora de outra forma, mais crítica. Com o advento desta ideia nova e ainda difusa que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, e com a elaboração da categoria da constitucionalização do Direito, o art. 28 reclama nova leitura. Uma leitura sob a ótica constitucional, sobretudo conforme o sistema processual penal constitucional inaugurado em 1988 - o sistema acusatório.

Este é o objetivo do presente artigo. Trazer à discussão uma nova visão acerca do citado dispositivo. Demonstrar que essa vetusta norma não foi recepcionada pela constituição e que, por essa razão, devem os operadores do direito em geral, e os membros do Ministério Público em particular, atentar-se para esse fato.

Neste breve ensaio, portanto, abordaremos questões subjacentes a este mecanismo de controle da obrigatoriedade da ação penal pública, em especial destacando os seguintes pontos de discussão: i) qual é a função do art. 28 do CPP; ii) aplicação nos ramos diversos do MP - em especial MP estaduais e MPF; iii) como o STF aplica e interpreta o dispositivo; iv) como o anteprojeto do novo CPP disciplinou a questão; v) qual a solução deve ser conferida na hipótese de sua não aplicação, considerada a inexistência de regramento alternativo em vigor; vi) sobre a não recepção do art. 28 em razão da nova ordem constitucional, sobretudo em função do sistema acusatório.

AFINAL, QUAL É A FINALIDADE DO ART. 28?

Como se sabe, o art. 28 do CPP confere ao juiz o papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao discordar da posição do membro do Ministério Público, antevendo alguma suspeita da prática de ilícito penal ou algum motivo diverso que o faça concluir pelo não arquivamento do procedimento investigatório, deve o juiz enviar os autos ao órgão do Ministério Público responsável pela revisão do pedido de arquivamento, a quem caberá ratificar, ou não, aquela decisão. Concordando o órgão de revisão com o pedido de arquivamento feito pelo promotor de Justiça (ou procurador da República), ao juiz não resta alternativa senão homologar o arquivamento dos autos. No entanto, verificada a improcedência dos argumentos do membro do Ministério Público, cabe ao referido órgão oferecer de imediato a denúncia ou delegar poderes para que outro órgão de execução ajuíze a ação penal.

Este era - e continua sendo - o objetivo do dispositivo.

Desnecessárias muitas palavras para concluir o quão juridicamente absurdo é dispositivo. Essa análise, contudo, será feita em outro tópico, onde o tema será enfrentado adequadamente.

O ART. 28 DO CPP E SUA INCIDÊNCIA NOS DIVERSOS RAMOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Neste tópico do estudo, trataremos das particularidades dos diversos ramos do Ministério Público no que toca à revisão do pedido ministerial de arquivamento do inquérito policial.

Antes, no entanto, necessária breve introdução sobre os diferentes ramos da instituição.

Como se sabe, apesar do seu caráter nacional e uno, o Ministério é dividido em dois grandes grupos: Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. O Ministério Público da União - MPU é formado por 4 ramos diversos. Dele fazem parte, além do Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e, ainda, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 128, CF). Embora MPT, MPM e MPDFT possuam seus respectivos procuradores-gerais, o procurador-geral da República é, em realidade, o chefe do MPU - não apenas do MPF. Ao lado dos MPU encontram-se os Ministérios Públicos dos Estados. Integrados por promotores de Justiça (oficiam em 1º instância) e procuradores de Justiça (atuam em 2º instância), inexistem subdivi-

são nesse ramo da instituição. Cada uma dessas unidades do Ministério Público brasileiro – MP dos Estados, MPF, MPT, MPM, MPE e MPDFT – possui atribuições distintas. Não existe, em qualquer situação, sobreposição ou posição de ascendência e subserviência entre as instituições e seus membros – a mesma situação se verifica, mudando o que deve ser mudado, e levando-se em consideração algumas características próprias, nos órgãos do Poder Judiciário, em especial entre as Justiças comuns Federal e dos Estados. No Ministério Público e também no Judiciário, as divisões de atribuições e competências entre os órgãos são bastante distintas.

Todavia, nem todos esses ramos detêm atribuição em matéria criminal.

O Ministério Público do Trabalho não tem atribuições na seara criminal. Assim, por não ter atribuições na persecução penal, inexistente órgão de revisão de pedido de arquivamento dos autos de inquérito policial. Consequentemente, não se aplica ao MPT o art. 28 do CPP.

Os demais ramos do Ministério Público, por outro lado, detêm, todos eles, atribuições funcionais na persecução penal. O Ministério Público Militar e o Ministério Público Eleitoral², contudo, cuidam apenas de matérias criminais vinculadas às suas respectivas atribuições – crimes militares e eleitorais, respectivamente. Ao Ministério Público Federal cabem as atribuições de persecução penal relativas aos crimes federais. Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios têm atribuições referentes aos demais crimes. Trata-se aqui, analogicamente ao que verifica no estudo da competência, de uma atribuição residual.

Portanto, à exceção do Ministério Público do Trabalho, em todos os ramos da instituição existe a supervisão *interna corporis* da decisão do membro pelo arquivamento de autos de inquérito policial, na hipótese de aplicação, por magistrado, do já apontado art. 28. A supervisão, entretanto, é realizada por órgãos diversos, conforme o ramo da instituição a atuar no feito. Nos Ministérios Públicos dos Estados, o controle do pedido de arquivamento do inquérito policial é feito pela própria chefia da instituição. Segundo o próprio art. 28 do CPP e consoante a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8,625/93, art. 10, IX, d), cabe aos respectivos procuradores-gerais de Justiça oferecer denúncia nas hipóteses de não arquivamento do procedimento. No âmbito do Ministério Público Federal, esse poder é conferido a órgão diverso. Cabe à Câmara de Coordenação e Revisão com atribuição em matéria criminal manifestar-se sobre pedidos de arquivamento de inquérito policial (art. 62, IV, Lei Complementar nº 75/93). No que diz respeito ao Ministério Público do Distrito Federal, embora possam existir certas semelhanças com os *Parquets* dos Estados, a supervisão é feita também por uma Câmara de Coordenação e Revisão própria (art. 171, IV, Lei Complementar nº 75/93). O mesmo tratamento é conferido ao Ministério Público Militar. Por integrar o MPU, a lei (LC 75/03, art. 136, IV) atribuiu à Câmara de Coordenação e Revisão do MPM a tarefa de rever pedidos de arquivamento de inquéritos policiais militares. Tratando-se do Ministério Público Eleitoral, o tema apresenta contornos singulares. É que, como já dito, não existe um órgão específico para exercer as funções ministeriais eleitorais. O que existe é uma função ministerial eleitoral, que é exercida, em geral, pelo Ministério Público Federal.³ Em 1ª instância, essa função é exercida pelo Ministério Público dos Estados⁴. O procurador-geral

² Não existe, de fato, um Ministério Público Eleitoral. Existe, isso sim, uma função eleitoral exercida pela instituição. A função eleitoral é atribuída, nos termos do art. 72 da Lei Complementar nº 75/93, ao Ministério Público Federal, assim como a jurisdição eleitoral é atribuída a uma Justiça da União, a Justiça Eleitoral. No entanto, conforme o art. 79 da mesma lei, a função ministerial eleitoral – que é, repita-se, federal – é exercida, na 1ª instância, pelo Ministério Público dos Estados, ou seja, por promotores de Justiça. Nesta ordem de ideias, ao nos referir ao Ministério Público eleitoral, estaremos nos referindo à função ministerial eleitoral, que pode ser exercida pelo Ministério Público dos Estados ou pelo Ministério Público Federal, como se verá adiante.

³ Art. 72. Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral. (Lei Complementar nº 75/93)

⁴ Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona. (Lei Complementar nº 75/93)

eleitoral, necessariamente, é o próprio procurador-geral da República, que acumula as funções de chefia do MPU e do Ministério Público Eleitoral. Em cada Estado da Federação existe, ainda, um chefe regional do Ministério Público Eleitoral. Trata-se do procurador-regional eleitoral, cargo ocupado por membro do MPF. Indicados pelo procurador-geral da República dentre procuradores-regionais da República, ou procuradores da República oficiantes nos Estados da Federação e no Distrito Federal, têm a função de chefiar o MP Eleitoral regionalmente, além de *presentar* a instituição perante os respectivos tribunais regionais eleitorais. Por sua vez, o Ministério Público Eleitoral em 1º instância é apresentado por promotores de Justiça. Há, bem se vê, uma integração institucional no exercício das funções eleitorais.

Essa particularidade - exercício da função eleitoral pelo Ministério Público Estadual na 1ª instância - poderia levar à conclusão de que o órgão interno responsável por analisar os pedidos de arquivamento dos inquéritos policiais envolvendo crimes eleitorais seria o procurador-geral de Justiça, aplicando-se, aqui, o art. 28 do CPP. No entanto, há previsão específica no Código Eleitoral. O parágrafo 1º do art. 357 da Lei 4737/65⁵, que instituiu o Código Eleitoral (em plena ditadura!), estabelece que, se o promotor de Justiça eleitoral, ao invés de oferecer denúncia, requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial por crime eleitoral, o juiz eleitoral, discordando deste pedido, deverá remeter os autos ao procurador regional eleitoral - que, como já referido, é um membro do MPF -, o qual poderá oferecer a denúncia, designar outro promotor ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual o juiz eleitoral estará vinculado. Assim se passavam as coisas até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). O art. 62, IV, desta lei é aplicável também no âmbito do Ministério Público eleitoral. Isto porque, como já se sabe, a função ministerial eleitoral é atribuição do MPF, assim como a jurisdição eleitoral é atribuída a uma das Justiças da União - a Justiça Eleitoral. Este último dispositivo legal da LOMPU revogou o art. 357, parágrafo 1º do Código Eleitoral, pois disciplinou a mesma matéria de forma diversa. Portanto, nos casos de pedido de arquivamento de inquérito policial por promotor de Justiça eleitoral, e discordando o juiz eleitoral, deve este remeter os autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF (2ª CCR)⁶. Ressalte-se, pois: o órgão interno do Ministério Público com atribuição para rever o pedido de arquivamento de inquérito policial versando sobre supostos crimes eleitorais não é o procurador-geral de Justiça, não é o procurador regional eleitoral, mas sim a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Enfim, essas são as formas pelas quais o art. 28 do CPP é instrumentalizado nos diversos ramos do Ministério Público.

Passemos, agora, ao objeto central deste estudo.

DA NÃO RECEPÇÃO DO ART. 28 PELA CF.

Como já salientado linhas atrás, o art. 28 do CPP, gestado durante sob um regime ditatorial, confere ao juiz o poder de fiscalização sobre a atribuição do MP de promoção da ação penal pública. Com base nessa regra, cabe a ele exercer o papel de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao discordar do pedido de arquivamento de inquérito policial, deve remeter os autos ao órgão de

⁵ Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁶ A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é órgão colegiado setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício profissional no Ministério Público Federal relativamente à **matéria criminal**, ressalvados os de competência da 5ª e 7ª Câmaras e os casos de atribuição do Procurador-Geral da República e do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, com participação igualitária de seus membros. É composta por três Subprocuradores-Gerais, sempre que possível, sendo um indicado pelo Procurador-Geral da República e dois pelo Conselho Superior, juntamente com seus suplentes, para um mandato de dois anos. Incumbe ao Procurador-Geral da República a indicação do Coordenador. (<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2>)

revisão da instituição, que ratificará, ou não, a decisão do promotor, determinando o arquivamento do procedimento, requisitando novas diligências à autoridade policial ou oferecendo denúncia. O controle judicial, nesse sentido, afigura-se relativo, na medida em que a palavra final caberá à própria instituição, por meio do PGJ ou da 2ª CCR.

Todavia, o que se discute neste artigo é a própria interferência do Judiciário na fase pré-processual, fora das hipóteses sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição e da necessária intervenção judicial para a garantia de direitos fundamentais supostamente violados no curso da persecução penal. Da mesma forma, não se está a discutir a necessidade da fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Considerando este mesmo princípio, bem como o princípio da indisponibilidade do interesse público, aliado à norma constitucional que atribui ao Estado o monopólio da persecução penal, é natural e mesmo imperiosa a fiscalização dessa prerrogativa. A questão, entretanto, reside no órgão responsável por exercer esse papel.

A CF, nesse sentido, ao instituir como princípio regente do modelo constitucional do processo penal o sistema acusatório, optou claramente por retirar o Judiciário desse protagonismo. Certamente, ao atribuir uma série de funções referentes à persecução penal ao Ministério Público, conferiu a ele também essa.

O SISTEMA ACUSATÓRIO REVOGOU O ART. 28.

O sistema acusatório, como se sabe, pressupõe completa separação entre as funções concernentes à persecução penal, isto é, de acusar e de julgar. Quem acusa não pode julgar, ao passo que quem deve julgar não pode se imiscuir na seara da imputação, externando qualquer juízo de convicção acerca de pontos e questões ainda não judicializados. Funda-se ele “*na existência de vários sujeitos processuais, tendo eles funções distintas de acusação, defesa e julgamento, sendo certo que a função investigativa só não pode ser atribuída ao julgador. “(...) o Poder Judiciário, em um sistema processual penal acusatório, isto é, em um sistema no qual as funções de acusar (daí acusatório) e de julgar são atribuídas a órgãos distintos, não tem poderes investigatórios*”⁷. Visa-se, com isso, a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória

Todavia, como amiúde ocorre com uma série de garantias constitucionais, ainda falta muito para tornar efetivo esse comando. “*No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, primeiro, pelo simples fato que o juiz ou tribunal não poder começar o processo penal de ofício, ou seja, o juiz ou tribunal depende de um pedido do acusador (propositura da ação penal ou oferecimento da denúncia ou queixa) para poder iniciar o procedimento que leva ao julgamento (sentença condenatória ou absolutória), que é a fase da persecução penal que, no Brasil, é denominada processo penal (propriamente dito); segundo, porque as partes debatem durante o processo, em contraditório, e se afirma a ampla defesa. Entretanto, um ‘observador externo’ ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX*”⁸.

Realçando essas críticas, já se afirmou que “*se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a*

⁷ www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf

⁸ PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4ª Edição. Niterói: Editora Impetus. 2006. p. 49

teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade”⁹.

Justamente em razão desse aparente sistema acusatório é que o art. 28 do CPP continua sendo aplicado sem muita discussão. Permitir a interferência judicial na *opinio delicti* do MP consiste, desta forma, em desprezar substancialmente as atribuições constitucionais privativas do MP e as próprias competências do Judiciário. A este foi atribuído um papel específico. E nesse papel não se insere a função de dizer o que pode ou não pode ser considerado crime antes da imputação de um fato delituoso. Na fase pré-processual, cabe ao Judiciário tão-somente proteger as garantias constitucionais do suspeito, do investigado. Nesse sentido, “O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um ‘magistrado de garantias’, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público. (...) mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas.” (Inq 2.913-AgR, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, julgamento em 1º-3-2012, Plenário, DJE de 21-6-2012.)

O Judiciário, desse modo, estabelece limites à pretensão acusatória estatal. Cabe a ele impedir eventuais excessos e abusos nessa tarefa. Não pode atuar como um facilitador, um indutor de pretensões penais eventualmente rechaçadas pelo órgão acusador. Por conseguinte, é manifestamente inconstitucional o art. 28 do CPP, ao possibilitar que o juiz fomente, via manifestação do órgão de revisão do *Parquet*, o ajuizamento de ações penais.

Não é papel do Judiciário, portanto, incentivar esse tipo de comportamento estatal. Em um sistema acusatório, como o nosso, o Judiciário é, por definição e por natureza, um agente imparcial, que deve permanecer e se manter inerte, até ser provocado. Antes disso, suas competências são muitíssimo limitadas. E entre estas não se encontra o poder de intervir na *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, não compete ao órgão judicial dizer o que é e o que não é crime antes de eventual ajuizamento de ação penal, atribuição privativa e indelegável do MP.

Ainda que não diga respeito especificamente ao tema ora em análise, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais enfrentou questão similar. Ao decidir pela não recepção do art. 385 do CPP, o tribunal assim se pronunciou:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO.

I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador.

II – O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz,

⁹ PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003

terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.

III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

IV – A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público. (TJ/MG, 5ª CC, RESE 1.0024.05.702576-9/001: rel. des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 13/10/2009).

Bastante claros, os argumentos apresentados são os mesmos a justificar a não recepção do art. 28 do CPP. O juiz, ao emitir juízo de valor positivo sobre algum dos elementos de um fato delituoso antes de uma eventual acusação penal, estaria se confundindo com a figura do acusador. Sobre a questão, José Frederico Marques, citado por Vladimir Aras, já afirmou que “A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. [...] O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público”¹⁰. Não pode, assim, e a toda evidência, exercer papel que a Constituição não lhe outorgou.

E mais: ao explicitar que certo fato deve ser objeto de acusação penal, o juiz torna-se parcial. Ao afirmar existir indícios suficientes de materialidade ou autoria delitivas, ou emitindo juízo positivo acerca de qualquer dos elementos configuradores de crime, à defesa não restaria muito o que sustentar em sua defesa. Eventuais teses defensivas, como negativa de autoria ou atipicidade do fato, já estariam seriamente prejudicadas pela manifestação judicial. Eventual fato imputado, como se percebe, se encontraria, de certa forma, pré-julgado.

Enfim, considerado o quadro jurídico vigente, inaugurado com a atual constituição, que atribuiu privativamente ao *Parquet* o papel de avaliar se os elementos de informação de que dispõe são, ou não, suficientes para a apresentação da denúncia, resta evidenciado a não recepção do art. 28 do CPP. Em outras palavras, o sistema acusatório, inaugurado em 1988, revogou o citado dispositivo. Ainda que aplicado amiúde nos dias de hoje, sua utilização representa um dos vários resquícios do sistema inquisitorial ainda vigentes de fato em nosso sistema processual penal. Situação que deve ser combatida.

Que fazer, então, para que o princípio da obrigatoriedade seja efetivamente fiscalizado, sem a indevida interferência judicial?

Como já afirmado, a fiscalização desse postulado é necessária. O equívoco está em permitir ao Judiciário exercer esse papel. Com o advento do sistema acusatório, não cabe mais a ele essa prerrogativa. Considerando que inexistente, por ora, regra análoga no CPP em vigor ou em lei extravagante que trate de processo penal, a solução pode muito bem ser obtida com a utilização do art. 9ª da LACP, aplicada aqui por analogia.

¹⁰ <https://blogdovladimir.wordpress.com/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>

Ao *promover* o arquivamento de autos de inquérito civil, deve o órgão de execução do MP remeter os autos ao órgão revisional, que, no âmbito do Ministério Público Estadual, é o Conselho Superior.

Nesta ordem de ideias, não deve mais o membro do Ministério Público *pedir* o arquivamento dos autos do inquérito policial ao juiz, ao qual compete *deferir* ou não tal pedido. Deve o membro do *Parquet promover* o arquivamento e remeter os autos ao órgão revisional interno, como ocorre no âmbito dos inquéritos civis. A este cabe adotar as providências que entender cabíveis, ratificando o arquivamento ou designando outro membro para oferecer a denúncia.

Com isso, não haveria qualquer prejuízo à fiscalização do princípio da obrigatoriedade. Com essa solução, aliás, a fiscalização seria acentuada, na medida em que todo arquivamento, assim como acontece com os inquéritos civis, passaria a depender da homologação do órgão revisor *interna corporis*. Ademais, retiraria o juiz do exercício de um papel que, pela Constituição, não lhe é atribuído, tornando mais efetivo o sistema constitucional acusatório. Toda a fiscalização, isto é, todo o procedimento de revisão do arquivamento desses procedimentos investigatórios policiais se desenvolveria dentro da instituição do Ministério Público, a quem compete, segundo a CF, essa função.

A preocupação com essa situação não é inédita, como se passa a ver.

DO ANTEPROJETO DO NOVO CPP

Como se sabe, em 2008, o Senado Federal instituiu uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de novo CPP. Presidida pelo ministro aposentado do STJ Hamilton Carvalhido, e integrada por renomados professores da área, como Eugenio Pacelli e Antônio Magalhães Gomes Filho, a comissão avançou em diversos pontos. O texto final foi apresentado em 2009 ao então presidente do Senado, José Sarney.

Dentre as novidades, o anteprojeto prevê uma profunda alteração no instituto do inquérito policial. Além de prever a tramitação direta entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público¹¹, a comissão de juristas conferiu ao controle do arquivamento uma roupagem nova e bastante moderna¹². Nos ter-

¹¹ Art. 34. Concluídas as investigações, em relatório sumário e fundamentado, com as observações que entender pertinentes, a autoridade policial remeterá os autos do inquérito ao Ministério Público, adotando, ainda, as providências necessárias ao registro de estatística criminal.

¹² Vejam-se os arts. 35 e 37 e ss.

Art. 35. Ao receber os autos do inquérito, o Ministério Público poderá:

I – oferecer a denúncia;

II – requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia.

III – determinar o encaminhamento dos autos a outro órgão do Ministério Público, por falta de atribuição para a causa;

IV – determinar o arquivamento da investigação

Do arquivamento

Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei.

§1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Art. 39. Arquivados os autos do inquérito por falta de base para a denúncia, e, surgindo posteriormente notícia de outros

elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício ou mediante requisição do Ministério Público.

Art. 40. Nas investigações em que o juiz das garantias é chamado a intervir, na forma do art. 15, o arquivamento do inquérito policial e a providência mencionada no art. 35, III, ser-lhe-ão comunicados pelo Ministério Público, para baixa dos procedimentos e respectivos registros na instância judiciária.

mos da Exposição de Motivos: *Deste modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o Ministério Público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. O critério escolhido segue a lógica constitucional do controle de ação penal pública, consoante o disposto no art. 5º, LIX, relativamente à inércia ou omissão do Ministério Público no ajuizamento tempestivo da pretensão penal. Decerto que não se trata do mesmo critério, mas é de se notar a distinção de situações: a) no arquivamento, quando no prazo, não há omissão ou morosidade do órgão público, daí porque, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deve o juízo acusatório, em última instância, permanecer em suas mãos; b) na ação penal subsidiária, de iniciativa privada, a legitimidade da vítima repousa na inércia do órgão ministerial, a autorizar a fiscalização por meio da submissão do caso ao Judiciário (pp. 17 e 17).*

Embora tenha sido adotada posição diversa da sustentada neste estudo, trata-se de opção legítima, inteiramente razoável e juridicamente válida. Caberá aos deputados e senadores ratificarem a opção da comissão, que, como visto, atualizou, também neste ponto, a questão do arquivamento do inquérito policial e o controle desse ato. Ao retirar o juiz da figura de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, atribuindo esse papel com exclusividade ao Ministério Público, que o decidirá por meio de seus órgãos internos, conferiu ao instituto os necessários traços constitucionais.

Por fim, cabe analisar como o STF interpreta o dispositivo que disciplina este mecanismo de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O ART. 28 E O STF

Amplamente divulgado e conhecido no meio jurídico é o posicionamento do STF a respeito do requerimento do procurador-geral da República pelo arquivamento de inquérito policial. Tratando-se de chefe da instituição (no caso, do MPU), o requerimento ministerial torna-se irrecusável. Por duas ordens de razões: (i) a manifestação é proveniente do procurador-geral da República; (ii) inexistente órgão de revisão com atribuição de reexaminar tais manifestações. Os precedentes do STF¹³ não esmiúçam tais fundamentos. Em essência, limitam-se a consignar que se é o PGR quem requer o arquivamento de inquérito policial, tal manifestação vincula o tribunal, a quem cabe apenas homologá-la.

Pelos mesmos fundamentos, é possível concluir que manifestações semelhantes subscritas pelos chefes dos Ministérios Públicos dos Estados da Federação vinculam, da mesma forma, os respectivos tribunais de Justiça nas causas de competência originária desses órgãos judiciais. O próprio STF já decidiu¹⁴ - acertadamente - que os Ministérios Públicos dos Estados não estão vinculados, nem subordinados, nos planos processual, administrativo e institucional, ao PGR, chefe do MPU. Nesse sentido eventuais requerimentos dos procuradores-gerais de Justiça pelo arquivamento de inquéritos policiais instaurados para apurar fatos delituosos praticados por detentores de foro privilegiado são também, e pelos mesmos fundamentos, irrecusáveis. Aos tribunais de Justiça não resta alternativa se não deferi-los, homologando-os.

¹³ Inq. 1.604/AL e Inq. 2341-QO

¹⁴ RE 593727 / MG

Portanto, entende o STF, hoje, que apenas as manifestações dos chefes dos diversos ramos do Ministério Público adquirem a natureza de determinações, a vincular os órgãos do Judiciário. Com relação aos requerimentos formulados pelos demais integrantes da instituição, continua o tribunal lançando mão do vetusto art. 28 do CPP.

CONCLUSÃO

Não se vai aqui repetir, em enunciados, os argumentos expendidos ao longo destas linhas, como é costumeiramente feito em teses e estudos acadêmicos. Não é essa a função de uma conclusão a respeito das ideias apresentadas. Esta conclusão vai apenas apontar uma tendência, após anos de prática reiterada e acrítica.

Como arremate, limitaremos-nos apenas a ressaltar a tendência – que nos parece inexorável – de restringir o procedimento de arquivamento do inquérito policial aos limites internos do Ministério Público. Como titular privativo da demanda penal nos crimes perseguíveis mediante ação penal pública, cabe tão-somente ao *Parquet* a formação da opinio delicti. Esta atribuição, como decorrência de um Estado de Direito, deve estar sujeita a controle. Desse controle - necessário e imprescindível - não pode participar o Poder Judiciário.

Parece que em relação a este ponto ainda estamos no caminho de descobrir o óbvio, porém sem muita procura.

Descobrimo o óbvio: a defesa prévia prevista na Lei de Improbidade foi revogada pela EC 32/01!

EMMANUEL LEVENHAGEN PELEGRINI

Promotor de Justiça em Minas Gerais

RENAN LEVENHAGEN PELEGRINI

Analista de Promotoria do Ministério Público de São Paulo

Já se disse e repetiu, um sem número de vezes, que a maior dificuldade na técnica argumentativa é provar o óbvio. Bem examinadas as coisas, não vai nisso ironia alguma. Em política, como em tudo mais, a reiteração de um abuso acaba por fazê-lo entrar na normalidade da vida.

É o que se dá com o poder, atribuído pela Constituição ao Presidente da República, de editar medidas provisórias. Trata-se, a todas as luzes, de uma competência excepcional e não ordinária. Mas a prática brasileira acabou por transformar o abuso manifesto em costume pacífico e consagrado, sob as vistas complacentes do órgão judicial incumbido de zelar pela guarda e conservação do sistema constitucional.¹

Aqui se pretende demonstrar o óbvio decorrente da reiteração de uma prática usada e abusada. O óbvio é a revogação de parte das disposições da medida provisória 2.225-45/01 pela emenda constitucional nº 32/01; o abuso refere-se às (re)edições inconstitucionais de tais atos normativos, sem qualquer urgência.

A medida provisória nº 2.225-45/01, reeditada 45 vezes – sem qualquer urgência, bem se vê – pelo então chefe do Poder Executivo da União, Fernando Henrique Cardoso, pretendeu alterar as Leis nº 6.368/76, 8.112/90, 8.429/92 e 9.525/97.

No que importa a este breve texto, a medida provisória nº 2.225-45/01 pretendeu alterar o procedimento da ação de improbidade administrativa, instituindo, essencialmente, a defesa prévia, de forma análoga ao procedimento dos crimes funcionais, previsto nos art. 514 e ss. do Código de Processo Penal.

Costuma-se afirmar que tal medida provisória continua em vigor, uma vez que sua eficácia fora

¹ COMPARATO, Fábio Konder, A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso

“congelada” – e esta nos parece a melhor expressão para designar o fenômeno – pela emenda constitucional nº 32/01.

A eficácia das medidas provisórias em geral, editadas em data anterior a 11/09/01, data da publicação da emenda constitucional nº 32/01, foi, de fato, congelada pelo art. 2º deste ato normativo. Nos termos deste dispositivo, tais medidas provisórias “continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

No entanto, a eficácia das disposições da medida provisória nº 2.225-45/01 – reeditada pela última vez em 04/09/01, anteriormente, pois, à data estabelecida no art. 2º da emenda constitucional nº 32/01 - que versam sobre o procedimento da ação de improbidade administrativa não foi congelada. Explica-se.

A mesma emenda constitucional nº 32/01, alterando profundamente a disciplina constitucional das medidas provisórias, estabeleceu vedação da edição desta espécie normativa sobre matéria relativa a direito processual (art. 62, parágrafo 1º, I, “b”, CF).

Com a entrada em vigor da emenda constitucional nº 32/01 – o que ocorreu na data de sua publicação, a saber, 11/09/01, nos termos de seu art. 3º -, as disposições da medida provisórias nº 2.225-45/01 sobre o procedimento da ação de improbidade foram imediatamente revogadas, ou, sob outra perspectiva, não foram recepcionadas² pela nova disciplina constitucional da matéria, pois versaram sobre matéria relativa a direito processual civil³.

Não se pode argumentar que a eficácia das disposições sobre procedimento da ação de improbidade contidas na medida provisória nº 2.225-45/01 fora congelada porque elas sequer foram recepcionadas pelas novas normas constitucionais decorrentes do poder constituinte reformador. Tais disposições da referida medida provisória foram revogadas pela emenda constitucional nº 32/01 tão logo esta entrou em vigor. O congelamento da eficácia das medidas provisórias editadas nos termos do art. 2º da emenda constitucional nº 32/01 pressupõe medida provisória materialmente compatível com as novas normas constitucionais, o que, como se viu, não é o caso. O art. 2º da emenda constitucional nº 32/01 aplica-se a outras medidas provisórias editadas de acordo com seus termos, mas não às disposições revogadas pelo mesmo ato normativo.

Conclui-se assim, com segurança, que não houve qualquer alteração do procedimento da ação de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92 pela medida provisória nº 2.225-45/01. Não há, pois, defesa prévia neste procedimento, circunstância que costumava “especializar” o procedimento ordinário estabelecido no *caput* daquela lei.⁴ Ajuizada a demanda, deve o demandado ser citado para oferecer contestação, e não intimado para oferecer defesa prévia.

A argumentação aqui desenvolvida é nova. Pode levar algum tempo até conquistar corações e mentes. Há mais de 15 anos tem se procedido de acordo com as alterações previstas na medida provisória nº 2.225-45/01. No entanto, às vezes, só descobrimos o óbvio após longa procura.⁵

² A inconstitucionalidade é sempre congênita, originária. Texto legal materialmente incompatível com ordem constitucional superveniente, ainda que parcial, como as emendas constitucionais, resolvem-se com a revogação da disposição legal anterior, ou, sob perspectiva diversa, mas com idênticos efeitos práticos, com a não-recepção do texto legal anterior.

³ Não se desconhece a profunda celeuma a propósito da diferença entre normas de processo e normas de procedimento, que geram consequências na definição do ente federativo detentor da competência legislativa na matéria. Não há, contudo, qualquer concordância quanto a este ponto, ainda que mínima. Pressupor-se-á, aqui, a natureza de direito processual das normas sobre procedimento da ação de improbidade administrativa.

⁴ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

⁵ BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 8ª edição, Editora Renovar, p. 296

O Novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça em Uberlândia-MG

INTRODUÇÃO

Diante do advento de nova legislação processual no cenário jurídico brasileiro, é natural que haja controvérsias quanto ao alcance da sua incidência em relação às legislações extravagantes ou especiais.

Tem sido bastante comum que essas legislações extravagantes façam referência à aplicação subsidiária dos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, conforme o caso. Então, é preciso que se observem critérios nessa aplicação subsidiária.

APLICAÇÃO RESTRITA DAS NOVAS REGRAS PROCESSUAIS A PROCEDIMENTOS REGULADOS PELO ECA

Por força das disposições do art. 152 da Lei n. 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, algumas regras procedimentais emergentes do chamado Novo Código de Processo Civil aplicar-se-ão a determinadas ações ou procedimentos previstos na referida Lei.

Todavia, essa aplicação subsidiária em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente exigirá a observância da compatibilidade das precitadas novas regras com os princípios estatutários da *intervenção precoce, da atualidade e da agilidade no atendimento* às questões infantojuvenis (arts. 100, VI e VIII e 88, V e VI, respectivamente, do ECA).

Nunca é demais lembrar que o art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) enuncia a necessidade da existência de *legislação especial* ou *tutelar específica* (art. 227, VI, da CF), com vistas à *proteção especial* a ser assegurada a crianças e adolescentes. Há, assim, o microsistema de salvaguarda dos direitos infantojuvenis.

Consequentemente, se a aplicação de regra procedimental prevista na Lei n. 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil (NCCP) – vier a comprometer, de alguma forma, a celeridade da marcha processual, nos procedimentos regulados expressamente no ECA, aí, então, será afastada a sua incidência.

Veja-se: nas ações de perda e de suspensão do poder familiar há, sabidamente, o procedimento próprio traçado no ECA, com a indicação dos requisitos da petição inicial, prazo para a resposta dos requeridos, previsão da necessidade de que o rol de testemunhas, quando for o caso, conste da peça inaugural e da contestação, e outras coisas mais. Quis o legislador, assim, que esse procedimento espe-

cial concorresse, efetivamente, para o prolação célere do correspondente provimento jurisdicional, com vistas à imediata e concreta garantia do direito à convivência familiar e comunitária, quer no seio da família natural ou extensa, quer em família substituta, em caráter excepcional.

Registre-se, ainda, que o legislador estabeleceu prazo assaz exíguo para o processamento e julgamento das ações de perda do poder familiar, fixando-o em 120 dias (cento e vinte), a teor do disposto no art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a designação da audiência prévia de conciliação, com a fixação, em consequência, do termo inicial do prazo de contestação a partir desta, à evidência, comprometeria a resolução célere das demandas supracitadas. De igual forma, a contagem do prazo de defesa em dias úteis acabaria por retardar o julgamento de tais causas, dado que há outros prazos a serem cumpridos durante a marcha processual.

Por outro lado, é até curioso observar que o legislador estatutário admite que os pais, ocasionalmente, renunciem ao exercício do poder familiar, e tanto assim é que eles podem concordar com a adoção, o que dispensará o estabelecimento de procedimento contraditório prévio para a decretação da perda do poder familiar.

Além disso, o art. 161 do ECA prevê que, quando não houver o oferecimento de contestação pelos requeridos e se estes estiverem em lugar conhecido e deixarem de comparecer à audiência judicial designada para a sua oitiva sobre o pedido inicial (art. 161, § 4º), será dispensada a produção de outras provas, numa espécie de admissão legal dos efeitos da revelia, em razão da confissão ficta quanto à matéria de fato.

Ainda assim, a realização da audiência prévia de conciliação, nos moldes indicados pelo Código de Processo Civil em vigor, atrasaria em muito a conclusão do processo de destituição do poder familiar, sobretudo se frustrados os objetivos da conciliação, consistentes na obtenção da concordância dos requeridos com a colocação em família substituta. Noutros termos, somente após a concretização desse ato processual, teria início o prazo de defesa; pior, ainda, seria na hipótese de ausência destes à audiência de conciliação, posto que o prazo de defesa teria início tão-só após a expedição e o cumprimento *postergado* do mandado de citação.

Destarte, nas ações de perda e de suspensão do poder familiar, tem-se que apenas o indicativo do número máximo de testemunhas pode ser tomado de empréstimo do *NCPC*, uma vez inexistirá ofensa aos princípios estatutários antes mencionados. O mesmo se diga quanto às causas de impedimentos e de suspeições previstos no novel diploma processual civil, bem como em relação às formalidades legais a serem observadas na tomada de depoimentos e na intimação de determinadas autoridades ou de funcionários públicos.

Por sua vez, a ação de guarda, em sede de procedimento comum, e o pedido de tutela, no âmbito da jurisdição voluntária (orfandade), seguem as regras procedimentais do *NCPC*.

Em relação à *guarda singular*, de natureza *administrativa*, que não implique no afastamento da criança ou do adolescente do seio da sua família, segue, por óbvio, as regras dos procedimentos de jurisdição voluntária, especialmente diante do disposto nos arts. 33, § 2º e 35 do ECA.

Essa medida denominada guarda singular aplica-se, frequentemente, nos casos de reintegração à família extensa, sobretudo nas hipóteses em que os pais estejam desaparecidos ou destituídos do poder familiar, sobrevivendo, então, algum parente com o qual a criança ou o adolescente possua vínculos de afinidade e de afetividade, e uma vez que esse interessado deseje obter a guarda em questão, principalmente para fins de adoção.

Nos procedimentos especiais de habilitação à adoção e de apuração de infrações administrativas

às normas de proteção à criança e ao adolescente, de igual forma, é inconcebível que haja a aplicação das novas regras processuais, salvo, neste último caso, quanto às causas de impedimento e de suspeição, intimação por oficial de justiça das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (art. 455, § 4º do CPC).

Os pedidos de autorização de viagem ao exterior, quando *judicializados*, de nomeação de curador especial (art. 142, parágrafo único do ECA) e outros semelhantes, tipicamente de jurisdição voluntária, deverão seguir, subsidiariamente, as regras estabelecidas nos arts. 719 e seguintes do CPC, por força do disposto no art. 152 do ECA.

No cumprimento de sentenças condenatórias por infração às normas administrativas de proteção à criança e ao adolescente, há, no ECA, a prescrição de regras procedimentais próprias, de modo que apenas quanto aos fundamentos legais para a suspensão do processo de cobrança forçada, bem como para a sua extinção, recorrer-se-á ao CPC ou à Lei de Execução Fiscal, conforme a opção que vier a ser adotada.

Por fim, em relação às ações civis públicas ajuizadas para o fim de se protegerem direitos infantojuvenis, no âmbito da Vara da Infância e da Juventude, o campo de incidência das novas normas procedimentais é muito maior, uma vez que a chamada Lei da Ação Civil Pública não traçou quaisquer procedimentos especiais, tendo estabelecido apenas algumas poucas regras processuais, notadamente quanto à legitimação e aos interesses a serem defendidos na forma dessa Lei.

CONCLUSÃO

A aplicação das novas normas processuais aos procedimentos regulados pelo ECA exige muita cautela, sobretudo à luz dos princípios estatutários da intervenção precoce, da atualidade e da agilidade no atendimento às questões infantojuvenis.

Uberlândia, 19 de abril de 2016.

Audiências concentradas e a obrigatória “Escuta Tolerante” da Criança e do Adolescente

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça em Minas Gerais

FERNANDA PINTO PEREIRA

Analista em Psicologia do MPMG

INTRODUÇÃO

Depois de vários anos de atuação perante a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Uberlândia, principalmente após a utilização das *audiências concentradas* no âmbito da Justiça brasileira, a cada dia tem sido possível constatar quão importante se faz a “escuta tolerante” de crianças e de adolescentes em situação de acolhimento institucional ou em família acolhedora, principalmente.

Essa expressão, “escuta tolerante”, tem sido utilizada pela eminente Professora Isa Guará, Mestre e Doutora em Serviço Social, de modo a indicar, dentre outras coisas, que tal escuta deva ocorrer num ambiente acolhedor ou em circunstâncias que a favoreçam espontaneamente, sem quaisquer constrangimentos.

Curiosamente, tem sido observado que, normalmente, crianças *maiores* e adolescentes querem falar reservadamente com o magistrado, sem a presença dos demais participantes do ato judicial, vistos muitas vezes como meros curiosos de sua história de vida. É natural que isto ocorra, posto que os acolhidos em “abrigo institucional” ou em “casa-lar” geralmente são informados de que a sua permanência ou desligamento desses serviços depende da decisão do juiz da comarca, ou seja, eles passam a desejar o contato direto e exclusivo com essa autoridade, por ser a pessoa cuja escuta terá efeito prático.

Há, assim, a percepção *pragmática* de que valerá a pena revelar ao magistrado sentimentos íntimos, frustrações e aspirações, significando, portanto, que essa escuta não poderá ocorrer a torto e a direito, sem certos cuidados. Existem, ainda, os fundamentos psicológicos quanto a essa forma de atitude adotada por crianças e por adolescentes institucionalizados. Tais fundamentos serão apresentados adiante, resumidamente.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Inicialmente, deve-se registrar que as *audiências concentradas* foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio por meio do Provimento n. 32 do Conselho Nacional de Justiça, datado de 24 de junho de 2013. Elas dizem respeito à análise da situação de crianças e de adolescentes em situação de acolhimento institucional ou em famílias acolhedoras.

Para tanto, o precitado Provimento prescreve, dentre outras coisas, que:

Art. 1º. O Juiz da Infância e Juventude, sem prejuízo do andamento regular, permanente e prioritário dos processos sob sua condução, deverá realizar, em cada semestre, preferencialmente nos meses de abril e outubro, os eventos denominados “Audiências Concentradas”, a se realizarem, sempre que possível, nas dependências das entidades de acolhimento, com a presença dos atores do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente, para reavaliação de cada uma das medidas protetivas de acolhimento, diante de seu caráter excepcional e provisório, com a subsequente confecção de atas individualizadas para juntada em cada um dos processos.

[...]

§ 2º Sugere-se o seguinte roteiro para a realização das audiências:

I - conferência pela vara, no Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), dos dados cadastrais da(s) entidade(s) de acolhimento a ela submetida(s), com a atualização completa dos seus dados;

II - levantamento prévio, a ser feito diretamente perante a(s) entidade(s) de acolhimento ou por ela encaminhado, da lista dos nomes das crianças e adolescentes ali acolhidos;

III - conclusão ao gabinete de todos os processos dos infantes listados no inciso anterior onde foi aplicada a medida protetiva de acolhimento, atuando-se desde já novos processos em favor dos acolhidos que, eventualmente, se encontrarem na instituição de forma irregular, ou seja, sem guia de acolhimento ou qualquer decisão judicial respaldando a institucionalização;

IV - designação das audiências e intimação do Ministério Público, Defensoria Pública, e representantes dos seguintes órgãos, onde houver, para fins de envolvimento único e tomada de medidas efetivas que visem abreviar o período de institucionalização:

- a) Equipe interdisciplinar atuante perante a vara da infância e juventude;
- b) Conselho Tutelar;
- c) Entidade de acolhimento e sua equipe interdisciplinar;
- d) Secretaria Municipal de Assistência Social;
- e) Secretaria Municipal de Saúde;
- f) Secretaria Municipal de Educação;
- g) Secretaria Municipal de Trabalho/Emprego;
- h) Secretaria Municipal de Habitação
- i) Escrivão(ã) da própria Vara.

Veja-se: inúmeros órgãos e autoridades serão convidados a participar das *audiências concentradas*, além da “*intimação prévia dos pais ou parentes do acolhidos que com eles mantenham vínculos de afinidade e afetividade, ou sua condução no dia do ato*”.

As *audiências concentradas* visam a que sejam avaliadas, periodicamente, a adequação e a necessidade da medida específica de proteção em causa.

Por seu turno, o art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069 de 1990 –, ao tratar de alguns dos princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, estabelece, taxativamente, dentre outros, os seguintes:

“Art. 100. [...]”

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada.

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei”.

Vê-se, assim, que o próprio legislador estatutário, de forma expressa e direta, determina que crianças e adolescentes devem ter a sua privacidade resguardada, sobretudo por meio do “*respeito por sua intimidade*”. Aliado a isso, a criança – “*respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão*” – e o adolescente têm direito de ser “*ouvido, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada*”.

Consequentemente, por ocasião da realização das *audiências concentradas*, deve o magistrado, não só ouvir crianças com idade *superior* a quatro anos e adolescentes, a fim de lhes ensejar a oportunidade de expressarem as suas dúvidas e aspirações ao julgador, como também perquirir se é desejo destes a manifestação na presença de inúmeras pessoas e/ou autoridades, que estejam presentes ao referido ato judicial. É comum e natural que crianças e adolescentes prefiram a conversa a sós com o magistrado à exposição pública dos seus sentimentos íntimos. Isto deve ser respeitado, quer em razão dos princípios legais suprarreferidos, quer em razão do que dispõe o art. 18 do ECA, ou seja, é “*dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor*”.

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA “ESCUTA TOLERANTE”

A escuta que aqui se quer defender deve ser caracterizada por uma audição empática, acolhedora, de modo a transmitir segurança e de se criarem as condições espontâneas para a expressão de desejos e de necessidades. Sua grandeza e especificidade é atravessada pela situação peculiar de sofrimento dessas crianças e adolescentes, que vivenciaram situações de violência, cometidas, em sua grande maioria, por pessoas responsáveis por lhes garantir segurança, proteção e de dar amor. A ruptura de tais laços primordiais pode gerar consequências emocionais para toda uma vida, incluindo a incapacidade de confiar e de estabelecer relações positivas com os outros, assim como problemas diversos daí decorrentes, destacando-se a baixa autoestima, os sentimentos de culpa, de angústia, de medos e de ansiedade.

As crianças e os adolescentes, que são afastados do convívio familiar, sofrem em dois momentos: por terem sido vítimas das mais diversas formas de violência perpetradas por pessoas que eles amam e, em segundo lugar, por terem sido afastados do seu lar, do seu mundo de segurança e intimidade, ainda que este ambiente familiar estivesse comprometido pela existência de maus-tratos e de abusos diversos.

A ambiguidade resultante dessas relações familiares “violentos” gera, inevitavelmente, grande sofrimento emocional, além dos sentimentos de culpa e de angústia, já que aquele(s) a quem se ama é o seu agressor e a pessoa a ser odiada pelos seus atos. Isto ocorre, principalmente, nos casos de abuso sexual, quando, para a vítima romper com o silêncio, o processo passa a ser ainda mais complexo: é preciso serem vencidos o medo e a culpa, a fim de se revelarem as experiências vividas, particularmente por serem os agressores parte da família da vítima.

Os desdobramentos dessa revelação pelas vítimas, em relação às suas famílias, notadamente a desintegração inevitável destas, geram, nas crianças e nos adolescentes, sentimento de culpa pelos sofrimentos gerados em seus pais. Estudos apontam que o momento do acolhimento institucional, em verdade, é vivenciado, por crianças e por adolescentes, como punição pelo mal “causado” aos seus pais.

Apesar das rupturas de vida advindos da aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional, há estudos mostrando que fatores protetivos sobrevivem de tal medida, por ser possibilitada a construção de relações seguras e afetivas, funcionando, assim, como apoio emocional e proteção.

Entretanto, a despeito da violência sofrida em seus lares, a literatura tem destacado que muitas crianças e adolescentes apresentam uma percepção otimista e positiva da família, minimizando os fatores responsáveis pela institucionalização. Enfim, há a revelação de serem esses vínculos familiares significativos e afetivos.

De fato, nas visitas realizadas em serviços de acolhimento institucional, e uma vez realizada a escuta individual dos acolhidos, é comum que estes relatem sentir vergonha em dizer para a equipe técnica sobre o seu desejo em voltar para a família, ou mesmo de receber uma visita. Tais verbalizações sugerem que falar dos seus sentimentos e das suas aspirações a quem quer que seja é tão difícil e conflituoso quanto dizer da violência sofrida no ambiente familiar.

Por outro lado, a demanda em ser ouvido pelo juiz, quer por crianças mais velhas, quer por adolescentes – que a requerem de maneira individualizada e a sós –, parece refletir a necessidade de se expressar o que até então não foi possível de ser dito; enfim, de se dizer dos sentimentos e das aspirações para um terceiro “neutro”, na rede de relações humanas, com as suas diversas significações afetivas. Para crianças mais velhas e, também, para adolescentes, a percepção que eles têm de suas necessidades, bem como a capacidade de avaliar sua situação de forma mais crítica, geram condições para que sejam expressados os seus desejos e as suas opiniões.

Com efeito, a disponibilidade para essa escuta qualificada deve refletir tais dinâmicas internas, decorrentes do sofrimento que carregam consigo crianças e adolescentes vítimas das mais diversas for-

mas de violência. Deve-se respeitar o momento em que a criança/adolescente se encontra, ou seja, se o momento é de revelação ou de fechamento. Há de ser considerado, ainda, que as inconsistências ou as incoerências em seu discurso revelam que a vítima pode estar cansada de falar, de maneira repetida, para várias pessoas, de coisas difíceis, causadoras de grande sofrimento.

CASO CONCRETO EMBLEMÁTICO

Na Comarca de Uberlândia, uma criança de dez anos de idade, após a morte da avó/guardiã e de passar a viver com a genitora, pediu para ser acolhida institucionalmente, diante do ambiente familiar então insuportável, sobretudo em razão da insegurança da mãe no estabelecimento de limites para a filha. Pouco tempo depois, sobreveio a realização da audiência concentrada, na qual a criança e a genitora se fizeram presentes.

Então, foi possível constatar, quer na entrevista com a mãe, quer pelos estudos técnicos realizados, a existências de perspectivas muito animadoras da mudança das condições afetivas no ambiente familiar da criança; porém, foi a oitiva reservada desta última pelo magistrado que propiciou a formação da convicção do julgador, no sentido de que o desligamento da medida de proteção se impunha de imediato. A criança quis, espontaneamente, manifestar os seus sentimentos e as suas aspirações ao magistrado, na companhia de uma profissional afetuosa da Justiça local.

Com isso, a precitada criança certamente *desconstruiu*, psicologicamente, a figura do “juiz frio e distante”, transformando-a em um ser sensível, bondoso e justo: Justiça, em sua vida, terá, com certeza, uma nova dimensão indelével.

CONCLUSÃO

Nas *audiências concentradas*, a privacidade, a oitiva obrigatória e a participação da criança e do adolescente devem ser sempre resguardadas pelo magistrado.

Uberlândia, 04 de maio de 2016.

O prazo prescricional da ação de improbidade administrativa proposta em face de servidor no exercício de cargo efetivo ou emprego

AUTORIA: PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DEFESA: GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA

– Procuradora de Justiça

FUNDAMENTAÇÃO

A prescrição da ação por ato de improbidade administrativa é tratada no art. 23 da Lei n.º 8.429/92 da forma seguinte:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego;

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Se o réu é agente público que exerce cargo efetivo ou emprego, a prescrição ocorrerá no prazo previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (cf. inciso II do artigo citado).

No entanto, no caso do servidor público do Estado de Minas Gerais, não há, na Lei n.º 869/52, prazo prescricional para a penalidade de demissão a bem do serviço público. O art. 258 da referida lei prevê tão somente os prazos de dois anos para as penalidades de repreensão, multa e suspensão e de quatro anos para a demissão por abandono do cargo.

Diante da omissão legislativa, nesse caso, qual será o prazo para a ação de improbidade? Seria ela imprescritível ou poderíamos adotar o prazo de cinco anos, previsto para o servidor público federal (art. 142, I, da Lei n.º 8.112/90)?

Esse é o objeto da tese que tem relevância na atuação ministerial, especialmente se considerarmos que a omissão em tela se repete nas legislações municipais.

A falta de norma não autoriza o reconhecimento da imprescritibilidade, porque o instituto da prescrição é oponível mesmo em face da Administração Pública, em razão do princípio da segurança jurídica.

Não há que se aplicar também a Lei n.º 8.112/90, porquanto restrita aos servidores federais.

Embora independentes as instâncias cível e penal, em se tratando de direito sancionador, nada impede a utilização, na seara cível, do sistema prescricional penal; assim, se a infração administrativa é capitulada como crime, o prazo prescricional é o previsto na legislação penal.

Nesse sentido, cite-se os seguintes precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INCIDÊNCIA ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDOTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. INDEPENDÊNCIA PROCESSUAL ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL. RESGUARDO DO VETOR SEGURANÇA JURÍDICA.

[...]

4. Como os recorrentes são servidores públicos efetivos, no que se relaciona à prescrição, incide o art. 23, inc. II, da Lei n.8.429/92.

5. Os prazos prescricionais, portanto, serão sempre aqueles tangentes às faltas disciplinares puníveis com demissão.

6. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também crimes - o que ocorre na hipótese. No Código Penal - CP, a prescrição vem regulada no art. 109.

[...] os atos cometidos ocorreram em 8.1.1996, e a presente ação civil pública foi ajuizada em 2001 - respeitados, portanto, o prazo de 12 anos (prescrição relativa ao crime de corrupção passiva, o que tem maior pena abstratamente cominada dentre os acima elencados), na redação do Código Penal à época dos fatos.

[...]

16. Recurso especial de Ailton Dutra parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp n.º 1.106.657/SC, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 20.09.2010)

MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITORA FISCAL DA RECEITA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO CPB. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO PAD. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO TERMO INICIAL DO

LAPSO TEMPORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO NA ES-
MERADA POSIÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. PROCESSO EXTINTO, SEM
APRECIÇÃO DE MÉRITO.

1. **Evidenciado nos autos que a conduta da impetrante foi objeto de apuração na esfera criminal, existindo, inclusive, sentença penal condenatória, a prescrição da sancionabilidade do ilícito administrativo se regula pelo prazo prescricional previsto na Lei Penal** (art. 142, § 2o. da Lei 8.112/90). Precedentes. [...] (MS n.º 14.320/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 14.05.2010)

Idêntico posicionamento adota o TJMG: AI n.º 1.0079.07.387730-4/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, DJ 25.10.2013; AC n.º 1.0024.10.003435-4/001, 3ª CC, Rel. Des. Elias Camilo,

DJ 25.4.2013; AC n.º 1.0024.05.862245-7/003, 4ª CC, Rel. Des. Audebert Delage, DJ 14.12.2006.

CONCLUSÃO

A ação de improbidade proposta em face de servidor no exercício de cargo efetivo ou emprego prescreve dentro do prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Na ausência dessa lei e constituindo a infração disciplinar também crime, o prazo prescricional a ser adotado é o previsto na lei penal.

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

Procurador de Justiça

Ana Paula Mendes Rodrigues

Procuradora de Justiça

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça

Geraldo Magela Carvalho Fiorentini

Procurador de Justiça

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça

Iraídes de Oliveira Marques Caillaux

Procuradora de Justiça

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior

Procurador de Justiça

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

Maria Inês Rodrigues de Souza

Procuradora de Justiça

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça

Mônica Aparecida B. Cavalcanti Fiorentino

Procuradora de Justiça

Reyvani Jabour Ribeiro

Procuradora de Justiça

Rômulo de Carvalho Ferraz

Procurador de Justiça

Cabimento do mandado de segurança contra ato judicial na hipótese de decisão ilegal capaz de causar dano irreparável

FLÁVIO MÁRCIO LOPES PINHEIRO
ALMIR ALVES MOREIRA
DENILSON FEITOZA PACHECO
GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA

I – FUNDAMENTAÇÃO

Constata-se, primeiramente, que os Tribunais Estaduais e Superiores vêm, em diversos julgamentos de habeas corpus em que se trata da prática de crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, adotando posicionamento de ser **imperativa a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, quando as circunstâncias do delito, a quantidade e a natureza da droga apreendida demonstrarem claramente a periculosidade do agente**. Portanto, existindo elementos concretos e individualizados a comprovarem que a soltura do agente ou a sua manutenção em liberdade implicará risco à ordem pública (CPP, art. 312¹), caberá a segregação cautelar.

Constata-se, também, que, **contra a decisão de nega pedido de prisão preventiva ou concede a liberdade, em casos em que há demonstração clara de periculosidade do agente, cabe ao órgão do Parquet a interposição de recurso em sentido estrito**. Entretanto, tendo-se em vista que o aludido recurso **não possui efeito suspensivo**, a iniciativa ministerial, mesmo que venha a ser considerada, ao final, procedente pelo Tribunal, não representa instrumento processual eficiente de proteção ao interesse público, já que o tempo que normalmente transcorre entre a interposição do recurso e o seu julgamento é suficiente para que o infrator possa praticar atos prejudiciais à ordem pública, frustrando, assim, a finalidade do recurso.

Constata-se, ainda, que há entendimento jurisprudencial de que o efeito suspensivo não pode, em regra, ser obtido por meio de mandado de segurança, o que vem gerando a **inadmissibilidade do mandado de segurança em decisão preliminar do relator, sem o devido exame de situação absolutamente grave que ensejaria a suspensão da decisão enquanto não julgado o recurso em sentido estrito**.

¹ Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Entretanto, tem-se que a Constituição da República de 1988 especificou, em seu art. 5^o, alguns crimes como sendo mais graves, dentre eles o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. Portanto, **estabeleceu a característica jurídica da *hediondez*³, para um conjunto de crimes que devem ter um tratamento mais rigoroso e restritivo de direitos fundamentais do que a generalidade dos crimes, não apenas os denominados *crimes hediondos*, mas também os equiparados a estes, como ocorre com os crimes das leis de drogas. Trata-se de um tipo de crime “que provoca reação de grande indignação moral”, que é considerado como “ignóbil, pavoroso, repulsivo” (veja verbete *hediondo* no Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa).**

Portanto, há uma clara **opção constitucional pelo agravamento do rigor quanto a tal espécie de crime**, possibilitando, de *lege ferenda*, e também estabelecendo, diretamente, **intervenções mais profundas e amplas nos direitos fundamentais dos autores e partícipes desses crimes**. Por essas razões, o legislador infraconstitucional expressamente dispôs, na Lei de Drogas, Artigo 44, ser **vedada a concessão de liberdade provisória** nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1^o, e 34⁵ a 37⁶.

Constata-se, por derradeiro, que os **Tribunais Superiores têm abrandado o entendimento da Súmula STF 2677 ao admitirem por cabível Mandado de Segurança contra ato judicial, ainda que passível de recurso próprio em caso de decisões teratológicas, de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder, capaz de acarretar dano irreparável**. (STF – RMS n.º 33.814 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 24.11.2015; RMS n.º 31.781 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.10.2014; STJ – AgRg no AREsp n.º 89.048/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 08.03.2016; MS n.º 21.318/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16.12.2015).

II – CONCLUSÃO

É cabível Mandado de Segurança, de iniciativa ministerial, com objetivo de dar efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito, contra decisão judicial que nega pedido de prisão preventiva ou concede a liberdade em processo que visa apurar prática de crime de tráfico de drogas ou associação para o tráfico, por manifesta ilegalidade capaz de causar dano irreparável consistente em ausência da garantia da ordem pública, demonstrada claramente a periculosidade do agente e afronta a Constituição Federal (art. 5º inciso XLIII), bem como ao Código de Processo Penal (artigo 312) e Lei de Drogas (artigo 44).

² XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

³ Como todos eles possuem, constitucionalmente, essa qualidade de hediondez, foram tratados conjuntamente na Lei 8.072/1990, como deixa claro seu art. 2º, que abrange tanto os especificamente denominados de crimes hediondos quanto os demais que lhe são equiparados (a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo).

⁴ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

⁵ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

⁶ Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

*O sertão vai virar mar
É o mar virando lama
Gosto amargo do Rio Doce
De Regência a Mariana
- “Cacimba de Mágoa”, Gabriel o Pensador & Falamansa*

Ministério Público, Direitos Humanos e Desastres Naturais e Tecnológicos

GUILHERME DE SÁ MENEGHIN

*Mestrando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais
Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Direitos Humanos. Efetividade. Participação.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desastres naturais e tecnológicos; 3 Ministério Público, proteção dos direitos humanos e participação das vítimas; 4 Conclusão e tese

RESUMO: Os desastres naturais ou tecnológicos criam cenários propícios às violações de direitos humanos. Assim, compete ao Ministério Público atuar na tutela coletiva da dignidade humana, visando dar efetividade aos direitos consagrados na Constituição da República e nas declarações e convenções internacionais de direitos humanos. Para essa finalidade, o Ministério Público precisa promover as medidas judiciais e extrajudiciais com a plena participação das vítimas.

1. INTRODUÇÃO

A afirmação histórica dos direitos humanos demandou uma conjunção de esforços entre órgãos governamentais, entidades internacionais e as lutas e testemunhos das vítimas das violações, em um longo processo de evolução e expansão. Por isso, a doutrina reconhece que “*os direitos humanos são frutos do processo histórico*; resultam de uma longa caminhada histórica, marcada muitas vezes por lutas, sofrimentos e violação da dignidade humana”¹.

Uma das feições mais marcantes da historicidade é a expansividade, ou seja, a marcha dos direitos humanos visa ampliar a proteção à pessoa, e nunca suprimir direitos. Assim, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) e outras entidades internacionais formularam e promulgaram várias declarações de direitos, atingindo quase todos os aspectos da sociedade humana.

Todavia, em muitos casos, o reconhecimento em instrumentos internacionais e a internalização dos tratados nas ordens jurídicas nacionais não significou a concretização dos direitos. Dessa maneira, Norberto Bobbio defende que o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”².

Decerto, as convenções e declarações de direitos foram uma resposta às guerras travadas no século XX, que propiciaram um ambiente hostil à proteção da dignidade humana. Porém, no final do século XX e início do século XXI, o avanço da sociedade industrial e globalizada gerou um novo risco à dignidade humana e ao meio ambiente, os chamados desastres tecnológicos.

Os desastres, sejam naturais, sejam tecnológicos, criam cenários favoráveis às violações de direitos humanos, conferindo aos órgãos públicos a responsabilidade de atuar no sentido oposto aos efeitos deletérios à dignidade humana que podem advir dessas catástrofes.

No Brasil, o Ministério Público é muitas vezes exortado à proteção coletiva dos direitos humanos e, com base nas experiências desenvolvidas, pode-se propor uma forma de atuação capaz de trazer mais benefícios aos ofendidos e à sociedade, visando materializar os direitos humanos que o estado brasileiro se comprometeu a proteger.

2. DESASTRES NATURAIS E TECNOLÓGICOS

Os desastres que afligem a sociedade humana sempre existiram, mas com o aumento da população e das atividades econômicas, os efeitos desses eventos tornaram-se mais aparentes. De um lado, a ocupação de mais territórios sujeita a população a mais desastres e, por outro, as atividades industriais intensificadas ativam mais riscos e falhas e, conseqüentemente, potenciais danos massivos à população.

Ulrich Beck foi o primeiro autor a fornecer um estudo preciso sobre esses desastres, situando-os no contexto da *sociedade de risco* pós-moderna. Segundo o sociólogo alemão:

O ritmo e a radicalidade dos processos de modernização nas sociedades de risco trazem à colação as conseqüências dos sucessos da modernização. Surge uma nova categoria de risco, uma vez que as condições de seu cálculo e o processamento institucional falham parcialmente. Estas circunstâncias levam ao desenvolvimento de um

¹ BARRETO, Rafael. *Direitos humanos*. 4. ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 28, grifo do autor.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

novo clima moral na política no qual as apreciações culturais, portanto, diferentes de país para país, desempenham um papel central e os prós e os contras das consequências possíveis ou reais das decisões técnicas ou econômicas são debatidos publicamente, a mesmo tempo que as funções da ciência e da tecnologia também mudam.³

No Brasil, a Instrução Normativa n. 01, de 2012⁴, do Ministério da Integração Nacional, define “desastre” no artigo 1º, inciso I:

Desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um cenário vulnerável, causando grave perturbação ao funcionamento de uma comunidade ou sociedade envolvendo extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos ou ambientais, que excede a sua capacidade de lidar com o problema usando meios próprios”

Em seguida, a norma classifica esses acontecimentos em *desastres naturais e desastres tecnológicos*, conforme dispõe o artigo 7º:

Art. 7º A Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil adotará a classificação dos desastres constante do Banco de Dados Internacional de Desastres (EM-DAT), do Centro para Pesquisa sobre Epidemiologia de Desastres (CRED) da Organização Mundial de Saúde (OMS/ONU) e a simbologia correspondente.

§ 1º Quanto à origem ou causa primária do agente causador, os desastres são classificados em:

I – Naturais; e

II – Tecnológicos.

§ 2º São desastres naturais aqueles causados por processos ou fenômenos naturais que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos.

§ 3º São desastres tecnológicos aqueles originados de condições tecnológicas ou industriais, incluindo acidentes, procedimentos perigosos, falhas na infraestrutura ou atividades humanas específicas, que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos.

Deveras, a instrução normativa disciplina a decretação da situação de emergência e do estado de calamidade pública e apresenta vários mecanismos para que os órgãos governamentais possam enfrentar as demandas decorrentes de desastres, sejam tecnológicos, sejam naturais.

O terremoto que assolou o Haiti e os deslizamentos e enchentes na região serrana do Rio de Ja-

³ BECK, Ulrick. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015, Kindle Edition, Location 233-240 de 1319.

⁴ BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Instrução Normativa 1, de 24 de agosto de 2012. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ce9q_0voSGoJ:www.mi.gov.br/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D822a4d42-970b-4e80-93f8-dae395a52d1%26groupId%3D301094+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02 jun. 2016.

neiro são exemplos de *desastres naturais*, já que foram causados por fenômenos naturais. Em ambos os casos, a Anistia Internacional noticiou graves e massivas violações de direitos humanos⁵.

Em um relatório sobre o Haiti, após cinco anos do desastre, a referida entidade demonstrou que as políticas governamentais não ajudaram a superar os problemas e, em vários casos, agravaram a situação da população, especialmente com a negação de moradia adequada aos que perderam tudo em razão dos abalos sísmicos:

Cinco anos depois de um terremoto devastador no Haiti, dezenas de milhares de pessoas continuam desabrigadas devido a erros na política do governo, remoções forçadas e soluções de curto prazo que têm falhado em atender à grande parte das pessoas que perderam tudo no desastre, disse hoje a Anistia Internacional⁶.

O vazamento de petróleo da empresa British Petroleum, no Golfo do México, e o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco, em Mariana, ilustram os desastres tecnológicos, porquanto foram gerados por condições tecnológicas e industriais humanas, independentemente do exame da culpa. Nesses casos, também houve riscos à dignidade humana, dessa vez não só por ações e omissões governamentais, mas também pelas atividades das empresas responsáveis pelos empreendimentos.

Nesse contexto, em Mariana, o Ministério Público de Minas Gerais foi suscitado à defesa dos direitos humanos em diversas frentes e as experiências desse episódio conotaram as conclusões que resultaram nessa tese.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO, PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PARTICIPAÇÃO DAS VÍTIMAS

Com a alteração substancial do papel do Ministério Público após a Constituição da República de 1988, a defesa dos direitos humanos passou a fazer parte da pauta institucional.

Decerto, a tutela dos direitos humanos por intermédio do Ministério Público pode ser reconhecida no artigo 127 da Constituição da República, que qualifica a instituição como permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, “incumbindo-lhe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Evidentemente, a defesa dos direitos humanos insere-se na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No mesmo sentido, o controle externo da atividade policial e a defesa dos interesses difusos e coletivos, revelam-se intimamente ligados a esses direitos, em consonância com o artigo 129, incisos II, III, VII e IX, da Carta Magna.

Sobre a atuação ministerial em matéria de direitos fundamentais, Emerson Garcia destaca que pode ser veiculada tanto quanto aos governos quanto aos particulares:

Assim, tratando-se, *verbi gratia*, de garantir o respeito aos direitos fundamentais, não só quando violados pelo Poder Público, como também por outros particulares,

⁵ CORREIO DA CIDADANIA. *Violação de direitos humanos no Brasil em 2011* - Informe 2012 da Anistia Internacional. Disponível em: < http://www.correiodacidade.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=7216>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁶ ANISTIA INTERNACIONAL. Haiti: Cinco anos após o terremoto devastador, dezenas de milhares de pessoas ainda continuam sem teto e desesperadas. Disponível em: < <https://anistia.org.br/noticias/haiti-cinco-anos-apos-o-terremoto-devastador-dezenas-de-milhares-de-pessoas-ainda-continuam-sem-teto-e-desesperadas/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

terá o Ministério Público legitimidade para agir. Com isto, preservar-se-á a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois todos tem o dever de respeitá-los.

No contexto dos desastres naturais e tecnológicos incumbe ao Ministério Público propor as medidas necessárias à proteção coletiva dos direitos humanos dos atingidos pelos eventos, especialmente para assegurar os direitos fundamentais e sociais preconizados nos artigos 5º e 6º da Constituição da República.

Um exemplo é o direito a moradia, introduzido no artigo 6º do Texto Maior pela Emenda Constitucional n. 26, de 2000, muitas vezes suprimido pelos desastres. Tanto em Teresópolis/RJ, quanto no subdistrito de Bento Rodrigues, um grande contingente de atingidos tiveram suas moradias completamente destruídas.

Em Mariana os atingidos foram deslocados para um ginásio e, em seguida, colocados em “hotéis” que, na verdade, funcionavam como alojamentos coletivos. A intenção era manter as famílias⁸ em tais locais, mas após a recomendação expedida pelo Ministério Público, as empresas aceitaram alugar casas para as famílias. Não obstante, a própria empresa estipulou unilateralmente um prazo excessivamente dilatado, que não correspondia às expectativas dos atingidos.

Com isso, ao ingressar com a ação civil pública para assegurar esse e outros direitos, os atingidos foram previamente consultados e participaram da audiência agendada, de maneira que a empresa se viu obrigada a reduzir à metade o prazo previsto. Essa conquista foi fruto da simbiose entre o Ministério Público e os representantes dos atingidos⁹.

Noutra oportunidade, os atingidos foram instados pelo Ministério Público a tomarem a decisão sobre a destinação dos recursos arrecadados a título de doações. Registre-se que, independentemente da responsabilização da empresa proprietária do empreendimento, a Prefeitura de Mariana abriu contas bancárias para recebimento de doações logo após a catástrofe e, assim, pessoas físicas e jurídicas de todo o país depositaram dinheiro nas contas. Todavia, o poder político pretendia decidir unilateralmente sobre os recursos.

Nesse ponto, o Ministério Público atuou para assegurar a participação dos atingidos, elaborando um termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC), em conjunto com os próprios atingidos e a Prefeitura de Mariana, para, em um primeiro momento, consultar todos os atingidos e, em outra etapa, efetivar a entrega dos valores arrecadados de acordo com a vontade dos interessados. Ao final, os atingidos decidiram distribuir os valores igualmente por núcleo familiar que perdeu a moradia.

Esse processo foi positivo, permitiu os atingidos participarem, disciplinou a questão por meio de um TAC e evitou os desvios que poderiam ocorrer, caso essa medida não fosse adotada¹⁰. Vale lembrar que nas cidades da região serrana do Rio de Janeiro, foram informados desvios de donativos destinados aos atingidos¹¹.

O mesmo processo foi empregado em vários momentos de atuação na defesa dos direitos dos

⁷ GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 381-382.

⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/mp-recomenda-que-samarco-pague-remuneracao-familias-atingidas.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/12/samarco-se-compromete-antecipar-indenizacoes-atingidos-de-mariana.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

¹⁰ Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/03/atingidos-por-desastre-em-mariana-recebem-dinheiro-de-doacoes.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

¹¹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/chuvas-no-rj/noticia/2011/01/voluntarios-denunciam-desvio-de-donativos-em-teresopolis.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

atingidos, consultando-se previamente os interessados e permitindo-se a plena participação nas decisões, tornando mais produtivas as medidas judiciais e extrajudiciais encetadas pelo Ministério Público.

Essa concepção bilateral corresponde a um dos parâmetros advogados por Boaventura de Souza Santos, para a reconstrução cultural dos direitos humanos, a partir de uma hermenêutica diatópica, capaz de levar em consideração os aspectos culturais de todos os envolvidos:

De parceiros e temas unilateralmente impostos a parceiros e temas escolhidos por mútuo acordo. Sempre que uma dada comunidade cultural decide envolver-se num diálogo intercultural não o faz indiscriminadamente, com uma qualquer outra comunidade cultural ou para discutir qualquer tipo de questões. O requisito de que tanto os parceiros como os temas do diálogo não podem ser unilateralmente impostos e devem antes resultar de acordos mútuos é talvez a condição mais exigente da hermenêutica diatópica.¹²

Em outras palavras, as escolhas e temas unilaterais dos órgãos públicos, inclusive dos órgãos de execução do Ministério Público, devem ser substituídas pelas opções feitas por mútuo acordo, isto é, com os atingidos.

Dessa maneira, a participação das vítimas conseguiu dar efetividade aos direitos humanos, na esteira da concepção formulada por Norberto Bobbio, pois foi hábil a retribuir às expectativas dos atingidos na medida em que eles protagonizaram as decisões. Em Mariana, as ações civis públicas e recomendações expedidas contaram, diretamente, com a colaboração e instrumentalização dos próprios atingidos, o que assegurou os efeitos positivos das providências adotadas.

Portanto, em *desastres tecnológicos*, a experiência ordenada em Mariana revelou que o Ministério Público deve buscar consultar previamente as vítimas, antes de impetrar as medidas judiciais e extrajudiciais para proteção dos direitos dos ofendidos, ressalvadas, evidentemente, as situações urgentes. Deve, ainda, permitir que os atingidos participem do processo decisório, inclusive com presença e atuação direta nas audiências judiciais. Tudo indica que o mesmo procedimento deve ser usado em *desastres naturais*.

4. CONCLUSÃO E TESE

O breve estudo exposto analisou a evolução dos direitos humanos e, ainda, como desastres, naturais ou tecnológicos, podem criar cenários propícios às violações de direitos humanos. Em seguida, buscou situar o Ministério Público na defesa coletiva desses direitos essenciais à concretização da dignidade humana, compartilhando da opinião de Paulo Cesar Vicente de Lima e Yuri Alexandre dos Santos:

Dada a necessidade de se fomentar a cidadania e de se garantir a dignidade da pessoa humana, considerando que, por força do artigo 1º da Constituição, não há República Federativa do Brasil sem que se o faça, o Ministério Público, por meio de seus

¹² SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela; SARMENTO, Daniel (coordenadores). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-45, p. 35.

membros, deve buscar a todo custo a consagração e o fortalecimento desses princípios, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material.¹³

Verificou-se que a efetivação dos direitos humanos no contexto dos desastres depende da sincronia entre Ministério Público e as vítimas dos eventos, de maneira que a viabilização da dignidade humana possa corresponder às expectativas dos maiores interessados. A atuação perante o desastre tecnológico em Mariana comprovou que a eficácia das medidas está diretamente condicionada à plena participação dos atingidos.

Dessa maneira, a tese, a ser defendida no XII Congresso Estadual Ministério Público de Minas Gerais, é: **“Em desastres, naturais ou tecnológicos, o Ministério Público deve buscar a proteção coletiva dos direitos humanos, garantindo a plena participação das vítimas nas decisões sobre as medidas judiciais e extrajudiciais propostas para prevenção, proteção e reparação das violações de direitos fundamentais advindas do evento”**.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Haiti: Cinco anos após o terremoto devastador, dezenas de milhares de pessoas ainda continuam sem teto e desesperadas. Disponível em: < <https://anistia.org.br/noticias/haiti-cinco-anos-apos-o-terremoto-devastador-dezenas-de-milhares-de-pessoas-ainda-continuam-sem-teto-e-desesperadas/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BARRETO, Rafael. Direitos humanos. 4. ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014.

BECK, Ulrick. Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015, Kindle Edition.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CORREIO DA CIDADANIA. Violação de direitos humanos no Brasil em 2011 - Informe 2012 da Anistia Internacional. Disponível em: <http://www.correiodacidade.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=7216>. Acesso em: 02 jun. 2016.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Paulo César Vicente de; SANTOS, Yuri Alexandre dos. *O papel do Ministério Público na busca da eficácia social da política nacional dos direitos das populações em situação de rua*. In: LIMA, Paulo César Vicente de; GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra; GUSTIN, Miracy; IENNACO, Rodrigo (orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 623-643.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma concepção intercultural dos direitos humanos*. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-45.

¹³ LIMA, Paulo César Vicente de; SANTOS, Yuri Alexandre dos. O papel do Ministério Público na busca da eficácia social da política nacional dos direitos das populações em situação de rua. In: LIMA, Paulo César Vicente de; GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra; GUSTIN, Miracy; IENNACO, Rodrigo (orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 623-643, p. 623.

A prescrição das ações de ressarcimento ao erário depois do julgamento pelo STF do RE n.º 669.069-MG

AUTORIA: PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DEFESA: JACSON RAFAEL CAMPOMIZZI

– Procurador de Justiça

FUNDAMENTAÇÃO

A presente tese analisa o julgado firmado em repercussão geral pelo Plenário do STF no RE n.º 669.069-MG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 28.04.2016, versando sobre a interpretação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**. (grifo nosso)

O acórdão tem a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.
2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Depois do citado julgamento, há decisões judiciais sustentando que a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa. Fora dessas hipóteses, as ações de ressarcimento são prescritíveis.

A análise do referido acórdão não autoriza essa conclusão.

O Pleno do STF, no julgamento do MS n.º 26.210-9-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.09.2008, ao interpretar, pela primeira vez, o aludido § 5º do art. 37 da CF, firme na lição do Prof. José Afonso da Silva, deixou expresso o posicionamento no sentido da **imprescritibilidade** da ação de ressarcimento nos termos seguintes:

Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, ao prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional

e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 673)

O referido Mandado de Segurança foi impetrado por servidora pública contra decisão do Tribunal de Contas da União que determinara a devolução de valores em decorrência do descumprimento da obrigação de retornar ao País após o término da concessão de bolsa de estudos no exterior.

A partir desse julgamento, a jurisprudência do STF pacificou-se no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário (RE n.º 578.428-RS-AgR, 2ª T., Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.11.2011; RE n.º 646.741-RS-AgR, 2ª T., Rel. o Min. Gilmar Mendes, DJ 22.10.2012; AI n.º 712.435-SP-AgR, 1ª T., Rel. a Min. Rosa Weber, DJ 12.4.2012; AI n.º 819.135-AgR-SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2013).

Em 02.08.2013, o Plenário do STF, em ação de ressarcimento proposta pela União contra empresa, reconheceu repercussão geral, em acórdão que tem a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO.PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. (RE n.º 669.069 RG, Rel.Min. Teori Zavascki, j.02.08.2013, DJ 26.08.2013)

Consta do voto do Relator:

A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.

No entanto, no citado julgamento do RE n.º 669.069-MG, apesar de a maioria dos ministros, no mérito, ter acompanhado o Relator, Ministro Teori Zavascki, divergiram da tese por ele proposta – de que a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa –, optando pela proposta mais restrita formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos termos seguintes:

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

A decisão em comento somente impõe a prescrição na ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil comum – por exemplo, indenização por acidente de veículo –, uma vez que a Corte pontuou que a situação em exame não trata de imprescritibilidade no tocante a improbidade e tampouco envolve matéria criminal.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, não há no tema de fundo discussão quanto à improbidade administrativa ou ilícito penal, que impliquem prejuízos ao erário ou, ainda, as demais hipóteses de atingimento do patrimônio estatal na suas mais variadas formas. “Portanto, não há como se debater sobre todo o comando jurídico do art. 37, § 5º”.

Não houve, portanto, alteração substancial do entendimento do STF sobre a matéria.

CONCLUSÃO

Excetuada a ação de reparação de danos decorrente de ilícito civil comum, a ação de ressarcimento por prejuízo causado ao erário é imprescritível, a teor do art. 37, § 5º, da CF.

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

Procurador de Justiça

Ana Paula Mendes Rodrigues

Procuradora de Justiça

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça

Geraldo Magela Carvalho Fiorentini

Procurador de Justiça

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça

Iraídes de Oliveira Marques Caillaux

Procuradora de Justiça

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior

Procurador de Justiça

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

Maria Inês Rodrigues de Souza

Procuradora de Justiça

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça

Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino

Procuradora de Justiça

Reyvani Jabour Ribeiro

Procuradora de Justiça

Rômulo de Carvalho Ferraz

Procurador de Justiça

Autonomia da ação de responsabilidade de pessoas jurídicas com fundamento na Lei Anticorrupção

LUCIANO MOREIDA DE OLIVEIRA

Procurador de Justiça

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, inaugurando nova ordem jurídica voltada para a afirmação da democracia no Brasil, incluiu, entre os princípios fundamentais, o princípio republicano. Trata-se de norma que constitui vetor interpretativo e informador dos princípios e regras legais e das instituições que compõem o Estado brasileiro.

Em razão do princípio republicano, assume-se que o Estado deve orientar-se para a realização de interesses coletivos. Impõe-se o reconhecimento da igualdade entre as pessoas, devendo ser afastados os privilégios e distinções arbitrárias, que venham a beneficiar ou prejudicar particulares sem correspondente utilidade social. Nesse contexto, como a atuação do Estado é de interesse social, os agentes políticos e administradores públicos devem ser considerados gestores temporários, em nome e no interesse daqueles que os elegeram, e sempre sujeitos à responsabilização por eventuais desvios de conduta (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Em cumprimento ao princípio republicano, o Estado deve buscar a realização de interesses públicos, compreendidos estes como “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 60-61).

Percebe-se, portanto, uma clara separação, em termos normativos, entre a esfera privada e a pública, o que desde logo contrapõe a república às formas monárquicas de governo em que o soberano titulariza os interesses do Estado.

Uma das graves patologias em que podem incorrer os governos no exercício das atividades de gestão do Estado é a transgressão ao princípio republicano por meio do seu afastamento dos interesses coletivos, com isso comprometendo a legitimidade das instituições e o próprio regime democrático pela perda de responsabilidade de suas ações.

A ciência política aponta o fenômeno da corrupção a partir do desvio dos governos da realização dos interesses públicos, isto é, “a corrupção pode ser definida como ato de transgressão do interesse público, que implica uma apropriação privatista ilegítima de recursos, bens, patrimônios ou serviços públicos” (GUIMARÃES, 2012, p. 147).

A corrupção trata-se, no entanto, de termo polissêmico (FURLAN, 2013), admitindo vários sentidos como resultado das múltiplas influências históricas, culturais e econômicas, entre outras. Nesse sentido, Fabiano Ferreira Furlan (2013) ressalta a possibilidade de reconhecimento da corrupção em sentido mais amplo e em sentido mais estrito. No primeiro caso, abrange o setor público e o setor pri-

vado e se refere às variadas formas de obtenção de benefícios indevidos e contribui para a desestabilização das instituições estatais. Em sentido restrito, relaciona-se com o desvio de comportamento de agentes públicos que buscam atingir fins privados.

A Constituição de 1988, concretizando o princípio republicano, estabeleceu normas setoriais que impõem deveres para os agentes públicos, dentre as quais o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput), em razão do qual devem conduzir-se não apenas com observância da legalidade estrita, mas também conforme padrões éticos de conduta. Além disso, a Constituição previu formas de prevenção e de correção de atos ilícitos como órgãos de controle interno¹ e externo², o dever de publicidade dos atos estatais (art. 37, caput), a ação popular (art. 5º, LXXIII)³ e a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, §4º)⁴.

Em termos legais, a par da criminalização de condutas que atentam contra administração pública em diversas leis, a Lei 8429/92 comprovou tratar-se de importante instrumento para a repressão da corrupção, ao disciplinar as condutas que caracterizam atos de improbidade administrativa e dispor sobre a ação cabível para promover a responsabilização de agentes públicos e de particulares que concorram ou se beneficiem de atos ímprobos.

Esse instrumental permitiu a estruturação de órgãos e instituições de controle, que têm desempenhado suas funções no combate à corrupção. Nesse ambiente, nota-se uma clara mobilização da opinião pública e manifestação de intolerância às práticas corruptas, como mostram os estudos de Leonardo Avritzer (2011) e Newton Bignotto (2011).

O Ministério Público tem sido um destacado ator na investigação e repressão dos atos de corrupção. As garantias e os instrumentos que recebeu no texto da Constituição de 1988 permitiram que seus membros, exercendo seus misteres na prática, contribuíssem decisivamente para “forçar rachaduras” na blindagem de agentes públicos e grupos privilegiados até então não alcançáveis pelo sistema de Justiça (SADEK, 2012).

Dessa forma, no momento em que o Ministério Público de Minas Gerais reúne-se para refletir sobre seu papel no combate à corrupção, cumpre-nos examinar as possibilidades e o adequado manejo do novo instrumento de repressão previsto na chamada Lei Anticorrupção Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12846/13).

¹ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

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

³ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁴ Pode-se mencionar o Código Penal, que dispõe sobre os crimes contra administração pública (título XI), O Decreto-Lei 201/67, que tipifica os crimes de responsabilidade (ilícitos penais) praticados por Prefeitos, e a Lei 8666/93, que prevê crimes praticados no contexto de licitações e contratações realizadas pelo Poder Público.

2. LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, foi promulgada com o objetivo de aperfeiçoar os instrumentos de combate à corrupção disponíveis no ordenamento jurídico, em cumprimento a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (SANTOS, BERTONCINI, COSTÓDIO FILHO, 2015). Referida lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º, *caput*).

Embora as pessoas jurídicas possam sofrer as sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, como apontam Benjamin Zymler e Laureano Carnabarro Dios (2016), mostrava-se necessário reforçar o sistema de repressão. Isso porque o sistema de responsabilização da Lei 8429/29 foi concebido para aplicação às pessoas naturais e, ademais, as pessoas jurídicas somente podem ser punidas caso sejam concurram para ato praticado por agente público ou dele se beneficiem.

A Lei Anticorrupção reforça a aplicação em concreto do princípio republicano, na medida em que estimula a criação de mecanismos para a prevenção do desvirtuamento das atividades das pessoas jurídicas (medidas de *compliance*) e repressão das tentativas de instrumentalizar a atuação do Estado em benefício de interesses privados, afastando-o do atendimento aos interesses coletivos, ou seja, ao interesse público primário.

Como destaca Leonardo Avritzer, “ainda que seja verdade que a corrupção não constitui um fenômeno exclusivamente estatal, há, na percepção da opinião pública, uma forte concentração nessa dimensão” (AVRITZER, 2011, p. 52). Em decorrência desse sentimento, tradicionalmente, a prevenção e a repressão à corrupção têm como foco o Estado e seus agentes. Com isso, pouco se debatem e reprimem as condutas dos particulares, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas.

Nessa linha, um dos aspectos que realçam a importância da Lei Anticorrupção reside no fato de que a repressão à corrupção se volta para os corruptores, ou seja, aqueles que, com uso do poder econômico, atuam sobre os agentes públicos desviando-os da finalidade pública com vistas a garantirem para si vantagens ilícitas.

No plano da repressão, a Lei 12.846/2013 relacionou diversas atividades de pessoas jurídicas que constituem, *ex lege*, atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, que devem sujeitá-las a aplicação de sanções civis:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Apurada a prática desses atos ilícitos, após regular processo administrativo, é cabível a responsabilização da pessoa jurídica na seara administrativa, com as sanções de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e de publicação extraordinária da decisão condenatória.

Para além dessas sanções, a Lei 12846/13 prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas em juízo, às sanções previstas no art. 19:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Essas sanções são aplicáveis cumulativamente àquelas previstas no art. 6º da Lei 12846/13⁶ em ação proposta pelo Ministério Público, caso constatada omissão das autoridades administrativas competentes (art. 20).

É importante destacar, ainda, que a aplicação das sanções previstas na Lei 12843/13 se dá sem prejuízo de imposição das penalidades pela prática de atos de improbidade administrativa, assim como por ilícitos descritos na Lei 8666/93 e na Lei 12462/11 (Regime Diferenciado de Contratações).

Como já se adiantou, além dos entes públicos prejudicados pelos atos lesivos, também o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação de responsabilização de pessoas jurídicas prevista na Lei 12843/13. No Estado de Minas Gerais, a primeira ação com base na Lei Anticorrupção foi proposta pelo Ministério Público estadual na comarca de Pedro Leopoldo, visando responsabilizar pessoas jurídicas por condutas praticadas no contexto de licitações.⁷

Como se apontou anteriormente, a Lei 12843/13 prevê a possibilidade de cumulação das suas sanções com aquelas previstas em outras leis, notadamente aquelas previstas na Lei 8429/92, que são aplicadas mediante ação prevista em seu art. 17.

Como o mesmo fato poderá caracterizar, a um só tempo, figura prevista na Lei 8429/92 e na Lei 12843/13, surge o debate sobre a cumulação dos pedidos de condenação por essas leis, haja vista a aparente conexão decorrente da similaridade de causa de pedir.

É possível, portanto, cumular em uma ação os pedidos de aplicação às pessoas jurídicas de sanções previstas na Lei 8429/92 e na Lei 12843/13?

Primeiramente, é oportuno destacar que o art. 29 e o art. 30 da Lei 12843/13 admitem, expressamente, a cumulatividade das sanções que prevê com aquelas estabelecidas em outras leis brasileiras que dispõem sobre a responsabilização pela prática de atos contra a Administração Pública, dentre os quais os atos de improbidade administrativa⁸.

A esse respeito, a doutrina que vem se afirmando após a edição da Lei Anticorrupção não tem encontrado dificuldades em admitir a cumulação das sanções (CARVALHOSA, 2015; CALABRICH, 2015; SANTOS, BERTONCINI, COSTÓDIO FILHO, 2015). A cumulatividade, longe de caracterizar hipótese de *bis in idem*, equivale a verdadeiro concurso formal, como prevê a legislação penal (SANTOS, BERTONCINI, COSTÓDIO FILHO, 2015).

No que se refere às demandas pela aplicação das sanções previstas na Lei 8429/92 e na Lei

⁶ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

⁷ MINAS GERAIS. MPMG propõe ação com base na nova lei anticorrupção. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-propoe-acao-com-base-na-nova-lei-anticorruptao.htm#.V0kUVb61OYM>> acesso em 28 maio 2016.

⁸ Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

12843/13, ainda que o princípio da economia processual possa instigar o desejo de cumulação dos pedidos de condenação da pessoa jurídica em uma só ação, a nosso aviso, faz-se necessário reconhecer a total independência da ação de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública.

É verdade que para a maioria da doutrina e da jurisprudência a ação que visa à aplicação das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa é espécie de ação civil pública⁹, assim como, por disposição legal, é o caso da ação para aplicação das sanções da Lei 12846/13 (art. 21). No entanto, desde a entrada em vigor da Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, a ação para aplicação da Lei 8429/92 passou a ter uma fase para juízo de sua admissibilidade em que os réus são notificados para se manifestarem por escrito no prazo de 15 (quinze) dias. Nesta fase, o magistrado poderá rejeitar a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Não ocorrendo essas hipóteses, o magistrado recebe a petição inicial e determina a citação dos réus. É o que dispõem os §§ 7º a 9º da Lei 8429/92.

Essa fase de admissibilidade da ação civil pública pela prática de atos de improbidade administrativa implica uma dilatação do procedimento, que prejudica sobremaneira o andamento das ações propostas. Assim, impor esse rito às ações para aplicação das penalidades previstas na Lei 12846/13 causaria inequívoco prejuízo para a efetividade da tutela jurisdicional.

Por outro lado, os sistemas de responsabilização previstos na Lei 8429/92 e na Lei 12846/13 diferem substancialmente por ser o primeiro baseado na responsabilidade subjetiva. Com isso, há necessidade de prova de dolo (caso dos ilícitos previstos no art. 9º e art. 11 da Lei 8429/92) ou culpa (para as hipóteses do art. 10 da Lei 8429/92)¹⁰. Por sua vez, a punição de pessoas jurídicas com base na Lei 12846/13, por se fundar na responsabilidade objetiva depende da prova do ato lesivo em benefício da empresa, exclusivo ou não, do dano e do nexó de causalidade (ZYMLER, DIOS, 2016). A esses elementos, André Pimentel Filho (2015) soma a necessidade de demonstrar que a pessoa natural que realiza a conduta na prática representa o interesse da pessoa jurídica.

De todo modo, a necessidade de demonstração do elemento subjetivo dos réus da ação proposta com base na Lei 8429/92 acarreta maior dilação e ônus probatório, que a aplicação da Lei 12846/13. Novamente, percebe-se a incompatibilidade de cumulação dos pedidos.

Por fim, ressalta-se que o pressuposto para aplicação das sanções descritas na Lei 8429/92 é a prática de ato de improbidade administrativa por agente público, conforme esclarece Waldo Fazzio Júnior:

O agente público ocupará a pertinência subjetiva passiva no processo que tem por objeto sancionar os atos de improbidade que praticar. Agente público, em sentido lato, autor de ato de improbidade administrativa, torna-se o réu, no plano da persecução civil respectiva, em litisconsórcio passivo com terceiro ou não, conforme o caso. (FAZZIO JÚNIOR, p. 44)

⁹ Além de inúmeros julgados em que o Superior Tribunal de Justiça considera a ação de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa como ação civil pública no REsp 757595/MG a tese foi expressamente afirmada:

2. É cabível a propositura de ação civil pública que tenha como fundamento a prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Também mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva nesta ação, porque sustentada nas disposições da Lei n.8.429/92. (STJ - REsp 757595/MG. Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma. Julgamento em 04/03/2008. DJe 30/04/2008).

Gregório Assagra Almeida ressalta que a aplicação das sanções pela prática de ato de improbidade administrativa deve ocorrer por via de ação civil pública: “Entendemos que a probidade administrativa é exigência do Estado Democrático de Direito e o seu controle jurisdicional é feito, em regra, por intermédio de uma ação coletiva que é a ação civil pública com pedido de aplicação de sanções legalmente previstas para o agente autor da improbidade ou para quem tenha concorrido para a sua prática.” (ALMEIDA, 2007, p. 311)

¹⁰ Nesse sentido e discorrendo sobre os conceitos de dolo e de culpa confira-se: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Conferir p. 266 e seguintes.

A aplicação das sanções ao *extraneus*, com fundamento no art. 3º da Lei 8429/92, repita-se, exige demonstração de elemento subjetivo:

O art. 3º da Lei 8429/92 configura caso de extensão subjetiva. Comprovado que o terceiro estava ciente da etiologia espúria do benefício haurido, estará exposto às mesmas sanções impostas ao agente público. Não se trata, pois, de responsabilidade objetiva. (FAZZIO JÚNIOR, p. 63)

Assim, existe a possibilidade de caracterização de uma das figuras descritas no art. 5º da Lei 12846/13 sem o concurso de agente público, hipótese em que, não obstante a possibilidade de punição da pessoa jurídica não há que se falar na prática de ato de improbidade administrativa e responsabilização de agente do Estado.

Assim, 03 (três) motivos existem para se afirmar a autonomia da ação para aplicação das sanções previstas na Lei 12846/13 em relação à ação de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa (Lei 8429/92):

1. Trata-se de hipótese de responsabilidade subjetiva;
2. A Lei 12846/13 não prevê fase de admissibilidade da ação;
3. Não há necessidade de prova de concurso de agente público para caracterizar ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 5º da Lei 12846/13).

3. CONCLUSÃO

A ação para responsabilização judicial de pessoas jurídicas com base na Lei 12846/13 é especial e, mesmo na hipótese em que o fato possa caracterizar ato de improbidade administrativa (Lei 8429/92), não é cabível a cumulação de pedidos.

4. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- AVRITZER, Leonardo. Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 43-62.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BIGNOTTO, Newton. *Corrupção e opinião pública*. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 15-42.
- CALABRICH, Bruno. *Disposições finais da Lei Anticorrupção: prescrição, cadastros, responsabilização de autoridades omissas e outras questões relevantes*. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 337-351.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. *A corrupção política e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Conferir p. 266 e seguintes.
- GUIMARÃES, Juarez. Interesse público. In: AVRITZER, Leonardo et al (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 147-151.
- PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 63-86.
- SADEK, Maria Tereza. Ministério Público. In: AVRITZER, Leonardo et al (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 454-460.
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12846/23: Lei Anticorrupção*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013): uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Impossibilidade de extinção do processo coletivo sem julgamento do mérito por incapacidade processual ou ilegitimidade ativa do autor coletivo. Obrigatoriedade de oportunizar a outro colegitimado prosseguir com a ação coletiva. Ministério Público. Princípio do microssistema único coletivo e da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo.

AUTORA: PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DEFESA: MARCOS TOFANI BAER BAHIA

I. FUNDAMENTAÇÃO

É nula a decisão, em qualquer instância, que, sem suspender o processo coletivo, julgue o feito sem julgamento do mérito por incapacidade processual ou ilegitimidade ativa de um autor coletivo (como por ex., uma associação civil ou defensoria pública), por infringência ao art. art. 9º da LAP c/c art. 5º, §3º, da LACP¹.

Não se pode olvidar que pela relevância e natureza pública dos interesses metaindividuais, a Jurisdição deve fiscalizar e controlar a desistência por qualquer legitimado, inclusive do Ministério Público, bem como quanto a não assunção do polo ativo da demanda pelo Parquet, este por aplicação analógica do sistema previsto no CPP (rejeição do arquivamento do inquérito policial - art. 28).

No ponto BARROS² leciona:

Verificando a desistência ou abandono infundados, e a equivocada não assunção pelo órgão ministerial, deve o magistrado remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça para deliberação definitiva pelo não prosseguimento da ação ou designação de outro membro da instituição para assumi-la.

¹ Lei 4717/65, art. 9º: Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

² LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: RT, 2011, p. 378. No mesmo sentido: Nelson Nery Júnior, in Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor, p. 1.139, afirmando que a questão deveria ser dirimida pelo PGJ, em analogia com a hipótese de rejeição de arquivamento de inquérito policial, conforme art. 28 do CPP.

Toda essa questão deságua no *direito fundamental ao devido processo legal*, da boa-fé processual e do contraditório, que juntos, servem de base para o surgimento do **direito fundamental à colaboração ou cooperação do processo**. Este, de sua vez, define o modo como o processo civil deve se estruturar no direito brasileiro.

Daí falar-se, atualmente, em **processo cooperativo**, no afã de se pretender um ponto de equilíbrio entre direitos e deveres das partes, e estas em regime de cooperação com o juiz, objetivando-se uma tutela mais democrática baseada no diálogo, na boa-fé, na lealdade processual e na cooperação.

No modelo de processo cooperativo, a jurisdição não é mais vista como eixo metodológico principal do processo civil, destacando-se o próprio processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea com o perfil democrático de nosso modelo de Estado. Enfim, o processo se estrutura e se organiza a partir da Constituição.

A colaboração – vista como modelo de organização do processo e também como princípio jurídico – tem por escopo organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada durante todo o percurso da marcha processual.

Tal compreensão é obtida em virtude da moderna visão do conceito de jurisdição, não mais restrita ao poder de dizer o direito, mas, sobretudo, também na preocupação com a observância de todos os escopos ou objetivos do processo, quais sejam o jurídico, o social e o político.

Na observação de OLIVEIRA³:

Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.

Em decorrência da ideia central de efetividade do processo, surge a necessidade de uma nova concepção de processo, mais solidário e cooperativo, com o propósito de proteger o direito das partes de participarem de forma concreta na formação do provimento jurisdicional.

E, assim, novos paradigmas do processo são construídos na medida em que rompem com a estrutura anterior. Na esteira do processo cooperativo, como se expôs, a posição do juiz no processo vem fortalecida por poderes e deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, bem como por uma configuração mais ativa. Isso deve ocorrer no processo civil como um todo, especialmente o coletivo, de conflituosidade mais intensa e ampliada.

O princípio da cooperação no Direito Processual Civil (NCPC, art. 6º) tem a sua origem na conjugação dos princípios da boa-fé objetiva e do contraditório, surgindo com o propósito de nortear a relação entre o juiz e as partes no processo, impondo o dever recíproco de atuar dentro dos parâmetros éticos à resolução racional e pacífica dos conflitos.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 139.

Essa preocupação com a colaboração processual deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada pelo juiz somente na fase decisória (CPC/73, art. 130 e 263). Partindo-se do nosso projeto constitucional de Estado Democrático de Direito, não resta dúvida que o direito fundamental ao processo cooperativo contribuiu, democraticamente, para que o processo alcance a solução justa para o caso concreto. Tal desiderato pressupõe a cooperação das partes e do juiz em todas as fases do procedimento, ou seja, na estruturação, organização e concretização da decisão.

Nesse modo de conceber o processo, imprescindível do juiz redobrada atenção em observar o comportamento das partes durante toda a marcha processual, sob o ângulo da boa-fé objetiva e da colaboração delas para com o juiz, de quem é exigido uma postura mais proativa e democrática na organização do processo (própria de um ativismo judicial) no campo probatório, que não se atenha tão somente ao cumprimento de regras processuais rígidas e sem consideração com o caso concreto, cabendo-lhe, agora, por força desse novo modelo que exsurge do movimento de constitucionalização do direito processual, zelar pelo processo justo, pela adequada verificação dos fatos, pela efetiva participação das partes em um contraditório real e equilibrado, e por uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes que prestigie, concretamente, a igualdade material.

Densificando o Texto Constitucional, o Novo CPC (Lei 13.105/15) adota esse novo modelo processual, ao prever o direito fundamental à colaboração no processo como uma das normas fundamentais do processo civil (art. 1º e 6º), como dever imposto ao juiz de designar audiência para que o saneamento do feito seja feito em cooperação com as partes nas causas de maior complexidade (art. 357), como dever imposto às partes para com o juiz na busca do descobrimento da verdade (art. 378) e **como dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário em todas as instâncias e graus de jurisdição de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores (art. 67).**

Não foi por outra razão que o Novo CPC, inspirado pela jurisprudência e pelo movimento *neo-constitucionalista*, tem a real preocupação de evitar surpresa às partes.

Na nova fase a que a doutrina vem denominando *neoprocessualismo*, calha a lição de DIDIER[1]:

A consequência da falta de legitimação coletiva não pode ser necessariamente a extinção do processo coletivo, sem exame de mérito. A relevância das questões em debate impedem solução tão drástica e ineficiente(do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos).

O exame da legislação brasileira revela que a postura em situações como essa deve ser a de aproveitamento do processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda. [2], É o que acontece, por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, e que determina a sua sucessão processual, com a assinação do Ministério Público ou de outro legitimado da posição de condutor do processo coletivo (art. 9 da Lei Federal n. 4.717/65; art. 5, 3, Lei Federal n. 7347/85).

O magistrado deve, portanto, ao concluir pela inadequação legitimado coletivo, providenciar a sua substituição, quer pelo Ministério Público, quer por outro legitimado, convocado ao processo por meio de publicação de edital.”

[1] DIDIER, Fredie Jr, ZANETTI, Hermes. Processo Coletivo. Curso de Direito Processual Civil. 2013, p.220.

[2] GIDI, Antonio. “ A representação adequada nas ações coletivas: uma proposta”. Revista do Processo. São Paulo: RT, 2003, n, 108, p.68; DIDIER JR, Fredie. “ O Controle jurisdicional da legitimação coletiva e a ação coletiva passiva”In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Ria Dias (ONGs). Processo Civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P.95-105.esp.98,

A propósito do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva que se aplica à questão ora em curso, o Superior Tribunal já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO. SÚMULAS 5/STJ. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA DEMANDA COLETIVA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

[...]

2. A norma inserta no art. 13 do CPC deve ser interpretada em consonância com o § 3º do ar. 5º da Lei 7.347/85, que determina a continuidade da ação coletiva. Prevalence, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do Parquet para a assunção do polo ativo da demanda' (REsp 855.181/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/9/2009, DJe 18/09/2009). 3. Somente a efetiva e fundamentada demonstração pelo Parquet de que a Ação Civil Pública é manifestamente improcedente ou temerária pode ensejar seu Ministério Público, nos termos do art. 9º da Lei n. 7.347/85.

Recurso especial conhecido em parte provido.

(REsp 1372593/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe de 17/05/2013).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MICROSSISTEMA DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS (EM SENTIDO LATO). ILEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ARTS. 9º DA LEI N. 4.717/65 E 5º, § 3º, DA LEI N 7.347/85. POSSIBILIDADE. ABERTURA PARA INGRESSO DE OUTRO LEGITIMADOS PARA OCUPAR O PÓLO ATIVO DA DEMANDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MEDIDA DE ULTIMA RATIO. OBSERVAÇÃO COMPULSÓRIA DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Conselho Regional de Medicina da Seccional do Rio Grande do Sul (CREMERS) contra o Estado do Rio Grande do Sul para discutir o direito de pacientes que escolherem pelo atendimento do SUS à opção de pagamento da chamada 'diferença de classes' e à abstenção da exigência prévia de que passem por triagem em posto de saúde a fim de que seja, portanto, viabilizado o atendimento pelo médico escolhido pelos próprios pacientes.

[...]

4. O motivo de rever o entendimento sufragado pela sentença reside unicamente no fato de que, por se tratar de demanda que envolve direitos coletivos em sentido lato, há atração do microssistema específico, formado basicamente – mas não exclusivamente – pelas Leis n. 4.717/65 (LAP), 7.347/85 (LACP) e 8.038/90 (CDC).

5. De acordo com a leitura sistemática e teleológica das Leis de Ação Popular e Ação Civil Pública, fica evidente que o reconhecimento da ilegitimidade ativa para o fei-

to jamais poderia conduzir à pura e simples extinção do processo sem resolução de mérito.

6. Isto porque, segundo os arts. 9º da Lei n. 4.717/65 e 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, compete ao magistrado condutor do feito, em caso de desistência infundada, abrir oportunidade para que outros interessados assumam o polo ativo da demanda.

7. Embora as referidas normas digam respeito aos casos em que parte originalmente legítima opta por não continuar com o processo, sua lógica **é perfeitamente compatível com os casos em que faleça legitimidade a priori ao autor. Dois os motivos que levam a esta assertiva.**

8. Em primeiro lugar, colaciona-se um motivo dogmático evidente, que diz respeito ao valor essencialmente social que impregna demandas como a presente, a fazer com que o Poder Judiciário deva se esmerar em, sempre que possível, ser condescendente na análise de aspectos relativos ao conhecimento das ações, deixando de lado o apego ao formalismo.

9. Normas específicas do microsistema em comento e indicativas do que a doutrina contemporânea convencionou chamar de princípio da **primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo** é o próprio art. 5º, §4º [*rectius*, §3º], da Lei n. 7.347/85, que é especialização do princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 do CPC). Excertos de doutrina especializada.

10. Em segundo lugar, parece necessário lembrar um motivo pragmático. É que, diante da multifacetada gama de legitimados ativos para os feitos coletivos, a extinção sem exame de mérito normalmente implicará apenas na necessidade de ajuizamento de nova demanda, com mesmas causas de pedir e pedidos, o que significa apenas postergar o juízo meritório – a teor da formação de coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*.

.....

15. Recurso especial não provido”

(REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/8/2010, DJe de 30/9/2010.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA DEMANDA COLETIVA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. REPERCUSSÃO SOCIAL. CONTROLE INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada por associações de defesa dos consumidores para discutir a fixação do prazo de validade para a utilização dos créditos adquiridos pelos usuários do serviço de telefonia celular, sob a modalidade pré-pago, cuja regulamentação foi realizada pela Norma 03/98 da ANATEL. Na aludida ação, além de ser pleiteada a obrigação dos réus de não mais limitar a validade dos referidos

créditos, buscou-se também a condenação desses ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, a ser arbitrada pelo juízo. O processo foi extinto sem resolução do mérito, ao fundamento de não ser cabível ação civil pública para discutir a inconstitucionalidade de lei. O Tribunal Regional Federal anulou a sentença e determinou o processamento da ação civil pública. Nos embargos de declaração, a empresa ora recorrente apontou a nulidade processual, uma vez que, após a interposição do recurso de apelação, houve a renúncia dos mandatários da parte autora e, mesmo após intimação para a nomeação de novos patronos para a causa, não foi sanado o aludido vício, tendo o Tribunal *a quo* julgado indevidamente a demanda.

[...]

4. Não há vício de fundamentação no acórdão recorrido. Embora argumente que não seria possível o saneamento processual no âmbito dos aclaratórios, a negativa do pleito de nulidade foi expressamente fundamentada no princípio *pás de nullité sans grief* e no § 3º do art. 5º da Lei 7.347/85.

5. A norma inserta no art. 13 do CPC deve ser interpretada em consonância com, na hipótese, os princípios da indisponibilidade da demanda coletiva e da obrigatoriedade, em detrimento da necessidade de manifestação expressa do *Parquet* para a assunção do polo ativo da demanda. Em outras palavras, deve-se dar continuidade às ações coletivas, a não ser que o *Parquet* demonstre fundamentalmente a manifesta improcedência da ação ou que a lide é temerária.

6. A extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, IV, e 369 do CPC apenas seria admissível, caso o Tribunal a quo procedesse a prévia intimação do órgão ministerial para a específica finalidade de prosseguir com a ação e houvesse justificada manifestação do *Parquet* em sentido contrário à continuidade da demanda, dada a atribuição legal deste último em prosseguir com o feito.

7. No caso, o Ministério Público, intimado para ofertar parecer sobre o recurso, posicionou-se pelo provimento da apelação, o que, consoante o princípio da instrumentalidade das formas, demonstra a viabilidade processual da demanda posta em juízo e reforça a necessidade da sua continuidade.

11. Recurso conhecidos em parte e, no mérito, não provido.”

(REsp 855181/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/9/2009, DJe de 18/9/2009).

Sobre a adoção do **microssistema único do processo coletivo**, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em diversas oportunidades que:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se (...).⁴

⁴ STJ – REsp n.. 510.150/MA, 1a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

O microsistema de processo coletivo baseia-se, essencialmente, em dois diplomas fundamentais que acompanham todo e qualquer procedimento que se instaure a título de processo metaindividual. São eles: a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Ambas as leis formam o núcleo, o centro valorativo do microsistema de processo coletivo, pois suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos (arts. 21 da Lei de ACP e 90 do CDC), como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas legislativos que compõem o microsistema. O mesmo se dá em relação à Lei de Ação Popular, cujo art. 9º tem sido aplicado às demandas coletivas assentadas no CDC e na LACP, na hipótese em que haja a ilegitimidade ou incapacidade processual da parte autora.

À guisa de todo esse contexto, a Constituição Federal – atenta às pressões políticas, doutrinárias e jurisprudenciais que a forjaram – se preocupa com a concepção social do processo. Tanto que potencializa os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica, como se dá com a ação civil pública, guindada ao plano constitucional como instrumento destinado à proteção dos interesses difusos e coletivos. É necessário considerar, então, que o exame da legislação pátria revela que a postura em situações como a aqui analisada deve ser a do aproveitamento do processo coletivo, com a substituição da parte que se reputa inadequada para a conduzir a demanda.

Para ser fiel a esse compromisso constitucional, o direito processual, a exemplo de outras ciências jurídicas, também deve colocar a **técnica processual** a serviço do direito material. Isso traduz a noção de que a instrumentalidade das formas necessita de uma leitura de dimensão ampliada no âmbito do processo coletivo, face ao **princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo**, o qual encontra fundamento nos artigos 1º, 2º e 3º, Título II, Capítulo I, e art. 5º, inc. XXXV, todos da CF/88.

Enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem interesse em enfrentar o mérito do processo coletivo, de modo que possa cumprir seu escopo mais importante: promover a justiça material e a pacificação social na busca da efetivação dos valores democráticos. Dito de forma sumária, o juiz no processo coletivo deve se esforçar ao máximo para que o processo não seja extinto sem julgamento do mérito.

II. CONCLUSÕES

2.1 Em decorrência do princípio do microsistema único coletivo que pressupõe a intercomunicação entre todas as leis que disciplinam a tutela coletiva, é nulo o processo em que a Jurisdição não suspenda o processo coletivo (seja qual for o direito metaindividual tutelado) e não publica o edital a que se refere o art. 9º da LAP, na hipótese de desistência infundada da ação ou seu abandono, **ou ainda na hipótese de incapacidade processual ou ilegitimidade ativa da parte**, para o fim de permitir a qualquer colegitimado a assunção do polo ativo da demanda, mesmo que já estabilizada.

2.2 Não sendo reconhecida a capacidade processual ou a legitimidade ativa de uma associação civil ou outro colegitimado ativo para prosseguir na ação coletiva que não o Ministério Público, é necessária, também, sob pena de nulidade, a intimação pessoal com vistas dos autos do Ministério Público para assumir, no estado em que se encontra, o polo ativo da demanda, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do 9º da Lei federal n. 4.717/65, cujo preceito é aplicado analogicamente a todo o microsistema único coletivo, na melhor exegese do art. 112 do CDC e do art. 5º, 3º, da LACP, bem como nos termos do artigo 10 do CPC.

2.3 Ciente o Ministério Público e não manifestando interesse em prosseguir com a demanda coletiva, é necessário que a jurisdição, verificando serem infundadas ou equivocadas as razões (se existentes) ou inexistentes as razões, antes de promover a extinção do feito sem julgamento de mérito, dê vista dos autos ao Procurador Geral de Justiça, por aplicação analógica ao art. 28 do CPP.

Antônio Joaquim S. Fernandes

Procurador de Justiça

Ana Paula Mendes Rodrigues

Procuradora de Justiça

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça

Geraldo Magela Carvalho Fiorentini

Procurador de Justiça

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior

Procurador de Justiça

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

Mônica A. B. C. Fiorentino

Procuradora de Justiça

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça

A distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, §1º) na Ação de Improbidade Administrativa e o princípio da presunção da inocência. Possibilidade – Estratégia de atuação do Ministério Público

MARCOS TOFANI BAER BAHIA

Procurador de Justiça

I. FUNDAMENTAÇÃO

É possível ao juiz promover a distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, §1º) na Ação de Improbidade Administrativa em face do princípio da presunção da inocência?

A regra de distribuição do ônus da prova no processo civil é a de que incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 373, I e II). A distribuição dinâmica prevista no §1º do mesmo artigo constitui, portanto, uma exceção à regra. Contudo, verificadas as premissas fáticas, a aplicação da dinamização do ônus é imperativa.

É assente nos tribunais que cabe ao autor coletivo da Ação de Improbidade – em regra, o Ministério Público – o ônus de provar o ato de improbidade administrativa, não importa o quão difícil e por vezes até impossível produzir a prova (diabólica) configuradora da improbidade, não raro esteja, por circunstâncias lógicas, na esfera de possibilidade do réu.

Recentemente – e os casos se repetem –, o TJMG absolveu agente político em ação de improbidade que usara verba pública para outros fins que não o exercício da função, simplesmente porque o MP não demonstrou, à míngua de prova, em qual fim particular o dinheiro teria sido gasto. Mantendo-se inerte e negando a imputação, comodamente o réu se viu absolvido sem qualquer esforço probatório, pois o fato não demonstrado lhe aproveitou.

Para a adoção dessa postura, os juízes, tribunais e a doutrina mais conservadora têm invocado a garantia constitucional do princípio da *presunção da inocência*, diante do conteúdo punitivo estatal (poder punitivo extrapenal) inerente à Ação de Improbidade, a impor exclusivamente ao autor coletivo o ônus de demonstrar o ato ilícito e a culpa do réu.

Indaga-se: estaria excluída, *a priori*, por força desse princípio, a aplicação do art. 373, §1º, do CPC nas ações de improbidade administrativa?

O NCPC acolheu, expressamente, o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, §1º:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à im-

possibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Decerto que a distribuição do ônus da prova somente tem lugar quando o juiz não puder esclarecer os fatos com seu poder instrutório, independentemente da atuação das partes.

Na lição de BEDAQUE:

Assim, não deve o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre o ônus da prova. Se verificar a possibilidade de esclarecer algum fato, mediante a realização de determinada prova, não pode se omitir.¹

Se a jurisdição coletiva vinha assumindo uma postura passiva e omissa nas ações de improbidade sem qualquer consideração aos poderes instrutórios do juiz, decerto que agora a jurisdição coletiva no Estado Constitucional, para atender a esse direito material coletivo que ganha impulso com o movimento de constitucionalização do direito processual civil, deverá ter outra postura em processos desse jaez, sob a luz de um novo modelo de processo civil, enquanto instância heterônoma de produção normativa impulsionada pela natural abertura dos textos legais.

Como instrumento posto à disposição da sociedade, o processo reflete os ideais de uma determinada época ou momento histórico-cultural da experiência humana. Discorrendo sobre o modelo constitucional do processo civil contemporâneo, ZANETI ensina que a “inserção do direito processual em uma perspectiva constitucional implica a necessária coordenação entre duas diversas exigências de fundo, a exigência de correção formal e a de justiça material.”²

Deveras, o processo deve espelhar e resguardar os valores individuais e coletivos que a ordem constitucional assegura. Na medida em que a Carta de 1988 reconhece a fundamentalidade do direito ao processo justo (direito à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva), constitucionaliza-se o direito de ação e, portanto, todos os meios e técnicas destinados a alcançá-lo, os quais devem se conformar à Constituição, vinculando, da mesma forma, legisladores e juízes, para além de seu aspecto formal.³

Isso representa uma modificação na hermenêutica, conferindo-se à jurisdição um verdadeiro incremento em sua atividade.

Na lição de Didier:

Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos seme-

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2011, p. 132.

² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo*. MITIDIERO, Daniel (coord.); AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 206.

³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2011, p. 219.

lhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre texto e norma, sendo essa o produto da interpretação daquela. Consagram as máximas [...] da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da concretização dos textos normativos, que passa a conviver com o método da subsunção. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do direito.⁴

O Novo CPC (Lei n.º 13.105/15), aliás, trata, já nas primícias de seu texto, da necessidade do atendimento às normas constitucionais, refletindo o movimento neoconstitucionalista, diferentemente do CPC vigente, que se inicia pela jurisdição e pela ação. É nítida, pois, a preocupação do novo estatuto com a ordenação, disciplina e interpretação das normas processuais aos valores e normas fundamentais estabelecidos pela Constituição (art. 1º).

Da mesma forma, na aplicação do ordenamento processual, o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (CPC, art. 8º).

Nota-se, pois, a preocupação no Novo CPC em refletir os valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito na Constituição. A força normativa da Constituição, portanto, alcança o processo, impondo ao direito processual civil, enquanto direito constitucional aplicado, a tarefa de realizar os direitos fundamentais assegurados na Carta, entre os quais está a proibição da administração.

Nesse panorama, é natural que se modifique o conceito de jurisdição no pensamento jurídico contemporâneo, em ordem a ampliar os poderes do juiz na relação jurídico-processual, notadamente por meio (i) do incremento da função criativa para a construção do ordenamento jurídico (por ex., na interpretação das cláusulas gerais processuais, como deve acontecer no exame das condições previstas no art. 373, §1º, do Novo CPC, rompendo, assim, com o modelo de tipicidade em que se estruturava o processo); (ii) da ampliação dos poderes instrutórios, da cooperação e do diálogo em toda a marcha processual; (iii) da realização de técnicas capazes de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Nesse contexto, é necessário refletir se o princípio da presunção da inocência, *tout court*, seria suficiente para impor somente ao autor coletivo o ônus da prova na Ação de Improbidade, na consideração de que, tal princípio, no âmbito do processo penal, tem como um dos seus principais objetivos atribuir exclusivamente à acusação o ônus da prova dos atos ilícitos e garantir o *in dubio pro reo* como regra de julgamento. Isso porque, como vem entendendo os tribunais, a gravidade das sanções da Lei n.º 8.429/92, a preponderância do dolo nas condutas ímprobas e a grande reprovação social atrairia a aplicação daquele princípio às sanções dispostas na LIA.

A propósito, o STF assentou que a Ação de Improbidade tem natureza civil, por ocasião do julgamento da ADI 2.797 e 2860, na esteira do §4º do art. 37 da CF. Sendo assim, os atos de improbidade administrativa estão estruturados sob a forma de regra sancionatória extrapenal.

É dizer, a ação de improbidade não pertence à seara do direito processual penal, ainda que haja semelhança, não identidade, entre os atos de improbidade e os ilícitos penais. Se é verdade que o princípio ou garantia fundamental da *presunção da inocência* previsto no art. 5º, LVII, da CF irradia-se para todos os ramos do direito (e não só o processual penal), não é menos verdade que tal princípio no

⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, vol. 1, p. 41.

processo penal está associado à questão da liberdade. Dito de outro modo, é a prisão, enquanto sanção punitiva criminal, que densifica tal princípio, sanção esta que não está presente na LIA.

Isso implica considerar que o alcance do princípio da presunção da inocência deve ser redimensionado no âmbito da improbidade administrativa, bem compreendido que, não havendo risco para a restrição da liberdade do réu, nada impede, de plano, a distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade, com a necessária ponderação de valores em questão e o preenchimento das condicionantes legais previstas no art. 373, §1º, do CPC. Aliás, a incidência do princípio da presunção da inocência na LIA tem duas aplicações bem nítidas: impedir a aplicação das sanções do art. 12 antes do trânsito em julgado da sentença condenatória; garantir um julgamento favorável ao réu no caso de dúvida.⁵

Em contraponto, poder-se-ia argumentar com outra questão, presente no art. 379 do NCPC:

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

[...]

Do direito constitucional ao silêncio⁶, decorre o direito de não produzir prova contra si mesmo. Em âmbito penal, tolera-se que o réu minta em juízo desde que não atribua fato criminoso a outro que não o fez (calúnia).

Entretanto, sob a perspectiva civil/administrativa da Ação de Improbidade, o direito de não produzir prova contra si mesmo, dinamizado o ônus da prova de determinado aspecto fático, poderá prejudicar o próprio réu que, sob a vigência do NCPC, está presumidamente ciente da previsão da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil moderno e de que, estando em melhores condições de produzir a prova, tem o dever de cooperar com a reconstrução dos fatos na busca da verdade (NCPC, art. 6º) – especialmente em causas de intensa relevância social. E, sobretudo, ciente de que, se permanecer entrincheirado comodamente na regra geral (art. 373, caput), inerte no processo, deverá assumir as consequências do seu ônus.⁷

Ampliando o que foi dito, a regra processual da distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa conforma-se não só com a nova hermenêutica constitucional e processual, como também com o princípio democrático e os direitos fundamentais processuais do processo justo, da colaboração no processo, da tutela adequada e efetiva, da igualdade, da paridade das armas, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Da mesma forma, encontra-se conformada ainda com os princípios do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo e do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum (CDC, art. 103, § 3º).

⁵ A doutrina e a jurisprudência aceita que no art. 9, VII, da LIA, o qual estabelece que incorrerão em ato ímprobo os agentes políticos que tiverem patrimônio incompatível com sua renda, está presumido que se o autor alegar essa disparidade, deve o réu provar a sua inoccorrência.

⁶ Art. 5º, LXIII, CF O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

⁷ Em matéria de confisco de ativos, o **Decreto Federal n.º 154/91**, ao promulgar a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), do qual o Brasil é signatário, dispõe no art. 5º, item 7, que: “cada parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.” Também o **Decreto federal n.º 5.015/04**, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), prevê no art. 12 (confisco e apreensão), item 7: “Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de **exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco**, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.” Como se nota, já há predisposição da comunidade internacional em facilitar a distribuição do ônus da prova mesmo em casos criminais, atribuindo-a ao autor do crime em determinadas hipóteses.

A dinamização do ônus da prova na Ação de Improbidade requer o cumprimento de determinadas condicionantes materiais e processuais, sem as quais não é possível ao juiz operá-la. Embora se diferenciem, cada um desses elementos requer uma análise individual, pois a presença de um não significa automaticamente a do outro.

A análise dessas condicionantes previstas no art. 373, §1º, do NCPC nada mais representa do que a ponderação de valores e a determinação de qual deve prevalecer para a justiça do caso concreto, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável da hermenêutica. A ponderação dos valores fundamentais visa a alcançar o devido processo legal social substantivo e tendencialmente justo. O princípio da proporcionalidade atuará como a medida para a interpretação da norma no caso concreto, com vistas à melhor realização do fim constitucional nela embutido e decorrente do sistema.

A primeira condicionante material diz respeito à *impossibilidade* ou *dificuldade* do autor coletivo de cumprir o encargo nos termos da regra do art. 373, *caput*, do NCPC, e à *facilidade* e *possibilidade* de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Nem sempre, contudo, a dificuldade de uma parte de produzir a prova ensejará facilidade ou possibilidade de sua produção por parte da outra. Desse modo, a impossibilidade de ambas as partes impede mesmo a aplicação da teoria, permanecendo a regra geral, com a ressalva de que a inviabilidade da produção da prova (a quem incumbiria pela regra geral) deve estar caracterizada por fato culposo da parte contrária ou por violação dos deveres de cooperação entre os litigantes.

A impossibilidade ou dificuldade de cumprimento do encargo por parte do autor coletivo que importe em *probatio diabolica* pode se dar por motivos técnicos, científicos, econômicos, fáticos, sociais, enfim, os mais variados, desde que legítimos e apontados objetivamente no caso concreto.

Tais motivos devem ser compreendidos no processo coletivo de improbidade com muita acuidade, em face dos escopos da jurisdição coletiva, do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva e da natureza do direito material coletivo tutelado (direito à probidade administrativa), que se constitui em direito fundamental.

II. CONCLUSÃO

- 2.1. É cabível a distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 373, §1º, do CPC; em relação a determinado fato ou determinado conjunto de fatos.
- 2.2. O princípio da presunção da inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo não são empecilhos para o juiz determinar a distribuição do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa;
- 2.3. Preenchidas as condicionantes materiais (peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário) e processuais (decisão fundamentada e oportunidade ao réu de cumprir o encargo), ora previstas no art. 373, §1º, do CPC, deve o juiz aplicar, por imperativo, a distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa;
- 2.4. Recomenda-se aos Promotores de Justiça esgotarem a produção de todas as provas possíveis antes do ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa, inclusive as que, em tese, seriam mais fáceis e possíveis de serem produzidas pelo réu e, não sendo possível, postular ao juiz, já na petição inicial, a distribuição dinâmica do ônus da prova, apresentando fundamentadamente os motivos, nos termos do art. 373, §1º, do CPC. Preenchidos os requisitos legais da norma, não sendo deferida a aplicação do instituto, recomenda-se a interposição do Agravo de Instrumento (CPC, 1.015, inc. XI).

A participação do Promotor de Justiça na formação da vontade institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RODRIGO SOUSA DE ALBUQUERQUE

Procurador de Justiça

MÁRIO ANTÔNIO CONCEIÇÃO

Promotor de Justiça de Entrância Especial

1. INTRODUÇÃO

O tema pretende resgatar discussão latente¹ no seio da Instituição desde que a Lei Complementar n.º 34, de 12 de setembro de 1994, que dispôs sobre a organização do Ministério Público mineiro, impediu Promotores e Promotoras de Justiça de se candidatarem aos cargos de Procurador-Geral de Justiça e de Conselheiro.

Assim dispõe o art. 5º, § 1º, desse diploma legal:

Art. 5º A Procuradoria-Geral de Justiça, órgão de direção superior do Ministério Público, que funcionará em sede própria, será chefiada pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 10, I, da Lei n.º 8.625/93).

§ 1º O Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Governador do Estado, **entre os Procuradores de Justiça** com o mínimo de dez anos de serviço na carreira, indicados em lista tríplice, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, observando o mesmo procedimento. (art. 128, § 3º, CF; art.123, § 1º, CE; art. 9º da Lei n.º 8.625/93)

Art. 27. O Conselho Superior do Ministério Público é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que o presidirá, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e por **nove Procuradores de Justiça eleitos** por todos os integrantes da carreira, para mandato de um ano.

1 O Procurador de Justiça Rodrigo Sousa de Albuquerque, então Promotor de Justiça, apresentou a tese "Possibilidade de o Promotor de Justiça ser membro do Conselho Superior do Ministério Público" no V Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, em 2002, e no XV Congresso Nacional do Ministério Público, em 2003. Destaca-se também o empenho do Procurador de Justiça e ex-Conselheiro do CSMPMG Marcial Vieira de Souza, em movimento que tentou viabilizar a participação de todos os membros na eleição para os cargos de Procurador-Geral de Justiça e de Conselheiro.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público também fixou diretrizes para que Estados elaborassem suas respectivas leis orgânicas para a escolha de Conselheiros:

Art. 14. Lei Orgânica de cada Ministério Público disporá sobre a **composição**, inelegibilidade e prazos de sua cessação, posse e duração **do mandato dos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público**, respeitadas as seguintes disposições:

I - o Conselho Superior terá como membros natos apenas o Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público;

II - são elegíveis somente Procuradores de Justiça que não estejam afastados da carreira;

III - o eleitor poderá votar em cada um dos elegíveis até o número de cargos postos em eleição, na forma da lei complementar estadual.

Nesse cenário, a **formação da vontade institucional**² através dos modelos normativo e hermenêutico, respectivamente estabelecido e aplicado no âmbito do MPMG, revela-se impecável.

O fenômeno, que não é exclusivo³ do Ministério Público da terra de Tiradentes, mostra imemorial determinação de algumas de suas instâncias de impedir a plena participação política de todos os membros do Ministério Público fundada em regra, em argumentos pouco convincentes, como veremos adiante.

Kuhn,⁴ investigando a estrutura das revoluções científicas, ensina que uma nova teoria nunca – ou quase nunca – é um mero incremento ao que já é conhecido: sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores. Segundo o autor, esse processo intrinsecamente revolucionário, raramente, é completado por um único homem e nunca o é de um dia para o outro.

Nesse sentido, tem-se que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público foi sancionada em Minas Gerais pelo então Presidente da República, Itamar Franco, em reconhecimento à tradição libertária dos brasileiros de Minas Gerais, que têm na luta pela liberdade e participação democrática as suas marcas.

Após a promulgação da Lei n.º 8.624, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que dispôs sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, alguns Estados adotaram, inicialmente, modelo duplamente excludente ao impedir que Promotores e Promotoras de Justiça fossem eleitos para o cargo de Procurador-Geral de Justiça e para o mandato de Conselheiro do Ministério Público.

Entretanto, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que tem seu fundamento de validade na Constituição Federal, assim dispôs quanto a **quem poderia ser escolhido para o cargo de Procurador-Geral de Justiça**:

Art. 9º Os Ministérios Públicos dos Estados formarão lista tríplice, **dentre integrantes da carreira**, na forma da lei respectiva, **para escolha de seu Procurador-Geral**, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento.

² Aquela destinada à realização de sua atividade-fim, a partir dos princípios institucionais previstos na CF.

³ Vide MC-748 RS 97/0010617-9, proposta pelo Promotor de Justiça gaúcho José Fernando Gonzalez, e a Reclamação n. 595-SE, interposta pelo Promotor de Justiça sergipano Luiz Alberto Moura Araújo. Nos dois casos, o STJ deferiu liminares. Em 09.10.2006, a Min. Laurita Vaz, na MC 12.082, concedeu liminar para assegurar aos Promotores de Justiça de Sergipe, apresentados pela ASMP, a inscrição e participação no processo eleitoral para elaboração da lista tríplice para escolha do Procurador-Geral de Justiça, até o julgamento do mérito desta MC. Ademais, em pelo menos 23 Estados da Federação, todos os membros do Parquet podem disputar eleição para Procurador-Geral de Justiça.

⁴ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 26.

A norma nacional, que tem natureza geral, foi elaborada em observância ao disposto no art. 128, § 3º, da Constituição Federal, que prescreve:

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice **dentre integrantes da carreira**, na forma da lei respectiva, **para escolha de seu Procurador-Geral**, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Assim, o Poder Constituinte originário, a partir do princípio democrático que estrutura e orienta o Estado brasileiro e, conseqüentemente, o Ministério Público, atribuiu aos Promotores e Procuradores de Justiça 1) o direito de **escolher o representante máximo de sua instituição** e o de **ser escolhido para representá-la**; 2) o direito de **escolher e de ser escolhido** para exercer o mandato de Conselheiro do Conselho Superior do Ministério Público.

Essas possibilidades são manifestações de participação democrática que viabilizam aos integrantes do Ministério Público efetivamente influenciar/participar das deliberações institucionais e, em última análise, da formação da vontade institucional.

2. EXPOSIÇÃO

O novo Ministério Público, instituído com a Constituição de 1988, foi elaborado a partir de inovadoras premissas que alteraram a forma de se compreenderem as instituições públicas e o próprio funcionamento do serviço público.

Hugo Nigro Mazzili ensina que “O Ministério Público é órgão do Estado. Por isso, a estrutura e o funcionamento do Ministério Público espelham, com bastante correspondência e realismo, a fisionomia **do Estado** do qual é integrante”.⁵

É evidente que o Ministério Público é uma instituição democrática – seja pela natureza da função institucional que lhe foi atribuída, por exemplo, para a defesa do regime democrático (art.127, CF), seja pela forma de escolha de seu chefe (art.128, § 3º, CF). O princípio democrático é, portanto, de sua essência (art.1º, CF).

O novo serviço público busca encontrar valores compartilhados e interesses comuns por meio de um diálogo generalizado e do engajamento dos cidadãos.⁶ É visto, pois, como uma extensão da cidadania, sendo motivado por um desejo de servir aos outros e de atingir objetivos públicos.⁷

Nesse contexto, estamos, portanto, diante de uma nova Administração Pública, qualificada como **democrática e participativa**, que exige superação da forma de compreender as instituições e o serviço público.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a defesa do regime democrático*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/10403_Cached.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁶ MATTEI, Rejane Esther Vieira. *Administração Pública Democrática no Estado de Direito: O Novo Serviço Público no Cenário Brasileiro*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. 4.ed., jun./dez. 2008. ISSN 1982-0496. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/administracao-publica-democratica-no-estado-de-direito-o-novo-servico-publico-no-cenario-brasileiro/23403/>>.

⁷ MATTEI, Rejane Esther Vieira. *Administração Pública Democrática no Estado de Direito: O Novo Serviço Público no Cenário Brasileiro*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. 4.ed., jun./dez. 2008. ISSN 1982-0496. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/administracao-publica-democratica-no-estado-de-direito-o-novo-servico-publico-no-cenario-brasileiro/23403/>>.

Porém, o que é democracia? As definições podem ser agrupadas em duas ideias ou escolas de pensamento: uma, que entende ser forma particular de governo em que a maioria exerce o controle político; outra,⁸ que entende ser “uma filosofia da sociedade humana, ‘um modo de viver’, um conjunto de ideias e atitudes motivando e guiando o comportamento dos membros de uma sociedade entre si, não somente nos negócios políticos mas igualmente nas suas relações econômicas, sociais e culturais” e institucionais. O ideal democrático está, pois, presente⁹ nas instituições públicas brasileiras.

Nesse sentido, não há como negar que o sufrágio é uma das instituições democráticas mais essenciais, juntamente com o Conselho Representativo, a garantia das liberdades civis e o sistemas judicial.¹⁰

A liberdade de votar e de ser votado é condição essencial para a democracia, seja em que âmbito for. O Exército e a Igreja não são instituições democráticas: sua existência e seu funcionamento dependem da não aplicação do princípio democrático. Nessas instituições, a aplicação desse princípio importaria no aniquilamento delas em razão de sua própria natureza.

O Ministério Público como instituição detém parcela de poder político que é exercido por seus membros.¹¹ E o que é **poder político**? É a possibilidade efetiva que tem o Estado de obrigar os indivíduos a fazerem ou não fazerem alguma coisa. O poder político é essencialmente **uma vontade**,¹² qualificada como ministerial neste trabalho: o *Parquet* é titular de um poder institucionalizado, uma vez que dotado de uma estrutura organizada para cumprir relevantes funções sociais,¹³ segundo “normas preestabelecidas, independentemente da vontade própria dos que exercem o poder”.¹⁴

O poder político é “a etapa mais perfeita da evolução política, surge quando os homens, pelo desenvolvimento da cultura, repugnam obedecer ao arbítrio de alguns, quando se afirma a consciência da necessidade de uma ordem estável, de uma organização permanente a serviço do bem público”.¹⁵

Dessa forma, no âmbito do Ministério Público, é a **vontade** produzida no seio da Instituição que a impulsiona a exercer as funções que lhe foram atribuídas. A formação dessa vontade assume relevante importância na avaliação da legitimidade da atuação institucional, razão pela qual deve ser cuidadosamente examinada.

Atualmente, nem todos os integrantes da carreira ministerial participam da **formação da vontade institucional**, motivo pelo qual ela se mostra **imperfeita**, como dito.

O modelo normativo adotado pela lei mineira e a prática política eleita pelos órgãos de cúpula desconsideram o **princípio democrático** ao *deixar de promover mudanças* que induzam ao efetivo exercício democrático no seio da Instituição e de compreender a norma de maneira a limitar a participação de todos os membros em seus cargos. Assim agindo, impede-se que o Ministério Público, instituição criada para defender o regime democrático, seja inundado pelo princípio democrático. Tal perplexidade nos leva a indagar: Quais as causas dessa resistência? É possível superá-las? Se sim, como?

Eis o baricentro do presente trabalho.

Toda mudança de paradigma, seja nas ciências exatas ou nas humanas, implica insegurança e re-

⁸ RODETE, C; JANDERSON T.; CHRISTOL. C. Introdução à ciência política. Rio de Janeiro: AGIR, 1985. p. 97.

⁹ Não se aplica às Forças Armadas e às Polícias.

¹⁰ MERRIAN, Charles E. What Is Democracy? University of Chicago Press, Chicago, 1941, pp-8-9. In.: RODETE, C; JANDERSON T.; CHRISTOL. C. Introdução à ciência política. Rio de Janeiro: AGIR, 1985. p.120.

¹¹ Agentes políticos.

¹² AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. Rio de Janeiro: Globo. 2008. p. 74.

¹³ Defesa do Regime Democrático, entre outras.

¹⁴ LAPIERRE, Jean-Willian. Le pouvoir politique. Paris: Presses Universitaires de France, 1959. p. 30 apud AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. Rio de Janeiro: Globo. 2008. p. 80.

¹⁵ AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. Rio de Janeiro: Globo. 2008. p. 81.

sistência, evidenciada por nítidos movimentos de natureza hermenêutica e legislativa, quase sempre simultâneos, tendentes a impedir, no caso, a participação de todos os integrantes do Ministério Público na formação da vontade institucional.

As causas são muitas e complexas. É possível identificar algumas: a) profundo temor de alguns de perder parcela significativa de poder (capacidade de produzir isoladamente a vontade institucional), b) desejo de manter distinção artificial entre os membros, de maneira a valorizar o cargo ocupado em segunda instância, c) desprezo e preconceito de que os integrantes da carreira de primeira instância não são capazes nem possuem madureza suficiente para deliberar sobre temas institucionais e exercer funções estratégicas.

No ano de 2009, o Procurador-Geral de Justiça do MPSP, Fernando Grella Vieira, encaminhou anteprojeto de alteração da Lei Orgânica do MPSP ao órgão especial, que contundentemente se manifestou em contrário, por maioria de seus membros. A proposta permitia que Promotores e Promotoras de Justiça se candidatassem aos cargos de Procurador-Geral de Justiça e de Conselheiro do Conselho Superior. Vejamos alguns argumentos apresentados:

Se um tenente não pode ser comandante geral do Exército, se um padre não pode ser papa e se um juiz de direito não pode ocupar a Presidência do Tribunal de Justiça, não vejo como um promotor pretender ser procurador-geral [...]. (grifo nosso)

Aduziu-se ainda contrariamente à possibilidade de candidatura de Promotores de Justiça ao cargo de Conselheiro:

Bastaria que uma chapa de seis promotores de Justiça conseguisse êxito eleitoral junto à primeira instância, porque procuradores de Justiça são só três eleitos por todos os integrantes do Colégio de Procuradores. Ainda que o Procurador-Geral e o Corregedor-Geral sejam procuradores, o placar no Conselho seria de seis votos de promotores e apenas cinco de procuradores de Justiça, o que é um absurdo [...]. (grifo nosso)

Os argumentos refletem a equivocada¹⁶ ideia de que existe hierarquia entre os integrantes do Ministério Público ou uma espécie de autoridade política exercida pelos membros de segunda instância sobre os de primeira instância. A Procuradora de Justiça relatora¹⁷ da proposta¹⁸ manifestou-se contrariamente às reformas, com os seguintes argumentos:

Portanto, há que se indagar qual a razão de permitir a lei que uma Instituição que tem atribuições constitucionais técnicas, como o Ministério Público, politize-se de modo amplo e irrefragável. O contribuinte, aquele que nos paga, ganharia se o promotor de justiça de uma hipotética comarca houvesse por bem entender

¹⁶ Entrevista de Hugo Nigro Mazzili. Disponível em: <<https://www.facebook.com/esmpsp/videos/413907285446131>>.

¹⁷ Procuradora de Justiça Regina Helena da Silva Simões.

¹⁸ Protocolo n. 19.610/09, MPSP. Interessado: Senhor Procurador-Geral de Justiça. Assunto: Anteprojeto de modificação da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (LOEMP) para permitir a formação de lista tríplice para o provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça e composição e eleição para Conselho Superior do Ministério Público com integrantes da primeira instância da Instituição.

que poderia administrar a Instituição, lançando-se candidato, a percorrer o Estado em busca do necessário apoio?

No que tange à segunda proposta, assim entendeu a relatora:

[...] são inelegíveis os Promotores de Justiça, norma essa que deve ser respeitada por todos os Ministérios Públicos estaduais, à evidência, tendo em conta o princípio basilar da hierarquia das leis.

Surpreendentemente, ainda argumentou no seguinte sentido:

Democracia tem a ver com representação política e tomada de decisões; **não tem relação alguma com órgãos públicos em que servidores** querem, mais que eleger o chefe atingir a própria chefia [...]. (grifo nosso)

As propostas **dificultariam** aos membros da Segunda Instância o **acesso** aos cargos da Administração Superior, **embora mais preparados para exercê-los**, tendo em vista a maior experiência institucional, que **só se adquire com os anos de vivência na carreira**. (grifo nosso)

[...] **culminariam** por extinguir a Segunda Instância e a própria carreira, que passaria a ser linear, **sem qualquer diferencial** entre os cargos de Promotor de Justiça e Procurador de Justiça. (grifo nosso).

Os argumentos não se revelam convincentes, pois desconsideram a força do **princípio democrático** (art.1º da CF), que tem no sufrágio universal e na participação política assegurada a todos os membros do *Parquet* (art. 128, § 3º, da CF) a possibilidade de serem escolhidos para os cargos de Procurador-Geral e de Conselheiro e, assim, participarem da formação da vontade institucional.

Nesse sentido, o Promotor Roberto Livianu, Presidente do Ministério Público Democrático, manifestou-se: “É uma falta total de democracia. No fundo o que mantém isso é a reserva de poder”.¹⁹

O Estado brasileiro e a Instituição do Ministério Público estão apoiados no ideal democrático, razão pela qual o discurso de justificação e o de aplicação do direito devem observar o **paradigma democrático** previsto na Constituição da República.

O artigo 14 da Lei Orgânica Nacional não veda expressamente a eleição de Promotor de Justiça para o Conselho Superior do Ministério Público. A norma, como dito acima, deve ser compreendida de maneira a garantir a incidência do **princípio democrático**, pedra de toque do sistema, o que ocorre com a garantia da participação de todos os integrantes do Ministério Público na escolha para Procurador-Geral de Justiça e para Conselheiro. Qualquer compreensão que enfraqueça tal princípio ou que dele se afaste não deve ser aceita como válida.

Fixada a premissa *supra*, impõe-se atribuir compreensão dotada de racionalidade capaz de evitar eventual antinomia derivada de apego a paradigma que não se presta a balizar a nova realidade política.

¹⁹Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-jun-22/mp-discute-possibilidade-promotores-candataram-pgj>>.

A norma estabelece hipótese em que Procuradores de Justiça afastados não podem participar do processo de escolha para o cargo, o que não significa estarem os Promotores de Justiça impedidos, diante do paradigma vigente, que é o da **participação (democrática) de todos os membros da Instituição** na formação da vontade institucional.

Cada unidade federativa pode dispor sobre a **composição** dos integrantes do Conselho Superior, permitindo-se, assim, seja prevista expressamente a possibilidade de eleição de Promotores de Justiça, o que se revela em consonância com a possibilidade, em tese, de o Procurador-Geral de Justiça, membro nato do Conselho, ser Promotor de Justiça. Assim, o sistema representativo institucional admite que Promotor de Justiça tenha assento no Conselho Superior.

A Constituição não fez distinção entre os integrantes do Ministério Público para representá-lo (art.128, § 3º). Não nos parece, por conseguinte, ser racional restringir a participação política dos membros. As leis estaduais que organizaram os Ministérios Públicos devem, portanto, observar a norma geral, sob pena de inconstitucionalidade,²⁰ o que vem lamentavelmente ocorrendo.

O Ministério Público não é uma instituição hierarquizada como a Igreja, as Forças Armadas e o serviço público ordinário, como possam alguns pensar. Não há hierarquia entre os membros do Ministério Público, que agem nos limites de suas funções e com independência funcional. Dessa forma, qualquer resistência ou restrição à plena **participação política** de todos os membros nas deliberações institucionais revela-se contrária ao princípio democrático que estruturou e conduz o MP. É curioso o desinteresse de Procuradores e Procuradoras de Justiça em se candidatar ao Conselho Superior, o que tem exigido convocação²¹ *manu militari* para o preenchimento das vagas desse importante órgão colegiado!

A participação do Promotor de Justiça nos destinos do Ministério Público é fundamental para o fortalecimento e para a evolução da Instituição. Não se trata de desejo mesquinho de alguns membros de exercer função temporária, mas de efetivo interesse em participar da **formação da vontade institucional**, a partir do modelo institucional criado pela CF/88.

A Lei Orgânica do Ministério Público mineiro **limita**²² indevidamente a formação da vontade institucional por um minoritário grupo de integrantes – Procuradores e Procuradoras de justiça –, o que, além de contrariar o ordenamento jurídico vigente, não se revela em consonância com as recentes alterações constitucionais.

A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, instituiu o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão máximo de controle externo, no bojo do qual está prevista a participação de **membro do Ministério Público** e, mais uma vez, não houve qualquer restrição quanto à participação de Promotor de Justiça no órgão de cúpula nacional. Ao contrário, foram reservadas não uma vaga, mas sete, aos membros do Ministério Público, sem qualquer restrição:

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁰ Precedentes: ADI 5171, contra Emenda Constitucional do Amapá n. 48, que trata da escolha do Procurador-Geral, ou seja, prevê que o PGJ será escolhido dentre Procuradores de Justiça.

²¹ § 5º Serão investidos no mandato tantos integrantes do Colégio de Procuradores de Justiça mais antigos quantos forem necessários para a composição do Conselho Superior do Ministério Público, se o número de inscritos para a eleição for inferior ao de vagas, observado o disposto no art. 29, § 3º.

²² O MPMG é um das poucas instituições, juntamente com São Paulo, Roraima e Tocantins, que não permitem que Promotores se candidatem. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-jun-22/mp-discute-possibilidade-promotores-candataram-pgj>>.

I - o Procurador-Geral da República, que o preside;

II - **quatro membros do Ministério Público da União**, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III - **três membros do Ministério Público** dos Estados;

§ 1º Os **membros** do Conselho oriundos do **Ministério Público** serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

Recentemente, Promotor de Justiça²³ foi nomeado pela então Presidente da República para integrar o CNMP, o qual foi eleito por seus pares em momento posterior para o cargo de Corregedor Nacional daquele órgão. As recentes mudanças, portanto, demandam releitura das normas vigentes de maneira que revelem sentido compatível com o sistema normativo.

Hugo Nigro Mazzili²⁴ assim entende: “Para nós, porém, os membros do Ministério Público são todos verdadeiros Promotores de Justiça, pois os Procuradores nada mais são que Promotores mais experientes.”

Em suma, a problemática agitada centra-se no duplo desafio de: 1) expurgar do ordenamento jurídico disposição infraconstitucional e compreensão que contrarie a Lei Orgânica Nacional do MP e regra constitucional e 2) garantir que todos os membros do Ministério Público tenham efetivo e real **direito de participar da formação da vontade** da Instituição através da possibilidade de escolherem e de serem escolhidos para o cargo de Procurador-Geral de Justiça e para o mandato de Conselheiro.

²³ Sandro Neis, do MPSC, que chegou a ser Corregedor Nacional, e Felipe Locke, do MPSP.

²⁴ Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/atuampseg.pdf>>.

3. CONCLUSÕES

- a) O Ministério Público, como instituição democrática, detém parcela de poder político que é exercido por seus membros.²⁵ O poder político é essencialmente **uma vontade**.²⁶
- b) A **vontade institucional ministerial** somente será legítima se for assegurada a todos os integrantes do Ministério Público a possibilidade de escolherem e de serem escolhidos para Procurador-Geral de Justiça e para Conselheiro do Conselho Superior.
- c) A vontade ministerial revela-se **imperfeita** na medida em que o **princípio democrático**, que deveria também inundar a Instituição defensora do regime democrático, não é prestigiado em sua plenitude pelo legislador e pela prática adotada pelos órgãos de cúpula do MPMG.
- d) O Estado brasileiro e a Instituição do Ministério Público estão estruturados no ideal democrático, razão pela qual a **produção normativa e a aplicação do direito** devem observar o **paradigma democrático**.
- e) O artigo 14 da Lei Orgânica Nacional **não veda** expressamente a eleição de Promotor de Justiça para o Conselho Superior do Ministério Público. A regra **deve ser compreendida** à luz do paradigma democrático, que garante a participação de todos os membros do *Parquet* como candidatos a Procurador-Geral de Justiça e a Conselheiro do Conselho Superior do Ministério Público.
- f) O art. 14 da Lei Orgânica Nacional **deve ser compreendido** no sentido de que Procuradores de Justiça afastados não podem participar do processo de escolha, e não como regra impeditiva da participação de Promotores de Justiça, o que implicaria contradição em relação ao **paradigma democrático** vigente, que assegura a plena participação dos membros na formação da vontade institucional (arts. 1º e 128, § 3º, CF).
- g) O art. 5º, § 1º, da Lei Orgânica do MPMG, que veda a Promotor de Justiça candidatar-se para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, revela-se inconstitucional em face dos art. 1º e 128, § 3º, da CF.
- h) O art. 27 da Lei Orgânica do MPMG, que veda a Promotor de Justiça candidatar-se ao cargo de Conselheiro do Conselho Superior do Ministério Público, revela-se inconstitucional em face dos art. 1º e 128, § 3º, da CF.
- i) O(a) Promotor(a) de Justiça pode ser candidato aos cargos de Procurador-Geral de Justiça e Conselheiro do Conselho Superior do Ministério Público.

MOÇÃO:

Os participantes do XII Congresso Estadual do MPMG, reunidos em 23 de junho, em Belo Horizonte, face a aprovação da tese por unanimidade “A participação do Promotor de Justiça na formação da vontade institucional do Ministério Público do estado de Minas Gerais” submete o trabalho à apreciação da plenária. Pleiteiam que seja aprovado o encaminhamento da conclusão da tese à CONAMP e ao Procurador-Geral de Justiça para fins de análise das conclusões aprovadas de maneira a permitir a plena participação dos membros do Ministério Público como candidatos aos cargos de Procurador-Geral de Justiça e ao Conselho Superior do Ministério Público.

²⁵ Agentes políticos.

²⁶ AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. Rio de Janeiro: Globo. 2008. p. 74.

Legitimidade das associações civis para a defesa de direitos difusos e coletivos independentemente de autorização expressa dos associados

AUTORIA: PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DEFESA: NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

– Procurador de Justiça

FUNDAMENTAÇÃO

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 573.232-SC, Rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, DJ 19.09.2014, o STF apreciou o Tema

n.º 82, com repercussão geral reconhecida, que trata da seguinte matéria:

Possibilidade de execução de título judicial, decorrente de ação ordinária coletiva ajuizada por entidade associativa, por aqueles que não conferiram autorização individual à associação, não obstante haja previsão genérica de representação dos associados em cláusula do estatuto.

A citada Corte reafirmou jurisprudência anterior no sentido de se exigir autorização expressa dos beneficiários para o ajuizamento de ação civil pública na defesa dos direitos dos associados. O acórdão tem a seguinte ementa:

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE.

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados.

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS.

As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

Há decisões dos tribunais – por exemplo, TJMG/AC n.º 1.0433.09.286.941, 2ª CC, DJ 09.12.2015 – que, sem fazer distinção quanto à natureza do direito defendido, tem aplicado o citado posiciona-

mento do STF nas ações civis públicas propostas pelas associações e exigido autorização expressa dos associados, o que tem dificultado a defesa dos direitos difusos e coletivos.

O equívoco é manifesto.

No citado precedente do STF, a Associação do Ministério Público Catarinense ajuizou ação ordinária em prol de seus associados pleiteando pagamentos referentes à gratificação devida aos Promotores Eleitorais que atuaram no período de 1994 a 1999. Julgado procedente o pedido, discutiu-se a legitimidade ativa de associado – que não assinou a autorização individual para a propositura da ação – para executar a sentença.

O STF reafirmou seus posicionamentos anteriores (AO n.º 152/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 03.03.2000; Rcl n.º 5.215 Ag.R, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 22.05.2009) no sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia da entidade.

Na aludida AO n.º 152/RS, a Associação dos Magistrados pleiteava o pagamento de diferenças de remuneração devidas aos magistrados do Rio Grande do Sul.

Na referida Rcl n.º 5.215, a Associação dos Docentes das Faculdades de Tecnologia do CEE-TERPS defendia direito dos associados celetistas que tiveram seu contrato de trabalho rescindido.

Os três precedentes do Supremo Tribunal Federal versam sobre a defesa de direito individual homogêneo, situação diversa da retratada nas ações nas quais a associação defende direitos difusos ou coletivos, cujo caráter incindível do bem da vida pleiteado não comporta cumprimento individualizado da condenação imposta, mesmo porque, como bem assinalou o voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa no citado RE n.º 573.232-SC, “a legislação processual já lhe deu solução consentânea (art. 16, da Lei n. 4.717/65; art. 15, da Lei n. 7.347/85; art. 100, da Lei n. 8.078/90)”.

Nesse caso, não há que se exigir, para a propositura da demanda, a autorização individual ou em assembleia dos associados, como prevê o art. 5º, XXI, da CF.

Nesse sentido, cite-se – no que interessa – o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

3. Não se exige das associações civis que atuam em defesa aos interesses do consumidor, como sói ser a ora recorrida, autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil que tenha por objeto a tutela a direitos difusos dos consumidores, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, e especialmente, comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em razão de uma situação de fato, impossível seria a individualização de cada potencial interessado. (REsp. n.º 1.181.066-RS, 3ª T.; Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJ 31.03.2011)

No mesmo sentido, em hipótese versando sobre direito do consumidor lesado por propaganda enganosa, na decisão proferida no REsp. n.º 1.210.486, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJ 21.08.2014, entendeu-se como desnecessária a juntada da relação nominal dos associados e de seus respectivos endereços ou da ata da assembleia, aos seguintes fundamentos:

O eminente Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, aborda a questão com propriedade, razão por que adoto seu parecer como razões de decidir, transcrevendo-o na parte pertinente:

“Trata-se de ação coletiva extinta em face da falta de legitimidade, ocasionada pela não juntada de lista com os nomes dos associados residentes na capital. Entendeu o douto Juízo monocrático, que o rol era necessário para que se delimitassem os atingidos pela decisão.

Primeiramente, analisando a questão ventilada no presente caso, de natureza indivisível, nota-se que o interesse tutelado toma os contornos de difuso, uma vez que os titulares de tais direitos são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato. Nesse aspecto, é válido transcrever a lição de Hugo Nigri Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 12a edição):

‘... Atendendo a essa realidade, e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais, o CDC passou a distingui-los segundo sua origem: a) se o que une os interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), temos interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une os interessados indetermináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos.’ (grifo nosso)

Deste modo, considerando que este processo tem por objeto o combate de propaganda enganosa, veiculada pelas rés, verifica-se claramente a existência de interesse difuso no feito, não se podendo falar em eficácia da decisão somente aos substituídos pela associação, uma vez que estão presentes direitos de pessoas indetermináveis. Assim sendo, vislumbra-se, já de primeiro plano, a inexigibilidade da determinação judicial.

Chega-se à mesma conclusão, ao se examinar a lei usada como fundamento da decisão recorrida. Prevê a Lei 9.494/97 alterada pela Medida Provisória 1.984-17:

‘Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associadas, abrange apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

‘Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.’ (grifo nosso)

Assim sendo, como no presente caso não se trata da ação coletiva contra um dos entes elencados no parágrafo único da referida lei, mostra-se inexigível uma autorização assemblear e, em sequência, desnecessária a relação dos sócios, desde que os interesses defendidos na ação não se limitam aos dos associados, mas, como se viu, a interessados indetermináveis. Entende-se, neste aspecto, imprópria uma interpretação extensiva da lei, que venha a dificultar a defesa dos in-

teresses de consumidores em juízo, prevista na Magna Carta (arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V).

Nesse aspecto, transcreve-se novamente trecho da obra de Hugo Nigri Mazzilli (pág. 190):

‘...Verdade é que o art. 22-A da lei n. 9.494/97, com a redação que lhe deu o art. 5º da Med. Prov. N. 1798/99, exige que, nas ações coletivas movidas contra entidades da administração direta ou indireta, as petições iniciais sejam instruídas com cópia da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços. Tal exigência só teria sentido, porém, em se tratando de defesa de interesses individuais homogêneos ou até coletivos, mas será descabida em matéria de interesses difusos, diante da indeterminabilidade do grupo atingido.

Entretanto, segundo o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, inciso IV), a legitimação das associações para a defesa dos interesses decorrentes de relação de consumo são: legal constituição há pelo menos um ano e ter como um de seus fins, a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CODECOM. No presente caso, a UNICONS demonstrou satisfazer plenamente os requisitos para ingressar com a ação, bastando para isso analisar a cópia do estatuto social (fls. 15/verso).’
(grifo nosso)

CONCLUSÃO

Não se exige das associações civis autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil pública que tenha por objeto a tutela de direitos difusos e coletivos, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, impossível seria a individualização de cada potencial interessado.

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

Procurador de Justiça

Ana Paula Mendes Rodrigues

Procuradora de Justiça

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça

Geraldo Magela Carvalho Fiorentini

Procurador de Justiça

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça

Iraídes de Oliveira Marques Caillaux

Procuradora de Justiça

Jacson Rafael Campomizzi
Procurador de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior
Procurador de Justiça

Marcos Tofani Baer Bahia
Procurador de Justiça

Maria Inês Rodrigues de Souza
Procuradora de Justiça

Nedens Ulisses Freire Vieira
Procurador de Justiça

Mônica Aparecida B. Cavalcanti Fiorentino
Procuradora de Justiça

Reyvani Jabour Ribeiro
Procuradora de Justiça

Rômulo de Carvalho Ferraz
Procurador de Justiça

Do controle de gastos nas eleições para o cargo de procurador-geral de justiça

RODRIGO SOUSA DE ALBUQUERQUE¹

ADRIANO DUTRA GOMES DE FARIA²

RESUMO

O artigo trata da necessidade de se estabelecer o controle de gastos nas eleições para o cargo de Procurador-Geral de Justiça e propõe critérios para essa finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle; eleições; Procurador-Geral; independência; Ministério Público.

ABSTRACT

This article is about the importance of create rules that can control the costs of the campaigns for attorney-general.

KEYWORDS: Control; elections; attorney-general; independence; Brazilian Government Agency for Law Enforcement.

¹ Procurador de Justiça no Estado de Minas Gerais. Subcorregedor-Geral do Ministério Público, Chefe de Gabinete CGMP, biênio 2016/2017.

² Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual pela PUC/Minas. Ex-professor das disciplinas Direito Constitucional e Prática do Ministério Público da Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina/MG.

1. INTRODUÇÃO

O combate à corrupção é tema que ocupa a centralidade do debate político brasileiro nos últimos tempos, no embalo da já longeva “Operação Lava Jato”, que vem desbaratando complexos (e vultosos) esquemas de corrupção perenizados no âmbito da Administração Pública direta e indireta em razão das promíscuas relações existentes entre parte da elite política e da elite econômica do país.

Mas, de fato, qual é o significado do termo “corrupção”?

Sem a pretensão de esgotar o seu multifário conceito sob as perspectivas moral, filosófica, sociológica ou mesmo semântica, podemos aqui tomar de empréstimo as ideias de GARCIA e ALVES (2006, p. 5):

Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção. (Grifo nosso)

Se, por um lado, a corrupção parece se encontrar profundamente arraigada na prática política brasileira, por outro, é forçoso convir que a preocupação com esse fenômeno ultrapassa as fronteiras nacionais, sendo objeto, inclusive, de convenções internacionais (como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000, promulgada em território nacional por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada em território nacional por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006).

Um dos mais importantes atores do combate à corrupção na cena institucional brasileira é, sem dúvida, o Ministério Público, em razão da sua vocação constitucional para a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais* – na medida em que a corrupção encarna e produz, a um só tempo, a subversão da ordem jurídica, a fragilização do regime democrático e a submissão dos interesses sociais aos interesses individuais. Com efeito, na esteira do arranjo institucional previsto na Constituição da República de 1988, a corrupção é verdadeiramente a antítese do Ministério Público.

Por conta disso, afigura-se necessário que o Parquet preserve incólume seu núcleo de legitimidade para o combate à corrupção, o que se dá mediante a previsão de regras de filtragem e controle eficientes para evitar que esse flagelo se hospede no próprio organismo ministerial.

Eis aí a contribuição que se almeja com o presente trabalho.

2. A INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL

Visando assegurar ao Ministério Público os melhores meios necessários para o correto cumprimento de suas funções institucionais, conferiu-lhe o constituinte garantias próprias da magistratura judicial³, assegurando-lhe ainda autonomia funcional, administrativa e financeira.⁴

Sob a perspectiva do desempenho da atividade-fim, afigura-se mesmo despidendo enaltecer a importância – ou, antes, a imprescindibilidade – das garantias da *vitaliciedade*, *inamovibilidade* e *irredutibilidade de vencimentos*. Somente com esse respaldo pode o membro do Ministério Público exercer com independência suas atribuições, em observância ao princípio da *independência funcional*, previsto no art. 127, §1º, da Constituição da República de 1988.

Do ponto de vista administrativo, a gestão do *Parquet* constitui assunto *interna corporis*, cabendo à cúpula institucional a elaboração da proposta orçamentária (dentro dos limites da lei orçamentária), a gestão e aplicação dos recursos orçamentários destinados à instituição e a administração do emprego das dotações orçamentárias.⁵

A autonomia institucional do Ministério Público é também ilustrada pela iniciativa privativa do Procurador-Geral para propor projetos de lei que estabeleçam a organização, as atribuições e o estatuto do *Parquet*.⁶ Enfim, o status ao qual foi elevado o Ministério Público é muito bem exposto nas palavras do Ministro Celso de Mello,⁷ do Supremo Tribunal Federal, que, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.239, assim consignou:

Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da instituição e a própria instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, peculiar e especial situação na estrutura do Poder. A independência institucional constitui uma das suas mais expressivas prerrogativas. [...]

O tratamento dispensado ao Ministério Público pela nova Constituição confere-lhe, no plano da organização estatal, uma posição de inegável eminência, na medida em que se lhe atribuíram funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avulta a de ‘zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia’ (v. CF/88, artigo 129, inciso II).

O Ministério Público, em face dessa regra, tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do Povo. [...]

³ Art. 128, I, “a” a “c”, da Constituição da República de 1988.

⁴ Art. 127, §2º, e art. 169, ambos da Constituição da República de 1988.

⁵ MAZZILLI, 2008, p. 76.

⁶ Art. 61, caput e §1º, II, “d”, e art. 128, §5º, da Constituição da República de 1988.

⁷ Ministro Celso de Mello, Mandado de Segurança nº 21.239, pp. 379-390.

A autonomia do Ministério Público, que agora possui extração constitucional, persegue um só objetivo: conferir-lhe, em grau necessário, a possibilidade de livre atuação orgânico-administrativa e funcional, desvinculando-o, no quadro dos Poderes do Estado, de qualquer posição de subordinação, especialmente em face dos Poderes Judiciário e Executivo.

Todavia, a mesma Constituição, que foi pródiga em prever mecanismos de elevação da dignidade institucional do Ministério Público – em prol, evidentemente, da mais qualificada proteção aos interesses sociais –, manteve em seu bojo um resquício dos ordenamentos jurídicos anteriores, os quais efetivamente subordinavam o *Parquet* ao Poder Executivo. Referimo-nos, naturalmente, ao procedimento de escolha do Procurador-Geral. Se é certo que este deverá ser obrigatoriamente um membro integrante da carreira ministerial, é também inescapável a realidade segundo a qual sua escolha cabe, em última análise, ao Chefe do Poder Executivo.⁸ Acerca do tema, assevera MAZZILLI (2008, p. 53):

Conquanto haja um sistema mais elaborado de freios e contrapesos para controle interno e externo da instituição, persistem ainda as acentuadas influências políticas e o peso do chefe do Executivo na escolha dos procuradores-gerais. (Grifo nosso)

De fato, a escolha do Procurador-Geral pelo chefe do Poder Executivo constitui inegável traço de *ingerência política* na atividade ministerial. Trata-se de limitação à independência do *Parquet* que, não obstante esteja prevista no próprio seio do texto constitucional originário, acarreta consequências que merecem a mais cuidadosa reflexão.

Com efeito, são patentes as inconveniências resultantes do fato de o Presidente da República ter a prerrogativa de escolher o membro do Ministério Público que terá para si a atribuição de manejar, eventualmente, a ação penal em seu desfavor no caso de crime comum.⁹ É dizer: o Presidente da República é, no Brasil, por expressa determinação constitucional, a única pessoa que tem a faculdade (verdadeiro privilégio!) de escolher o seu virtual e potencial acusador penal.

No âmbito estadual, no caso de Minas Gerais, compete ao Procurador-Geral de Justiça a instauração de inquérito civil público quando a autoridade reclamada for, dentre outras, o Governador do Estado.¹⁰ Em outras palavras: cabe ao Governador a faculdade (ou, mais uma vez, o privilégio!) de escolher o membro do Ministério Público virtual e potencialmente responsável por processá-lo, eventualmente, por ato de improbidade administrativa.

Esses breves exemplos mencionados acima traduzem inconvenientes que abrem brechas para questionamentos acerca de eventual servilismo do *Parquet* quando o alvo de suas ações for o governante da ocasião. E, evidentemente, esse possível servilismo se revelaria não na *atuação positiva* da cúpula ministerial, mas sim numa *atuação negativa* – ou, em outros termos, não num *fazer*, mas sim num *não fazer*; na *omissão*, e não na *ação*. Tal quadro já foi observado por MAZZILLI (2008, p. 52):

Um dos pontos fundamentais de aprimoramento da instituição, de *lege ferenda*, con-

⁸ Art. 128, §§1º e 3º, da Constituição da República de 1988.

⁹ Art. 102, I, 'b', da Constituição da República de 1988; art. 46, parágrafo único, III, da Lei Complementar Federal 75/93; art. 231, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ Art. 69, XI, da Lei Complementar Estadual 34/94.

sistirá em abolir definitivamente a interferência do Poder Executivo na escolha do procurador-geral de Justiça, porque a experiência tem demonstrado que não raro os procuradores-gerais se integram à Administração Pública, até buscando e querendo mesmo servir o chefe da administração, de quem recebem orientação política em sua atuação funcional.

São de conhecimento público as situações concretas nas quais houve questionamentos acerca desse aspecto. Não faltou quem se referisse jocosamente ao Procurador-Geral da República do período de 1995 a 2003 como “engavetador-geral da República”, em razão de alegado retardamento – quando não verdadeira omissão – no exercício de suas atribuições legais que repercutiriam negativamente para o governo federal de então.¹¹ Do mesmo modo, o Procurador-Geral da República responsável pelo oferecimento da denúncia no chamado “*caso mensalão*”¹² teve sua atuação criticada por supostamente poupar da acusação o então Presidente da República.¹³ Nos dias que correm, é também possível encontrarmos nos meios de comunicação críticas ao atual Procurador-Geral da República por supostamente atuar de forma a favorecer o Governo, omitindo-se dolosamente no exercício de sua função.¹⁴

Foge ao objetivo do presente trabalho analisar a procedência das críticas acima mencionadas. O que nos interessa aqui é demonstrar que tais questionamentos têm ressonância reforçada em razão do fato de ser o Procurador-Geral escolhido pelo Chefe do Poder Executivo – o que se traduziria em submissão aos seus interesses.

Naturalmente, fosse o Procurador-Geral escolhido de forma direta no âmbito do próprio Ministério Público, o argumento de sua subordinação à vontade do Chefe do Poder Executivo restaria sobremaneira esvaziado, uma vez que o governante já não teria qualquer ingerência sobre o processo de escolha.

A solução desse problema, porém, depende da ação de atores externos ao Parquet, sendo necessária alteração do texto constitucional na parte que versa sobre a escolha do Procurador-Geral.¹⁵

3. DA POSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER ECONÔMICO COMO FATOR DE RISCO PARA A INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No tópico precedente, tratamos da previsão constitucional de ingerência do poder político no âmbito do *Parquet*, demonstrando ser isso um fator gerador de críticas à Instituição – quando não prejudicial à própria independência de sua atuação.

Contudo, há ainda em nossa engenharia institucional um flanco desguarnecido que permite a infiltração de outro tipo de ingerência no Ministério Público – e o que é mais grave: sem que haja expressa autorização constitucional para tanto. Referimo-nos aqui à ingerência do poder econômico.

Com efeito, o sistema de escolha do Procurador-Geral (seja o atual, com interferência do Chefe do Poder Executivo; seja o ideal, sem essa influência) estimula – e deve mesmo estimular – a existência

¹¹ Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/nos-tempos-do-engavetador-geral-refrescando-henrique-cardoso>>, acesso em 31 de maio de 2016.

¹² Ação Penal nº 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal.

¹³ Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaoforum/mensalao-o-que-poucos-sabem-e-o-brasil-deveria-saber/>>, acesso em 31 de maio de 2016.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.oantagonista.com/posts/exclusivo-janot-atua-como-advogado-de-dilma-diz-gilmar-mendes>>, acesso em 31 de maio de 2016.

¹⁵ Quanto a isto, convém destacar que se encontra em trâmite a Proposta de Emenda à Constituição nº 31/2009, que prevê a obrigatoriedade de nomeação, pelo Governador do Estado, do candidato escolhido por meio de eleições realizadas no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

de verdadeira disputa eleitoral interna. E, se há eleições, há campanhas eleitorais, com seus inerentes custos financeiros.

Ocorre que inexistente uma regra geral que discipline as campanhas eleitorais realizadas no âmbito do Ministério Público. Quando muito, estipulam-se regras pontuais, com vigência limitada ao período de eleições específicas, e que não disciplinam todos os aspectos relevantes da matéria.

Não se tem, por exemplo, definição dos limites de gastos com as campanhas eleitorais dos candidatos a Procurador-Geral. Do mesmo modo, não há regulamentação acerca de quem pode ser financiador dessas campanhas. Igualmente, não existe no plano regulamentar qualquer previsão acerca de prestação de contas.

Esse vácuo normativo ganha contornos de autêntica vulnerabilidade institucional quando nos deparamos com campanhas cada vez mais luxuosas, que dispõem de verdadeiros comitês eleitorais para suporte aos candidatos, com aluguel de escritórios, criação de sítios na Internet, difusão de impressos publicitários feitos em materiais de primeira linha, etc. Quanto custa tudo isso? Quem arca com esses custos? Qual o impacto disso na definição dos nomes que serão designados para integrar a futura Administração Superior do *Parquet*? Que tipo de influência terão os financiadores das campanhas no momento de se fixarem as políticas de atuação institucional?

No caso de o eventual grupo de financiadores ser composto, hipoteticamente, apenas por membros do Ministério Público e sendo esses mesmos financiadores designados – após as eleições e escolhido o candidato que financiaram – para o exercício de cargos de confiança (por exemplo, Assessoria do Procurador-Geral, Coordenação de Centros de Apoio Operacional, composição de grupos de atuação especializada, etc.), poder-se-ia questionar se suas respectivas designações atenderam efetivamente ao interesse público e aos princípios da impessoalidade e da eficiência¹⁶ ou se, ao revés, foram mera contraprestação pelo apoio eleitoral prestado.

No plano da cogitação, parece-nos bastante claro que a designação de membros do Ministério Público para funções de confiança, se realizada sem qualquer preocupação com a aptidão técnica ou com o perfil do indicado para a atividade, constitui desvio de finalidade, que não se compatibiliza com a natureza do *Parquet* tampouco com sua missão constitucional. Não seria exagero afirmar que se trataria de ato de corrupção, considerada não sob a perspectiva da obtenção de vantagem econômica indevida, mas sim sob a ótica do desvio de poder e da depravação dos costumes institucionais.

Se a situação hipotética acima mencionada já é de gravidade sem par, imaginemos agora o igualmente hipotético cenário em que os financiadores da campanha eleitoral do candidato a Procurador-Geral sejam não agentes internos, mas sim **pessoas completamente estranhas aos quadros do Ministério Público** – e nesse aspecto podemos conjecturar os exemplos mais aparentemente inofensivos, como os de pessoas que exercem atividades lícitas ou de associações regularmente constituídas, bem como os piores, como seria o caso de integrantes de organizações criminosas dedicadas aos mais variados tipos de infrações penais (como tráfico de drogas, exploração ilegal de jogos de azar ou mesmo quadrilhas especializadas em fraudar licitações, entre outras).

Imaginemos a seguinte situação: uma eventual cooperativa de taxistas representa ao Procurador-Geral questionando a constitucionalidade de lei que autorize e regule o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos eletrônicos para transporte remunerado individual de passageiros. Qual seria o grau de exposição institucional negativa do Ministério Público caso essa cooperativa mencionada no exemplo imaginário tivesse financiado a campanha do Procurador-Geral que decidisse ingressar

¹⁶ Art. 37, caput, da Constituição da República de 1988.

com a respectiva ação de inconstitucionalidade? Teria o Procurador-Geral chegado à mesma conclusão acerca da lei impugnada, caso a cooperativa não tivesse sido uma doadora de sua campanha?

Pensemos em outra hipótese: uma entidade de representação de médicos representa ao Procurador-Geral questionando a constitucionalidade de lei que assegura a trabalhadores de outras áreas da saúde a prerrogativa de atuar em casos em que os profissionais da área médica entendem ser de sua alçada privativa. Como poderia a sociedade – destinatária da atuação ministerial – ter a certeza de que o Procurador-Geral que eventualmente ajuizasse a respectiva ação de inconstitucionalidade estaria atuando na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, e não no interesse da entidade de representação dos médicos – a qual, em hipótese, também tenha financiado sua campanha?

Continuemos nosso exercício de imaginação: tomemos como hipótese o fato de que um Procurador-Geral, exercendo sua atribuição legal de gestão administrativa do Ministério Público, decida extinguir um grupo de atuação especializada na proteção do patrimônio público, um grupo de atuação especializada na repressão ao crime organizado ou outro grupo congênere. O que dizer de tal decisão no caso de a campanha desse Procurador-Geral (posteriormente escolhido pelo Chefe do Poder Executivo) ter sido financiada por algum empresário notoriamente vinculado à exploração ilegal de jogos de azar (por exemplo, “jogo do bicho”, bingos, etc.), ou por alguma empresa implicada em esquemas de fraudes a licitações?

Se os questionamentos propostos nos exemplos acima se restringissem à esfera das conjecturas, tanto melhor – não obstante o indiscutível estrago para a credibilidade institucional da qual o *Parquet* não pode prescindir. Pior seria – e a vulnerabilidade institucional decorrente do vácuo normativo sobre a matéria teria então materializada toda a sua potencialidade daninha – se, naqueles exemplos, as dívidas (de gratidão ou financeiras) decorrentes do financiamento da campanha eleitoral fossem efetivamente o critério orientador do exercício das atribuições ministeriais. Tratar-se-ia, sem dúvida, de corrupção, na pior acepção possível do termo.

Não se pretende pessoalizar o debate sobre as questões ora propostas, como cremos que já esteja bastante evidente. No que tange ao cerne do presente trabalho, mais do que apontar irregularidades concretas – das quais, frise-se, não há sequer notícia –, temos a preocupação de resguardar a confiabilidade do Ministério Público (que poderia ser afetada por meros questionamentos, ainda que desprovidos de razão concreta) e impedir que o vácuo normativo ora identificado seja porta de entrada para inoculação dos mais nefastos males no organismo ministerial.

Com efeito, é preciso imunizar a Instituição, tanto quanto possível, às contingências dos caracteres, dos vícios e das paixões daqueles que a integram ou venham a integrá-la. Vem bem a calhar a advertência já há muito feita por CHESTERTON (2007, p. 196):

Na melhor das utopias, devo estar preparado para a queda moral de qualquer homem de qualquer posição a qualquer momento; devo estar preparado especialmente para minha queda de minha posição neste momento.

O velho bardo inglês, a seu turno, também já imortalizara em sua obra atemporal essa aguda observação:

Essa é a maravilhosa tolice do mundo: quando as coisas não nos correm bem – muitas vezes por culpa de nossos próprios excessos –, pomos a culpa de nossos desastres no sol, na lua e nas estrelas, como se fôssemos celerados por necessidade, tolos por compulsão celeste, velhacos, ladrões e traidores pelo predomínio das esferas; bêbe-

dos, mentirosos e adúlteros, pela obediência forçosa a influências planetárias, sendo toda nossa ruindade atribuída à influência divina... Ótima escapatória para o homem, esse mestre da devassidão, responsabilizar as estrelas por sua natureza de bode!¹⁷.

De fato, se, por um lado, a imunização do *Parquet* às ingerências políticas exige a atuação de atores externos, por outro, a sua proteção contra as influências do poder econômico pode ser efetivada, em boa medida, através do exercício de sua autonomia administrativa constitucionalmente assegurada, mediante cuidadosa autorregulamentação das campanhas eleitorais para Procurador-Geral. Tal medida, a par de prestigiar as prerrogativas institucionais asseguradas pelo constituinte, colocando-as a serviço do interesse público, também iria ao encontro do que prevê a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual está a exigir, em seu art. 11, que sejam adotadas “*medidas para reforçar a integridade e evitar toda oportunidade de corrupção*” entre os membros do Ministério Público.

No que concerne aos potenciais problemas causados pela admissão de financiadores de campanha estranhos aos quadros da Instituição, tem-se que a proibição absoluta do financiamento dos candidatos por algum *extraneus* (seja pessoa física ou jurídica) teria boa dose de eficiência para preveni-los.

Lado outro, as vicissitudes potencialmente decorrentes do financiamento de campanha pelos próprios membros do *Parquet* seriam sensivelmente minoradas com a estipulação de um limite máximo de gastos na disputa eleitoral.

Aliás, ainda que o candidato necessitasse de apoio financeiro para angariar o valor máximo permitido para gastar em campanha, o fato de haver um teto previsto em norma regulamentar possibilitaria que ele fosse alcançado com um número pequeno de doadores. O teto de gastos ainda tem a vantagem de equilibrar as disputas internas, evitando-se as vantagens advindas de uma mais satisfatória situação econômica, o que é sempre salutar no ambiente democrático.

Como forma de fiscalizar o cumprimento das restrições ora propostas, é necessário estabelecer a obrigação de os candidatos prestarem contas de todas as suas despesas de campanha, apresentando os documentos fiscais, os eventuais contratos de prestação de serviços e outros documentos pertinentes.

Por fim, e com o escopo de assegurar a efetividade da regulamentação proposta, o ato normativo regulamentador deve prever, na hipótese de seu descumprimento, a figura do abuso de poder e ensejar a responsabilização disciplinar, o que, por consequência legal, seria causa de inelegibilidade.

¹⁷ SHAKESPEARE (2008), apud DALRYMPLE (2014, p. 10).

4. CONCLUSÃO

Malgrado a autonomia institucional conferida ao Ministério Público pela Constituição da República de 1988, ainda restam no ordenamento jurídico brasileiro espaços para que a Instituição sofra ingerência potencialmente prejudicial por parte de atores externos.

No aspecto político, a interferência no *Parquet* se materializa na expressa previsão constitucional de escolha do Procurador-Geral pelo Chefe do Poder Executivo, o que serve como fundamento para algumas das críticas feitas à atuação institucional nas situações em que houver interesse mais direto do governante da ocasião. A modificação desse quadro normativo para excluir qualquer tipo de influência política na atuação da Instituição é medida salutar, mas exige a atuação do legislador, no exercício do poder constituinte derivado.

Sob o prisma da influência do poder econômico, a independência da atuação ministerial é colocada em xeque pela inexistência de norma regulamentadora do controle de gastos das campanhas eleitorais para o cargo de Procurador-Geral. A correção desse cenário é desejável e pode ser iniciada independentemente da atuação de atores externos, mediante o exercício da autonomia administrativa, com a edição de norma que discipline a matéria.

O Ministério Público não pode ser servil ao poder político, conforme nos ensina MAZZILLI (2008, p. 54):

É justamente para que hoje, sob democracia, as mais importantes instituições civis cumpram o papel de defesa dos interesses da coletividade – que não se confundem com os do governo ou dos governantes –, é para isso que essas instituições, que detêm parcela da soberania do Estado, devem ser dotadas de instrumentos que lhes assegurem autonomia e independência.

O Ministério Público, assim como o Poder Judiciário, não pode ser servil ao governante. Necessita de estrutura segura, contornos e princípios definidos, assim como seus membros precisam de garantias e predicamentos elevados, correspondentes à alta função de defesa dos interesses indisponíveis da coletividade. (Grifo nosso)

E, seguindo essa mesma lógica, não pode também o *Parquet* ser servil ao poder econômico. O desempenho de sua missão constitucional não deve ser orientado pelos interesses de alguém ou de algum grupo específico. Sua pauta de atuação é, por vocação constitucional, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais.

Desse modo, são as conclusões propositivas deste trabalho:

- a) deve haver limite e controle de gastos nas campanhas eleitorais para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, a serem estabelecidos na regulamentação da eleição, prevista no artigo 5º, §4º, da LC 34, de 12 de setembro de 1994;
- b) a fim de se evitar o abuso de poder econômico, o limite de gastos na campanha para o cargo de Procurador-Geral de Justiça deverá ser o equivalente a 1 (um) subsídio do cargo de Procurador de Justiça;
- c) somente poderão contribuir financeiramente para a campanha membros do Ministério Público em atividade;
- d) todos os gastos e contribuições serão públicos, com identificação dos financiadores da campanha, e deverão ser contabilizados e apresentados à Comissão Eleitoral, que verificará a regularidade das contas;
- e) a irregularidade nas contas configura conduta incompatível com a dignidade do cargo, sujeita à sanção disciplinar correspondente e conseqüente inelegibilidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais números 1/1992 a 91/2016, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão números 1 a 6/1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 de maio de 2016.
- BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 28 de maio de 2016.
- BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 28 de maio de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.239/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2821239%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gsbmqsx>>. Acesso em 30 de maio de 2016.
- BRASIL. Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 30 de maio de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Texto consolidado até a Emenda Regimental 49 e a Resolução 514/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2016.
- MINAS GERAIS. Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994. Texto atualizado até a Lei Complementar Estadual nº 136, de 27 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=34&comp=&ano=1994&texto=consolidado#texto>>. Acesso em 30 de maio de 2016.
- CHESTERTON, G. K. Ortodoxia. São Paulo: Mundo Cristão, 2007.
- DALRYMPLE, Theodore. *A vida na sarjeta – o círculo vicioso da miséria moral*. São Paulo: É Realizações, 2014.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2008.

