



# Livro de Teses

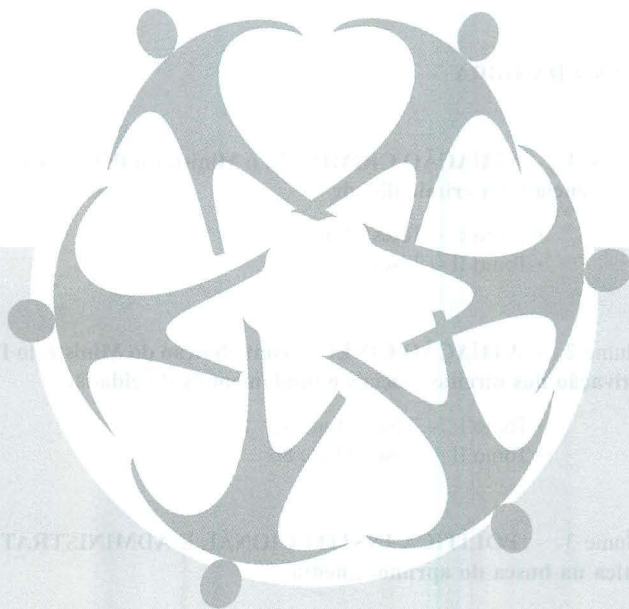
## Cível

Volume 02

Ministério Público e a cidadania plena



Tomo II



# Livro de Teses

## Cível

Volume 02

Ministério Público e a cidadania plena



Tomo II

## PLANO DA OBRA

### Volume 1 - ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade

- Tomo I - Teses 01 até 38
- Tomo II - Teses 39 até 76

### Volume 2 - ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão

- Tomo I - Teses 01 até 42
- Tomo II - Teses 43 até 86

### Volume 3 - POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA: reflexão crítica na busca do aprimoramento

## FICHA CATALOGRÁFICA

---

C749t Congresso Nacional do Ministério Público (14.:2001:Recife)  
Livro de teses: Ministério Público e a cidadania. \_\_Recife:  
Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

3v.

Conteúdo: \_\_v.1 Atuação criminal: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade; \_\_v.2 Atuação cível: a contribuição do Ministério Público para efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão; \_\_v.3 Política institucional e administrativa.

1. Brasil, Ministério Público. 2. Ministério Público, Congresso.

Cddireito 341.413  
CDU 347.963(816.2)

---

# XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Temário:

**Ministério Público e a Cidadania Plena**

Subtema II:

**Atuação Cível: a contribuição do Ministério Público para a efetivação  
dos direitos sociais e fundamentais do cidadão**

## **Livro de Teses**

**Volume 2**

**Tomo II**

(Teses de 43 até 86)

Capa  
Click Comunicação e Design  
(81) 32412054 - 32424054

Impresso por  
Gráfica Santa Marta

Responsável pela obra:  
Associação do Ministério Público de Pernambuco  
R. Benfica, 810 - Madalena - Recife - PE

---

Nota:

Este Livro de teses, editado em 5 (cinco) volumes por ordem temática, foi elaborado a partir dos originais fornecidos pelos autores das teses. Alterações necessárias foram realizadas com intuito de adaptá-las ao formato do livro e uniformizá-las quanto à apresentação. No entanto, a digitação e o conteúdo das mesmas, são de inteira responsabilidade individual dos autores.

---

## XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### **Presidente de Honra**

Jarbas de Andrade Vasconcelos  
Governador do Estado de Pernambuco

---

### **Presidente-Geral**

Marfan Martins Vieira  
Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

### **Presidenta-Executiva**

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti  
Presidenta da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

### **Secretário-Geral**

Fernando Grella Vieira  
Secretário-Geral da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

### **Secretária-Executiva**

Bettina Estanislau Guedes  
Primeira-Secretária da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

### **Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco**

Romero de Oliveira Andrade

---

### **Comissão Organizadora Nacional**

Achiles de Jesus Siquara Filho – BA  
Luiz Antônio Ferreira de Araújo - RJ  
Maria Tereza Uille Gomes - PR  
Mozart Brum Silva - GO

### **Comissão Organizadora Executiva**

#### **Social**

Alda Virginia de Moura Lima  
Carlos Augusto Guerra de Holanda  
Cristiane de Gusmão Medeiros  
Letícia Guedes Coelho  
Manoel Alves Maia  
Marcellus de Albuquerque Ugiette  
Maria Ivana Botelho Marroquim  
Mavial de Souza Silva

### **Transporte e Receptivo**

Carlos Augusto Guerra de Holanda  
Christiane Roberta Gomes de Farias Santos  
Israel Cabral Cavalcanti  
Izabel Cristina Holanda Tavares Leite  
José Augusto dos Santos Neto  
José Tavares  
Judith Pinheiro Silveira Borba  
Manoel Alves Maia  
Mavíael de Souza Silva  
Núbia Maurício Braga  
Petrúcio José Luna de Aquino

### **Patrocínio**

Ana Maria do Amaral Marinho  
Bettina Estanislau Guedes  
Cristiane de Gusmão Medeiros  
Fernando Antônio Carvalho Ribeiro Pessoa  
José Augusto dos Santos Neto  
José Tavares  
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti  
Marcellus Albuquerque Ugiette  
Marília Fragoso de Vasconcelos  
Taciana A. de Paula Rocha Almeida  
Rosemary Souto Maior de Almeida

### **Científica**

Ana Maria do Amaral Marinho  
Anamaria Campos Torres  
Ângela Simões de Farias  
Geraldo Margela Correia  
José Elias Dubard de Moura Rocha  
Taciana A. de Paula Rocha Almeida

### **Financeira**

Carlos Augusto Guerra de Holanda  
Jecqueline Guilherme Aymar Elihimas  
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti

### **Comunicação**

Andréa Fernandes Nunes Padilha  
José Elias Dubard de Moura Rocha  
José Vladimir da Silva Acioli  
Marcellus Albuquerque Ugiette

### **Apoio Técnico da AMPPE**

Carlisiana Marques de Albuquerque Calábria  
Claudenice de Farias Andrade Tenório  
Cristiano Gutemberg de Lima  
Inês de Cássia Dowsley  
Luciene Maria dos Santos  
Maria Lúcia de Lima Raposo  
Neildo Batista dos Santos  
Sueli Nascimento  
Tereza Cristina Gonçalves do Amaral Pastich  
Wellington Mendes Tenório Filho

### **Assessoria de Imprensa**

Patrícia Bandeira de Melo  
Simonne Lins  
Alcimar Rocha – BR Comunicações

### **Realização**

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP  
Associação do Ministério Público de Pernambuco – AMPPE

### **Organização**

PROMOVE

### **Apoio**

Governo de Pernambuco  
Ministério Público de Pernambuco  
Prefeitura da Cidade do Recife  
Prefeitura Municipal de Olinda

### **Patrocínio**

Banco do Brasil S.A.  
Bradesco  
Coca-Cola  
FIEPE  
Hiper Bompreço  
Petrobrás  
SESI



## MENSAGEM DE BOAS VINDAS

É com grande satisfação que recebemos, em Pernambuco, colegas de todo o Brasil, por ocasião do XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

A oportunidade enseja o fortalecimento dos laços institucionais que nos unem, possibilitando o intercâmbio de trabalhos científicos elaborados nos mais diversos recantos do país, além de propiciar instrutiva troca de experiências relacionadas com o dia-a-dia de cada um dos membros da nossa Instituição.

Pernambuco, hoje - como nos tempos de Castro Alves, com sua admirável poética, e de Tobias Barreto, com sua sólida cultura jurídica -, serve de palco a importantes debates que serão travados pelos membros do Ministério Público Brasileiro.

O Brasil de hoje - como na época dos movimentos libertários pela “Abolição da Escravatura” e pela “Proclamação da República” -, vivencia momentos de grande conturbação social. Embora estejamos entre as dez maiores economias do mundo e desfrutemos de uma democracia formal, convivemos, diuturnamente, com um quadro de miséria e abandono em relação a grande parte da nossa população, desassistida e despojada dos seus mais elementares direitos, o que não só nos envergonha, como se volta contra todos nós, por meio da violência urbana e dos conflitos sociais.

Nesse contexto, as discussões do XIV Congresso, como bem evidencia o tema central *“Ministério Público e a cidadania plena”*, haverão de refletir não apenas a necessidade do inadiável e adequado *“enfrentamento da violência e da criminalidade”*, em seus diversos matizes, mas também colocar em destaque a exigência de medidas concretas que contribuam para *“a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão”*.

Para atender a esses reclamos, precisamos estar cada vez mais conscientes da importância do papel reservado ao Ministério Público e a seus membros, fazendo-se absolutamente necessária *“a reflexão crítica na busca do aprimoramento”*. É fundamental que exercitemos nossa democracia interna, com ética e responsabilidade social, credenciando-nos, dessa forma, a agir com autonomia e independência frente a todos, especialmente aos que exercem o Poder.

Eis porque, após termos nos ocupado com o debate sobre *“O Ministério Público Social”*, no Congresso de Curitiba, em 1999, buscando reafirmar os compromissos imanentes à nossa consciência social, devemos agora avançar, procurando soluções através de ações compatíveis com esse perfil, de braços dados, como na ciranda, dança típica de Pernambuco e símbolo do nosso Congresso.

Nos quatro dias em que se desenvolverão as atividades científicas, os congressistas constatarão que Pernambuco tem, como característica, a luminosidade do sol, sempre brilhante e acolhedor. Que o sol seja o símbolo da alegria e do calor humano com que recebemos a todos, tendo como cenário a *Veneza Brasileira* e a *Marim dos Caetés*.

Sejam bem-vindos ao XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

Marfan Martins Vieira  
Presidente-Geral

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti  
Presidente-Executiva

# SUMÁRIO

## Subtema II

### **ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão**

|   |     |
|---|-----|
| 1. A premência de uma nova hermenêutica judicial sobre a natureza das ações coletivas ante o princípio constitucional da cidadania . . . . .  | 1   |
| 2. A interpretação dada pelos tribunais à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5 LXXIV, CF): Caso emblemático da obstacularização ao exercício da cidadania pelo judiciário . . . . . | 19  |
| 3. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas . . . . .  | 25  |
| 4. Direitos humanos e Ministério Público . . . . .  | 29  |
| 5. Os direitos humanos e a inclusão do idoso . . . . .  | 37  |
| 6. A importância da promulgação de um estatuto do idoso . . . . .   | 55  |
| 7. O Ministério Público e a garantia dos direitos constitucionais – exegese do inciso II do art. 129 da Constituição Federal . . . . .  | 61  |
| 8. Sistema Único de Saúde e a prevenção do câncer de pele . . . . .   | 65  |
| 9. O recebimento pelo Ministério Público das comunicações das internações psiquiátricas involuntárias . . . . .   | 75  |
| 10. Sistema Único de Saúde e manicômio judiciário . . . . .   | 83  |
| 11. O Ministério Público, os loteamentos e as pessoas portadoras de deficiências. . . . .   | 91  |
| 12. O neoliberalismo e o direito social à educação . . . . .  | 99  |
| 13. O Ministério Público em defesa dos direitos humanos e da cidadania plena. . . . .   | 111 |
| 14. O Ministério Público eleitoral e o aprimoramento do regime democrático . . . . .  | 115 |

|  |     |
|--|-----|
| 15. O FUNDEF e a competência jurisdicional . . . . .   | 121 |
| 16. O Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e a juventude . . . . .   | 127 |
| 17. A implementação de programas sociais pelo Ministério Público do Estado do Acre face a ausência de políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente – Uma experiência local . . . . .            | 133 |
| 18. A Lei de Responsabilidade Fiscal e o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente . . . . .  | 139 |
| 19. Da inafastabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos, administrativos ou judiciais, afetos à infância e juventude . . . . .   | 149 |
| 20. Alteração do princípio constitucional da maioria penal para 16 anos de idade . . . . .   | 157 |
| 21. A questão da regressão nos casos de aplicação da medida sócio-educativa de internação . . . . .  | 161 |
| 22. Aplicabilidade das medidas sócio-educativas aos maiores de 18 anos . . . . .   | 167 |
| 23. O Ministério Público como órgão promovedor de ações que visem preservar os direitos difusos e coletivos, especificamente sobre o uso do chá vegetal denominado santo daime, a fim de proteger as crianças, adolescente e doentes mentais . . . . . | 173 |
| 24. A tutela e a família substituta estrangeira . . . . .  | 181 |
| 25. Adoção à brasileira - Paternidade sócio- afetiva . . . . .   | 185 |
| 26. Acidente do trabalho envolvendo criança ou adolescente - Atividade perigosa ou insalubre – Responsabilidade civil objetiva. . . . .  | 195 |
| 27. A obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas lides acidentárias . . . . .  | 203 |
| 28. Acidente do trabalho – Ação de reparação de danos – Intervenção do Ministério Público. . . . .   | 209 |
| 29. Ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho: competência da justiça estadual . . . . .  | 219 |
| 30. O papel do Ministério Público no combate à poluição . . . . .  | 231 |

|   |     |
|---|-----|
| 31. Aspectos polêmicos da ação civil pública ambiental . . . . .  | 243 |
| 32. Da responsabilidade objetiva relativa aos danos ao meio ambiente . . . . .  | 253 |
| 33. Indenização do passivo ambiental através da criação de fundação ambientalista. Estudo de caso. Experiência inovadora. . . . .                                   | 263 |
| 34. Atuação do Ministério Público no processo participativo de implantação dos instrumentos que garantem a gestão ambiental e a proteção da zona costeira . . . . . | 269 |
| 35. O compromisso de ajustamento de conduta como instrumento ministerial de tutela dos agrotóxicos. . . . .   | 275 |
| 36. O transporte de cargas perigosas e o irrenunciável dever do poder público de prevenir e reprimir atentados ambientais: alguns breves comentários . . . . .      | 281 |
| 37. O Ministério Público e a preservação dos bens imateriais. . . . .   | 303 |
| 38. Controle externo das atividades dos órgãos administrativos de defesa do consumidor . . . . .  | 311 |
| 39. Aspectos da execução coletiva no direito do consumidor . . . . .  | 317 |
| 40. “Mailing lists” e direito do consumidor. . . . .  | 325 |
| 41. A necessidade de adequação dos bancos de dados creditícios em face da Constituição e do Código de Defesa de Consumidor . . . . .                                | 339 |
| 42. O Ministério Público e os direitos coletivos dos usuários da telefonia . . . . .  | 353 |
| 43. Seguro saúde – Limitação do tempo da internação . . . . .   | 367 |
| 44. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o aprimoramento do controle brasileiro da constitucionalidade . . . . .                                    | 371 |
| 45. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9868/99 . . . . .  | 381 |
| 46. O controle de constitucionalidade concreto e a vigência da Lei nº 4.337/64. . . . .   | 387 |
| 47. Constitucionalidade da falência - Impossibilidade de sua extinção por Lei ordinária . . . . .   | 391 |
| 48. Os critérios constitucionais para a revisão de benefícios previdenciários. . . . .  | 397 |
| 49. Influências dos direitos fundamentais na atuação do Ministério Público frente ao direito tributário. . . . .  | 403 |

|  |     |
|--|-----|
| 50. A legitimidade do Ministério Público na tutela dos direitos individuais homogêneos. A tendência jurisprudencial e a recente medida provisória nº 2.180-34 . . . . .                        | 409 |
| 51. A discussão de matéria tributária em ação civil pública . . . . .  | 421 |
| 52. O controle judicial da discricionariedade . . . . .  | 433 |
| 53. A adoção do princípio da oportunidade como meio para uma maior eficácia da atuação do Ministério Público na defesa de interesses e direitos de natureza coletiva . . . . .                 | 445 |
| 54. O princípio da eficiência e, conseqüente Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público. . . . .                                   | 453 |
| 55. Defesa do patrimônio público - Improbidade administrativa indevida dispensa de concurso de ingresso no serviço público. . . . .  | 463 |
| 56. A conveniência da reparação do dano x a impossibilidade de transação na Lei de Improbidade Administrativa - Uma proposta alternativa. . . . .  | 479 |
| 57. Tortura e abuso de autoridade – Subsunção à Lei de Improbidade Administrativa - Ocorrência de dano moral ao estado - necessidade de reparação . . . . .                                    | 485 |
| 58. A inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 8.429/92 . . . . .  | 493 |
| 59. A desconcentração de poderes das Procuradorias Gerais de Justiça e a inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 29 da Lei nº 8.625/93. . . . .   | 497 |
| 60. A contagem do prazo prescricional da ação civil pública destinada à aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 . . . . .   | 503 |
| 61. A ação direta de inconstitucionalidade como instrumento de atuação do Ministério Público para coibir concessões de incentivos públicos a empresas privadas feitas de forma viciada.. . . . | 513 |
| 62. A função social das instituições financeiras em liquidação (empresas públicas) e o papel constitucional do Ministério Público . . . . .  | 517 |
| 63. O Ministério Público e o terceiro setor . . . . .  | 523 |
| 64. Da legitimidade do Ministério Público para impetrar ação de prestação de contas contra dirigentes de entidades de interesse social . . . . .   | 529 |

|  |     |
|--|-----|
| 65. O sigilo no inquérito civil e a efetivação da cidadania plena . . . . .  | 539 |
| 66. Da possibilidade do órgão de execução do Ministério Público decretar o sigilo nos autos de investigação sob sua responsabilidade . . . . .     | 547 |
| 67. Ação civil pública . . . . .   | 555 |
| 68. O preparo na ação civil pública . . . . .  | 559 |
| 69. O réu na ação civil pública: Despesas processuais . . . . .  | 567 |
| 70. O Ministério Público e a reconvenção em interesses difusos e coletivos. . . . .  | 573 |
| 71. Propostas para racionalização da atuação do Ministério Público no cível . . . . .  | 579 |
| 72. Incompatibilidade da verificação de habilitações de casamento com o atual perfil do Ministério Público . . . . .                               | 583 |
| 73. Substituição de partes e procuradores. . . . .   | 587 |
| 74. O Ministério Público interveniente (“custos legis”) e a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo . . . . .        | 595 |
| 75. A manifestação ministerial em sede de mandado de segurança frente a ausência de informações por parte da autoridade coatora. Revelia?. . . . . | 611 |
| 76. A nova sistemática do instituto do agravo e algumas dúvidas que ela ainda suscita . . . . .  | 619 |
| 77. A Justiça Eleitoral e o Ministério Público . . . . .   | 627 |
| 78. Alterações no Código de Processo Civil que agilizariam a resposta ao cidadão e reduziriam o custo à sociedade: . . . . .                       | 637 |
| 79. O direito de ser informado: direito a ser defendido pelo Ministério Público através da ação civil pública. . . . .                             | 643 |
| 80. A atuação do Ministério Público na sociedade de fato . . . . .   | 647 |
| 81. Do caráter irrestrito do exercício do direito à filiação – Implicações processuais . . . . .   | 653 |
| 82. Desnecessidade da ação de investigação de paternidade <i>post mortem</i> . . . . .   | 659 |
| 83. Investigação de paternidade – Imprescritibilidade . . . . .  | 665 |

|  |     |
|--|-----|
| 84. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional - Fixação de alimentos provisórios – Nas ações de investigações de paternidade cumulada com alimentos. . . . . | 671 |
| 85. Substituição processual superveniente nas ações de investigação de paternidade. . . . .  | 681 |
| 86. A necessidade da fiscalização das curatelas pelo Ministério Público . . . . .  | 687 |

## **Subtema II**

**ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do  
Ministério Público para a efetivação dos  
direitos sociais e fundamentais do cidadão**

(Teses 43 até 86)



**TESE 43****SEGURO SAÚDE – LIMITAÇÃO DO TEMPO DA INTERNAÇÃO**

**Ricardo de Oliveira Silva  
Luiz Achyllez Petiz Bardou**

Síntese da Tese: **É abusiva cláusula de seguro saúde que imponha limite ao tempo de internação.**

Fundamentação da Tese:

A Egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **no processo nº 599335387**, não antes admitindo a atualidade e a controvérsia do assunto em pauta, posicionou-se, através do voto do Relator Des. Osvaldo Stefanello, pelo caráter lícito, não abusivo, da cláusula limitadora do tempo de internação nos contratos de seguro saúde.

**Primeiro**, porque referida limitação não traria iniquidade e desvantagem exagerada ao consumidor, como preceitua o art. 51, IV do CDC, já que não haveria dubiedade em sua expressa disposição, não se podendo atribuir benefícios outros ao aderente, que não os que efetivamente pactuados.

**Segundo**, que tal disposição não teria o condão de ameaçar o objeto e o equilíbrio contratual, pelo contrário, seria justamente a relação entre o risco transferido à empresa e o prêmio pago a ela que determinaria a prevalência da equidade entre os pólos contratantes. Tal qual um seguro comum, devendo-se obediência ao princípio ‘pacta sunt servanda’, não revogado pelo Código de Defesa do Consumidor.

**Por último**, relevante seria a interpretação da natureza social dos planos de saúde e da projeção atuarial que estes desenvolvem, no sentido de que inadmissível seria o privilégio de um beneficiário ameaçar a quebra do plano, destinado a um grupo de pessoas.

Data vênia, no entanto, mas os respeitáveis argumentos civilistas expendidos pelo eminente Des. Relator, acima sintetizados, não têm o condão de afastar a abusividade da cláusula limitadora do tempo de internação, nos contratos de seguro saúde, pois suplantados por outras razões, de natureza indisponível.

Ou seja, da mesma forma que o v. acórdão afastou a aplicação do art. 51, IV do CDC ao caso dos autos, através das razões de direito acima apresentadas, a presente tese, por outro foco

de argumentação a seguir exposto, defende exatamente o contrário: **a inquestionável incidência do art. 51, IV c/c o §1º, II da Lei nº 8.078/90 à hipótese em discussão, sob pena de se negar vigência aos dispositivos apontados.**

Dessa forma, por mais que as razões de decidir do v. acórdão acima referido estejam bem firmadas pela teoria civilista, pedra angular do sistema, baseada na autonomia da vontade e na possibilidade de prestação e contraprestação das partes no contrato, a específica relação de consumo posta em causa, diretamente relacionada com o direito indisponível da saúde, com perspectivas sociais e de bem comum, possui o supremo poder de suplantar qualquer visão de ordem privatista pura.

Neste sentido, repetindo as razões de parecer do Exmo. Sr. Promotor de Justiça, Dr. Frederico Schneider de Medeiros, no referido processo, *“O direito à vida é de caráter absoluto, designado-o o imortal Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA de sobredireito, hierarquicamente superior a qualquer outro direito ou princípio, como o pacta sunt servanda. Direito de caráter personalíssimo é o direito a vida. É o direito à vida que deve preponderar.”* E a saúde, inequivocamente, é causa direta desse direito absoluto.

O que se quer demonstrar, estritamente, é o conteúdo nulo da cláusula que limita o tempo de internação, sob o foco direto do direito do consumidor (e da boa-fé objetiva que o rege), que nessa espécie relacional, visivelmente, traz desequilíbrio ao negócio jurídico, pois exagerada, desnaturando o próprio objetivo do contratante-aderente: de obter uma **efetiva e integral** cobertura de despesas médicas, em caso de futura doença.

É o que exige o princípio da boa-fé objetiva, presente em qualquer contrato, ou seja, as partes devem prestar colaboração mútua na execução do contratado, de modo que ambas possam restar satisfeitas com a prestação da outra parte, atendendo-se a todas as expectativas advindas do acordo celebrado.

Assim, o limite de internação é abusivo sobre qualquer foco, não justificável por noções obrigacionais, condições, preço, cálculos atuariais, clareza da disposição, etc. Tratando-se de saúde, não há possibilidade de se mencionar limite de internação, independentemente de se tratar de responsabilidade pública ou privada. Tal tipo de cláusula nos contratos de saúde é exagerada por si própria, possuindo conteúdo surrealista, imoral, despropositado e leonino, para não dizer discriminatório.

É ferir de morte as disposições do art. 51, IV do CDC, que nulifica de pleno direito as cláusulas que *“estabeçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*, sendo que presume-se exagerada a vantagem que *“restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual”*

Nesta esteira, ainda paragonando o Exmo. Sr. Promotor de Justiça, Dr. Frederico Schneider de Medeiros, *“Examinando-se esses dispositivos do CDC, chega-se a conclusão irretorquível de que a cláusula que limita o tempo da internação hospitalar é abusiva, já que põe em cheque o próprio objeto do contrato, que é o de assistência à saúde da autora e de seus dependentes, sendo absolutamente onerosa para a demandante, tendo em vista que estava em jogo a vida de seu filho.”*

Por outro lado, colocar essa questão tão delicada do limite da internação sob o foco do cálculo atuarial, risco e lucro, com o máximo respeito, é uma maneira equivocada de decidir,

ainda mais equiparando esse tipo de cláusula com idêntica de um contrato de seguro comum.

Ora, que se façam outros tipos de contrato, outras maneiras de cálculo, ou mesmo que se imponham outras limitações, a fim de garantir o evidente lucro que uma empresa privada deve ter para sobreviver, mas não situá-lo (o lucro) em cima de uma limitação do tempo de internação.

Até porque, a atual realidade, apresentada pela proibição legal da nova redação da alínea 'b' do inciso II do art. 12 da Lei nº 9.656/98 foi facilmente adaptada pelas empresas de seguro saúde, com módicos aumentos nas prestações, a demonstrar que esse fenômeno jurídico proibitivo é (e sempre foi) perfeitamente possível nesse ramo empresarial, além de indispensável para o equilíbrio da relação de consumo respectiva, dentro da boa-fé objetiva que o caso requer.

E mais, como bem colocado na sentença de 1º grau desse processo, “*Temos, ainda, que a situação de o filho da autora ter nascido prematuro e com graves problemas de saúde é aleatória e a ré não fez qualquer prova de que o fato fosse previsível, e, portanto, que a autora tenha agido de má-fé, em intuito de, consciente e maliciosamente, buscar além daquilo que contratou.*”

Dessa forma, não há dúvida que a limitação do tempo da internação, nos contratos de seguro saúde, afronta diretamente as disposições do **art. 51, IV e §1º, II da Lei nº 8.078/90**, não podendo tal concepção ser olvidada pelo órgão julgador, sob pena de se negar vigência a própria eficácia dos respectivos mandamentos de direito.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça sustenta a presente tese, da abusividade da referida cláusula, nos termos do art. 51, IV e §1º, II do CDC.

Senão vejamos o *v. decisum* da Colenda Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

**“Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva.**

**É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde.**

O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

**Recurso especial conhecido e provido<sup>1</sup>.”**

A seguir, as razões de voto do eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

---

1. Julgado em 16/03/99 e publicado no DJU de 17/05/99, p.00197

*“Na verdade, o que se está discutindo, concretamente, é a abusividade de cláusula contratual que impõe limite de tempo para a internação de segurado.*

*O Acórdão recorrido não considerou abusiva a cláusula limitativa da internação, apoiado no que dispõem os arts. 1.434, 1.435 e 1.436 do Código Civil, afastando a alegada contrariedade ao Código de Defesa do Consumidor.*

*Cláusula abusiva, na dicção de Nelson Nery Júnior, ‘é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, e, no caso de nossa análise, é o consumidor; aliás por expressa definição do art. 4º, I, do CDC’ (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 4ª ed., com outros autores, 1995, pág. 339).*

*Ora, uma cláusula que limita a internação de um segurado, apesar da causa da prorrogação decorrer de complicações da própria doença, por fato inesperado, a provocar nova internação, ainda que em decorrência do mesmo fato, é, a meu juízo, efetivamente abusiva do direito do consumidor; que não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem os médicos são capazes de controlar.*

*De fato, a realização do contrato de seguro, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, aplicável, por inteiro, à espécie, pressupõe o atendimento dos serviços contratados. Ora, se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte porque está fora do limite temporal previsto em uma determinada cláusula. Não pode tal estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade, vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.*

*Não há como admitir cláusula que assuma pela realidade concreta da doença uma limitação de internação. Havendo vinculação ao fato inaugural coberto pelo contrato, não pode a seguradora, pura e simplesmente, fragilizado o segurado, negar a internação pelo período necessário ao tratamento.*

*Em outra ocasião escrevi que ‘as cláusulas que limitam os dias de internação, se tal serviço está alcançado pelo contrato, como é curial, não podem ser interpretadas contra o paciente porque restringem um direito fundamental inerente à natureza do contrato, como previsto no inc. II, §1º, do art. 51 do Código. E, ademais, é abusivo impor para uma intervenção coberta pelo serviço em determinado tempo de cura, eis que complicações operatórias podem surgir por circunstâncias imprevistas. Por exemplo, em uma cirurgia gástrica a formação de um abscesso, ou uma coleção serosa, sob o fígado ou sob o diafragma, pode ampliar; compulsoriamente, o tempo de internação. Do mesmo modo, a síndrome de pericardiotomia, após uma cirurgia cardiológica. Ou, ainda, embolias pulmonares, que podem se seguir a qualquer intervenção cirúrgica, apesar de todas as providências adotadas para evitá-las. Os citados GUERSI, WEINGARTEN E IPPOLITO advertem com razão que as estipulações contratuais devem adaptar-se, necessariamente, ao conteúdo técnico e científico que vigora no campo da medicina; em função de cada uma das especialidades, que nos permitam enquadrar o objeto e a finalidade da atuação médica’ (Revista Forense 328/315).”*

## TESE 44

### ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O APRIMORAMENTO DO CONTROLE BRASILEIRO DA CONSTITUCIONALIDADE.

Mauro Sérgio Rocha\*

I. INTRODUÇÃO. II. PRECEITO FUNDAMENTAL. III. ESPÉCIES DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. OBJETO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. NATUREZA PREFERENCIAL. IV. PARALELO COM A AÇÃO AVOCATÓRIA. V. COISA JULGADA E EFEITO VINCULANTE NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. VI. CONCLUSÕES. VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

#### I - INTRODUÇÃO:

A Constituição Federal (redação trazida pela Emenda 03/93), em seu art. 102, § 1º, brindou-nos com o instituto da *argüição de descumprimento de preceito fundamental*, norma sabidamente de eficácia limitada ou *not self-executing*<sup>1</sup> e que se fez regulamentada, agora, por intermédio da Lei nº 9882/99.

Em resumo, pretendeu-se, *em relação aos preceitos fundamentais*, ao lado das ações diretas de inconstitucionalidade - ADin - (ação e omissão) e ação direta de constitucionalidade - ADC, a criação de uma nova modalidade de controle da constitucionalidade, alçando o Supremo Tribunal Federal, efetivamente, como Corte Constitucional<sup>2</sup>.

Dessa forma, neste ensaio, almeja-se a análise da *argüição de descumprimento de preceito fundamental* sob a ótica de um possível aprimoramento do controle da constitucionalidade no país ou, porventura, como forma patética de reintrodução de instrumentos anti-democráticos, a exemplo da ação avocatória.

\* *Promotor de Justiça no Paraná*. Essa tese contou com a colaboração da Acadêmica *Lygia Maria Erthal*, Estagiária do Ministério Público do Estado do Paraná.

1. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade Das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 74.

2. Art. 102, *caput*, CF.

## II. PRECEITO FUNDAMENTAL:

Os direitos fundamentais, por óbvio, traduzem-se como de difícil conceituação, sendo possível classificá-los entre os de primeira geração (direitos e garantias individuais e políticos clássicos), os de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e ainda, os de terceira geração (direitos de solidariedade ou fraternidade)<sup>3</sup>.

Neste particular, destacou o Ministro Celso de MELLO<sup>4</sup>:

“[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

Portanto, trabalhando-se com a idéia de *preceitos fundamentais*, por evidente que estamos inseridos na categoria dos conceitos vagos e/ou indeterminados, os quais, como sabido, mostram-se caracterizados pela *fluidez*. Tais conceitos, na ótica de Teresa Arruda Alvim WAMBIER<sup>5</sup>, comportam mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis.

Esses conceitos desempenham três funções: **a)** permitem que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado; **b)** permite que a norma perdure por mais tempo, pois o conceito vago e/ou indeterminado se reflete mais ‘adaptável’; **c)** permite que a mesma norma seja aplicada, de forma mais ‘justa’, em contingência temporal idêntica, porém em lugares distintos.

De conseqüência, visa-se a flexibilização da norma (ex. moralidade pública, reputação ilibada, conveniência e oportunidade, preceito fundamental, etc.). *In casu*, relevante o papel hermenêutico do operador jurídico.

De conseqüência, pode-se argumentar, *exemplificativamente*, que se incluem no elenco dos preceitos fundamentais, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, os direitos e garantias fundamentais, inclusive, neste particular, *aqueles decorrentes de convenções e tratados internacionais* (art. 5º, § 2º, CF), direitos sociais, direitos políticos, direitos da nacionalidade e os chamados ‘princípios sensíveis’ (art. 34, VII), os quais, inclusive, refletem-se protegidos pelas denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), sendo possível, logicamente, uma ampliação vinculada à própria evolução dos direitos fundamentais.

Sob este prisma, *porém numa postura menos expansiva*, anota Daniel SARMENTO<sup>6</sup>:

3. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo : Atlas, 2001, p. 57.

4. STF - Pleno - MS nº 22.164/SP - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

5. Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Questões de Fato, Conceito Vago e a sua Controlabilidade através de Recurso Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 439.

6. SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001, p.91.

“Entre os preceitos fundamentais situam-se, sem sombras de dúvidas, os direitos fundamentais, as demais cláusulas pétreas inscritas no art. 60, § 4º, da Constituição da República, bem como os princípios fundamentais da República, previstos nos arts. 1º ao 5º do Texto Magno. [...] Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. [...]”

Nesse momento, *data venia*, poder-se-ia objetar que a Constituição Federal, seja em relação às normas, formalmente ou materialmente constitucionais, não guarda hierarquia. É verdade, no âmbito do controle da constitucionalidade, como sabido, não se faz possível trabalhar com a chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais, como se retira do ordenamento jurídico alemão.

No entanto, desejou-se a criação de novo instrumento, mais particularizado e que, por sua vez, resguardasse a essência constitucional, isto é, os preceitos fundamentais.

Neste particular, observam Celso BASTOS e Alexis Galiás de Souza VARGAS<sup>7</sup> que, na hipótese de argüição de descumprimento de preceito fundamental, “[...] não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares do diploma.”

Com isso, mais uma vez, atende-se à supremacia da Constituição e mais, festeja-se a sua força normativa<sup>8</sup>.

### III. ESPÉCIES DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. OBJETO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

A *argüição de descumprimento de preceito fundamental* é cotejada, por alguns autores, ao recurso constitucional germânico e ao recurso de amparo espanhol<sup>9</sup>. Outros, a exemplo de Gilmar Ferreira MENDES<sup>10</sup>, aproximam-na do *writ of certiorari* do direito norte-americano.

No plano infraconstitucional, a legislação regulamentadora, em seu art. 1º, *caput*, e § 1º, respectivamente, criou a figura da *argüição de descumprimento de preceito fundamental* autônoma e incidental ou paralela.

Na primeira, trabalha-se com a idéia de prevenção ou reparação de lesão a preceito fundamental, *in casu*, capitaneada pelo Poder Público e, por consectário, legitima-se à propositura desta medida os legitimados ativos à interposição da ADin (art. 103, CF).

Aqui, desde já, enxerga-se determinado avanço na inserção, deste instituto, no ordenamento jurídico. Ora, permitiu-se, junto à Corte Constitucional, um controle, *preventivo*<sup>11</sup>, da constitucionalidade, ainda que limitada aos preceitos fundamentais.

7. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Revista de Informação Legislativa, nº 30, p. 69.

8. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Fabris Editora, 1991.

9. MORAES, Alexandre de. Comentários À Lei Nº 9.882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. in Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001, p. 15.

10. Controle de Constitucionalidade in Revista Jurídica Consulex, mar/01, nº 101, Ano V, p. 37.

11. “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto *evitar* ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (grifo nosso).

Já, na segunda modalidade, a legislação integradora inova em desconformidade com o texto constitucional.

*Primeiro*, porque trabalha com a idéia de *controvérsia constitucional* incidente sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em face da Constituição, inclusive já revogada. Ora, muda-se o foco de discussão, isto é, deixa-se de falar em descumprimento de preceito fundamental para, neste momento, labutar com a chamada controvérsia constitucional o que, *data venia*, leva-nos à conclusão de que *todo e qualquer* debate constitucional poderá ser objeto de *arguição*.

Portanto, ao que nos parece, a melhor solução é compatibilizar o § 1º, ao *caput* do dispositivo, ou seja, permitindo-se a *arguição paralela*, exclusivamente, quando violar preceito fundamental. Aqui, estaremos atribuindo à norma uma interpretação conforme à Constituição<sup>12</sup>.

A legitimação, nesta seara, ante o veto apostado ao art. 2º, inciso II, da mencionada legislação, mais uma vez, ficará na incumbência dos legitimados à propositura da ADin (art. 103, CF).

*Segundo*, porque o legislador infraconstitucional, *inadvertidamente*, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, ao admitir a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* em se tratando de controvérsia constitucional, de relevância, sobre lei ou ato normativo municipal e mais, a permitindo o controle da constitucionalidade em relação às Constituições anteriores.

Assim, expressou-se Alexandre de MORAES<sup>13</sup>:

“O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. (...) Note-se que foi criada pela Lei nº 9.882/99 a possibilidade de um dos colegitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam, controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal”.

Não fosse a evidente inconstitucionalidade<sup>14</sup>, esta modalidade de *arguição*, por outro motivo, em nada melhora o controle da constitucionalidade e mais, a agilização da prestação jurisdicional do Estado. Como salientado, a legitimação, originariamente dirigida aos interessados (partes litigantes), foi vetada e, por consequência, concentrou-se, mais uma vez, nas mãos dos órgãos e pessoas inscritas no art. 103, CF. Aqui, portanto, a *arguição* se materializará no plano objetivo e não subjetivo, ou seja, assemelhando-se à ADin e ADC.

*Como sói acontecer*, não andou bem o Chefe do Executivo Federal. A sobrecarga da Suprema Corte (justificativa para o veto), poderia ser mitigada pelos órgãos jurisdicionais a

12. Neste particular: MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo : Saraiva, 1996. No âmbito da ADin nº 2231-8, impetrada pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, pretende-se ver reconhecida a inconstitucionalidade, total, do inserto no § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9882/99.

13. MORAES, Alexandre de. Comentários À Lei Nº 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Op. cit.* p. 21.

14. As modificações deveriam ser introduzidas por meio de Emenda Constitucional (art. 59, inciso I, CF).



quo (juízo de admissibilidade), a exemplo dos recursos especial e extraordinário. Esse “filtro” se constituiria em condição de procedibilidade das referidas arguições, como ocorre na Alemanha, sítio em que se realiza o exame prévio sobre o cabimento dos denominados recursos constitucionais (*verfassungsbeschwerde*).

De outra banda, a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, nos moldes insertos no § 1º, do art. 4º, da Lei nº 9882/99, parece possuir natureza subsidiária, ao se apreçoar que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental *quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*”

Em outras palavras, se cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade (por ação ou inação) ou Ação Direta de Constitucionalidade, descabida a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

Esse, com razão, não é o entendimento de Walter Claudius **ROTHENBURG**<sup>15</sup>, ao consignar que “[...] quando o objeto também for passível de ação direta de inconstitucionalidade, em vez de subsidiariedade, haverá *preferência* para a arguição, em função da maior importância da norma constitucional violada (preceito fundamental) e da relevância que venha a ser reconhecida no caso à questão constitucional.”

*In casu*, deverá preponderar o princípio da especificidade.

Sob o mesmo prisma, adverte André Ramos **TAVARES**<sup>16</sup>:

“[...] não é instituto de caráter ‘residual’ em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência.”

#### IV. PARALELO COM A AÇÃO AVOCATÓRIA:

Por intermédio da Emenda Constitucional nº 7/77, o governo GEISEL trabalhou a “Reforma do Poder Judiciário”, consagrando a chamada avocatória. Inclusive, ainda sob a égide da Constituição de 1946, se havia utilizado de avocação de processo para ‘conter abusos, suspendendo decisões judiciais’<sup>17</sup>.

“Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I- processar e julgar originariamente:

...

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais cuja **avocação**

15. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *in* Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001, p. 225.

16. **TAVARES**, André Ramos: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. *in* Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001, p. 45.

17. **MACIEL**, Adhemar Ferreira. AVOCATÓRIA: Violação do “Juiz Natural” ou uma Exigência de Nossos Tempos? As Garantias do Cidadão na Justiça. Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 204.

deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Com o advento da Constituição Federal de 05/10/1988<sup>18</sup>, viu-se afastado tal instituto.

Nova investida, agora no governo Fernando COLLOR (PEC 96/92), tentou ver reimplantada a advocatária em nosso sistema jurídico, atribuindo-se redação diversa ao art. 102 da Constituição Federal, o que, felizmente, não vingou<sup>19</sup>.

Então, no que se parece a advocatária com a arguição de descumprimento de preceito fundamental? Confundem-se os institutos, quando na *arguição*, trabalha-se com a idéia de *controvérsia constitucional*. Neste particular, ambas retiram do juiz singular e, porque não dizer, do juiz natural, o poder de conhecer da constitucionalidade ou não de determinada matéria, fulminando, por sua vez, com o controle difuso da constitucionalidade.

Registra Sérgio Resende de **BARROS**<sup>20</sup>:

“Quanto ao objeto, ainda resulta inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9882/99 porque considerou equivalentes os conceitos de **descumprimento de preceito e controvérsia judicial**, sendo certo que o pressuposto constitucional da arguição perante o Supremo não é a preexistência de controvérsia judicial subjacente ao Supremo, mas - e simplesmente - o descumprimento de preceito. Aliás, se já preexistente controvérsia judicial sobre o preceito, se já se discute em juízo se ele foi descumprido ou não, não há mais como argüir perante o Judiciário o descumprimento, porque isso já está argüido perante o Judiciário, falecendo pressuposto a uma nova arguição, a qual - se feita nos termos regulados pela Lei - não é senão uma **advocatária sub petitione**.”

Dessa maneira, se entendermos como sustentado, isto é, que a *controvérsia constitucional* deverá ser compatibilizada com o descumprimento de preceito fundamental (harmonização do § 1º ao *caput* do art. 1º, da Lei nº 9882/99)<sup>21</sup>, pelas razões, imediatamente levantadas, não há que se falar, neste particular, em aperfeiçoamento do controle da constitucionalidade e sim, em lamentável retrocesso histórico.

O instituto da advocatária agride a consciência dos magistrados e, porque não dizer, a própria idéia de regime democrático de direito.

---

18. Por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte havia proposta de implementação da ação advocatária. Em sentido oposto, isto é, posicionando-se contrariamente ao instituto, pode-se destacar a atuação dos constituintes Plínio Arruda Sampaio e Nelson Jobim.

19. Salutar, nesta ocasião, a movimentação da magistratura federal brasileira, a qual, no VII Encontro Nacional de Juizes Federais do Brasil, fez redigir a chamada “Carta de Canela”, repugnando, com veemência, a vã tentativa governamental.

20. O Nó Górdio do Sistema Misto. *in* Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001, p. 196.

21. Dessa posição, ao que parece, não distoa MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Advocatária em Regime Democrático*, *in* Revista Jurídica Consulex, jul/97, nº 07, Ano I.

## V. COISA JULGADA E EFEITO VINCULANTE NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Em conformidade com o art. 12, da Lei nº 9882/99, “a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.”

Portanto, observado o quórum do art. 8º, da legislação em comento e, proferida a decisão, acatando ou não o descumprimento de preceito fundamental (inclusive no que toca a controvérsia constitucional), temos a sua irrecorribilidade e mais, a impossibilidade do manejo da ação rescisória.

Na forma do art. 5º, § 3º<sup>22</sup>, em sede de cognição sumária, é possível suspender o andamento e os efeitos de decisões judiciais, funcionando o instituto como prejudicial de mérito e, guardadas as proporções, assemelhando-se à ‘declaração incidental’ (art. 325, CPC), onde temos por ampliado os limites objetivos da coisa julgada, isto é, espraiando-se os efeitos da parte dispositiva da sentença à fundamentação.

Daí, porque, se indaga: Pode haver recurso e ação rescisória da sentença monocrática? Evidentemente que sim, salvo no que atine a matéria que foi objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental (se incidental), pois, como veremos na seqüência, inconstitucional se mostra a vinculação para as hipóteses de argüição autônoma.

Agora, gera maior desconforto o efeito *erga omnes* e vinculante da decisão proferida em *argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Lembre-se: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário.”

Ora, a Emenda nº 03/93, ao trabalhar com o chamado efeito *erga omnes* e ainda, *vinculante*, limitou-se, exclusivamente, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC)<sup>23</sup>, ou seja, não estendendo esse efeito, expressamente, ao instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, *concessa venia*, inconstitucional a legislação em análise.

Ainda, na via *incidental*, se reconhecida ou não do descumprimento de preceito fundamental, era de se aplicar o inserto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Não fosse isso, já tivemos oportunidade de consignar<sup>24</sup>:

“Daí porque, vislumbrando-se a dificuldade da assertiva inicial (demora da prestação jurisdicional), porém convencidos da afirmativa subsequente (comodismo dos operadores jurídicos), apresentam-se certas soluções, como se avanço fossem, a exemplo das súmulas vinculantes - acrescente-se o efeito vinculante das decisões proferidas em argüições de descumprimento de preceito

---

22. “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais *suspendam* o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada”.

23. Art. 102, § 2º, CF.

24. ROCHA, Mauro Sérgio. O Silogismo Na Aplicação Dos Precedentes Judiciários Como Forma De Inibir O Pensamento Crítico Dos Operadores Jurídicos E, Conseqüentemente, A Justiça Das Decisões. Boletim Informativo Bonijuris, nº 389, outubro/99.

fundamental - que, sob o manto da agilização e uniformidade das decisões, acabam por destruir o encanto da Justiça, estampando-se, conseqüentemente, verdadeiras injustiças. Por certo, alguns dirão de suas virtudes, esquecendo-se de sopesar o custo, consistente em restringir o sentenciante aos limites de sua 'camisa de força', instrumento condutor do engessamento do Poder Judiciário e, por conseqüência, da manutenção da ordem vigente.”

Exige-se do operador jurídico a realização da justiça, devendo os juízes e tribunais estaduais continuarem a contribuir para a criação do direito. Não se deseja a simples prática do silogismo (lógico-formal), com a petrificação do direito e sim, que os juízes analisem o caso concreto e decidam, tendo sempre como único fim a realização da justiça e a paz social.

“O ponderável argumento, todavia, merece, dos que não concordam com essa imposição superior, o contra-argumento de que, a prevalecer a tese do efeito vinculante, o Direito se esclerosaria. A função jurisdicional inferior ficaria adstrita à leitura, nas telas dos computadores, da última decisão do STF sobre qualquer matéria e à sua transcrição, à semelhança dos processos narrados por Gheorghiu no seu romance 25ª Hora, sem possibilidade nenhuma de modificação. O Direito não se adaptaria às necessidades sociais, em sua evolução, mas ficaria estancado no tempo e no Supremo ou no Superior Tribunal de Justiça.”<sup>25</sup>

## VI. CONCLUSÕES:

Ante o exposto, podemos concluir:

- I- A arguição de descumprimento de preceito fundamental, *preventiva*, constitui-se em aprimoramento do controle da constitucionalidade.
- II- A chamada controvérsia constitucional, trazida pelo § 1º, do art. 1º, só poderá se referir aos preceitos fundamentais e não, a toda e qualquer violação do texto magno.
- III- A arguição de descumprimento de preceito fundamental *incidental*, seja em relação a legislação municipal, como no tocante ao cotejo com as Constituições revogadas, *data venia*, mostra-se marcada pela inconstitucionalidade, pois, em nosso entendimento, deveria ser objeto de expressa disposição constitucional.
- IV- A arguição de descumprimento de preceito fundamental *incidental*, face o veto apostado pelo Chefe do Executivo Federal, ou seja, retirando a legitimidade das partes litigantes, por óbvio, em nada contribui à agilização da prestação jurisdicional.
- V- A análise da controvérsia constitucional, ainda que limitada aos preceitos fundamentais, não difere, nos efeitos, da famigerada advocatória.
- VI- O efeito vinculante, trazido pelo art. 10, § 3º, é inconstitucional.
- VII- A arguição de descumprimento de preceito fundamental, ante o princípio da especificidade, mantém preferência em relação aos demais instrumentos de controle da constitucionalidade.

---

25. WALD, Arnold e MARTINS, Ives Gandra da Silva. O efeito vinculante das decisões judiciais. In Revista Jurídica Consulex, jan/97, nº 01, Ano I.

**VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BASTOS, Celso; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, nº 30, p. 69.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **AVOCATÓRIA: Violação do “Juiz Natural” ou uma Exigência de Nossos Tempos? As Garantias do Cidadão na Justiça**. Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Avocatória em Regime Democrático. **Revista Jurídica Consulex**, nº 07, Ano I, jul/97.

MELLO, Celso de. STF - Pleno - MS nº 22.164/SP - Rel. Min. Celso de Mello, **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**, nº 101, Ano V, mar/01, p. 37.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo : Atlas, 2001.

ROCHA, Mauro Sérgio. O Silogismo Na Aplicação Dos Precedentes Judiciários Como Forma De Inibir O Pensamento Crítico Dos Operadores Jurídicos E, Conseqüentemente, A Justiça Das Decisões. **Boletim Informativo Bonijuris**, nº 389, outubro/99.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade Das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Questões de Fato, Conceito Vago e a sua Controlabilidade através de Recurso Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WALD, Arnold; MARTINS, Ives Gandra da Silva. O efeito vinculante das decisões judiciais. **Revista Jurídica Consulex**, nº 01, Ano I, jan/97.

## TESE 45

### A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI Nº 9868/99

Anco Márcio Valle  
Promotor de Justiça - RJ

#### I. A Constituição e o ordenamento jurídico

A unanimidade da doutrina do Direito Constitucional explica que o ordenamento jurídico não é um complexo caótico de leis e atos normativos, mas um sistema escalonado de normas em que a Constituição ocupa o ponto mais alto dessa hierarquia<sup>1</sup>.

Particularmente no caso do Brasil, não há um dispositivo expresso, legal ou constitucional, que declare diretamente a superioridade hierárquica da Constituição frente aos demais diplomas normativos. A posição de primazia da Constituição, contudo, decorre indubitavelmente de várias disposições espalhadas pelo texto constitucional, de maneira a tornar indiscutível a qualidade do seu status na hierarquia das normas que compõem a ordem jurídica brasileira.

Dentre essas disposições, destacam-se o trabalhoso processo de Emendas à Constituição, sensivelmente mais complicado do que o de criação das leis infra constitucionais; e o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, que permite expungir da ordem jurídica qualquer ato normativo conflitante com o texto constitucional.

Com efeito, leciona a doutrina que embora a supremacia da Constituição provenha da sua origem, como fruto do chamado *Poder Constituinte*, que institui e constitui os chamados poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), corporificando o instrumento fundador do Estado, essa noção de primazia da Carta Política só tem pertinência nos países que adotam a Constituição *rígida*.

Nos países de Constituição não escrita, ou *flexível*, onde o poder que gera as regras constitucionais e ordinárias é o mesmo, não há que se falar em hierarquia do texto constitucional, uma vez que, repise-se, este último pode ser alterado e revogado da mesma maneira pela qual são produzidas as normas ordinárias<sup>2</sup>.

---

1. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 321.

2. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, Saraiva, São Paulo, 1990, págs. 18/9.

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil assegura a sua primazia face às demais normas que integram o ordenamento jurídico pátrio a partir: a) da previsão de um processo diferenciado de produção das normas constitucionais, notadamente mais custoso do que o estabelecido para o processo legislativo das normas ordinárias e complementares, o que torna nosso Texto Fundamental uma Constituição *rígida* (artigos 59 e seguintes da CR); e b) da disciplina de um controle da constitucionalidade das leis, capaz de permitir a eliminação de eventuais atos normativos em oposição com o texto constitucional (artigo 102, inciso I, letra 'a' da CR).

### **O controle da constitucionalidade das leis pela via da ação direta – efeitos da decisão judicial que reconhece o vício da inconstitucionalidade**

O controle da constitucionalidade das leis, também chamado *a posteriori* ou repressivo, posto que exercido quando a lei acoimada de inconstitucional já ingressou no sistema jurídico, visa, como vimos, suprimir da ordem jurídica o ato normativo maculado pelo vício em questão.<sup>3</sup> Dentre as formas de controle da constitucionalidade, a nós interessa, no presente trabalho, somente a via de ação – método concentrado –, razão pela qual não abordaremos aqui o controle pela via de exceção ou defesa – método difuso.

A promulgação de uma lei, e o seu conseqüente ingresso no ordenamento jurídico, traz consigo a presunção de que o ato normativo está adequado ao texto constitucional. Afinal, todo projeto de lei passa pela fiscalização de inúmeras comissões parlamentares (dentre elas a de Constituição e Justiça, que tem por finalidade justamente analisar a consonância do projeto com a Constituição), é discutido em plenário pelos legisladores e pode até ser vetado pelo chefe do Poder Executivo, caso este último entenda que o ato normativo fere a Constituição.

Destarte, há todo um controle prévio da constitucionalidade dos projetos de lei que levam à presunção, na hipótese de aprovação pela casa legislativa e sanção por parte da chefia do Executivo, de que a lei se harmoniza com o texto constitucional.

Uma vez promulgada a lei, a presunção da sua constitucionalidade – que é relativa – só pode ser destruída pelo Poder Judiciário. Ou seja, ingressando a lei no ordenamento jurídico, não poderá mais o legislador voltar atrás e anular o ato normativo, reconhecendo que o mesmo agride a Constituição. É bem verdade que o parlamento está autorizado a aprovar uma nova lei revogadora da lei acoimada de inconstitucional, mas os efeitos dessa revogação se fazem sentir apenas a partir do momento da promulgação da lei revogadora em diante, conservando-se a eficácia do diploma revogado durante o período em que ele vigorou.

A revogação, como se sabe, atinge o mérito do ato e não a sua validade. Portanto, a Constituição não outorgou ao parlamento o poder de anular as leis, conferindo tal prerrogativa, com exclusividade, ao Judiciário – através do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal –, mediante o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Eventual julgamento de procedência do pedido contido na ação direta de inconstitucionalidade é que anula a lei contrária à Constituição.

Se a decisão judicial invalida a lei inconstitucional, temos como corolário lógico que os

---

3. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 9ª edição, Malheiros, São Paulo, 1992, págs. 40/1.

efeitos da decretação da inconstitucionalidade são *ex tunc*, alcançando o passado a partir da data em que a lei foi promulgada. Vale dizer, a decisão de inconstitucionalidade da Corte Constitucional equivale em afirmar que o ato normativo impugnado nunca existiu, nunca teve vida.

A doutrina discute acerca da natureza jurídica da decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei em sede de ação direta. Duas são as posições desse debate que, como veremos, não possui nenhuma relevância prática. Segundo o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Para a doutrina clássica, que provém de Marshall, sendo nulo o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece é *declaratória*. Para a doutrina kelseniana, sendo anulável *ex tunc* o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece o desconstitui, o desfaz. Tem caráter *desconstitutivo*, ou, como alguns preferem, constitutivo negativo.”<sup>4</sup>

Assim, seja para quem entende que a decisão de inconstitucionalidade é declaratória, seja para quem acha que ela é constitutiva negativa com efeitos *ex tunc*, o resultado é o mesmo: a decretação de inconstitucionalidade da lei retroage até a data da sua promulgação. A discussão sobre a natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade proferida na ação direta, como afirmamos previamente, é de pouca relevância, dado que a doutrina se harmoniza quanto ao resultado prático da invalidação do ato normativo viciado, cujos efeitos são pretéritos.

#### A inovação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99

Nada obstante a posição tranqüila da doutrina acerca da nulidade absoluta do ato normativo inconstitucional e dos efeitos *ex tunc* da decisão que reconhece o vício em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a Lei nº 9.868/99 operou uma verdadeira revolução na matéria, ao dispor, em seu artigo 27, que o Supremo Tribunal Federal, julgando procedente o pedido contido em ação direta de inconstitucionalidade, poderá, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, determinar restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou definir o momento a partir do qual tal declaração terá eficácia, podendo ser a data do trânsito em julgado ou outra oportunidade que a Corte julgar mais conveniente; para maior comodidade, transcrevo o artigo de lei em exame, verbis:

*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

Dessa forma, a lei conferiu ao STF não apenas o poder de conservar a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional, mas ainda de fixar o tempo dessa eficácia discricionariamente, segundo sua própria avaliação quanto ao excepcional interesse social ou razões de segurança. Competirá ao Supremo Tribunal Federal escolher entre dar efeito *ex tunc* ou *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade; sendo *ex tunc*, o STF poderá precisar o alcance do efeito pretérito da decisão declaratória, mais ou menos longínquo no tempo; e, sendo *ex nunc*, a Corte tem a prerrogativa de definir o momento futuro, até mesmo posteriormente ao trânsito em julgado da decisão, em que a lei efetivamente perderá eficácia por conta do vício da inconstitucionalidade que a macula.

---

4. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.* p. 33.



Trata-se de uma verdadeira revolução esse poder atribuído à Corte Constitucional que, em última análise, repita-se, significa a faculdade de inverter temporariamente a hierarquia normativa do ordenamento jurídico, fazendo com que a Constituição ceda espaço, durante certo prazo, a uma lei que com ela conflite.

### **O Supremo Tribunal Federal e o art. 27 da Lei nº 9868/99**

Na realidade, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 somente formalizou em lei uma prática reiterada do Supremo Tribunal Federal. Nossa Corte Constitucional, muito antes da promulgação do referido diploma legal, já invocava razões de segurança, de salvaguarda dos superiores interesses do Estado, do princípio da boa-fé, entre outros, a fim de emprestar efeito *ex nunc* ou limitar os efeitos *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade em ação direta, de modo a conservar a eficácia pretérita do ato normativo viciado.

Em voto proferido na ADI 1102/DF (STF - j. em 05/10/95 – Trib. Pleno – publicado no DJ em 17/11/95 pp 39205) - em que se discutia certa fonte de custeio da Previdência Social, e o pedido foi julgado procedente levando à perda de receita por parte da Autarquia, o Ministro relator Maurício Corrêa assentou o efeito prospectivo, ou *ex nunc*, daquela decisão de inconstitucionalidade, que teria eficácia a partir da data da concessão da liminar, pela Corte, para suspender a aplicação da lei viciada, e não da data da promulgação da lei inconstitucional.

O efeito prospectivo dado à decisão de inconstitucionalidade visava proteger os cofres públicos das graves conseqüências que adviriam se a Previdência fosse obrigada a devolver as contribuições cobradas em desacordo com a Constituição. Acolhia o Sr. Ministro Relator a solicitação da Advocacia Geral da União, encampada pelo Ministério Público Federal, observando que uma lei, mesmo inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes do reconhecimento oficial da inconstitucionalidade, “podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar”, e que a tutela da boa fé e da segurança, em dadas circunstâncias, quando ainda não determinada a inconstitucionalidade de uma norma, exige que se conserve as relações constituídas sob o império do ato normativo inquinado.

Não é nosso propósito comentar com detalhes a decisão do STF, apenas abrimos esse pequeno espaço para noticiar que muito antes da promulgação da Lei nº 9.868/99 a posição da Corte, em numerosos precedentes, já abraçava a tese consagrada pelo artigo 27 da lei em análise, cuja serventia foi somente dar respaldo legal à prática judiciária do Tribunal Constitucional brasileiro.

### **O art. 27 da Lei nº 9.868/99 em confronto com a Constituição**

Logo no início deste ensaio, dissemos que não há um comando expresso no texto constitucional que determine a primazia da Constituição sobre os demais atos normativos que compõem a ordem jurídica, mas que isso era uma decorrência lógica de ser a nossa Constituição *rígida*, e da previsão de um controle da constitucionalidade das leis.

De igual forma, o efeito jurídico da decisão de inconstitucionalidade proferida em ação direta não vem definido na Constituição, e mais uma vez temos como conseqüência lógica a eficácia *ex tunc* daquela decisão. Não fosse assim, e a posição de superioridade hierárquica da Constituição sairia arranhada, pois o efeito *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade levaria à aplicação interina da lei conflitante com o texto constitucional.

Evidentemente que razões de segurança, boa fé, excepcional interesse da sociedade, ou como medida para evitar o caos social podem ser bem aceitos como justificativa para que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não opere efeitos imediatos, ou respeite as relações que se constituíram em tempo pretérito.

Todavia, e aí chegamos, finalmente, ao ponto conclusivo da presente tese, o que não se permite é que o legislador ordinário estabeleça a possibilidade de uma lei inconstitucional conservar sua eficácia temporariamente, mediante a previsão de efeito ex nunc, ou ex tunc atenuado, à decisão declaratória de inconstitucionalidade na ação direta.

Se a superioridade hierárquica da Constituição sobre as demais normas integrantes do ordenamento jurídico é um corolário lógico do texto constitucional, então somente a própria Constituição é que poderia prever as hipóteses excepcionais em que a primazia do texto constitucional sofreria um certo temperamento, de forma a permitir ao Supremo Tribunal Federal restringir a regra do efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, abrandando o vício de nulidade que a macula, e validando-a temporariamente, em prejuízo do texto constitucional, a fim de evitar grave lesão ao corpo social.

Somente o próprio legislador constituinte (originário ou derivado) pode autorizar tal fenômeno jurídico, nunca o legislador ordinário. Só o Poder Constituinte pode conceder licença para que os poderes constituídos validem, ainda que temporariamente, atos seus conflitantes com a Constituição. Do contrário, seria como permitir a uma autoridade de escalão inferior baixar normas que conferissem a esse mesmo escalão a liberdade de, em certos casos, decidir sobre a conveniência de restringir uma ordem promanada do escalão superior.

### Síntese das conclusões

Compendiamos as nossas conclusões nos cinco itens que se seguem:

I) A superioridade hierárquica da Constituição sobre os demais atos normativos que integram o ordenamento jurídico brasileiro é uma decorrência das disposições do próprio texto constitucional;

II) Como conseqüência, a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei proferida em ação direta, a fim de garantir a primazia da Constituição, possui sempre efeito ex tunc, reconhecendo retroativamente o vício que macula o ato normativo conflitante com o texto constitucional;

III) O art. 27 da Lei nº 9.868/99, ao permitir que o STF restrinja os efeitos ou conceda eficácia ex nunc – a partir do transitio em julgado, ou de outro momento qualquer – à decisão declaratória de inconstitucionalidade, conservando os efeitos pretéritos do ato inconstitucional, significa a faculdade de inverter temporariamente a hierarquia normativa do ordenamento jurídico, fazendo com que a Constituição ceda espaço, durante certo prazo, a uma lei que com ela conflite;

IV) Sendo assim, somente o próprio legislador constituinte (originário ou derivado) pode autorizar tal fenômeno jurídico, nunca o legislador ordinário. Só o Poder Constituinte pode conceder licença para que os poderes constituídos validem, ainda que temporariamente, atos seus conflitantes com a Constituição;

V) Conseqüência disso é que a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868/99 é inconstitucional, pois para que fosse válida deveria constar do texto constitucional

originariamente ou através de Emenda à Constituição, não podendo ser veiculada por lei ordinária.

## TESE 46

### “O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO E A VIGÊNCIA DA LEI N. 4.337/64”

**Umberto Machado de Oliveira**

50º Promotor de Justiça da Comarca de Goiânia  
e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito  
da UFG-GO.

#### I. Considerações iniciais

A inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 (D.O.U. de 11.11.99), cujo teor disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, constituiu-se em significativo avanço do regramento infra-constitucional relativo ao controle de constitucionalidade.

O novo regramento legal é resultado do anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas instituída para formular propostas de alteração das leis que dispõem sobre a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança e a representação interventiva, presidida pelo Professor Caio Tácito e composta pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Vilaça de Azevedo, Antonio Jamyr Dall’Agnol, Arnoldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Rui Rosado de Aguiar Junior e Antônio Herman Vasconcelos Benjamin.

A elaboração da primeira versão do anteprojeto ficou acertadamente a cargo do Professor Gilmar Ferreira Mendes, mas diversas modificações foram introduzidas ao esboço por ele apresentado e, como aprovada, consolidou em seu texto boa parte das sugestões doutrinárias e da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal acerca da admissibilidade, processo, julgamento e efeitos da decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade.

#### II. Vigência da Lei n. 4.337/64

Sabe-se que, anteriormente, a regulação do processo e julgamento da ação direta de

inconstitucionalidade era feita pela conjugação dos dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 169 a 178), com o regramento da Lei n.º 4.337 de 1º de junho de 1964 (*D.O.U. de 04.06.1964 - “Regula a Declaração de Inconstitucionalidade para os Efeitos do art. 7, VII, da Constituição Federal”*), este último diploma, a bem da verdade, disciplinador da representação para fins de intervenção da União nos Estados, uma vez que, em sua ementa e art. 1º<sup>1</sup>, fazia referência expressa ao inciso VII, do artigo 7º<sup>2</sup>, da Constituição de 1.946, onde estavam inscritos os denominados princípios constitucionais sensíveis, e atribuía, no parágrafo único do artigo 8º<sup>3</sup>, legitimidade ao Procurador-Geral da República para disparar essa espécie de controle que, conforme as lições do eminente constitucionalista Clémerson Mérlin Clève, não é abstrato, e sim concreto:

*“A ação direta interventiva não desencadeia, portanto, um ‘processo objetivo’. Os processos de natureza objetiva, tais como aqueles próprios da fiscalização abstrata de normas, ‘não conhecem partes e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico’. Na fiscalização da lei em tese provocada por meio de ação direta genérica, ‘um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido’, os eventuais solicitantes atuam no interesse genérico de preservação da ordem jurídica, especialmente da constitucional, ‘e não na defesa de um interesse próprio’. Tudo se passa de maneira diferente na ação direta interventiva.*

*O objeto do processo não é a declaração da inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas sim a solução de um conflito entre a União e o Estado-membro que pode desembocar numa intervenção. Gilmar Ferreira Mendes, de modo preciso, sustenta que ‘não se tem aqui, pois, um processo objetivo (objektives Vefahren), mas a judicialização de conflito federativo atinente à observância de deveres jurídicos especiais, impostos pelo ordenamento federal ao Estado-Membro’. Ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, no caso, ‘se cogitava de exercício do direito de ação, cuja autora seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o réu, o Estado federado, a que se atribuía haver violado princípio constitucional da União, e que devia ser citado na pessoa do seu representante legal, para deduzir a sua defesa, ante o Supremo Tribunal Federal’”<sup>4</sup>*

A ação direta interventiva está prevista no art. 36, III<sup>5</sup>, da vigente Constituição Federal.

1. Lei n. 4.337/64: “Art. I - Cabe ao procurador-geral da República, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7, VII, da Constituição Federal, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

2. O artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal de 1.946, tinha a seguinte redação: “Art. 7º. O Governo Federal não intervirá nos Estados, salvo para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração municipal; g) garantias do Poder Judiciário.”

3. O parágrafo único do artigo 8º da Constituição Federal de 1946 tinha a seguinte redação: “Art. 8º A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos n.ºs VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único. No caso do n.º VII, o ato arguido de inconstitucional será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”.

4. In A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 101, São Paulo: RT, 1995. 297p.

5. Constituição Federal de 1.988, artigo 36, inciso VII: “ART.36 - A decretação da intervenção dependerá: III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art.34, VII;”

Dispõe a Lei Fundamental da República que a decretação da intervenção dependerá, na hipótese dos princípios constitucionais sensíveis elencados no inciso VII, do art. 34<sup>6</sup>, de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República. Neste caso, o decreto do Presidente da República, “dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade” (art. 36, § 3º, da CF).

A Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1.998 (D.O.U. de 27.02.98), que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, estatui, em seu art. 9º, que, “quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas”.

A Lei n. 9.868/99, em seu art. 31, dispôs apenas que “esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”, ou seja, não cuidou de indicar expressamente as disposições normativas que por ela estariam sendo revogadas e sequer utilizou-se do tão criticado jargão “revogando-se as disposições em contrário”. Vale dizer, não indicou que estaria revogada a Lei n. 4.337/64, inferindo-se portanto que este diploma legal continua em vigência. No entanto, a sua aplicação cotidiana, doravante, restringe-se às representações para fins de intervenção ajuizadas pelo Procurador-Geral da República com apoio no citado inciso III, do art. 36, da vigente ordem constitucional.

### III. Conclusões

Diante da análise dos dispositivos legais citados e dos argumentos expendidos, conclui-se:

- a) a Lei n. 4.337/64 não foi revogada pela Lei n. 9.868/99;
- b) a aplicação das disposições normativas constantes da Lei n. 4.337/64 restringe-se, após a edição da Lei n. 9.868/99, ao controle concreto de constitucionalidade previsto no art. 34, VII, da Constituição Federal em vigor.

### IV. Bibliografia

CLÈVE, Clémerson Merlím. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. 297p.

RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das leis, vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed., São Paulo: RT, 1990.

---

6 . Constituição Federal de 1.988, artigo 34, inciso VII, alíneas “a” e “e”: “ART.34 - A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. \* Alínea “e” acrescida pela Emenda Constitucional n.º 14 de 12/09/1996 (DOU de 13/09/1996, em vigor em 01/01/1997).”

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988; aspectos fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

## TESE 47

### CONSTITUCIONALIDADE DA FALÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXTINÇÃO POR LEI ORDINÁRIA

Anco Márcio Valle

Promotor de Justiça - RJ

#### I – Falência. Etapas de uma reforma legislativa em curso

Tramita na Câmara de Deputados um Projeto de Lei destinado a ab-rogar a Lei de Falências em vigor. É o Projeto de Lei nº 4.376, originado de Mensagem do Poder Executivo, do ano de 1993, no momento já em Plenário para ser votado pelos parlamentares.

Depois de tantas emendas, inclusive com a apresentação de um substitutivo, o Relator, Deputado Osvaldo Biolchi ( PMDB/RS ) tomou a decisão de denominar o texto projetado de SUBEMENDA AGLUTINATIVA GLOBAL ÀS EMENDAS DE PLENÁRIO AO SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO ESPECIAL AO PROJETO DE LEI Nº 4.376, DE 1993.

O Projeto de Lei nº 4.376/93, na nova versão dada pela Subemenda Aglutinativa Global, tornou-se muito distante do texto do Anteprojeto preparado pela Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, e remetido à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo.

São inúmeras as modificações que desfiguraram por completo o texto originário, a tal ponto que sequer é possível reconhecer na versão da Subemenda Aglutinativa Global o genuíno Projeto de Lei nº 4.376/93.

Façamos um resumo rápido das alterações, via emendas e substitutivo, sofridas pelo Projeto de reforma da lei de falências.

Através do Aviso nº 3.022, datado de 21 de dezembro de 1993, o Ministro de Estado Chefe, Interino, da Casa Civil da Presidência da República encaminha uma Mensagem relativa ao projeto de lei que dispõe sobre falências e concordatas.

Com este primeiro texto projetado, pretendia-se a revogação total da lei falitória vigente ( Decreto-lei nº 7.661/45 ), ao argumento de que, segundo a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto, “Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna.”



O projeto do Executivo não extinguiu o instituto da falência, e nem mesmo rompia radicalmente com a disciplina vigorante. Ao contrário, aquele anteprojecto, transformado no Projeto de Lei nº 4.376 da Câmara de Deputados, regulava a falência, a concordata preventiva e um instituto novo no direito brasileiro, a chamada “recuperação das empresas” que exercem atividade econômica.

Em síntese, o que o Projeto de Lei nº 4.376 fazia, em sua forma original, era conservar a falência nas suas linhas básicas atuais, apenas ampliando-a para empresas civis de caráter econômico, mantinha a concordata preventiva, também sem grandes inovações, e, aí sim a novidade, acabava com a concordata suspensiva, colocando em seu lugar o novo instituto da recuperação da empresa, um benefício que somente poderia ser rogado em juízo pelo devedor cuja falência estivesse oficialmente aberta.

Formada uma Comissão Especial, na Câmara de Deputados, encarregada de emitir parecer ao Projeto, optou a mesma, seguindo o voto do Relator Osvaldo Biolchi, pela aprovação da proposição na forma de um Substitutivo.

O Substitutivo do Relator, então, atua como um rolo compressor sobre o Projeto, imprimindo-lhe um novo modo de ser, que o tornava irreconhecível.

Pelos termos do Substitutivo, a falência desaparecia do ordenamento jurídico pátrio, substituída por um novo procedimento concursal chamado de “liquidação judicial”.

Também a concordata ( preventiva e suspensiva ) ficava banida do nosso direito, e o instituto da recuperação da empresa passava a ocupar por completo o espaço outrora destinado à concordata. De acordo com o Substitutivo, a recuperação judicial, poderia ser pedida antes ou depois de decretada a liquidação da empresa.

Não é nosso propósito, neste sintético estudo, examinar toda a problemática que envolve a reforma contida no Projeto de Lei nº 4.376/93, mas simplesmente a questão relativa à extinção do nome “falência”, e a pretensão de vê-la denominada pela imprecisa expressão da “liquidação judicial”.

## II – Tradição falimentar brasileira

Desde os tempos em que o Brasil, já independente, era governado pelas ordenações, alvarás e regimentos do Reino de Portugal, sempre foi da tradição do nosso direito a utilização das expressões “falência”, “quebra” e “bancarota” ( esta última com finalidade especificamente criminal ) , para designar o estado de insolvência do devedor comerciante.

Promulgado por Sua Majestade o Imperador Dom Pedro Segundo, o Código Comercial de 1850 – segundo grande Código editado pelo Império brasileiro depois do Código Criminal de 1830 – intitulava sua parte terceira “Das Quebras”, e logo no artigo 797, que abria a disciplina falimentar, ficava consignado que, *verbis*:

**Art. 797. Todo comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido.**

Não apenas nos artigos que compõem a sua Parte Terceira, mas também em outras passagens do Código Comercial a denominação quebra ou falência são utilizadas como

sinônimas. É o caso, por exemplo, do artigo 2º, n. 4, que estabelece a proibição aos falidos de exercer a mercancia, bem como do artigo 335, n. 2, que determina a dissolução das sociedades por quebra de qualquer dos seus sócios ou da própria sociedade.

Nossa primeira Lei de Falências autônoma, o Decreto Republicano nº 917, de 24 de Outubro de 1890, que forneceu ao Direito Falimentar as bases que nos chegaram até os dias de hoje, abandonou a denominação “quebra”, conservando o nome “falência” para designar o estado de insolvência do comerciante, além do processo concursal contra ele instaurado. Preceituava o artigo 1º do mencionado Decreto que, *verbis*:

**O comerciante, sob firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito ( art. 8), deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa ( art. 2 ), entende-se falido.**

O Decreto nº 917 de 1890 é inteiramente reformado pela Lei nº 859, de 16 de Agosto de 1902, permanecendo, porém, intocada a denominação do instituto. Dispõe o artigo 1º da referida lei revogadora que, *verbis*:

**O comerciante, sob firma individual ou social, que sem relevante razão de direito deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa ( art. 2º ), entende-se falido, qualquer que seja o estado de seus negócios.**

Passados seis anos, o país edita uma nova lei de regência da matéria, a Lei nº 2.024, de 17 de Dezembro de 1908, conservando-se sempre a denominação tradicional do instituto. Transcrevemos dois dos seus artigos para uma exemplificação literal da tradição falimentar brasileira:

**Art. 1º O comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação mercantil líquida e certa, entende-se falido.**

**Art. 10. Requerendo a falência do devedor com fundamento no art. 1º, deverá qualquer das pessoas mencionadas no art. 9º instruir a petição com o título da obrigação e certidão do respectivo protesto.**

Finalmente, perde vigência a Lei nº 2.024 de 1908 com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que atualmente disciplina a matéria, trazendo já em sua epígrafe a expressão “Lei de Falências”.

Como se vê, desde o período da colônia ao Império, da República Velha ao Estado Novo, chegando até os dias atuais, a designação “falência” foi sempre uma tradição brasileira, malgrado os diversos diplomas normativos falimentares que se sucederam em nosso ordenamento jurídico.

### III – Além da tradição, a constitucionalidade da falência

De tão tradicional, a palavra “falência” terminou por ser incorporada à própria Constituição do país. O primeiro texto constitucional a fazer menção à falência foi o de 1946, ao tratar da competência do extinto Tribunal Federal de Recursos:

#### **Art. 104. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:**

##### **II – julgar em grau de recurso:**

**a) as causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência; (...)**

O dispositivo é quase que literalmente repetido na Carta de 67, ao excluir a falência da competência dos juízes federais:

#### **Art. 119. Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:**

**I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência (...);**

A norma é mais uma vez repetida na Constituição de 1969, em seu artigo 125, inciso I, chegando até a Carta de 88 com redação idêntica, e que uma vez mais transcrevemos, posto tratar-se do preceito que vigora atualmente:

#### **Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:**

**I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência (...);**

Destarte, a falência, além de tradicional na legislação ordinária pátria, é também um instituto e um nome jurídico definitivamente integrados ao Direito Constitucional brasileiro há mais de cinquenta anos.

Elevada e mantida a nível constitucional, a tradição falimentar hoje só pode ser quebrada pela via da emenda à Constituição, nunca por uma lei ordinária, conforme pretende o Projeto de Lei nº 4.376/93 da Câmara de Deputados.

### IV – Imprecisão da expressão “liquidação judicial”

A situação atual da reforma legislativa da Lei de Falências é a da própria extinção da falência no direito brasileiro, que pela Subemenda Aglutinativa Global ao Projeto de Lei nº 4.376/93 da Câmara dos Deputados cede lugar a um procedimento executivo concursal denominado de “liquidação judicial”. O artigo 1º, *caput* do Projeto está vazado nos seguintes termos, *verbis*:

**Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das sociedades comerciais e civis de fins econômicos, das sociedades cooperativas e das pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, com objetivo de lucro.**

Sucedo que liquidação judicial, dada a generalidade do seu significado, constitui um termo muito pouco preciso. A própria falência contém um fase de liquidação judicial, momento processual em que acontece a realização do ativo arrecadado para a massa e o pagamento do passivo fixado no quadro geral de credores (Título VIII do Decreto-lei nº 7.661/45).

Outros tipos de procedimentos também denominados de liquidação judicial estão esparramados pela legislação, como as hipóteses previstas no artigo 209 da Lei das Sociedades Anônimas, *verbis*:

**Art. 209. Além dos casos previstos no número II do art. 206, a liquidação será processada judicialmente:**

**I – a pedido de qualquer acionista, se os administradores ou a maioria de acionistas deixarem de promover a liquidação, ou a ela se opuserem, nos casos do número I do art. 206;**

**II – a requerimento do Ministério Público, à vista de comunicação da autoridade competente, se a companhia, nos 30 ( trinta ) dias subsequentes à dissolução, não iniciar a liquidação ou, se após iniciá-la, interrompê-la por mais de 15 ( quinze ) dias, no caso da alínea “e” do número I do art. 206.**

**Parágrafo único. Na liquidação judicial será observado o disposto na lei processual, devendo o liquidante ser nomeado pelo juiz.**

Observe-se que com o mesmo nome de “liquidação judicial”, a Lei de Anônimas estatui um procedimento que nada tem a ver – nem as hipóteses do seu cabimento, e nem os efeitos e consequências da sua decretação – com a liquidação judicial do Projeto de Reforma da Lei de Falências.

Assim, fosse o Projeto aprovado como está, com a Subemenda Aglutinativa Global, inevitável dúvida surgiria para o público e para os interessados em geral, sempre que fosse decretada a liquidação judicial de uma empresa. Seria necessário pesquisar sob que tipo de liquidação judicial estaria submetida a sociedade, para que só então pudessem os interessados saber qual a atitude a ser tomada frente a medida liquidadora.

Ao contrário da expressão “liquidação judicial”, de linguagem genérica, o termo “falência” encerra invariavelmente um significado específico, constante e imutável, tanto nos seus pressupostos, como nos seus resultados.

### **V – Conclusão: inconveniência e flagrante inconstitucionalidade da extinção da falência projetada pela reforma legislativa**

Compendiando o que foi dissertado ao longo do presente estudo, concluímos que:

· Integrado que se acha o termo falência no Texto Constitucional vigente – artigo 109, inciso I –, somente pela via da emenda à Constituição é que poderá ser ele abolido do ordenamento jurídico nacional, nunca através de lei ordinária, conforme pretende o Projeto de Lei nº 4.376/93 e sua Subemenda Aglutinativa Global da Câmara de Deputados;

· A par de sua inconstitucionalidade, a previsão do Projeto de Lei nº 4.376/93 de extinção da denominação “falência”, com a sua substituição pelo nome de “liquidação judicial”, é de todo inconveniente, dado que esta última expressão existe no direito brasileiro para designar um gênero e não uma espécie processual, como acontece com a falência, no seu significado preciso e estável em mais de um século de tradição no país.

**TESE 48****OS CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA A REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS**

**Denise Freitas Fabião Guasque**  
Procuradora de Justiça - RJ

A partir da Constituição de 1988, não se pode mais pensar em previdência social como um direito social passível de ser regido apenas pela legislação infraconstitucional.

Até a promulgação da Constituição, o direito previdenciário era tratado na CLPS e através de Decretos e Portarias do Ministro da Previdência Social.

O resultado de tal sistemática jurídica permitiu uma total desvalorização dos benefícios de prestação continuada, levando o cidadão brasileiro, aposentado, a um estado de total penúria.

Os reajustes eram estabelecidos de acordo com as necessidades da Previdência Social cujo o orçamento, além de não ser próprio, muitas vezes era destinado para camuflar os furos do governo federal.

A arrecadação das contribuições previdenciárias integravam o orçamento da União, desprovido de controle e transparência.

Os direitos sociais não eram tratados como um pressuposto da cidadania, e sim como uma expectativa de direito que o Governo Federal, por mera benevolência, pudesse dar a quem contribuiu para a previdência social .

Com a Constituição de 1988 denominada, pelo então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Dr. Ulisses Guimarães, como Constituição Cidadã, a previdência social foi erigida a categoria de direito social, estabelecendo-se os princípios a serem seguidos pelo legislador ordinário.

Sendo assim, na atualidade, só podemos entender a sistemática previdenciária , analisando os princípios fixados pelo constituinte originário.

Sem dúvida alguma, podemos hoje nos vangloriar de termos previsto na nossa Carta Magna, como devem ser elaborados os reajustes previdenciários, de forma a impedir negação a um direito social e à cidadania de quem trabalhou e contribuiu para a construção da nossa sociedade.

A Constituição de 1988, em seu preâmbulo, consigna a intenção da Assembléia Nacional Constituinte em instituir um **“Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social ...”**.

No título I, estão estabelecidos os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, que têm como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Dentre os objetivos fundamentais, encontram-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

O artigo 6º da CR define o direito social como sendo o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

No que tange à previdência social, claro está a preocupação do Constituinte Originário em não permitir o desmando e um tratamento desigual ao aposentado, ao determinar no artigo 201 parágrafos 2º e 4º:

“É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

“Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

No capítulo II, relativo às finanças públicas, foi criado um orçamento só para a seguridade social, com vistas a impedir que a receita arrecadada seja utilizada para outros fins ( artigo 165, parágrafo 5º, inciso III da CR ).

No artigo 58 do ADCT, o constituinte originário determinou ao administrador autárquico que, no período ali compreendido, fossem revistos todos os benefícios da prestação continuada, a fim de que restabelecesse o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos que tinham na data da sua concessão, obedecendo-se a este critério até a implantação do plano de custeio e benefícios.

No artigo 37 da CR, estão determinados os princípios a que está submetida a administração pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quais sejam: **da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**.

Como é de conhecimento de todos, o princípio da moralidade está vinculado ao da transparência, como forma de buscar uma administração eficiente.

Não obstante, até a presente data, a autarquia federal teima em não obedecer ao princípio da transparência, fixando a renda mensal inicial da prestação continuada em moeda corrente, em vez de fazê-lo em números de salários mínimos, o que facilitaria o controle pelo segurado quanto à deterioração do benefício pago.

Em face do exposto, podemos concluir que a Constituição de 1988 criou um sistema jurídico próprio, de forma a proteger o cidadão de uma política governamental que venha, por via transversa, esvaziar um direito social.

É evidente a intenção do legislador em estabelecer um vínculo entre o salário mínimo e o benefício previdenciário, de forma a viabilizar o mínimo de cidadania.

Como bem analisa o mestre Canotilho, “O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adaptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma justiça social nas vestes de uma justiça social.

O princípio da democracia econômica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses”. ”Direito Constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho, 5ª. Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, página 474.

Considerando que da Constituição emana todo o ordenamento jurídico, o conjunto de direitos e princípios de natureza social, limita o legislador infraconstitucional, que está vinculado aos princípios e conjunto de direitos nela previstos, uma vez que esses direitos passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjetivo.

Em sendo assim, é totalmente inoportuno no nosso sistema jurídico raciocinarmos em matéria de direito social apenas analisando as leis infraconstitucionais.

Ao contrário, devemos exigir que o legislador infraconstitucional obedeça fielmente aos princípios constitucionais, de forma a não inviabilizar um direito social.

Em matéria previdenciária, faz-se necessário que a lei federal crie qualquer índice de reajuste do benefício previdenciário, desde que não seja inferior ao patamar mínimo estabelecido na Constituição da República, que é o salário mínimo.

Como guardiões da cidadania e defensores da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabe ao Ministério Público lutar para que o entendimento que hoje prevalece em nossos tribunais superiores seja revisto, de forma a viabilizar um direito social.

Não podemos aquiescer ao entendimento de que o critério de equivalência de salários mínimos seja focado apenas na norma do artigo 58 do ADCT, que por sua sede constitucional, não permite ser analisado como um critério inovador, e sim como uma conclusão dos princípios constitucionais previstos no capítulo referente à Seguridade Social e nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil

Na verdade, o critério de vinculação ao salário mínimo e de equivalência em número de salários mínimos está atrelado ao princípio da dignidade humana e à cidadania, que são um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso II e III da CR), da necessidade de erradicar a pobreza e a marginalização, de forma a contruir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, incisos I e III).

Sustentar o entendimento de que o artigo 201, caput, não é auto-aplicável, necessitando de norma federal que o regulamente, não expressa a intenção do constituinte originário, pois está estabelecido um princípio geral que deve ser mitigado pela lei federal, a qual não pode se afastar dos limites ali contidos.

A alegação de que o artigo 7º, inciso IV da CR, veda qualquer vinculação ao salário mínimo deve ser analisada dentro da sistemática constitucional, pois no artigo 201, parágrafo



2º, excepcionada está a regra geral.

Em face das considerações acima, entendo que negar a correlação entre salário mínimo e benefício é o mesmo que negar o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, principalmente daqueles que hoje não podem mais produzir, mas que, no passado, tiveram a chance de contribuir para o crescimento da nossa nação.

O entendimento prevalecente em nossos tribunais afronta um dos fundamentos do Estado de Direito, qual seja, o da dignidade da pessoa humana; afronta também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é erradicar a pobreza e a marginalização.

A luta pela justiça social passa necessariamente pela moralização do pagamento dos benefícios aos aposentados e pensionistas, que hoje sobrevivem em nosso país graças a ajuda de familiares e amigos.

Na hipótese da lei federal estabelecer um índice inferior ao do salário mínimo, entendo que, neste caso, a norma federal se encontra em desalinhamento com a Constituição Federal, sendo necessário declarar-se a **inconstitucionalidade *incidenter tantum***, não podendo ser aplicada a uma determinada relação processual. Na ausência de norma reguladora, deve prevalecer o critério subsidiário previsto na Constituição que é o do salário mínimo.

O Ministro Vicente Cernicchiaro já se pronunciou de forma a entender a necessidade da correlação entre o benefício previdenciário e o salário mínimo, ao manifestar-se que:

“Os benefícios visam a compensar ou substituir salário, que, por sua vez, evidencia o caráter alimentar. A atualização do respectivo valor deve ajustar o valor formal ao valor material da prestação. Busca concretizar o equilíbrio das relações jurídicas. O salário mínimo, coordenado com os preços de mercadoria de consumo, melhor atende à hipótese. Ajusta-se, ademais, ao artigo 58 do ADCT”. STJ – Ac. Unân. -6º T., publ. Em 19/12/97 – R. Esp.151.126 – SP – Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Em decorrência do comando do parágrafo 2º do artigo 201 da CR e do artigo 41,I e parágrafo 2º da Lei 8213/91, podemos concluir que aos reajustes de benefícios previdenciários vigentes anteriormente à edição da carta política de 1988 aplicava-se a súmula 260 do extinto TFR; após outubro de 1988, aplicavam-se os critérios estabelecidos no artigo 58 do ADCT até 07/12/91, data da implantação dos planos de custeio e benefícios da previdência social – leis 8212 e 8213/91; após tal data, regulam o assunto o parágrafo 2º do artigo 201 da CR, ou seja, a revisão deve ser efetuada de modo a que seja preservado, em caráter permanente, o valor real do benefício, pois o legislador não pode editar lei que contrarie esse dispositivo, nem estabelecer critérios que o ofendam.

Na ausência de um parâmetro explícito e pré-determinado para definir a expressão “índice oficial de inflação”, outro melhor não há do que o índice utilizado para a atualização do salário mínimo à época do cálculo da renda mensal inicial.

Como acima já registrado, o artigo 7º, inciso IV da CR não representa óbice à utilização do salário mínimo como parâmetro para atualização de benefício previdenciário, ao reverso,

tal dispositivo veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, mas, expressamente, excepciona a previdência social.

A vedação do artigo 7º, inciso IV, parte final da CR, deve ser interpretada em consonância com o parágrafo 2º e 4º do artigo 201 da CR. Torna-se uma tarefa impossível excluir o salário mínimo de qualquer vinculação com o salário em si mesmo, já que implicaria em desvincular a espécie do gênero.

### **Conclusão**

Em causas onde se discutem direitos sociais, o norte do julgador deve ser a sensibilidade para com a justiça social, tendo como pedra de toque o próprio beneficiário da previdência, antes do que o simples exercício da função jurisdicional, ou o propósito de prestar jurisdição rápida em favor da autarquia, que antes de assegurar os legítimos direitos dos seus associados, só faz negá-los, adotando critérios de reajustes que contrariam frontalmente o disposto no artigo 201 parágrafos 2º e 4º da CR.

Nenhum critério adotado pelo legislador infraconstitucional que não reflita a reposição real do benefício não pode ser adotado, em face do impedimento constitucional, devendo prevalecer reajustes que se façam pelos índices reais da inflação.

O princípio da democracia social não pode ser reduzido a um esquema de segurança, à previdência e à assistência social, mas sim, um conjunto de atos normativos tendentes a assegurar uma verdadeira dignidade social ao cidadão e uma igualdade real entre os nossos pares.

Os direitos consagrados na Constituição têm por finalidade não apenas, nem principalmente, assegurar os indivíduos contra a prepotência dos detentores do poder, mas, sobretudo, tornar conhecido, fazer entrar no domínio comum, na consciência popular, a noção clara dos direitos inerentes à pessoa ou ao cidadão, para que cada um, cômico de suas prerrogativas, seja um escudo permanente contra as deturpações da força e dos abusos da tirania.

Os direitos e as garantias constitucionais são verdadeiros preceitos que asseguram o gozo dos direitos e preservam o indivíduo contra o extravasamento do legislador ordinário, do Juiz e do administrador público.

**TESE 49****INFLUÊNCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AO DIREITO TRIBUTÁRIO**

**Maria José Perillo Fleury**  
Procuradora de Justiça - GO  
**Regina Márcia Himenes dos Santos**  
Promotora de Justiça - GO

**“Da confluência de fatores próprios à sociedade contemporânea emergem interesses que, além de escaparem à tradição individualística, se põem como indispensáveis à vida das pessoas. São interesses que atinam a toda coletividade, são direitos ditos transindividuais, pois estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes isoladamente. São interesses que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negociação, um impedimento de violação- exigem uma atividade”.** <sup>11</sup>

O crescimento da atividade Estatal nos últimos séculos tem gerado cada vez mais demandas que ensejam novas garantias constitucionais.

Estudando o indivíduo, como agente de transformação, está ele exposto a várias situações que atentam contra os seus direitos fundamentais, o que demanda o aperfeiçoamento das regras, a criação de cortes judiciais que atendam as necessidades sociais.

O Estado amplia-se como Estado-social reelaborando os seus fins, multiplicando as formas de intervenção em seguimentos da sociedade até então intransponíveis. Para Lourival Vilanova, *“essa ampliação do conteúdo estatal projeta o Estado como Estado Administrativo, o Estado de Serviços Públicos. O alargamento de funções prestacionais confere-lhe o papel de agente do bem-estar do maior número possível: é o Estado controlador da produção e do consumo, o Estado-gerente, o Estado-administrador, o*

---

1. MORAIS, José Luiz Bolsan. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais - O Estado de Direito na Ordem Contemporânea*. Pág. 125

*Estado banqueiro, o Estado-educador, o Estado-árbitro dos valores artísticos e científicos*".<sup>2</sup>

Destarte, sob a influência do denominado Estado Social contemporâneo distinguem-se direitos classificados por gerações: direitos da primeira geração, da segunda geração, da terceira geração e da quarta geração, sempre ascendentes, conjugados e contínuos.

De início destacam as gerações de direitos com os direitos individuais, seguindo os direitos sociais, os direitos da fraternidade e por fim o direito da democracia.

Nesse diapasão podemos afirmar que a "Constituição cidadã" nasceu sob a influência do Estado Social, quando trouxe para o seu bojo princípios tais como: da proporcionalidade, da igualdade, da liberdade; dependendo tão-somente, de seus aplicadores torná-la viva, uma Constituição real, cujos postulados já esboçam técnicas de compromisso a exemplo do artigo 1º:

**Art. 1º.- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:**

**I- a soberania;**

**II- a cidadania;**

**III- a dignidade da pessoa humana;**

**IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;**

**V- o pluralismo político;**

**Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos e diretamente, nos termos desta Constituição.**

Por sua vez, o individualismo, base do Estado liberal, que estabeleceu um esquema de contenção do Estado com concepções modernas da liberdade e da personalidade humanas, inspirada na idéia dos direitos fundamentais e da divisão dos poderes, tiveram ambos os fundamentos abraçados pela Carta Constitucional de 1988, que se apresenta ora liberal, ora social.

Neste contexto constitucional sócio-liberal, não podemos ainda deixar de anotar que o Estado Social significa no dizer de Paulo Bonavides:

**"intervencionismo, patronagem, paternalismo", coexistindo com o Estado socialista, mas com ele não se confundindo."O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importando que regime político".**

**"A democracia moderna oferece problemas capitais, ligados as contradições internas do elemento político sobre que se apóia (as mesmas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da**

---

2. VILANOVA, Lourival. "Fundamentos do Estado de Direito", Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nos. 43-44, julho/dezembro, 1997, p.27, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira, "Processo Constitucional", pág. 14, ed. 1984, ed. Forense.

**plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo)”**

**“O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos interesses totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantias tutelares dos direitos da personalidade.”<sup>[3]</sup>**

Dessas circunstâncias não foge o Sistema Tributário Nacional, que:- “*Por fim, a Carta Suprema arrolou um verdadeiro arsenal de direitos fundamentais que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, a levarem a efeito a tributação, devem respeitar*”.<sup>[4]</sup>

Consideram os estudiosos do Direito Tributário que o CTN trouxe para o país mais desvantagens que vantagens, vez que os seus elaboradores desprezaram completamente os princípios constitucionais que irradiam efeitos sobre a tributação, que pouca ou nenhuma importância deu ao Direito *do Contribuinte* e, como consequência, acarretou àquele uma quebra parcial do Estado de Direito.

Sendo a Constituição Federal/ 88, posterior ao CTN, disciplinou esta de modo rígido o sistema de tributação, quando procurou amparar o contribuinte com um conjunto de direitos e garantias contra eventuais excessos do Poder Público, dentre eles, excepciona a Constituição o direito de propriedade privada, também direito fundamental, desde que atendente do princípio da função social desta.

Estando, pois, o Direito tributário regido dentro dos parâmetros do Estado Constitucional, deve a Administração pautar sua conduta de sorte a garantir o Estado de Direito, submetendo-se a um regime de jurídico cujas regras devem outorgar e garantir a efetivação dos chamados direitos individuais.

Diz o já citado Lourival Vilanova ao Estudar os Direitos Fundamentais:

**“É uma conquista dos Estados de Direitos (sic), do Estado Constitucional em sentido estrito (verfassungsstaat), a fixação dos direitos fixados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo”.**<sup>[5]</sup>

Se o Estado confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos tuteladores de eventuais confrontos que venham a ter com as próprias autoridades públicas, tornou-se este uma conquista, pois oponíveis ao próprio Estado:

**“ Os direitos do Estado, em relação aos indivíduos, sempre foram aceitos sem objeções. Só mais recentemente, porém, é que se começou a aceitar a existência de direitos individuais, em relação ao Estado. Isto decorreu do paulatino acolhimento das novas concepções do Homem no pensamento ocidental, resultando de milenares meditações.**

3. BONAVIDES, Paulo- “*Do Estado liberal ao Estado Social*”, Malheiros Editores., pág. 203/204

4. CARRAZZA, Roque Antônio, “*Curso de Direito constitucional Tributário*” e.200, Malheiros Editoras, pa’g. 281, 15ª. ed.

5. Proteção Jurisdicional dos Direitos numa sociedade em desenvolvimento”, in anais da IV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, p. 139.

**“Como nota Pollard, entendeu-se, aos poucos, que ”liberdade do fraco depende das limitações impostas ao forte; e do pobre, das limitações impostas ao rico; a do pobre de espírito, das limitações impostas ao astuto”- e – ousamos acrescentar- a liberdade do indivíduo, das limitações impostas ao Estado”. (grifo nosso)<sup>6f</sup>**

Por esse prisma deu a Constituição Federal proteção jurídica aos direitos fundamentais em seu título II, capítulo I, consagrando o Estado de Direito com a denominação “*Dos Direitos e Deveres individuais e Coletivos*”

**“ Portanto, nossa constituição, a exemplo da maioria das Constituições atuais, contém uma série de versículos que veiculam os direitos fundamentais do Homem e suas garantias, que, como vimos de ver, limitam a ação do Estado, não só proibindo-o de prejudica-los, como obrigando-o, mesmo, a encaminhar-se no sentido do interesse público primário) ( Renato Alessi).<sup>7f</sup>**

**“A Constituição brasileira, ao tratar dos “direitos fundamentais”, garantiu a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade da propriedade privada, a liberdade de opinião, a liberdade de ir e vir da pessoa, a liberdade de consciência, a liberdade de associação e reunião etc. Estas garantias apresentam-se como proibições ao Estado de lesar por meio de leis, atos administrativos ou decisões judiciais, estes valores prestigiados por nossa Carta Magna. As leis, os atos administrativos e as decisões judiciais que, eventualmente, contrariem estes valores podem ser anulados com base em sua inconstitucionalidade.<sup>8f</sup>**

Por certo, que diante do exposto esta à atividade estatal jungida ao ordenamento constitucional devendo respeitar os direitos públicos subjetivos das pessoas, inclusive quando exerce a tributação, deve respeitar os limites impostos constitucionalmente, dentre eles os direitos fundamentais das pessoas, ou seja os seus direitos públicos subjetivos. Assim no exercício da competência tributária está o Estado jungido as regras do Capítulo I ,título II da CF, delimitando a competência tributária das pessoas políticas, vedando-as de transgredirem as reservas legais dos direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Assim, o “*Direito do Contribuinte*” exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado de Direito. As várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública há de corresponder à garantia dos direitos de cada contribuinte. Quanto mais gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.

Destarte, tendo como meta a Carta Constitucional que determina a indisponibilidade configuradora dos Direitos Fundamentais do Homem, veremos, por conseqüência, que a obrigação tributária obedece à norma de caráter vinculado, impondo ao administrador exercer, sem liberdade e com inteira e exclusiva subordinação, o preceituado na lei (imposição tributária).

6. CARRAZA, Roque Antônio, in ob cit, pág.285

7. CARRAZZA, Roque Antônio, in ob. cit. pág. 28

8. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa “*A intervenção do Ministério Público no Processo Civil*”, 2ª ed., 1998, pág 360/361.

6.1 in ob cit,pag. 286

“Observando essas duas expressões do poder administrativo (\* Poder vinculado e discricionário), sob o enfoque da indisponibilidade. Temos condições de estabelecer as seguintes regras: existe interesse público no sentido de interesse indisponível, em tese, toda vez que uma pretensão deduzida judicialmente pela pessoa jurídica de direito público se findar em norma cogente que imponha uma atuação vinculada da administração”.<sup>81</sup>

A expressão, não vinculada, com que se qualifica o imposto, nada tem a ver com a qualificação da atividade administrativa vinculada, na definição legal de tributo. Quando se diz que o imposto é uma exação não vinculada, o que se está afirmando é que o fato gerador do imposto não se liga a atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Quando se fala de atividade administrativa vinculada, no art. 3º do CTN, o que se quer dizer é que a atividade administrativa tributária é sempre vinculada à lei, não se admitindo discricionarismo da autoridade administrativa na cobrança do tributo<sup>82</sup>.

Do exposto, se violados os direitos de igualdade, da competência, da tipicidade e da incidência tributária, da segurança jurídica, da confiança na lei fiscal, da boa – fé, da especificação, e da legalidade tributária, por certo em risco encontra-se o Estado de Direito e justificada resta a necessidade de intervenção do órgão ministerial no feito. Porquanto lhe foi conferido constitucionalmente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos coletivos e individuais indisponíveis, dentre estes últimos, elencados encontram-se, por óbvio, os direitos fundamentais.

### Conclusões:

a-) Nos processos tributários, quando evidenciada lesão aos Direitos Fundamentais do Homem obrigatória é a intervenção do Ministério Público no feito, sob pena de infringência às disposições constitucionais dos artigos 5º, 127, 129, II, III e IX, 150, 151, 152 da CF.

b-) Nas pretensões deduzidas em juízo visando a desconstituição de lançamentos tributários deve o Ministério Público atentar às disposições do artigo 3º. do CTN, visto o caráter vinculado da atividade administrativa.

---

8. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa “A intervenção do Ministério Público no Processo Civil”. 2ª ed., 1998, pág 360/361.

9. MACHADO, Hugo de Brito, “Direito Tributário”, pág. 46, e. 1998, ed. Malheiros editores.

\* destaque nosso

**BIBLIOGRAFIA:**

CARRAZA, Roque Antônio, “*Curso de Direito Constitucional Tributário*”.

BRITO, Hugo. “*Curso de Direito Tributário*”

DANTAS, Ivo. “Constituição Federal Anotada, e. Brasília Jurídica, ed. 1999”.

CANOTILHO, JJ. Gomes. “Curso de Direito Constitucional”

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. “*Introdução do Ministério Público no Processo Civil, ed. Saraiva, e. 1998*”.

MORAIS, José Luiz Bolsan. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais - O Estado de Direito na Ordem Contemporânea*. Pág. 125

VILANOVA, Lourival. “*Fundamentos do Estado de Direito*”, *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nos. 43-44, julho/dezembro, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, “*Processo Constitucional*”, pág. 14, ed. 1984, ed. Forense.



## TESE 50

### A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL E A RECENTE MEDIDA PROVISÓRIA NO. 2.180-34.

Ângela Teresa Gondim Carneiro  
Promotora de Justiça - CE

#### I. Introdução

Há muito, o Ministério Público afastou-se da figura do acusador sistemático, freqüentemente lembrado por sua atuação nos tribunais do júri, onde o Promotor de Justiça se destacava pela titularidade exclusiva, nas ações penais públicas incondicionadas. A atuação fora do âmbito penal, quer na defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico e social, dos direitos das populações indígenas, na tutela do patrimônio público, através de ações de improbidade administrativa para reparação de danos causados ao erário; quer na defesa dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal tem revelado uma nova feição ao Ministério Público, como verdadeiro defensor do regime democrático e dos interesses sociais. Torna-se, assim, co-partícipe do projeto de transformação social.

Tradicionalmente, segundo a inspiração liberalista do Código de Processo Civil brasileiro, ao *parquet* cabia funcionar em demandas civis nos estreitos termos dos artigos 82 e 83 daquele diploma legal, ou, ainda, excepcionalmente, atuando como curador especial, conforme dicação do seu art.9º. A índole individualista do CPC não comporta a concepção de um Ministério Público como parte ativa e atuante no processo civil, mesmo porque a lei adjetiva pátria não projeta a idéia da coletivização de demandas, a não ser nos casos de pluralidade de partes por força de litisconsórcio ativo ou passivo.

A idéia de ações coletivas tem raízes constitucionais, desde a criação da denominada **ação popular**, que lançou o embrião da tutela de direitos metaindividuais ou transindividuais, cuja titularidade não pertence a cada indivíduo *per se*, mas a toda coletividade. Posteriormente, a lei de ação civil pública inaugurou, no sistema jurídico nacional, a possibilidade de propositura de ações coletivas, para proteção de direitos difusos e coletivos. Apesar de restringir as condições da ação civil pública, eis limita, em seu artigo 5º, a legitimidade *ad causam*, a lei representou um considerável avanço para o conceito do direito de ação, que, nos moldes tradicionais, é concebido como direito subjetivo à tutela jurisdicional.

A Constituição Federal veio a consolidar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos transindividuais, quando determina como função institucional do Ministério Público a proposição de **ações civis públicas** (art. 129, III). Logo após, o Código de Defesa do Consumidor, consolidando a nova tradição inaugurada no sistema jurídico nacional, explicitou

os conceitos de direito difuso e coletivo, já previstos na Lei de ação civil pública, acrescentando uma nova modalidade de direito transindividual, que são os direitos individuais homogêneos (art. 81,III).

De alguma forma influenciados pela noção da *class action* do direito norte americano, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor não só explicitaram os conceitos de direitos metaindividuais, como determinaram a correlação entre eles e os efeitos da coisa julgada (art. 103). A extensão dos efeitos da coisa julgada põem em relevo a diferença entre a natureza jurídica de cada um deles. E a importância dessa diferenciação tem uma repercussão prática, especialmente para o Órgão do Ministério Público, eis que os Tribunais Superiores têm resistido ao reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos, fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

## II. A distinção entre a natureza dos direitos metaindividuais

Entende-se como direito difuso aquele indivisível, cujos titulares são indetermináveis e que estejam ligados por situação de fato; coletivos são aqueles direitos indivisíveis cuja titularidade seja categoria, classe ou grupo, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; quanto aos individuais homogêneos, limitou-se o legislador a defini-los como aqueles que possuem “origem comum”. Doutrinariamente, a “origem comum” dos direitos individuais homogêneos ainda é matéria controvertida e que repercute diretamente na legitimidade do Ministério Público para sua defesa.

Há quem defenda que os direitos individuais homogêneos não sejam direitos genuinamente coletivos, mas coletivizados para fins de economia processual e tratamento unificado pela jurisprudência. A divisibilidade de seu objeto os tornam teleologicamente diferentes das outras categorias, cujo objeto é indivisível.

O cerne da dificuldade se prende, exatamente, quando o Ministério Público-agente busca a tutela jurisdicional para defesa dos denominados direitos individuais homogêneos. A atualidade dessa discussão é inquestionável, já que os Tribunais Superiores vêm interpretando restritivamente mencionado dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, para fundamentar a exclusão da legitimidade do Ministério Público nas ações civis públicas que visem a tutelar referidos direitos. Especialmente em tempos de racionamento de energia elétrica, quando se “reacende” a discussão sobre a constitucionalidade da famigerada Taxa de Iluminação Pública, criada pela maioria dos Municípios da Federação.

Quanto à tutela de direitos difusos e coletivos, a atuação do Ministério Público é aceita de forma pacífica, mas quando as ações coletivas ajuizadas versam sobre direitos individuais homogêneos, a jurisprudência tem recalcitrado, nestes últimos tempos, em admitir a titularidade do Ministério Público, interpretando subjetiva e restritivamente a Constituição Federal, a Lei de Ação Civil Pública e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

As Cortes Superiores do país têm considerado o Ministério Público parte ilegítima, por exemplo, para a tutela do direito dos contribuintes. Ponderam que contribuinte não se confunde com consumidor e que, em matéria tributária, não se devem aplicar as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Trazendo a discussão a um patamar eminentemente técnico e processual, entendo que o problema deve ser resolvido com a melhor interpretação das distinções entre direitos difusos,

coletivos e individuais homogêneos, previstos no art. 81 do CDC.

A professora Consuelo Yoshida em primoroso artigo, indica que: *"O estudo da 'origem comum' corresponde, no plano processual, ao exame da causa de pedir (causa petendi) que se desdobra em: causa de pedir remota e causa de pedir próxima, objeto de diferentes e mesmo contraditórias conceituações"*.

Na realidade, o que, na prática, vai diferenciar a natureza do direito metaindividual perseguido, será, exatamente, a correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir), ou, nas palavras do sempre festejado professor Kazuo Watanabe: *"tendo-se presentes, de um lado, os conceitos acima estabelecidos de interesses ou direitos "difusos", "coletivos" e "individuais homogêneos" e, de outro lado, a legitimação para agir disciplinada no art.82 e incisos do Código, é necessário fixar com precisão os elementos objetivos da ação coletiva a ser proposta (pedido e causa de pedir)."*

Assim, uma mesma situação fática poderá ensejar ações coletivas diversas, dependendo do pedido e da causa de pedir formulada na ação. A título de ilustração, podemos enfocar, por exemplo, a existência de publicidade enganosa, onde se omitam informações importantes quanto à nocividade de determinado produto. Se a ação civil pública proposta se destinar à suspensão da propaganda, e retirada do mercado do produto nocivo, estamos diante da tutela de direitos **difusos**. Se a ação proposta visar à **reparação dos danos** efetivamente causados àqueles que adquiriram o produto nocivo e sofreram prejuízos em decorrência do uso do produto, estamos diante de **direitos individuais homogêneos**, cuja tutela está prevista, especificamente, no artigo 91 do CDC. E, ainda a título de exemplificação, se o objeto da ação é a suspensão de cláusula abusiva em contrato de plano de saúde, estamos diante de direitos **coletivos**, mas, se a ação pedir o ressarcimento dos danos causados aos usuários do plano de saúde que positivamente sofreram prejuízos diante da abusividade contratual, estamos diante de **direitos individuais homogêneos**.

Logo, a distinção entre a natureza jurídica dos direitos metaindividuais irá residir, exatamente, no tipo de tutela que se está demandando em Juízo e tal distinção repercutirá, diretamente, no efeito da sentença proferida no processo, de acordo com o preceito do art. 103 do CDC.

### III. A questionada legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos

O obstáculo à atuação do Ministério Público na tutela de direitos individuais homogêneos é relativamente recente, já que jurisprudência mais remota do próprio Superior Tribunal de Justiça, admitia a legitimidade do *parquet* na defesa destes direitos, **inclusive fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor**, em matéria tributária. Senão, vejamos:

*"Processual civil. Ação civil pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade. A lei n. 7.345, de 1985, e de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no título III do código de defesa do consumidor (lei n. 8.078/90). E princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão*

*a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. O artigo 21 da lei n. 7.345, de 1985 (inserido pelo artigo 117 da lei n. 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública a defesa dos interesses e “direitos individuais homogêneos”, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercita-la (artigo 81, parágrafo único, III, da lei 8.078/90). Os interesses individuais, “in casu”, (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - “a ação coletiva”. O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais n.º 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime. (STJ/1ª T.; REsp. 49.272/94 - RS; Rel. Min. Demócrito Reinaldo; DJ 17/10/94, pg. 27.868)”*

O Supremo Tribunal Federal também espousa idêntico raciocínio, no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, **tutelados pelo CDC**:

*Ementa: Recurso Extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: Capacidade postulatória do parquet para discuti-las em juízo.*

*1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).*

*2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).*

*3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.*

*3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.*

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

*Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.*

Mais recentemente, observa-se uma mudança na jurisprudência dos Tribunais Superiores, quando o direito pleiteado foge da órbita do CDC, especialmente no campo tributário. Nestas hipóteses, os julgados têm decidido pela ilegitimidade ativa do Ministério Público. Apesar de reconhecer no direito dos contribuintes um autêntico direito individual homogêneo, os tribunais têm entendido que falece ao Ministério Público a titularidade da ação civil pública, por se tratar de direito disponível, portanto, fora da atuação ministerial.

Trazemos à colação alguns exemplos deste entendimento, comum ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal:

**RE-21363/MG**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

DJ DATA-07-04-00 PP-00069 EMENT VOL-01986-02 PP-00263

**“Ementa**

**EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB**

*ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.*

*Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.  
Recurso não conhecido.”*

“*Ementa*

*LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA-TRIBUTO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública impugnando cobrança de tributo. Precedente: Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, relatado perante o Pleno pelo Ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de fevereiro de 1999.*

*Partes*

*RECTE. : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL*

*RECDO. : MUNICÍPIO DE BELA VISTA*

*Supremo Tribunal Federal “*

*“RESP 135184/GO ; RECURSO ESPECIAL*

*(1997/0039378-0)*

*DJ DATA:23/04/2001 PG:00122*

*15/02/2001*

*Min. MILTON LUIZ PEREIRA (1097)*

*T1 - PRIMEIRA TURMA*

*Ação Civil Pública. Cabimento. Legitimidade Ministério Público. Taxa de Iluminação.*

- 1. Não possui o Ministério Público legitimidade para propor Ação Civil Pública, com o objetivo de fazer cessar cobrança de taxa de iluminação.*
- 2. Incabível a utilização da Ação Civil Pública objetivando a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, de norma municipal.*
- 3. Precedentes jurisprudenciais.*
- 4. Recurso não conhecido”*

*“RESP 139471/GO ; RECURSO ESPECIAL*

(1997/0047404-6)

DJ DATA:11/10/1999 PG:00059

JSTJ VOL.:00012 PG:00103

Min. FRANCISCO PECANHA MARTINS (1094)

19/08/1999

T2 - SEGUNDA TURMA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO

- ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

MUNICIPAL - IMPOSSIBILIDADE.

*O Ministério Público não tem legitimidade para figurar no pólo ativo De ação civil pública, na hipótese, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, a serem postulados por seus próprios titulares.*

*A ação civil pública não substitui a ação direta de inconstitucionalidade, objetivando declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.*

*Não se presta a ação civil pública como meio próprio a obstar a cobrança de tributo, por isso que a relação jurídica dá-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte e não entre aquela e o "consumidor", na defesa de interesse difuso ou coletivo. Recurso conhecido, mas desprovido."*

*"Ementa:*

*Constituição. Ação civil pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: Legitimidade. Lei 7.347, de 1985, art.1º, II, e art. 21, com redação do art.117 da Lei 8.078, de 1990 ( Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25; CF arts. 127 e 129, III.*

*I - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou condição de consumidores ou quando houver relação de consumo. Lei 7.347/85, art. 1º, II e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor).; Lei 8.625, de 1993, art. 25. II - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 127, caput, e art. 129, III. III- O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.347/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art.117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; CF art.129, III), nem seria possível identificar o direito do*

*contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, caput) IV - Recurso Extraordinário não conhecido.”*

Comentando este julgado do STF, João Batista de Almeida assim se posiciona: *“Como se vê, a Suprema Corte, caminhando na contramão da história, simplesmente deixou de prestigiar a tendência mundial do uso da ação coletiva para demandas desse tipo, determinando que cada contribuinte, a título individual, ajuíze sua própria ação, com isso ocasionando sérios transtornos ao Poder Judiciário, que já trabalha no limite de sua capacidade.”*

A exemplo do articulista acima mencionado, discordamos dos julgados que negam legitimidade ao Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos, por entendermos que os arestos restringem tanto o que dispõe o art. 129, III da Constituição Federal, como o disposto no art. 90 do CDC, que dispõe a perfeita integração entre a Lei 8.078/90 e a Lei de Ação Civil Pública. Vale ressaltar, nos julgados acima transcritos, que há entendimento nas Cortes de Justiça no sentido de restringir, inclusive, a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, em sede de ação civil pública, o que nos causa espécie.

Ao defender o Ministério Público como autor de ações que defendam direitos individuais homogêneos, a eminente processualista Profa. Ada Pellegrini Grinover revela sua peculiar clarividência. Senão vejamos:

*“Apesar disso, tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Argumenta-se em prol dessa orientação com o art. 129, III, CF, que só se refere à legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos. Nem tem bastado, para esta tendência, o argumento da extensão das funções do Ministério Público a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (inc. IX do art. 129, CF), porquanto se afirma que o Ministério Público, nos termos do art. 127 CF é preordenado à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, e os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis.”*

Prossegue a renomada autora dizendo que foi exatamente a **relevância social** do tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos, que levou o legislador ordinário a conferir ao *parquet* a legitimidade para agir nesta modalidade de demanda, mesmo que tratem de **direitos disponíveis**. Aliás, a tutela dos direitos transindividuais não significa nem defesa de interesse público nem privado, propriamente, já que estes últimos são vistos e tratados em sua dimensão **social e coletiva**, sendo de grande valia a solução dos conflitos de massa, arremata.

Nada mais compatível com a atuação ministerial do que a tutela de direitos de relevância social, como é o caso do direito dos contribuintes, mesmo que não se trate de direito coletivo por excelência. Ademais, não reconhecer relevância social numa demanda envolvendo questionamento de IPTU ou mesmo TIP, seria admitir que a grande massa de cidadãos que reside na urbe não está a merecer um tratamento coletivizado contra o Poder público. Seria ignorar solenemente as dificuldades de acesso à Justiça, onde o cidadão reflete, na relação custo/benefício, se vale a pena ingressar em Juízo, arcando com despesas processuais e honorários



advocatícios para receber, tardiamente, quantia, muitas vezes, ínfima. Seria, por último, contrariar uma política de economia processual e concentração de julgamentos, que só alivia o Poder Judiciário.

Raras são as ações civis públicas a tutelar exclusivamente direitos individuais homogêneos, já que o que ocorre, na maioria das vezes, é a cumulação de pedidos, em razão da conexão entre os direitos difusos ou coletivos e os individuais homogêneos.

Corroborando este entendimento, valioso destacar a lição de Hugo Nigro Mazzilli sobre o assunto em análise:

*“Constitui erro supor que, numa ação civil pública ou coletiva, só se discuta, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou interesses difusos, ou coletivos ou individuais homogêneos). Nelas, não raro se discutem interesses transindividuais de natureza distinta. Assim, à guisa de mero exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater aumentos ilegais de mensalidades escolares, bem como buscar a repetição do indébito; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo, interesses coletivos em sentido estrito (a ilegalidade em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado), e também interesses individuais homogêneos (a repetição do indébito, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado).”*

Vale argumentar, por último, que, no caso específico das ações civis públicas impetradas contra a cobrança da TIP, verifica-se situação deste jaez, coexistindo dois tipos de pretensões: uma coletiva, visando à retirada do mundo jurídico da lei municipal que instituiu o tributo, e outra, de cunho individual homogêneo, visando à repetição do indébito, hipótese em que cada contribuinte, na fase de liquidação da sentença, deverá habilitar seu crédito. Sendo assim, não há que se afastar a legitimidade *ad causam* do Ministério Público nas ações civis públicas intentadas contra a cobrança de tributo, nem transferir para cada cidadão o direito de agir isoladamente. Tal entendimento vulnera a própria razão de ser das ações coletivas, vez que pulveriza as demandas e sobrecarrega o Judiciário.

Para arrematar, acrescente-se, ainda, o golpe de morte que sofreu a Lei de Ação Civil Pública, com a edição da medida provisória no 2.102, reeditada com alterações, sob o no. 2180-34, sucessivamente. Tal medida provisória, constitui-se em verdadeiro “pacote”, onde são alteradas a Lei de Ação Civil Pública e Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras. Destacamos, da imensa medida provisória, o trecho que mais nos interessa, no momento:

*“Art. 6º Os arts. 1º e 2º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com as seguintes alterações:*

*“Art. 1º .....*

*.....*

*V - por infração da ordem econômica e da economia popular.*

*Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.” (NR)*

“Art. 2º .....

*Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.” (NR)(grifamos)*

A edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo chegou ao absurdo de revogar diplomas legais, fugindo, completamente ao escopo constitucional para a excepcional atividade legislativa do Presidente da República. Mencionada Medida Provisória, de certa forma, consolida a tendência jurisprudencial mais recente, cerceando a atividade do Ministério Público como parte ativa nas ações civis públicas no que concerne à tutela de direitos individuais homogêneos, em matéria tributária, previdenciária e relativamente ao FGTS.

Não podemos deixar de registrar nossa crítica, que é a mesma feita por juristas de peso, no que toca à inconstitucionalidade do uso arbitrário e desregrado de Medidas Provisórias, que alteram textos de lei promulgadas de forma legítima, submetidas um processo legislativo que lhes confere invidiosa legitimidade.

O Ministério Público é o guardião da ordem jurídica, não podendo ter cerceada sua atuação, nem inibida sua atividade, quer por equivocadas decisões, *maxima venia*, de Tribunais Superiores, quer pela arbitrariedade do Poder Executivo.

A recente aprovação, no Senado, de Emenda à Constituição Federal que restringe uso das Medidas Provisórias já representa algum consolo para o futuro. Entretanto, ainda há o que esclarecer quanto aos efeitos jurídicos causados durante a vigência das MPs não reeditadas, nem referendadas pelo Poder Legislativo.

#### IV. Conclusões

IV.1. A primeira conclusão que podemos formular é a de que o Ministério Público tem incomodado o Poder Público, descontentando-o com suas diversas investidas, no campo das ações coletivas, para a tutela da sociedade contra as arbitrariedades dos governantes, especialmente na área tributária, onde patenteia-se a supremacia do Estado diante do cidadão.

IV.2. Ficou demonstrado que a legitimidade do Ministério Público na tutela de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, guarda respaldo constitucional (art. 129, IX) integrando-se o sistema com a Lei 7.347/85 (art.5º e 21) e Lei 8.078/90 (art. 82, I e 91). Em matéria tributária, especificamente, nos casos em que se pleiteia o afastamento de norma, quer por ilegalidade, quer por inconstitucionalidade, há que se reconhecer a cumulação de pretensões, uma de natureza **coletiva**, cujo objeto é **indivisível**, que é a retirada da lei ou ato normativo do mundo jurídico; e outra de natureza **individual homogênea**, referente à **repetição do indébito**, cabendo a cada contribuinte, em fase de liquidação de sentença, comprovar seu crédito, individualmente.

IV.3. Não podemos, como representantes do Ministério Público, sucumbir nem ao entendimento jurisprudencial, tampouco à investida do Poder Executivo, no que toca ao cerceamento da legitimidade *ad causam* do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos, quer derivem de relação de consumo ou não. Devemos prosseguir na tarefa de erosão do sistema que tenta amordçar e acorrentar a atividade ministerial, na expectativa de reverter o entendimento dos Tribunais Superiores. Devemos exercitar a magnitude das atribuições institucionais do *parquet* para propor ações civis públicas para além dos direitos tradicionalmente considerados coletivos *lato sensu*, incluindo-se aí os direitos tendentes ao pleno exercício da cidadania.

IV.4. Por derradeiro, é manifesta a contradição entre o discurso premente da unanimidade dos Ministros dos Tribunais Superiores, que alegam estar o Poder Judiciário à beira do colapso, e as decisões mencionadas no presente artigo, onde se verifica o estímulo à “atomização” das demandas, em detrimento da utilização de ações coletivas pelo *parquet*.

Isto posto, sugerimos que se proponha, na formulação da Carta de Encerramento deste XIV Congresso Nacional do Ministério Público, a interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Medida Provisória no. 2.180-34, por quem de direito.

## TESE 51

### A DISCUSSÃO DE MATÉRIA TRIBUTÁRIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

**Leonir Batisti**

Promotor de Justiça - PR

I - Introdução. II - A Legitimação para a Ação Civil Pública na Constituição. III - Os Objetos da Ação Civil Pública na Constituição. IV - A Matéria Tributária como Interesse Coletivo ou Difuso e Social. V - A Lei da Ação Civil Pública e seu Objeto. VI - A Matéria Tributária como Objeto de Ação Civil Pública - A Legitimidade do Ministério Público. VII - A Inconstitucionalidade da Restrição Introduzida pela Medida Provisória 2102-27. VIII - Conclusão

#### I - INTRODUÇÃO

I - A Constituição Federal de 1988 foi rotulada como Constituição Cidadã. O *preâmbulo* já indica este sentido, o que tornou-se sinalizado também quando os direitos e garantias individuais foram deslocados para a “comissão de frente”.

Mais do que isso: Nos princípios fundamentais, constou como *fundamento* da República Federativa do Brasil, depois da soberania, a *cidadania* (art. 1º, inciso II da CF).

Esses *dois fatos* são indicativos que a preocupação nela constante dirigiu-se efetivamente a *colocar como elemento central a cidadania, e não o Estado*. Ou seja: pretendeu-se dizer a importância do ESTADO decorre do cumprimento dos objetivos deste, cujos objetivos visam ao CIDADÃO.

A par de a *cidadania ter sido expressa como fundamento da República*, no título dos Direitos e Garantias Individuais foram citados *instrumentos* adequados para o *exercício coletivo da defesa desta cidadania*, relevando notar o mandado de segurança coletivo e a ação popular.

Além destes, destacou o Constituinte um outro instrumento, a *ação civil pública*, recém adotada em nosso direito.

2 - *Objetiva-se* com esse trabalho, analisar particularmente 3 questões ligadas à AÇÃO CIVIL PÚBLICA em tema TRIBUTÁRIO E AFIM:

A - As interpretações de que a AÇÃO CIVIL PÚBLICA não pode ser utilizada para discutir a INCONSTITUCIONALIDADE de leis.

B - As interpretações de que o MINISTÉRIO PÚBLICO não tem legitimidade para a propositura de AÇÃO CIVIL PÚBLICA em relação ao mesmo tema.

C - A MEDIDA PROVISÓRIA 2102-27, que excluiu a possibilidade de questionar matéria tributária e afim através de AÇÃO CIVIL, frente à CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

## II - A LEGITIMAÇÃO PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO

3 - Alguns dos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos e interesses coletivos já estavam presentes no direito brasileiro. A própria Ação Civil Pública fora objeto da lei 7347/85.

Contudo, o CONSTITUINTE deu à AÇÃO CIVIL PÚBLICA matriz constitucional, ao assegurar como *funções institucionais do Ministério Público*, no art. 129, III:

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

Mais adiante, no art. 129 par. 1º, referiu o legislador:

*“A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”*

4 - Resulta patente dos dispositivos constitucionais em exame:

· Que a *Ação Civil Pública* ganhou status constitucional. Dir-se-ia: embora preexistente a ela, foi ratificada por ela, ganhando status constitucional.

· Que o MINISTÉRIO PÚBLICO ganhou a *legitimação* para promovê-la, para *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*, através da Constituição.

· Que a legitimação do Ministério Público foi colocada em *primeiro plano*, como *prevalente*. Em segundo plano, e portanto *em caráter complementar*, cabe legitimação a terceiros, *“segundo o disposto nesta Constituição e na lei”*.

5 - O que se pretende destacar é que:

A - A CONSTITUIÇÃO não nominou especificamente a esses TERCEIROS legitimados em outros dispositivos.

B - Não há nenhuma dúvida de que o Constituinte pretendeu dar a *legitimidade principal e assim a atribuição do MINISTÉRIO PÚBLICO*. Isto se deflui de: b1) - observar que não indicou nem precisou outros TERCEIROS legitimados; b2) - que a

redação do constituinte - “*não impede a de TERCEIROS*” - traduziu uma CONCESSÃO, reforçando a primazia da escolha do MINISTÉRIO PÚBLICO.

C - Por tal razão, não é despuadorado argumentar que a *LEGITIMAÇÃO DO TERCEIRO é decorrente daquela do MINISTÉRIO PÚBLICO, visto que, se, como se sustenta, a legitimação do MINISTÉRIO PÚBLICO foi eleita a principal, sem esta principal, não existe aquela que lhe é complementar. Até porque, se não existente o principal pode-se dizer que inexistente seu complemento.*

Mas, mesmo recolocada a tese num paradigma mais moderado, CONCLUSÃO INAFASTÁVEL é que a CONSTITUIÇÃO outorga *preferencial e principalmente* o exercício da AÇÃO CIVIL PÚBLICA ao MINISTÉRIO PÚBLICO.

### III - OS OBJETOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO

6 - Na matriz constitucional, (art. 129, III), foram destacados como *matérias objeto* da AÇÃO CIVIL PÚBLICA:

- proteção do patrimônio público e social.
- meio ambiente.
- outros interesses difusos e coletivos.

Em singela explanação, pode-se afirmar que *o patrimônio público e social* são aqueles que interessam a toda a coletividade ou cidadania, como modernamente se pretende. A referência não só ao patrimônio público como ao patrimônio social buscou espantar quaisquer dúvidas. Na realidade, *o patrimônio público é ligado ao Estado Organizado, enquanto que o patrimônio social pode ser ligado ao Estado Organizado ou mesmo, nos presentes tempos principalmente, ser de propriedade e exploração econômica de particulares.*

O *meio ambiente* é o típico interesse meta patrimonial, pois ao corresponder a tudo o que cerca as pessoas em sua condição de seres biológicos, como tal não tem titulares identificados ou proprietários.

Diante dessas singelas referências, *já se vê que o patrimônio público e social e o meio ambiente* caracterizam-se por serem de interesse de todos e ao mesmo tempo de ninguém em particular. Mesmo que se veja o interesse de alguém em particular nesses dois objetos de proteção, o interesse identificado estende-se à coletividade, *ofuscando* o interesse particular.

Quando o Constituinte referiu-se a *outros interesses difusos e coletivos*, traduziu uma *idéia, sem limitá-la*. Não houve rotulação limitativa, porque, resta bem claro que os interesses difusos e coletivos são *interesses de todos*. E todos os casos de *interesses de todos* merecem proteção através da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, sendo seu *principal legitimado o MINISTÉRIO PÚBLICO*

7 - Julga-se relevante, ainda, explicitar que *o a defesa do interesse de todos* traduz MAIS DE UM SENTIDO:

O sentido mais concreto é que quando reconhecido e atendido aquele interesse (proteção do patrimônio público), estar-se-á sinalizando que o patrimônio foi protegido e vai ser destinado aos fins propostos pelo governante, supostamente em atendimento a uma necessidade específica de *uma parcela da coletividade*.

Mas, um *segundo sentido* que ultrapassa aquele primeiro e se impregna de uma extensão maior, dir-se-ia abstrato, consiste no fato de que, ao obter-se a proteção daquele interesse, *projeta-se na coletividade a afirmação de que o sistema legal funciona*, e mais que isto, *a sensação derivada do direito natural de que houve JUSTIÇA*, com reafirmação de todos aqueles princípios fundamentais, principalmente daquele da *igualdade*. É aqui que se deve considerar o interesse no termo CIDADANIA. O respeito na defesa do interesse de todos mostra o respeito à CIDADANIA, cumprido então *um dos fundamentos da REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*.

#### IV - A MATÉRIA TRIBUTÁRIA COMO INTERESSE COLETIVO OU DIFUSO E SOCIAL.

8 - Parte-se para uma afirmação categórica: matéria tributária constitui *evidentemente matéria de interesse coletivo ou difuso, de conteúdo social*. Para dar respaldo a tal afirmação, basta que se recorde que a matéria reflete-se na coletividade, por pelo menos *três prismas*:

Primeiro, do prisma do *contribuinte*, quando é obrigado, pelas leis, a repassar *seus* valores aos cofres públicos. Contribuintes compõe um numeroso contingente, máxime quando se tem em mira o desdobramento de tributos.

Segundo, pelo prisma de *cidadão beneficiário*, sujeito de direitos a serem providos pela organização estatal, para atendimento de necessidades da vida social, que no âmbito municipal pode se referir à coleta de lixo e conservação de vias e dos espaços públicos. Os *beneficiários são todos, ultrapassando por óbvio, os contribuintes*. Isto é: nem todos são obrigados legalmente a recolher tributos mas todos são beneficiários dos serviços que tornam uma cidade organizada.

Num *terceiro prisma*, que seria mais concernente à política tributária, a matéria tributária projeta mais à frente o nível da atividade econômica, *com reflexo no emprego e no bem-estar das pessoas e até das gerações futuras*. Opções equivocadas podem desatender os *princípios fundamentais* que se proclama para a República Federativa do Brasil.

Por conta desse raciocínio, CONCLUI-SE que a *matéria tributária* é de flagrante interesse coletivo, ou mesmo difuso, além de social. Os dois primeiros prismas (do contribuinte e do cidadão beneficiário) caracterizam-se mais como interesse coletivo. O terceiro prisma tem uma matiz de interesse difuso, posto que diz respeito indeterminadamente a todos.

O interesse social imanente à matéria deduz-se não só do reflexo dela no tecido social, mas da própria Constituição Federal, que elege o tema para tratamento.

#### V - A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEU OBJETO

9 - A LEI 7347/85 - LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, foi, como se sabe, alterada pelo CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC, (e também pela LEI DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO - LEI 8884-94).

Circunscrevendo a questão à pretensão deste trabalho, quer-se destacar alguns pontos:

O *primeiro ponto* reside em reafirmar que, determinados temas de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, *ou* podem ser objeto de AÇÃO POPULAR *ou* de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, alternativamente.

O *segundo ponto* é que o campo da AÇÃO POPULAR é indicado de *modo taxativo e restrito*, e o objeto da mesma só pode ser a anulação de atos lesivos: *ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*, nos termos do art. 5º LXXIII da CF. A *legitimidade* é atribuída a *qualquer cidadão*, o que significa que na ação popular a autoria pode ser de um ou dois cidadãos (considerados assim desde que demonstrem estar com seus direitos políticos de votar e ser votado em dia).

O *terceiro ponto* é que o objeto da AÇÃO CIVIL PÚBLICA ultrapassa aqueles 4 elencados quanto à AÇÃO POPULAR., *Qualquer interesse difuso ou coletivo* pode ser objeto de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, (art. 1º, inciso IV da LACP), incluindo aqueles interesses que podem ser objeto de AÇÃO POPULAR. Ou seja: *na defesa de interesses difusos ou coletivos sempre se pode usar a AÇÃO CIVIL PÚBLICA, mas nem sempre a AÇÃO POPULAR.*

Para a AÇÃO CIVIL PÚBLICA os legitimados são o MINISTÉRIO PÚBLICO, a UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS, além das AUTARQUIAS, EMPRESAS PÚBLICAS, FUNDAÇÃO e SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. E ainda, as ASSOCIAÇÕES. - ART. 5º da LACP.

O *quarto ponto* que se quer destacar é quanto ao MINISTÉRIO PÚBLICO, nos termos da LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA:

· O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará como *fiscal da lei* - art. 5º par. 1º da LACP.

· Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa - art. 5º par. 3º da LACP.

O *quinto ponto* é que a LEI 8078/90 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, particularmente seu Título III (art. 81 a 104) aplica-se à LACP, porque esta assim o estabelece no seu art. 21.

10 - A CONCLUSÃO que se tem é que a LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, retempera que:

A - *Quaisquer interesses difusos ou coletivos* podem ser perseguidos por meio dela.

B - O primeiro legitimado para a propositura da ação é o MINISTÉRIO PÚBLICO. Se não propuser atuará como FISCAL DA LEI, destinação tradicional. Mais que isso, se a ação for abandonada ou mesmo quando houver desistência infundada por associação legitimada, é o MINISTÉRIO PÚBLICO apontado preferencialmente para assumir a titularidade da ação.

Logo, a AÇÃO CIVIL PÚBLICA regulada em LEI, manteve-se no mesmo sentido da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, notadamente quanto ao OBJETO E À LEGITIMAÇÃO.

## **VI - A MATÉRIA TRIBUTÁRIA COMO OBJETO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

11 - De modo objetivo, as ações do MINISTÉRIO PÚBLICO em matéria de



DISCUSSÃO DE MATÉRIA TRIBUTÁRIA sofriam interpretação que indicavam três obstáculos: (Agora, há o quarto obstáculo, o da MEDIDA PROVISÓRIA 2102-27)

A - A matéria tributária era afastada por “não ser matéria de defesa do consumidor”.

B - A ilegitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO decorreria da impossibilidade de aceitar a AÇÃO CIVIL, porque esta representaria uma burla à AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

C - A ilegitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO decorreria do fato de tratar-se de direitos individuais homogêneos, que não lhe estariam afetos.

12 - O primeiro obstáculo,- alegação de a matéria tributária não ser matéria de defesa do consumidor, e assim, *estar fora do OBJETO DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA*, - custa crer que tenha sido usado e repetido pelos Tribunais.

Data venia, houve um equívoco injustificado. Provavelmente, o equívoco se deveu ao fato de as ações em questão serem promovidas através das PROMOTORIAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Evidente que não há que se confundir atribuições de PROMOTORIAS com o direito defendido em Juízo por elas. Como não há PROMOTORIAS exclusivas de DEFESA DO CONTRIBUINTE, até pela própria natureza da instituição, virtual defesa deste é atribuição da PROMOTORA DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O interesse objeto da defesa no processo, no caso, é um interesse de índole coletiva e até difuso, como referido antes. Portanto, *é equivocada a interpretação de que, a discussão sobre a legalidade de imposição de tributos não pode ser objeto de AÇÃO CIVIL PÚBLICA* porque não é DEFESA DO CONSUMIDOR.

Lógico que a DEFESA DO CONTRIBUINTE não é DEFESA DO CONSUMIDOR. Mais lógico ainda é que corresponde a “QUALQUER OUTRO INTERESSE DIFUSO OU COLETIVO”. E a defesa desses interesses pode ser feita através de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, tanto através da fundamentação da CONSTITUIÇÃO como através da autorização expressa do art. 1º, inciso IV da LACP.

13 - O segundo obstáculo, - o de que a AÇÃO CIVIL PÚBLICA não pode ser usado porque corresponde a uma AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - deve ser debelado. Tente-se argumentar sobre um tema mais concreto:

Suponha-se que o MUNICÍPIO passe a cobrar dos contribuintes a TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. Obviamente a TAXA fora criada por LEI MUNICIPAL. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL é que permite a instituição de TAXAS, no art. 145, inciso II. É bom observar que a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, sequer faz alusão a este tema. Pelo menos é o caso da CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, que nada refere a respeito de IMPOSTOS OU TAXAS MUNICIPAIS.

A argumentação quanto a ser INDEVIDA A COBRANÇA de tal TAXA pode sustentar: a)- Inconstitucionalidade da lei municipal frente a CONSTITUIÇÃO FEDERAL; b)- Inconstitucionalidade da lei municipal frente a CONSTITUIÇÃO ESTADUAL; c)- Ilegalidade da lei municipal face a lei complementar, ou seja, quanto ao CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Quanto ao aspecto da *inconstitucionalidade*, há que se ponderar que:

Segundo o art. 102, inciso I, letra a da CF cabe ao STF “*processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual....*”. Portanto essa modalidade de *controle de constitucionalidade concentrado*, mediante ação de inconstitucionalidade, que somente cabe a alguns legitimados elencados no art. 103 da CF, NÃO pode ser usada, porque a LEI é MUNICIPAL (e não Federal ou Estadual). O julgamento *não cabe ao STF*.

A inconstitucionalidade de LEI MUNICIPAL pode ser argüida perante o TRIBUNAL DE JUSTIÇA, a quem compete, nos termos do art. 101, inciso VII letra f da CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, “*processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição....*”.

Contudo, como se viu, a LEI MUNICIPAL que institui TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA *não contraria à CONSTITUIÇÃO ESTADUAL*, já que a CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ nada refere sobre as TAXAS ou TRIBUTOS MUNICIPAIS e, portanto, não caberia assim AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Logo, no caso específico das LEIS dos MUNICÍPIOS DO PARANÁ em matéria tributária, porque não contrariam a CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - (que nada dispôs a tal respeito) - NÃO cabe AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Não há AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE de LEI MUNICIPAL face a CONSTITUIÇÃO FEDERAL, exclusivamente. Essa AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE existe quando a contrariedade for à CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.<sup>1</sup> Virtualmente, como a CONSTITUIÇÃO ESTADUAL reporta-se à CONSTITUIÇÃO FEDERAL, têm decidido o STF que a AÇÃO deve ser julgada pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA “*pouco importando que ocorra repetição de preceito de adoção obrigatória inserto na Carta da República*”.<sup>2</sup>

Conclui-se, assim, que *se não é possível AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*, cabe a AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Mesmo se cabível a ação direta caberia igualmente a ação civil, até porque, no nosso sistema, convivem o *controle concentrado* e o *controle difuso*.

A LEI MUNICIPAL deverá ser objeto de análise da JUSTIÇA ESTADUAL, que incidentalmente pode definir sua inconstitucionalidade face a CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disto, poderá haver RECURSO EXTRAORDINÁRIO ao STF, nos termos do art. 102, inciso III. Compete ao STF, “*julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*”.

---

1 - CAPEZ, Fernando, expressa idêntica opinião: “Na hipótese em que a lei municipal fira a CF, somente cabe a discussão pela via de exceção e não direta. Na hipótese, contudo, em que a lei municipal fira a CE, subsiste a competência do TJ para apreciar a ação direta de inconstitucionalidade, não abarcando o controle dos atos municipais em face da CF, como já visto”. *Direito Constitucional*, p. 56.

2 - BRASIL - Supremo Tribunal Federal. R.Ext. 154028-SC, 2A T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 27-03-98. Apud: GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira; ZEIDLER, Ervin Fernando; CLETO, Josaphat Porto Lona. *Jurisprudência Cível do Supremo Tribunal Federal*, p. 5.

Com maior razão cabe AÇÃO CIVIL PÚBLICA se o fundamento da mesma for a ilegalidade da LEI MUNICIPAL frente a LEI FEDERAL, especificamente, no caso, ao CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. É que no caso, a questão é de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.. Logicamente, não cabe AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE quando o argumento for a ilegalidade.

Reitere-se: o objeto da AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÃO é a declaração de INCONSTITUCIONALIDADE, e a AÇÃO CIVIL permite recurso que, *pode examinar ao final a constitucionalidade*..<sup>3</sup>

Esse entendimento é também do STF: “já se firmou o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra norma reguladora de lei que é atacada por ir além do disposto na lei regulamentada ou contra ela, porquanto nesse caso se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade”..<sup>4</sup>

14 - O terceiro obstáculo - de que a ilegitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO decorreria do fato de tratar-se de direitos individuais homogêneos, que não lhe estariam afetos, padece, pelo menos, das seguintes incongruências:

A - Quando se pretende ver declarada a ilegalidade de uma norma jurídica e, assim, a inexigibilidade desta, não se trata de *interesse individual homogêneo*, mas de *interesse coletivo*. Com efeito, trata-se de interesse transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são a categoria dos contribuintes, que tem com o Município a relação tributária.<sup>5</sup>

Reitere-se que a relação tributária representa nitidamente um interesse coletivo, quando não difuso. E é permeada por um interesse social. A declaração de inexigibilidade de um tributo constitui defesa de um interesse coletivo, pois: o interesse imediato é do grupo de contribuintes e do grupo dos cidadãos beneficiários e o interesse mediato afeta de modo indeterminado no atinente às conseqüências de política tributária.

B - Mesmo que se catalogasse tais interesses como *individuais homogêneos*, poder-se-ia adotar integralmente o argumento expresso em julgamento feito pelo STJ, em matéria de taxa de iluminação pública, que merece transcrição:

*“A Lei 7347, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078-90). É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei da mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante de seu contexto.”*

---

3 - KRUEGER, Antonio Lélia Neves Sanches. *A Abrangência da Decisão na Ação Civil Pública*. In: Revista de Direito do Consumidor n.º 38, p. 207.

4 - BRASIL - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1866-DF, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 12-02-99. Apud: GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira; ZEIDLER, Ervin Fernando; CLETO, Josaphat Porto Lona. *Jurisprudência Cível do Supremo Tribunal Federal*, p. 4.

5 - NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade especificam que nos direitos coletivos, “os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível”. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1.883.

*O art. 21 da Lei 7347/85, inserido pelo art. 117 da Lei 8078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, legitimando o Ministério Público extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (art. 81 par. ún., III da Lei 8078/90).*

*Os interesses individuais, in casu (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera dos interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - a ação coletiva.*

*“ O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inúmeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. ”<sup>6</sup>*

Ademais, *direitos individuais homogêneos* são direitos coletivos.<sup>7</sup> Sem discussão é o fato de poderem ser defendidos coletivamente, nos termos do art.81 parágrafo único do CDC. E, essa defesa coletiva, se dá através da AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

C - Como já visto, ao *MINISTÉRIO PÚBLICO*, nos termos do art. 127 da CF, incumbe a defesa dos *interesses sociais*, assim como, nos termos do art. 129 inciso III da CF é sua função institucional promover a ação civil pública para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. E ainda: o art. 129, inciso IX, permite o exercício de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

Ora, a própria LACP no seu art.21 estabelece que *“aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8078, de 11-set-90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”*.

Logo, como o Título III do CDC refere-se à Defesa do Consumidor em Juízo, nos artigos 81 a 104, e no art. 82 do CDC estabelece-se a legitimação concorrente de vários, destacando o *MINISTÉRIO PÚBLICO*, conclui-se que há uma lei que permite ao *MINISTÉRIO PÚBLICO* promover ação civil pública, para a defesa de “qualquer outro interesses difuso ou coletivo”, incluindo-se aqui os individuais homogêneos, pois o art. 21 da LACP autoriza esta extensão. Reitere-se que, tratando-se de matéria de defesa do consumidor, uma vez que tal matéria tenha cunho de interesse social, tem o Ministério Público legitimidade para promoção da ação para defesa de interesses individuais homogêneos, e assim também sucede em relação a outros interesses individuais homogêneos, desde que presente este interesse social.<sup>8</sup>

---

6 - BRASIL - Superior Tribunal de Justiça. REsp. 49272-6-RS, 1a Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, v. u., j. em 21-04-94, DJU 17-10-94, p. 27868.

7 - MAZZILLI, Hugo Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 10.

8 - NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade expressam não deixam nenhuma dúvida de que a LACP aplica-se aos direitos individuais homogêneos. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1566.

D - Reconhecendo-se que a discussão a respeito da legalidade de cobrança de tributo reflete um nítido interesse social, não há porque afastar a legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO. Trata-se de condição em que o interesse individual homogêneo tem um cunho de interesse social. O interesse social advém, então:

D.1 - da própria natureza da relação discutida, posto que trata-se de ação que visa o controle da legalidade de tributo que afeta o *contribuinte, o cidadão beneficiário*, e, mais ao longe, indeterminadamente a todos, que sofrem o reflexo de política tributária.

D.2 - Da indicação trazida pela própria Constituição pois esta dispõe não só sobre os princípios gerais do sistema tributário, mas também sobre limitações ao poder de tributar, etc. (art. 145 a 169), corroborando assim com a indicação da natureza social do assunto.

Conclui-se, portanto, que, as decisões dos Tribunais que afastavam a possibilidade de AÇÃO CIVIL PÚBLICA e a LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, não tem qualquer amparo: Não se trata de substituição indevida de AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (e burla aos legítimos exclusivos quanto a esta). Não se trata de defesa de interesses individuais homogêneos mas de interesse coletivo porque as ações desta natureza passam a interessar à coletividade como um todo. Mesmo que se considere tais ações como a proteger interesse individual homogêneo, ainda assim cabe legitimação ao MINISTÉRIO PÚBLICO, por este lhe é delegada por Lei, no caso o CDC, que é aplicável à LACP por expressa disposição no art. 21 desta última.

## VII - A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2102-27.

15 - A MEDIDA PROVISÓRIA 2102-27 acrescentou ao art. 1º da LACP o parágrafo único, que tem a seguinte redação:

*“Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.*

16 - Em caráter preliminar, é preciso deixar patente que, apesar do contorcionismo utilizado na redação, o parágrafo único inserido pela MEDIDA PROVISÓRIA, *simplesmente proíbe ação civil pública em tema tributário e outros.*

A parte final do dispositivo em análise - *cujos beneficiários podem ser individualmente determinados* - requer atenção.

A primeira impressão é a de que, usou-se tal expressão, para fazer crer que se trataria de proibição quanto aos direitos individuais homogêneos. Sucede que, a referida expressão abrange todos os casos daquelas matérias, já que “as pretensões” que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e até mesmo outros fundos de natureza institucional (PIS/PASEP, v.g.) são deduzidas a favor de pessoas que podem ser individualmente determinados. A pretensão de não pagar a TAXA DE ILUMINAÇÃO, por exemplo, é daqueles que as pagam. Pode ser uma lista com 50, 500 ou 5.000.000 de nomes num Município. Mas podem ser individualmente determinados. A pretensão de receber uma diferença não paga pelo INSS é de todos os segurados, aqueles cerca de 14 milhões. O FGTS tem cerca de 60 a 70 milhões de contas. E assim por diante.

Este tipo de entendimento, portanto, reitera que simplesmente estariam banidas, por força de uma MEDIDA PROVISÓRIA, a possibilidade dessas milhões de pessoas verem reconhecidos eventuais direitos *de modo equânime e igual*, numa AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Acresça-se que nenhuma dessas pessoas pôde discutir sua participação nessa relação: em todas elas, a lei obrigou-as a participar da relação.

17 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, como já visto, no art. 129, traduz em síntese que *é função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção de outros interesses difusos e coletivos*.

Pergunta-se:

*Primeiro*: Pode o MINISTÉRIO PÚBLICO declinar de uma de suas funções institucionais?

A resposta é bastante tranqüila: O MINISTÉRIO PÚBLICO não pode declinar de suas funções constitucionais. Não é preciso muito argumentação para fixar o entendimento que a função institucional impõe um dever de agir, sob pena de configurar um atentado ao estado democrático de direito. Somente a própria CONSTITUIÇÃO pode alterar ou mesmo dispensar o MINISTÉRIO PÚBLICO de suas funções institucionais.

Mais ainda: somente a CONSTITUIÇÃO pode alterar as funções institucionais. No caso do MINISTÉRIO PÚBLICO, o art. 127 da CF o declara *“instituição permanente e essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*.

A alteração das funções institucionais - dentre as quais a de promover a ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos - se afigura assim como praticamente impossível, posto que, desnaturaria o mandamento, a incumbência cometida no art. 127 da CF, de *defesa dos interesses sociais*.

*Segundo*: Pode a LEI contrariar a CONSTITUIÇÃO, impedindo o exercício de uma função institucional descrita nesta última?

A segunda pergunta merece resposta no mesmo sentido da resposta à primeira. A LEI não pode contrariar a Constituição, pois a isso se denomina INCONSTITUCIONALIDADE, contra o que se prevê AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Se a CONSTITUIÇÃO prevê uma função institucional, *esta não pode ser cassada simplesmente pela lei*.

Nem a LEI e tanto menos a MEDIDA PROVISÓRIA podem impedir o exercício de uma função institucional, máxime se tivermos em conta que esta função institucional traduz uma *incumbência - incumbência da defesa ...dos interesses sociais*.

Pode parecer exagero, mas não se pode deixar de mencionar que, *são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e especialmente contra o livre exercício do.....Ministério Público* - art. 85, inciso II da CF.

18 - Ademais, a proibição pontual feita por MEDIDA PROVISÓRIA, e mesmo que o fosse por lei, viola dois princípios constitucionais outros: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA e o ACESSO AO JUDICIÁRIO. De outro ângulo, considerando ter o executivo legislado em causa própria, desrespeitam o *princípio da proporcionalidade, razoabilidade e a moralidade administrativa*.<sup>9</sup>

---

9 - NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade sustentam especificamente o desrespeito a esses três princípios. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1522-1523.

Tome-se o caso de IPTU e TAXAS MUNICIPAIS: Os GRANDES DEVEDORES têm vantagens óbvias: Basta que deixem acumular débitos, discutam na JUSTIÇA. A JUSTIÇA reconhece seu pleito. Ficam desobrigados de pagar. As *ações individuais* permitem isso: o volume de valor discutido compensa o processo. Já, aqueles que tenham a discutir um pequeno menor, têm todas as restrições: primeiro têm a restrição de não ter recursos para litigar na justiça, face sua condição de pobres. Depois, tem menor conhecimento quanto aos aspectos de legalidade: não estão amiúde em contacto com Advogados, Promotores, Juízes, etc. E ainda, têm essa limitação de valor, que torna pouco prática a ação. Em resumo: quem mais pode, não paga porque tem condições em todos os sentidos de discutir e ver acatado seu pleito pelo JUDICIÁRIO. *Quem menos pode, paga aquilo que seria INDEVIDO.*

## VIII - CONCLUSÃO

A - Cabe AÇÃO CIVIL PÚBLICA para discutir a legalidade de tributo e o MINISTÉRIO PÚBLICO pode propô-la:

A . 1 - Quando a Constituição refere-se a *outros interesses difusos e coletivos*, e, quando não estabeleceu nenhuma referência limitativa, sinalizou uma generalização - *todos os direitos difusos e coletivos*, sem exceção, *inclusive os tributários*.

A . 2 - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA presta-se para a defesa de interesses individuais homogêneos, porque a LACP, particularmente seu art. 25, combinado com os art. 81 a 104 do CDC assim o permitem.

A . 3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO é legitimado a promover a AÇÃO CIVIL PÚBLICA mesmo para *defesa de interesses individuais homogêneos*, desde que estes tenham *caráter social*: Porque é o principal legitimado para as AÇÕES CIVIS PÚBLICAS (art. 129, III da CF). Porque o art. 129 IX da CF admite crescer funções institucionais, compatíveis com sua finalidade. Porque uma das finalidades e incumbência do MINISTÉRIO PÚBLICO é a defesa dos interesses sociais (art. 127 da CF).

A . 4 - A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE tem pedidos e conseqüências diversos dos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Portanto, a AÇÃO CIVIL PÚBLICA não é usada como substituta da AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, sendo admissível no BRASIL não só o controle direto como o controle difuso de constitucionalidade.

B - O legislador ordinário *não pode limitar a CONSTITUIÇÃO*, ao efeito de reduzir a matéria objeto da ação civil. Correspondendo a interesse difuso ou coletivo, de índole social, pode ser usada a ação civil pública sempre, revelando-se flagrantemente inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da LACP como acrescentado pela Medida Provisória 2102-27.

## TESE 52

### O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE

Sérgio Roxo da Fonseca

Procurador de Justiça (aposentado) - SP

#### I. INTRODUÇÃO

O fenômeno da discricionariedade é resultante de dois fatores básicos: a) a normatização da conduta das autoridades estatais e b) a adoção do princípio da tripartição de poderes por texto constitucional.

Somente existe discricionariedade enquanto mantidos os postulados básicos do Estado de Direito, que colocam a Administração sob a lei. Portanto, o conceito de discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade administrativa que somente existe sob a vigência do Estado de Polícia quando então a Administração está sobre a lei e não sob a lei.

No Estado Democrático de Direito, a Administração, estando sob a lei, não terá qualquer validade uma decisão sua que seja editada “**contra legem**” ou “**praeter legem**”. As autoridades administrativas, por conseguinte, não podem jamais agir contra qualquer espécie de comando legislativo e nem mesmo preencher as lacunas da lei (“**praeter legem**”) porque, ao menos no nosso sistema, somente o Judiciário tem poderes para tanto, segundo a conhecida regra do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Adotado o princípio da tripartição de poderes, cabe ao Legislativo criar o direito novo, expedindo leis que limitam e restringem interesses individuais, sendo competência do Executivo, como o nome afirma, dar execução às ordens normativas, o que está perfeitamente claro na dicção do art. 84, IV, da Constituição de 1988. Daí se infere que os atos Legislativos contêm ordens abstratas que ganham concretudes com os atos administrativos, razão pela qual nem o legislador pode descer ao degrau da concreção e muito menos o administrador pode alçar seus desideratos ao patamar da abstração, sob pena de fratura do sistema.

Assim, a discricionariedade existe onde habita o Estado de Direito com raízes deitadas no princípio da tripartição de poderes ou algo análogo.



## II. O ESTADO DE POLÍCIA

“Rex est lex”.

O Estado-Polícia é aquele no qual o governo coloca-se sobre e não sob a lei. Não existe, portanto, a constitucionalização do poder que é, portanto, exercido sem amarras e sem controle.

O ato administrativo, por conseguinte, não é um ato jurídico, não sendo passível de ter a sua legalidade sindicada pelo Judiciário ou de submeter-se a qualquer outra espécie de controle externo. Trata-se de um poder político exercido de maneira irresistível e incontrastável. Não existe direito público, mas, quando muito, um direito penal, um civil e um processual, anota MAYER. No mesmo sentido manifesta-se MORENA Y DE LA MORENA: “El Estado, y por extensión también la Administración de esse Estado, fue concebido desde la Antigüedad hasta la Revolución Francesa, como um aparato de poder no vinculado al Derecho y superior a él por cuanto que este Derecho lo ponía y lo quitaba libremente el Estado: **Rex est lex**, por lo que **quod Principe placuit, legis habet valorem**. No era pues el Estado del Derecho, sino el Derecho del Estado. Y em este contexto político, um Derecho de garantías para los súbditos no era posible ni pensable”.

«Rex est lex».

## III. O ESTADO DE DIREITO

“Lex est rex”.

O Estado de Direito desce suas raízes na inspiração aristotélica que entre um governo de legisladores ou de sábios, prefere a primeira hipótese.

No Brasil aptou-se por um Estado De Direito com fundamentos em dois postulados básicos que são o princípio da soberania popular - todo poder emana do povo - e o princípio da tripartição de poderes, ainda quando lá e cá tenham sofrido mutações plásticas notáveis.

Não se olvida que o princípio da tripartição sofreu reverses até mesmo na França. BÉNOIT conta que desde o Comitê da Saúde Pública até os governos da III, IV e V Repúblicas a França não teve um Poder Executivo, muito embora tenha tido sempre um governo atuante. O mesmo fenômeno, colocado em polo oposto, encontra-se em países de pouca tradição jurídica, nos quais o Poder Legislativo em lugar de ser o órgão matricial do direito novo é convertido em órgão homologatório das decisões originadas da Administração.

Afastados os tropeços e somados os ganhos, os países do Ocidente têm justo ou injusto orgulho do modelo que ajudaram a construir, dando-lhe o nome de Estado de Direito.

Partindo do pressuposto que a soberania da Nação é emanada do povo, tornou-se ele senhor de sua própria liberdade, razão pela qual todas as limitações e restrições cometidas contra o interesse individual deverão ser necessariamente formuladas por lei material e formalmente considerada. O Estado não é o detentor da liberdade popular, mas deve ser considerado como o seu controlador, desde que, para tanto, exista lei definindo a competência administrativa que somente poderá ser exercida para a satisfação do bem comum.

Se o postulado da soberania popular encontra-se na base do sistema, forçoso admitir que a sua instrumentação se faz pelos caminhos do princípio da legalidade, que proclama que

ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, daí decorrendo que toda a atividade administrativa, tendente a restringir um direito individual, tem de ser antecedida de lei, sob pena de invalidade.

O princípio instrumental da legalidade municia todo o sistema, desde o postulado da soberania popular até o princípio da igualdade, sendo execrável o exercício de qualquer competência pública fora dos seus limites.

Assim se manifesta COOLEY sobre a experiência norte-americana: “O governo criado pela Constituição tem poderes limitados e declarados, e a Constituição é a medida e a distinção dos poderes conferidos. Todo o direito que não vem nela expressamente conferido, é proibido”. Para KELSEN o conceito de Estado confunde-se com o conceito de direito e a norma fundamental é a sua base e razão de sua unidade.

A respeito do tema mais perfeitas são as palavras de QUEIRÓ: “É sabido que princípio característico e essencial do Estado de Direito é precisamente o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, ligado pelas normas jurídicas, qualquer que seja a sua fonte; e que, diversa e opostamente, no Estado-Polícia a atividade do Estado, incluindo aquela que está em imediata relação com os particulares, não se encontra sujeita, vinculada a qualquer regra jurídica de que os mesmos particulares possam exigir o cumprimento”.

O outro alicerce do sistema é o princípio da tripartição de poderes que, muito embora tenha sofrido mutações profundas, permanece positivado pela Constituição de 1988 (art. 2º).

Segundo tal princípio, instituído como vacina contra o absolutismo, o poder estatal é distribuído pelos três órgãos, o Legislativo, que tem a competência de criar o direito novo; o Judiciário, que tem a competência de controlar a legalidade do sistema; e o Executivo a quem cabe, como o nome indica, executar administrativamente as ordens expedidas pelo Legislativo.

Modernamente, notou-se que a teoria na prática comportou tantas exceções que não ficou difícil afirmar que essas competências são, em parte, intercambiáveis. O Legislativo cria o direito novo e, por vezes converte-se em tribunal, e, muitas vezes expede atos administrativos.

O Judiciário controla a legalidade do sistema “hic et nunc”, como legisla, pelos menos no espaço aberto pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e, expede atos administrativos quando gere os seus próprios serviços e executa o seu orçamento.

O Executivo, definido pela Constituição de 1988, edita atos administrativos e legisla por meio das medidas provisórias. Nem por hipótese, admite-se aqui que tenha o Executivo poderes jurisdicionais quando decide no âmbito dos processos administrativos.

Segundo tal concepção, que recebe o prestígio de GORDILLO, cai sob a epígrafe de Administração pública toda a função exercida pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, enquanto editam ordens no patamar infra-legal, propendentes à satisfação do interesse público. Assim se expressa o grande mestre portenho: “toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo, jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales”.

Portanto, toda a função administrativa, exercida pelo Legislativo, ou pelo Judiciário ou pelo Executivo, estará sob o regime jurídico-administrativo, vale dizer, somente poderá ser exercida com prévia autorização de lei - material e formalmente considerada - e sempre para prosseguir em busca da satisfação do interesse público, sob pena de invalidade.

O exercício de função administrativa porque, toda ela, veste roupa jurídica e, por ser jurídica, está sob o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário, segundo a regra contida no art. 5º, XXXV, da Constituição, que positivou dessarte o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Alguns elementos podem ser indicados como caracterizadores do Estado de Direito: a) os poderes são sempre relativos em contraposição ao absolutismo; b) a função pública é exercida por três órgãos interdependentes e autônomos com o escopo de se evitar o abuso no exercício do poder; d) o povo livre é o detentor da soberania; e) do que resulta que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei; f) o princípio da igualdade encontra-se localizado na cúspide do sistema.

#### **IV. PROBLEMA DA VINCULAÇÃO E DA DISCRICIONARIEDADE**

QUEIRO, em histórica monografia, sustentou que o problema da discricionariedade provém de dois pressupostos: o Estado de Direito e o princípio da tripartição de poderes. O princípio da tripartição de poderes, mesmo após sofrer profundas mutações, foi consagrado pelo art. 2º, da Constituição de 1988.

Nenhuma dificuldade existiria, talvez nem mesmo MONTESQUIEU tivesse alvitrado tal postulado, se as ordens emanadas do Legislativo fossem tão objetivamente claras e tão universais que impediriam qualquer espécie de interpretação. Contudo, por ser a linguagem normativa uma linguagem natural é ela quase sempre imprecisa e, deste modo, freqüentemente ambígua e vaga, propiciando assim dúvidas com relação à sua inteligência e aplicação.

Num primeiro momento atribuiu-se à imprecisão do discurso normativo a gênese da discricionariedade.

Extraiu-se daí a classificação de atos vinculados e discricionários (num primeiro momento).

O que é a vinculação ? Como pode ser controlada ? O que é a discricionariedade ? Como pode ser controlada?

Duas são as teorias que buscam respostas às questões propostas: a) a reducionista e b) a não reducionista.

#### **V. A TEORIA NÃO -REDUCIONISTA**

No início do Século XX, a doutrina concluiu que a discricionariedade era resultante de conceitos vagos inseridos no discurso da norma atributiva de poder que serve de matriz para atos administrativos. .

Os atos vinculados serviriam de instrumentos de execução e concretude a uma ordem contida numa norma cujo discurso contivesse um conceito teórico-verdade, portanto, unívoco e de avaliação objetiva.

Refutou-se a idéia segundo a qual a discricionariedade era residente nos conceitos normativos imprecisos. Tais são os argumentos contrários.

O primeiro. Sob o Estado de Direito, não pode ter a Administração poderes que não aqueles derivados do comando legal. Se admitida qualquer espécie de poder da Administração que não fosse resultante da lei ou que estivesse além dos seus limites, não estaria afastada a possibilidade do Estado-Polícia.

O segundo é consequência do primeiro porque, tomando como certo que a lei é o pressuposto necessário das decisões administrativas (a lei implica a decisão administrativa), todos os atos administrativos são atos jurídicos e, por conseguinte, submetendo-se por tal razão ao controle de legalidade do Judiciário, sem nenhuma exceção. Olhando por esta perspectiva o constituinte de 1988 positivou o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição, art. 5º, XXXV) proibindo que o legislador infra-constitucional travasse, de qualquer jeito, o acesso ao Judiciário para aquele que, porventura, sofresse qualquer lesão ou ameaça de direito. Se há ferimento ou ameaça de direito individual, há acesso à justiça, quer quando se trate de ato vinculado, quer quando se trate de ato discricionário.

Assim a doutrina classificou os conceitos existentes no discurso normativo, para afirmar que ora eram teóricos, ora eram de valor. Os conceitos normativos teóricos exigiam uma decisão objetiva do administrador e os conceitos de valor (ou práticos) autorizavam a prolação de uma decisão subjetiva.

Teóricos seriam os conceitos emprestados das ciências exatas, como os da ordem numérica, que fixam decisões tão objetivas como unívocas e, portanto, universais. Ou *a* é, ou *a* não é, “*tertium non datur*”. Como exemplo extraído do direito positivo, poder-se-ia registrar a jubilação compulsória dos servidores públicos aos 70 anos, que não pode se dar nem antes e nem depois do limite numérico. Os exemplos multiplicam-se na vida prática. Todavia, são menos encontrados do que o seu inverso.

Conceitos de valor ou práticos são aqueles revelados pela linguagem natural, sobre os quais impossível se torna exigir uma mesma compreensão geral, alteráveis no espaço e no tempo. Portanto esses valores ensejariam o proferimento de decisões subjetivas e equívocas, remarcadamente particulares. Sendo a linguagem jurídica uma linguagem natural (quase sempre) o discurso normativo vem redigido através de conceitos de valor ou práticos e com mais raridade através de conceitos teóricos.

Segundo tal concepção, o discurso normativo construído com conceitos teóricos revelaria a existência de competência vinculada, permitindo apenas e tão somente a edição de decisões objetivas.

Segundo a doutrina não reducionista, a discricionariedade então derivaria da existência de conceitos práticos e de valor contidos na norma, conferindo ao administrador uma margem de liberdade de apreciação ao editar o ato administrativo.

## VI. TEORIA REDUCIONISTA

A corrente reducionista ubíqua os conceitos imprecisos no âmbito da competência vinculada, reservando para a competência discricionária apenas os conceitos oriundos da ciência da administração. A corrente reduz o âmbito da discricionariedade.

Desde logo, registre-se que tal corrente vem alcançando cada vez mais prestígio no direito europeu. O extraordinário QUEIRÓ, após compor os quadros da corrente não-

reducionista, afastou-se deste alinhamento. Tal mudança está registrada documentalmente, vale dizer, na versão portuguesa do relatório nacional enviado ao Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, reunido em Upsala, 1966, publicado no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, em 1965.

Este texto de QUEIRÓ tem a seguinte redação: “O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. O poder discricionário não se confunde, portanto, com toda e qualquer margem de imprecisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados *conceitos vagos* ou *conceitos indeterminados*, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões. Estes são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica em que o legislador freqüentemente se encontra, de enunciar, com toda nitidez, com todo rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência, quer as finalidades a realizar pelos órgãos Administração ao afirmar para estes órgãos o dever de realizarem, antes de exercerem essa competência, a respectiva interpretação. (...) Estamos aí no domínio do poder vinculado”.

É escusado dizer que antes das *Reflexões*, o insuperável administrativista português havia elaborado um outro texto sobre a matéria, sob o título “O Poder Discricionário da Administração”, que corresponde à sua dissertação de doutoramento em Ciências Político-Econômicas perante a Faculdade de Direito de Coimbra.

A questão foi primeiramente empostada pelo austríaco BERNARTZIK para quem a discricionariedade aflorava quando a norma atributiva de poder outorgava ao administrador poderes para decidir por último uma determinada questão. Imediatamente o tema atraiu a atenção dos juristas alemães, entre os quais JELLINEK.

Conforme antes apontado o debate passou por três degraus distintos: a) considerou-se que a discricionariedade representava poderes outorgados pela norma legal ao administrador para decidir por último uma questão de sua competência; b) posteriormente considerou-se que a discricionariedade configurava um fenômeno normativo correspondente à outorga de poderes ao administrador por uma norma vazada em conceitos de valor ou práticos; c) finalmente, considerou-se a discricionariedade como poderes conferidos ao administrador por normas legais compostas por conceitos das ciências administrativas, deslocando-se assim os conceitos jurídicos indeterminados para o campo das competências vinculadas. A posição tomada pelos reducionistas promoveu o encurtamento da competência discricionária, com a ampliação do seu controle de legalidade pelo Judiciário.

De se destacar que grandes juristas latinos, como QUEIRÓ, alinharam o seu entendimento ao lado dos reducionistas, nomeando-se, entre outros, GARCIA DE ENTERRIA e RAMÓN FERNANDES para quem o controle judicial realizado sobre os conceitos indeterminados não significa a substituição de uma discricionária (administrativa) por outra (a judicial), o que não representaria nenhuma evolução no problema, mas, sim, a admissão de uma sindicabilidade objetiva sobre os atos administrativos que não pode ser abdicada pela moderna dogmática jurídica. .

Afirmam estes mestres espanhóis que os conceitos indeterminados, porque são contidos na norma, apresentam-se como conceitos *jurídicos* e porque são *jurídicos* têm de ser apreciados

pelo controle judicial até porque tal controle é e deve ser exclusivamente *jurídico*.

O mesmo argumento é expendido por BANDEIRA DE MELLO, quando sustenta que a presença de conceitos indeterminados na norma representa um limite de uma competência jurídica e que, por conseguinte, põe-se sob inteiro controle judicial. O juiz não pode escusar de interpretar todas as palavras contidas na norma: “Com efeito, a ablação de palavras e distinções estabelecidas pela lei é o equivalente de uma revogação. E revogar uma lei é legislar em sentido contrário ao dantes legislado. Ora, afirmar que uma distinção legal é inaferrível é o mesmo que suprimir-lhe a existência, por despi-la de qualquer significação”. Não tendo o juiz poderes legiferantes (salvada a exceção já apontada), não pode ele sacar do discurso normativo um conceito determinado ou indeterminado, decidindo que não irá controlar suas aplicações porque, se assim o fizer, estará corrigindo a redação da lei, retirando dela palavras que somente podem ser suprimidas pelo Legislativo”.

Portanto, a corrente reducionista bateu-se pela inclusão dos conceitos normativos indeterminados na órbita da competência vinculada, reservando à discricionariedade exclusivamente a aplicação e o controle de conceitos recebidos da ciência da administração.

O presente trabalho coloca-se ao lado dos reducionistas.

## VII. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS

Segundo a concepção reducionista, ato vinculado é aquele derivado da aplicação de uma norma legal que contenha em sua redação ou um conceito teórico verdade ou um conceito jurídico indeterminado. Exemplo da primeira hipótese: os servidores públicos serão aposentados compulsoriamente aos **setenta anos**. Exemplo da segunda hipótese: A desapropriação depende do pagamento de **justo preço**.

Numa ou noutra hipótese o controle judicial é feito pela **subsunção**: a conduta humana ou cai sob o tipo descrito pela lei ou o não cai, “**tertium non datur**”. Não há nenhuma margem de livre apreciação administrativa, por mais que seja indeterminado o som provindo do discurso normativo.

Diga-se desde logo que tal apreciação distingue a aplicação de um conceito indeterminado do exercício de uma competência discricionária.

No âmbito dos conceitos normativos indeterminados somente admite-se uma e somente uma interpretação correta: ou há **justo preço** ou não há; o servidor tem **boa conduta** ou não tem; ou há **repouso noturno** ou não há; ou o local é **adequado** ou não o é, etc.

Na discricionariedade *de conseqüências jurídicas* (usa-se a expressão da doutrina alemã, o administrador tem o poder de escolher quaisquer das hipóteses apontadas pela norma legal, todas elas são justas, sendo válido o ato administrativo que confira concretude a qualquer delas.

Dois autores insignes indicam caminhos a trilhar quando for tormentosa a indeterminação normativa.

Veja-se a solução encontrada por AZEVEDO MOREIRA: “O órgão de aplicação do direito começará por apreender o nódulo conceitual fixo, aqueles casos ou grupos de casos que inquestionavelmente se encontram incluídos no *Tatbestand* da norma (interpretação definitiva).

Depois vai estendendo o âmbito do conceito, através de juízos hipotéticos, até aos limites da orla problemática (interpretação teórico-jurídica) acompanhando-a da subsunção teórica. Finalmente, em resultado de uma opção de sentido afirmativo (como poderia ser de sentido negativo e que do mesmo modo contribuiria Positivamente para a definição do conceito (v. a função da *Exception* de JESCH ou do “resultado negativo da subsunção de ENGISCH) opera a subsunção prática final (e com ela uma nova interpretação definitiva).

Para STASSINOPOULOS, o administrador, frente a um conceito jurídico indeterminado, está autorizado a criar a premissa maior do silogismo lógico que enseja a operação subsuntiva, como, por exemplo: a) a norma diz que o servidor público tem que ter **boa conduta**; cabe ao administrador revelar que o conceito de **boa conduta** depende da aferição das qualidades a, b e c na conduta do servidor; José é um servidor que tem as qualidades a, b e c; logo, tem **boa conduta**.

Grife-se que admitida como certa a corrente reducionista, deslocando-se a indeterminação conceitual para o âmbito da vinculação, **não existe margem de livre apreciação administrativa**, tal como hoje lecionam os mais insignes autores, como por exemplo, GARCIA DE ENTERRIA, MANUEL ATIENZA, SAINZ MORENO, IGARTUA SALAVERRIA, CASSAGNE, RAMÓN FERNANDEZ, GRECCO, REUS, GAMBIER e BANDEIRA DE MELLO, estando, pois a questão instalada na área da competência vinculada.

## VIII. O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE

Conforme antes asseverado, a competência discricionária distingue-se dos conceitos jurídicos indeterminados porque: a) enquanto na primeira tem o administrador poderes para decidir quais das soluções apontadas pelo legislador é a **mais justa**; b) no segundo ambiente o administrador tem uma única opção válida, qual seja aquela indicada pela norma, com exclusão de qualquer outra.

Assim sendo, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, porque residentes na área da vinculação, controla-se por uma operação subsuntiva.

Ao contrário, o ato discricionário é controlado pelas cinco vias de acesso reveladas pela jurisprudência do Conselho de Estado francês. Já se disse alhures que o controle da discricionariedade é realizado através da teorização da jurisprudência do Conselho de Estado que indica cinco vias de acesso para tanto: a) o controle da norma de fundo; b) o controle da norma de forma; c) o controle da competência; d) o controle da ausência ou da inadequação dos motivos; e enfim e) o controle do desvio de finalidade. Em rápida síntese será feito um breve comentário sobre as respectivas vias de acesso.

Todavia, merece prévio registro que a elaboração doutrinária dos países ocidentais não admite o controle **de mérito** dos atos discricionários, parecendo a todos – ou a quase todos – que não tem cabida tal injeção judiciária porque então a espécie não seria de controle de legalidade, mas, sim, de substituição da administração operada pelo Executivo por uma outra imposta pelo Judiciário o que corresponde a desprezar o princípio da tripartição de poderes. É importante, contudo, anotar que existem autorizadas vozes que pregam a necessidade e a possibilidade do controle judicial do mérito do ato discricionário.

Reportando-se aos acessos do Conselho de Estado, examina-se cada um deles isoladamente.

**VIII.1 CONTROLE DE NORMA DE FUNDO** – Trata-se de vício apurado pelo contraste possivelmente existente entre o ato discricionário e o ordenamento jurídico. . Já foi dito que a lei implica o ato administrativo, ou seja, o comando legal está presente no ato administrativo, sob pena de invalidade.

Afirma-se aqui que tal controle é operado não apenas pelo contraste do ato com a norma atributiva de poder, mas com todo o ordenamento normativo. Estando a Administração sob a lei, não tem o administrador poderes para decidir qualquer matéria fora do seu âmbito. Tanto que é cediço dizer que, enquanto na área privada é permitido o que não for proibido pela lei, na área pública, ao contrário, é proibido o que não for autorizado pela lei.

Os princípios gerais de direito inserem-se neste conjunto, porque têm eles a dignidade de normas jurídicas e são deduzidos do direito positivado pela metodologia Jurídica, na conformidade com a regra do parágrafo segundo do art. 5º, da Constituição de 1988. Na Europa, os princípios gerais, positivados ou não, transformaram-se no principal Instrumento de controle judicial administrativo, recebendo mesmo o nome de Direito dos Jurisconsultos porque, como foi dito, são revelados por obra da aplicação da ciência jurídica.

QUEIRÓ documenta o crescente prestígio desses princípios em toda a Europa: “Aludimos, com esta expressão (princípios jurídicos fundamentais), a um conjunto de máximas ou diretrizes jurídicas pré-estaduais, autônomas em relação às decisões do legislador constituinte e cuja validade e obrigatoriedade não depende do fato de serem acolhidas na constituição escrita de um Estado que se diga Estado de Direito. Trata-se de princípios que a constituição escrita rigorosamente não cria nem estabelece. Quando expressamente os consagra, a constituição limita-se ao mero reconhecimento da sua validade pré-constitucional. Vinculam o legislador constituinte de tal maneira que, quando este as contraria, as normas constitucionais se têm de considerar juridicamente inválidas e não obrigatórias”(…) Outro problema é o saber se os tribunais devem ou não recusar-se a aplicar as normas celeradas da constituição escrita, no caso de existirem, considerando-as constitucionalmente inválidas, por contrárias à constituição material, perfilhada pela comunidade jurídica. Uma já longa lista de autores consagrados (COING, RADBRUCH, EB. SCHMIDT, SAUER, DAHM, MARCIC, WELZEL, LENZ, H. KAUFMANN, BACHOF e outros da área cultural germânica, a que se associa a já grande autoridade e prestígio de CASTANHEIRA NEVES, é no sentido positivo. BACHOF, designadamente, insiste em que o perigo de os tribunais abusarem, no exercício de sua competência de controlo desta forma de inconstitucionalidade intrínseca, é infinitamente menor do que o perigo que para o homem resulta da autonomia e do arbítrio do legislador constituinte”. É escusado dizer que se é possível tal espécie de controle até mesmo sobre as normas constitucionais, por sobradas razões calham para sindicar a legalidade dos atos administrativos.

Quando se afirma que o controle deve ser realizado pela apuração do contraste do ato com a lei e até mesmo com os princípios gerais, portanto, com todas as normas do ordenamento, aqui também se insere o possível desaforo que a Administração comete – muitas vezes – quando decide também contra as normas por ela expedida na forma de regras regulamentaras e decretais.

**9.2 O CONTROLE DA NORMA DE FORMA** – Os atos administrativos não podem ser informais porque dependem de formalidades para que se tornem públicos, conformando-se assim com o princípio positivado pelo art. 37, “caput”, da Constituição de 1988.

Portanto, para que o ato discricionário irradie os seus efeitos necessário se torna ser



constituído segundo o procedimento próprio, cumpridos os prazos assinalados, publicado nos órgãos responsáveis pela veiculação da notícia de sua existência.

Ocorrendo qualquer defeito procedimental, instalado estará o vício de norma de forma que impede a sua validação.

**VIII.3 O CONTROLE DA NORMA DE COMPETÊNCIA** – Somente as autoridades competentes podem formular a decisão discricionária, segundo as estratificações definidas para os vários estamentos da organização pública.

Muito embora seja a decisão editada no âmbito da competência discricionária, será viciado o ato, que a constitui, se por um acaso tiver na autoria uma autoridade incompetente “*ratione materiae*”, “*ratione loci*” e “*ratione temporis*”, num perfeito paralelismo com regras análogas que se aplicam no processo judicial.

A autoridade responsável pela edição do ato tem de estar investida em competência para timbrar o tema material, naquela localidade ou região e dentro daquele lapso temporal.

**VIII.4 CONTROLE DA AUSÊNCIA OU INADEQUAÇÃO DE MOTIVOS** – A palavra “motivos” quase sempre aplicada pela doutrina brasileira e francesa corresponde ao que os portugueses batizam pelo nome de “pressupostos fáticos”.

Usa-se aqui a palavra “motivos” por duas razões: a) a doutrina brasileira consagra o uso; b) a expressão “pressuposto fático” não contempla a expressão “pressuposto jurídico” e ambas compõem o sentido da palavra “motivos”.

Conceitua-se motivo do ato administrativo o acontecimento do mundo da natureza (pressuposto fático) ou o acontecimento do mundo jurídico (pressuposto jurídico) que autorizam a edição do ato administrativo.

Controla-se a legalidade seja pela sua inadequação, seja pela sua ausência.

Se a norma de regência exige a presença de um pressuposto fático ou jurídico para a consecução do ato, a sua ausência implica a proibição do exercício da competência discricionária. Por exemplo: se é desidioso o servidor, então deverá sofrer a sanção, o que vale dizer: a desídia é o motivo do ato. Aplicando-se a sanção num servidor diligente, o ato, ainda quando discricionário, será desprovido de valor jurídico.

Por outro lado, o mesmo vício estará presente quando não for identificado um perfeito nexo de causalidade lógica entre o motivo e o conteúdo do ato discricionário. Se a norma prevê advertência para o servidor desidioso e lhe for aplicada a pena de suspensão, o ato será inválido por inadequação de motivo.

Ainda que brevemente há necessidade de se realizar dois registros.

“Motivo” não se confunde com “móvel”. O vocábulo “móvel” refere-se ao elemento psicológico do ato, elemento que perdeu sua importância depois que a doutrina alemã revelou que a declaração psicológica da vontade, contida na decisão, não a vicia.

Outrotanto, merece ser lembrado que a competência discricionária, quanto ao motivo, converte-se em vinculada, se a autoridade administrativa espontaneamente revelá-lo. Aplica-se à hipótese, dessarte, a teoria dos motivos determinantes.

**VIII.5 CONTROLE DO DESVIO DE FINALIDADE** – Os atos administrativos são sempre finalísticos, ou seja, devem prosseguir no rumo de satisfazer um interesse final indicado expressa ou implicitamente pela norma de regência. Nisto também se distingue dos atos da vida privada que quase sempre não dependem do fim para irradiar efeitos jurídicos válidos.

A doutrina e a jurisprudência brasileira demonstraram pouco interesse pela doutrina, colocando-se num sentido oposto ‘a doutrina e ‘a jurisprudência continental européia.

A norma de regência aponta expressa ou implicitamente o fim do ato.

Se a indicação expressa se faz, é possível que haja indicação de um ou de vários alvos, cabendo ‘a autoridade administrativa atingir um deles como a finalidade própria do exercício da competência discricionária. Qualquer um dos fins apontados, quando atingido, validará o ato, porque entende-se que o legislador depositou a competência nas mãos do administrador exatamente para, frente ‘a situação concreta, proceder a opção devida.

Contudo, se a norma de regência não indicar expressamente um fim, a competência poderá ser exercida desde que satisfaça qualquer fim que satisfaça o interesse público.

É possível identificar dois vícios de desvio de finalidade.

O primeiro: ocorrerá vício quando a norma expressamente indica um ou vários fins e o administrador alveja outro não indicado, *ainda quando este último satisfaça o interesse público*. Repita-se, tratando-se de sistema lacunoso, o administrador não está autorizado a alcançar qualquer fim, ainda quando satisfaça o interesse público, se não houver previsão legal.

O segundo: ocorrerá também vício quando a norma indicar implicitamente qualquer fim que satisfaça o interesse público, e, o administrador desviando-se do caminho indicado saia em busca de satisfazer um interesse privado. Raramente, como foi dito, aplica-se no Brasil a teoria do desvio de finalidade. Todavia, há em nossos repositórios acórdão relatado pelo então Desembargador Miguel Seabra Fagundes, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (Apelação Cível nº 1.422, de 28.07.1948), que, para o caso, é um modelo de perfeição, quando então ficou decidido que “o *fim legal* dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei.

## IX. CONCLUSÕES

a. É arbitrária a atuação da Administração no Estado-Polícia que se põe sobre a lei, impedindo assim que se proceda o controle judicial de seus atos.

b. A atuação discricionária da Administração no Estado de Direito está sob a lei, possibilitando assim que se proceda o controle judicial dos seus atos.

c. A discricionariedade resulta da adoção dos postulados básicos do Estado de Direito.

d. Sendo natural a linguagem jurídica, os conceitos imprecisos constantes na norma de regência não geram discricionariedade, mas, sim, vinculação, pois outorgam poderes ao administrador para encontrar uma única solução justa, “*tertium non datur*”.

e. A discricionariedade deriva de conceitos da ciência da administração, que são inseridos na norma de regência, permitindo ao administrador decidir em busca de qualquer das soluções indicadas pelo legislador.

f. A aplicação dos conceitos discricionários, que se dá no âmbito da vinculação, controla-se por operação subsuntiva.

g. A discricionariedade controla-se judicialmente por uma das cinco vias de acesso reveladas pelo Conselho de Estado francês: a) vício de norma de fundo; b) vício de norma de forma; c) vício de incompetência; d) vício de ausência ou de inadequação de motivos; e) vício de desvio de finalidade.

**TESE 53****A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE COMO MEIO PARA UMA MAIOR EFICÁCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS DE NATUREZA COLETIVA****Luis Roberto Proença**

144º Promotor de Justiça - SP

A posição tradicionalmente predominante na doutrina é a de ser obrigatória a intervenção do Ministério Público, quando constatada uma hipótese que a legitime. Estaria descartada, assim, qualquer apreciação quanto à oportunidade ou conveniência de sua atuação em determinado caso concreto, devendo pautar-se por um princípio de legalidade, que determinaria a indisponibilidade de sua intervenção. Hugo Nigro Mazzilli, em digressão paradigmática deste posicionamento, com base em respeitável doutrina (Calamandrei, Tornaghi), entende que, antes de um direito de agir, tem o Ministério Público um dever de agir, “dever este impostergável, a iluminar todas as suas funções”.<sup>1</sup> Aduz que, se afirmar o Ministério Público ter sido a lei violada, “não se lhe pode consentir que, por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer com que ela se restabeleça”<sup>2</sup>. Conclui, afirmando que, se o membro do Ministério Público “identificar a existência de interesse que legitime sua atuação, é obrigado a promover a ação, até mesmo sob pena de grave falta funcional, afóra a responsabilidade civil ou penal, conforme seja o caso; mas é livre o órgão ministerial para apreciar, fundamentadamente, se existe ou se persiste o interesse que legitimaria sua iniciativa ou sua intervenção”.<sup>3</sup>

Em sentido assemelhado, afirmam Cintra, Grinover & Dinamarco, que “a indisponibilidade é a regra para o Ministério Público, seja no processo penal, seja no processo civil. De um modo geral, restringe-se a disponibilidade em razão de: a) prevalência de interesses da ordem pública; b) incapacidade da parte.”<sup>4</sup>

Entretanto, parece-me que a questão merece um novo enfoque, para que bem se situe a necessidade de afirmar-se o princípio da oportunidade para a instauração de investigações tendo por objeto danos coletivos ou para o ajuizamento de ação civil pública.

Primeiramente, deve-se diferenciar a situação de instauração de investigação e de ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, daquela em que esta ação tenha

---

1. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 193.

2. Idem, *ibidem*.

3. Idem, *ibidem*.

4. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 337.

sido ajuizada por terceiros. Isto em razão das diferenças entre ambas as formas de atuação e pela própria diferenciação realizada pelas normas legais, posto afirmar o *caput* do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que o Ministério Público *poderá* propor a ação civil pública, ao passo que seu parágrafo 1º diz que, se ele não intervier no processo como parte, atuará *obrigatoriamente* como fiscal da lei. Como se vê do próprio texto legal, não deu nenhuma margem o legislador à não intervenção do Ministério Público nas ações ajuizadas por terceiros,<sup>5</sup> facultando-a, porém, ao disciplinar a sua atuação como autor da ação civil pública.

Não cabe aqui interpretação analógica com a ação penal, pois se tratam de instrumentos com finalidades e disciplinas próprias. Tem o Ministério Público a exclusividade da ação penal de iniciativa pública, o que não ocorre com a ação civil pública, que pode ser ajuizada por qualquer das entidades e órgãos relacionados no artigo 5º da Lei 7.347/85, que possuem legitimidade concorrente para tal. Como afirma Fernando da Costa Tourinho Filho, o princípio da obrigatoriedade “se embasa no apotegma *ne delicta maneam impunita* (os delitos não podem ficar impunes)”.<sup>6</sup> Como detém o Ministério Público a exclusividade da persecução penal, ele obrigatoriamente deve agir, quando verifica a ocorrência de crime, cuja ação seja de iniciativa pública. Este é o entendimento doutrinário dominante, apesar de não haver texto no Código de Processo Penal que disponha expressamente sobre a obrigatoriedade de propositura da ação penal pelo Ministério Público.<sup>7</sup> No caso da ação civil pública, ao contrário, qualquer co-legitimado pode ajuizá-la, sem que o posicionamento do Ministério Público represente óbice para tal. Não ficam os direitos e interesses coletivos, assim, necessariamente desguarnecidos, face à eventual inércia desta Instituição (ou posicionamento expresso contrário à ação, com o indeferimento de requerimento de instauração de inquérito civil ou o arquivamento deste).

O legislador estipulou a legitimidade concorrente e disjuntiva para a ação civil pública exatamente para que a atuação dos diversos órgãos e entidades pudesse complementar-se, ampliando, assim, a possibilidade de defesa do direito ou interesse coletivo ofendido.

Um outro argumento a favor da adoção do princípio da oportunidade em matéria de tutela cível de interesses e direitos coletivos refere-se ao fato de que, em muitos casos, é de maior pertinência a determinado órgão público (que ao Ministério Público), a propositura de medidas judiciais em defesa de certos direitos, sendo conveniente que aquele órgão aja diretamente, sem que para isso deva concorrer esta Instituição. Um exemplo disto pode ser verificado na tutela das normas de direito urbanístico ou das normas sanitárias. Um município – detentor do poder de polícia para a promoção destes direitos – pode deixar de atuar na sua defesa, seja administrativa, seja judicialmente, optando por remeter representações ao Ministério Público, para que este ajuíze ações civis públicas em face de cada um dos infratores daquelas normas (por exemplo, no caso de construções que atinjam os padrões urbanísticos municipais,

---

5. Porém, creio, neste caso, ser aplicável o posicionamento de Alcides de Mendonça Lima quanto à previsão de intervenção do Ministério Público em feitos cíveis (disposta no artigo 82 do Código de Processo Civil), entendendo obrigatória tão somente a ciência do membro desta Instituição da ação ajuizada; a efetividade de sua atuação no processo, porém, deverá ficar a seu critério (cabendo, por analogia, a aplicação do artigo 28 do CPP, se entender o Magistrado que ele deveria atuar, contrariamente ao posicionamento do membro do Ministério Público). LIMA, Alcides de Mendonça. Ministério Público e o interesse público. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério Público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 11-29.

6. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 316.

7. Como sabido, entretanto, os artigos 42 e 576 do CPP não permitem a desistência da ação penal por ele ajuizada e do recurso por ele interposto, de onde se falar na indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público.

ou de uso ilegal de bens públicos, ou ainda de parcelamentos do solo irregulares, ou de restaurantes que não atendam às normas sanitárias etc.). Se se propugna a aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, o Ministério Público não poderia deixar de atuar, dando seqüência a estas representações, com a instauração de investigações, e, sendo constatadas as infrações, com o ajuizamento das respectivas ações civis públicas. Isto criaria diversas distorções no sistema de tutela dos direitos e interesses coletivos. Primeiro, propiciaria uma situação de acomodação para os co-legitimados, que, ao invés de somar seus esforços aos recursos do Ministério Público para a tutela daqueles direitos, omitir-se-iam da tarefa de também zelar pela sua defesa. Em segundo lugar, no que toca aos órgãos públicos, em especial aqueles da Administração Direta, têm eles o poder de determinar a execução de medidas administrativas dotadas de auto-executoriedade, e, portanto, de aplicabilidade direta, sem o concurso do Poder Judiciário, ao contrário do Ministério Público, que sempre deverá recorrer a este Poder, para a defesa dos direitos e interesses coletivos (em não contando com a colaboração voluntária do infrator). Possibilitar que os órgãos públicos deixem de atuar, passando a se utilizar do Ministério Público, é, assim, dificultar a tutela dos direitos e interesses de natureza coletiva. Em terceiro lugar, retirar-se-ia a possibilidade de o Ministério Público concentrar seus recursos e esforços na defesa daqueles interesses e direitos que entenda serem os de maior relevância para a sociedade, deslocando para outrem a decisão sobre quando ou em que casos agir.

Pelos motivos acima expostos, cabe lembrar o preceito contido no aforisma *minima non curat praetor* (“o Estado não se preocupa com as coisas mínimas”), adotado pelas legislações que permitem ao Ministério Público julgar da conveniência ou não da propositura da ação,<sup>8</sup> o qual deve iluminar os seus trabalhos no campo dos direitos e interesses coletivos.

Mas não é só quanto à legitimação concorrente que difere o regime de tutela destes interesses e direitos daquele atinente às infrações penais. Deve ser ressaltada, também, a possibilidade do próprio Ministério Público presidir a investigação dos ilícitos civis de natureza coletiva, o que diferencia substancialmente o seu trabalho, em termos práticos, daquele desenvolvido na persecução penal. Nesta, apesar da possibilidade legal de requisição pelo Ministério Público da instauração de inquérito policial, sabe-se ser diminuta a atuação desta Instituição na investigação. No caso de danos a interesses e direitos coletivos, ao contrário, é ele quem instaura o inquérito, após recolher subsídios nas mais diversas fontes: através de interessados que a ele representam, mediante informação de órgãos públicos, fornecidas espontaneamente ou após requisição, por conhecimento próprio, via observação direta ou através de órgãos de imprensa etc. Muitas vezes, o membro do Ministério Público instaura investigações relativas a problemas de grande relevância, sem que houvesse qualquer provocação para tal. Em resumo: a investigação a cargo do Ministério Público, através do inquérito civil, instaurável de ofício, amplia significativamente a necessidade de exercer esta Instituição o seu poder de iniciativa, ao contrário do que ocorre historicamente no caso da persecução penal, que tem a sua “porta de entrada”, na grande maioria dos casos, na Polícia Judiciária. Este incremento de seu poder de iniciativa só poderá ser bem exercido se forem utilizados critérios aceitáveis de priorização da atuação do Ministério Público, que lhe permitam selecionar na múltipla e diversificada conflituosidade coletiva aqueles casos que lhe pareçam, após amadurecida reflexão e debate, os de maior relevância para a sua atuação.

---

8. Fernando da Costa Tourinho Filho cita o aforisma ao mencionar as legislações que adotam o princípio da oportunidade para o ajuizamento da ação penal, mas ele se aplica, ainda com maior razão, à ação civil pública. In: *Processo penal*. 19. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1. p. 316.

A afirmação de que tem o Ministério Público a obrigação de instaurar investigações e propor ações civis públicas em todos os casos em que detecte a existência de danos a direitos e interesses de natureza coletiva, a partir da provocação de terceiros, é falaciosa, pois, na prática, estabelece um critério de seleção dos casos em que atuará, embora não se admita tal fato. Isto ocorre em razão de que, conforme demonstra a constatação direta da realidade, é relativamente pequeno o número de representações de terceiros ao Ministério Público, em comparação ao número total de casos de danos a direitos e interesses coletivos, mas, mesmo assim, lhe impõe uma carga de trabalho que praticamente inviabiliza qualquer iniciativa própria, voltada à investigação de outros fatos danosos. Como se pressupõe que esteja o Ministério Público atendendo, deste modo, a toda a “demanda” por sua atuação, existente na sociedade, conclui-se, ingenuamente ou não, que está ele cumprindo com a promessa de atender ao princípio da obrigatoriedade. Releva-se, deste modo, o fato de que detém ele o poder de iniciativa, que o obrigaria a não só atender os casos que lhe sejam trazidos por vias formais, mas a todos os casos que chegassem a seu conhecimento, inclusive por vias informais, como imprensa, observação direta etc. À propósito, destaque-se que enfatizar a necessidade do Ministério Público dar respostas à provocação formal de terceiros, deixando de lado o seu próprio poder de iniciativa, denuncia uma tradição de mimetismo cultural em relação ao Poder Judiciário, inerte por natureza, mimetismo este deslocado e prejudicial, dadas as diferenças intrínsecas entre estas Instituições.

O critério de seleção baseado no atendimento dos casos trazidos por terceiros, ademais, tem-se mostrado um mau critério, pois nada garante que estes casos sejam os mais relevantes para a sociedade, não se justificando, desta forma, restrinja-se a eles a atuação do Ministério Público. Reitera-se, assim, a necessidade de se encontrar critérios mais aceitáveis de priorização de sua atuação, selecionando-se os casos em que deva atuar, deixando aos cuidados dos legitimados os restantes.

Não se está a afirmar aqui, evidentemente, a disponibilidade do conteúdo material dos interesses e direitos coletivos, já que estes não pertencem ao Ministério Público, que, assim, deles jamais poderá dispor. Trata-se, isto sim, de afirmar a disponibilidade, em primeiro lugar, da instauração de investigações de sua atribuição, e, em segundo lugar, da propositura da ação civil pública. Tal disponibilidade só pode se basear em critérios de oportunidade e conveniência, os quais devem contar com rigorosa fiscalização interna, no âmbito do Ministério Público, e externa, através dos meios existentes de controle e interlocução da sociedade com esta Instituição.

Afirmar o princípio da oportunidade não implica, em absoluto, por outro lado, delegar ao livre arbítrio de cada membro do Ministério Público a apreciação definitiva sobre a necessidade ou não de atuação em determinado caso. Tem ele, indubitavelmente, a independência funcional de fazê-lo, mas de forma responsável, isto é, devendo responder pelos fundamentos de oportunidade e conveniência que adote, inclusive no que se refere, também, aos objetivos gerais de atuação do Ministério Público, expressos nos Planos de Atuação.

A necessidade de racionalização do sistema legal, com a obtenção de resultados efetivos, tem levado, como se sabe, a alterações normativas e doutrinárias até mesmo no processo penal, tendo sido flexibilizado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não só em diversos outros países, como também no nosso, seja em face da criminalidade de menor potencial ofensivo (os assim chamados “crimes de bagatela”), seja em razão da necessidade de concentrar esforços para o combate à criminalidade organizada. Neste sentido, aponta Fernando da Costa Tourinho

os casos das legislações norueguesa, russa, austríaca, alemã e francesa<sup>9</sup>, ao passo que Paulo Pinto de Carvalho, em elucidativo artigo, lembra os casos da França, da Alemanha, da antiga União Soviética e dos Estados Unidos da América,<sup>10</sup> e Fauzi Hassan Chouke cita também o modelo processual penal belga.<sup>11</sup>

Ainda no processo penal, não se deve ignorar, tampouco, os dados trazidos pela observação empírica da realidade, que apontam para a existência de uma “discrecionalidade informal”, no âmbito da Polícia Judiciária e, residualmente, no âmbito do próprio Ministério Público, que faz com que, através de meios indiretos, não se instaurem investigações ou ações penais, em casos tais que, à luz do princípio da obrigatoriedade, deveriam necessariamente ser instaurados.<sup>12</sup>

Se no campo do processo penal ocorre tal tendência, com maior razão ainda deve ser afirmado o princípio da oportunidade na área cível referente à tutela de direitos e interesses de natureza coletiva, pelos motivos anteriormente expostos.

Ademais, verifica-se que os responsáveis pelos danos aos direitos e interesses de natureza coletiva na área cível, via de regra, não são infratores individuais, de baixa extração social, despreparados para a convivência em sociedade; ao contrário, são, em geral, grandes empresas ou grupos econômicos e políticos, com intenso poder de intervenção social e judicial. Como afirma Paulo Pinto de Carvalho, no estudo já mencionado, “o Ministério Público não enfrenta um adversário cavalheiresco, individualizado, de forças limitadas, em prélio judicial travado em pé de igualdade. Ao contrário, o contendor por vezes pertence a uma *societas criminis* cujos co-autores poderosos lutam na retaguarda, com recursos ilimitados e forças desconhecidas”.<sup>13</sup> Esta situação exige, assim, para que se estabeleça efetiva paridade de armas, que se organize também o Ministério Público para o seu enfrentamento, priorizando a sua atuação, de forma a concentrar seus recursos materiais e humanos nos casos de maior importância. Para que haja uma mínima eficácia em sua atuação investigativa e processual, deve o Ministério Público restringi-la a casos exemplares, de maior relevância social e visibilidade, atuando, deste modo, pedagogicamente, pois mais vale a efetiva tutela em um menor número de casos paradigmáticos, que a pretensão de atuação universal, totalizadora, em geral frustrada pela dispersão de recursos, em confronto com o poder organizacional, econômico e político dos investigados e réus.

Por todos os motivos acima expostos, advém a necessidade de aplicar-se, dentro de critérios de razoabilidade, o princípio da oportunidade para a instauração da investigação de

---

9. Idem, *ibidem*. p. 316.

10. CARVALHO, Paulo Pinto de. Uma incursão do Ministério Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério Público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 77-120. Em nosso país, como se sabe, instituiu-se a possibilidade da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, cf. previsto na Constituição da República, art. 98, I, e na Lei 9.099/95.

11. CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 44.

12. Neste sentido, *vide* as informações trazidas por MAZZILLI, Hugo NIGRO. *Manual do Promotor*. p. 194, e seu posicionamento favorável à mitigação do princípio da obrigatoriedade, por lei, para os casos em que não haja interesse social na propositura ou no prosseguimento da ação penal.

13. Op. cit. p. 118. Refere-se o autor aos agentes da chamada criminalidade organizada, mas seus argumentos são perfeitamente adaptáveis, no que toca ao poder do infrator, à análise da matéria relativa à ofensa a interesses e direitos coletivos.



danos a interesses e direitos de natureza coletiva e para o ajuizamento da ação civil pública correlata.

## CONCLUSÕES

1) A necessidade de aumentar a eficácia do Ministério Público na defesa de interesses e direitos de natureza coletiva está a impor uma revisão na tradicional visão doutrinária quanto a pautar-se a sua atuação pelo princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade, adotando-se o princípio da oportunidade na instauração das investigações e ajuizamento das ações civis públicas.

2) Tal posicionamento fundamenta-se:

a) no permissivo legal dado pelo *caput* do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que apenas faculta ao Ministério Público a propositura da ação civil pública;

b) na existência de legitimidade concorrente para o ajuizamento da ação civil pública;

c) na fato de ser, por vezes, de maior pertinência a outro órgão público co-legitimado a propositura de medidas judiciais em defesa de certos direitos, sendo conveniente que aja ele diretamente, sem a concorrência do Ministério Público;

d) no maior poder de iniciativa conferido ao Ministério Público com a assunção da presidência do inquérito civil, instaurável de ofício (sendo, assim, vastíssimo o campo de atuação desta Instituição);

e) na falácia contida na afirmação de que cumpre o Ministério Público com o princípio da obrigatoriedade, se instaurar investigações e propuser ações civis públicas em todos os casos em que for detectada a existência de danos a direitos e interesses de natureza coletiva, a partir da provocação de terceiros (dada a existência de inúmeros outros casos que não lhe são encaminhados por representação de terceiros);

f) no entendimento de que enfatizar a necessidade do Ministério Público dar respostas à provocação formal de terceiros, deixando de lado o seu próprio poder de iniciativa, denuncia uma tradição de mimetismo cultural em relação ao Poder Judiciário, inerte por natureza, mimetismo este deslocado e prejudicial, dadas as diferenças intrínsecas entre estas Instituições;

g) no fato de que até mesmo no processo penal tem sido flexibilizado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, seja em face da criminalidade de menor potencial ofensivo, seja em razão da necessidade de concentrar esforços para o combate à criminalidade organizada;

h) na observação empírica da realidade, que aponta para a existência de uma “discricionariedade informal”, no âmbito da Polícia Judiciária e, residualmente, no âmbito do próprio Ministério Público, que faz com que, através de meios indiretos, não se instaurem investigações ou ações penais, em casos tais que, à luz do princípio da obrigatoriedade, deveriam necessariamente ser instaurados;

i) no fato de que os responsáveis pelos danos aos direitos e interesses de natureza coletiva na área cível são, em geral, grandes empresas ou grupos econômicos e políticos, com intenso poder de intervenção social e judicial, o que exige que se organize também o Ministério

Público para o seu enfrentamento;

j) na conseqüente necessidade de priorização da atuação ministerial, com a concentração de esforços nos casos de maior relevância social, tratados de forma exemplar, paradigmática.

3) O princípio da disponibilidade da instauração de investigações de sua atribuição e da propositura da ação civil pública deve pautar-se, na prática, por critérios de oportunidade e conveniência, os quais devem contar com rigorosa fiscalização interna, no âmbito do Ministério Público, e externa, através dos meios existentes de controle e interlocução da sociedade com esta Instituição.

## TESE 54

### O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E, CONSEQÜENTE LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, COMO FORMA MITIGADORA DO PODER DISCRICIONÁRIO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

**Mauro Sérgio Rocha\***

Promotor de Justiça - PR

#### I. INTRODUÇÃO. II. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE. III. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA ANTE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E, CONSEQÜENTE LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. IV. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS. V. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

#### I. INTRODUÇÃO:

Hodiernamente, não se ignora a supremacia e a força normativa da Constituição<sup>1</sup>. De conseqüência, a produção dos atos administrativos, em geral, deve observância àquele regramento, destacando-se os princípios constitucionais-administrativos, de um lado, como orientadores eficazes à consecução do bem-comum e, de outro, como motivadores da improbidade administrativa, se e quando inobservados<sup>2</sup>.

Atualmente, a legislação conduz a boa administração. O planejamento e a lisura no trato da coisa pública<sup>3</sup> passam a substituir o 'casuísmo' e o pragmatismo daqueles que, até mesmo por falta de orientação, administravam o público, como se particular fosse.

Dessa forma, encontra-se o administrador vinculado aos princípios insertos no art. 37, caput, da Constituição Federal, o que, por sua vez, faz por mitigar o seu poder discricionário,

---

\* *Promotor de Justiça no Paraná*. Essa tese contou com a colaboração do Acadêmico *Pedro Henrique Pedrosa*, Estagiário do Ministério Público do Paraná.

1. **HESSE**, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* (tradução: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

2. Art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

3. Exteriorizações dos princípios da eficiência e da moralidade.

principalmente quando os olhos se voltam à eficiência (EC 19/98)<sup>4</sup> e à moralidade do gestor da coisa pública.

Portanto, não obstante ciente da turbulência da matéria, pretende-se enxergar o princípio da eficiência e, conseqüente lei de responsabilidade fiscal, senão como posturas excludentes do poder discricionário do administrador público, como elementos essenciais à mitigação da orla de incerteza compreendida nos conceitos de conveniência e oportunidade, permitindo, por consectário, o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo.

## II. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE:

A legislação sempre pautou a atuação do Administrador Público. Ora, não lhe permitindo liberdade (atos vinculados ou regrados), ora lhe atribuindo uma análise subjetiva e pessoal da conveniência e oportunidade do ato administrativo (ditos discricionários). Esclarece Seabra FAGUNDES<sup>5</sup>.

“A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade, e forma), no praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p. ex.: advertir apenas, ou proibir), ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade, e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.”

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>6</sup> acrescenta:

“Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou opção.”

Desse modo, a atividade discricionária encontra-se sujeita a duplo condicionamento, ou seja, pelo ordenamento jurídico e pelas exigências do bem-comum (interesse público, social ou coletivo), destacando-se, neste momento, os princípios balizadores da Administração Pública.

---

4. A Lei Complementar nº 101/00, pautada também no princípio da eficiência, “[...] *impõe à Administração Pública e a seus agentes o dever de agir com eficácia real e concreta*, que se manifesta na aplicação a cada situação concreta da medida, dentre as previstas ou autorizadas em lei, eficiente à satisfação mais adequada do interesse público (dever jurídico de boa administração).” PAZZAGLINI FILHO, Marino. Crimes de Responsabilidade Fiscal. Atos de Improbidade Administrativa por Violação da LRF. São Paulo : Atlas, 2001, p. 14-15.

5. RDA 14/52.

6. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 306.

### III. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA ANTE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E, CONSEQÜENTE LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL:

Como salientado, a conveniência e a oportunidade conduzem a produção dos atos discricionários. Tais conceitos, como sabido, mostram-se caracterizados pela fluidez. Tratam-se de conceitos vagos e/ou indeterminados que, na ótica de Teresa Arruda Alvim **WAMBIER**<sup>7</sup>, comportam mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis.

Esses conceitos desempenham três funções: **a)** permitem que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado; **b)** permite que a norma perdure por mais tempo, pois o conceito vago e/ou indeterminado se reflete mais ‘adaptável’; **c)** permite que a mesma norma seja aplicada, de forma mais ‘justa’, em contingência temporal idêntica, porém em lugares distintos;

De conseqüência, visa-se a flexibilização da norma (ex. moralidade pública, reputação ilibada, conveniência e oportunidade, etc.). *In casu*, relevante o papel hermenêutico do operador jurídico.

Dessa forma, portanto, possível a concreção dos chamados conceitos vagos (imprecisos), exigindo-se do jurista uma postura, no mínimo, mais séria e, por conseqüência, comprometida com os valores que norteiam o sistema jurídico (segurança e justiça) e não, *data venia*, ligados à satisfação deste ou daquele Chefe do Executivo.

Com isso, quer-se acreditar que a conveniência e oportunidade do administrador, face os princípios da moralidade e da eficiência, este também particularizado pela lei de responsabilidade fiscal, fez-se reduzida.

Pondera Hely Lopes **MEIRELLES**<sup>8</sup>:

“A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.”

Então, se a discricionariedade prima pela solução mais vantajosa aos administrados (*maior rentabilidade social*), é porque se mostra, umbilicalmente, relacionada ao princípio da eficiência. O gestor da coisa pública só alcançará maior benefício à coletividade se e quando labutar com eficiência.

Sobre o princípio da eficiência, anota Alexandre de **MORAES**<sup>9</sup>:

“[...] o administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produza o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra,

7. Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Questões de Fato, Conceito Vago e a sua Controlabilidade através de Recurso Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 439.

8. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 158.

9. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 305-306.

transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, *primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.* Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.”

Ainda, menciona o autor:

“[...]a Mensagem Presidencial nº 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional nº 19, trazia em sua Exposição de Motivos suas pretensões, dentre elas, ‘incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho do Estado *deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte*’ e ‘ênfatisar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua separação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.’”

Dessa forma, portanto, não se pode ignorar que o princípio da eficiência, por exigir uma rentabilidade social maior na prática dos atos administrativos, faz com que a discricionariedade do administrador seja mitigada, ou seja, reduzindo a orla de incerteza dos conceitos inerentes à conveniência e oportunidade da administração.

Essa constatação, por óbvio, encontra-se vinculada a uma crescente participação do povo na gestão da coisa pública. Tanto é verdade, que uma das características retiradas do princípio da eficiência concerne à participação e aproximação dos serviços públicos às exigências da população, fazendo colorir, por conseqüência, a soberania popular.

Neste particular, expressa-se o § 3º, do art. 37, ou seja, “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, [...]”<sup>10</sup>

Fosse pouco, a Lei Complementar nº 101/00<sup>11</sup>, já no seu art. 1º, § 1º, registra:

**“A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívida consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”**

---

10. Redação atribuída pela EC 19/98.

11. Noutras passagens, a exemplo do art. 4º, inciso I, alínea ‘a’, art. 48, § único, art. 59, inciso I e art. 67, inciso II, da mesma legislação, retira-se a exigibilidade do Administrador Público labutar com eficiência.

Sobre o referido dispositivo, comentou Marino **PAZZAGLINI FILHO**<sup>12</sup>:

“Assim, a LRF objetiva a administração mais eficiente das receitas (maior eficiência da arrecadação, envolvendo medidas mais efetivas de instituição, fiscalização e cobrança de tributos) e das despesas públicas (maior eficiência na redução de gastos públicos, com adoção de regras mais eficazes de contenção, controle e racionalização de despesas), o equilíbrio das contas públicas e a observância de metas fiscais na gestão do Tesouro Público, o que permitirá melhor desempenho da União, dos Estados e dos Municípios na execução de políticas públicas positivas visando atender às necessidades e aos anseios legítimos da sociedade brasileira.”

#### 4. CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS:

Num primeiro momento, é bom que se diga, que os atos discricionários não estão imunes ao controle jurisdicional. Não é de hoje que se admite, ainda que excepcionalmente, o exame do mérito do ato administrativo.

Aqui, pondera Themístocles Brandão **CAVALCANTI**<sup>13</sup>.

“O exame dos motivos quando o ato é motivado, o desvirtuamento dos objetivos para atender a um interesse privado, o desvirtuamento dos limites de apreciação das condições técnicas, a violação da lei são exemplos que justificam a intervenção judicial.”

No sistema jurídico brasileiro, esclarece Hely Lopes **MEIRELLES**<sup>14</sup>

“[...] erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.”

Entretanto, sempre se resistiu à evolução dessa idéia, ou seja, os pressupostos de conveniência e oportunidade, ainda se caracterizam como exclusividade do Administrador Público.

No entanto, poder-se-á alçar novos horizontes, afirmando-se que o controle judicial não se limita aos pressupostos formais dos atos discricionários. Ora, o controle meramente formal, por óbvio, não permite a verificação da substância, onde, necessariamente, concentra-se a eficiência e a moralidade do gestor da coisa pública.

Parece evidente, data venia, que o posicionamento da doutrina brasileira se liga aos ideais expostos pelo direito gaulês, sítio em que, sabidamente, prepondera o chamado

---

12. *Op. cit.* p. 14.

13. RDA, Seleção Histórica, p. 450.

14. *Op. Cit.* p. 111.

contencioso administrativo<sup>15</sup>. Ocorre, porém, que a Constituição Federal abraçou o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário<sup>16</sup> e, seria crível, admitir que a autoridade judicante verificasse, no plano concreto e, com os olhos voltados ao princípio da razoabilidade<sup>17</sup>, a motivação contida no ato administrativo impugnado. In casu, por certo, não haveria violação ao princípio da tripartição dos poderes e sim, a observância inarredável do chamado sistema de freios de contrapesos.

Repisamos: Essa fiscalização ou controle, no que se refere aos atos discricionários, não deve, portanto, ater-se sobre a superfície do ato, pois é exatamente no seu núcleo em que se verificam a moralidade e a eficiência, daí a quebra da posição doutrinária tradicional.

Ensina **CAIO TÁCITO**<sup>18</sup> que “[...] para a validade do ato da Administração, faz-se necessário que os motivos do administrador sejam razoáveis e que o seu objeto seja proporcional à finalidade declarada explícita ou implicitamente na norma.”

Com isso, visa-se o aproveitamento máximo dos recursos públicos, ou seja, seria a maximização de resultados aliada à minimização de sacrifícios. Tal situação, levará o administrador público a realizar um amplo planejamento, isto é, extinguindo quaisquer condutas negligentes e culminará com a aplicação dos recursos públicos às reais necessidades da coletividade.

A prioridade será o bem-estar do povo e não a próxima campanha eleitoral.

Neste momento, calha à fiveleta as lições de Miguel **REALE**<sup>19</sup>:

---

15. **MEIRELLES**, Hely... *Op. cit.*, p. 47, descreve a lição de Trobatas, sobre o contencioso administrativo e jurisdição administrativa, fornecendo-se os seguintes conceitos: “*Entende-se por contencioso administrativo o conjunto de litígios que podem resultar da atividade da Administração. O contencioso administrativo é, pois, mais amplo que a jurisdição administrativa, porque, se a maior parte dos litígios suscitados pela atividade da Administração Pública são levados diante da jurisdição administrativa, apenas alguns litígios são levados diante da jurisdição judiciária – Entende-se por jurisdição administrativa o conjunto de tribunais grupados sob a autoridade do Conselho de Estado. A jurisdição administrativa se distingue, assim, da jurisdição judiciária, isto é, dos tribunais grupados sob a autoridade da Corte de Cassação.*” (*Droit Public et Administratif*, 1957, p.140)

16. Art. 5º, inciso XXXV, CF.

17. Neste particular: **BARROS**, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

18. Vinculação e Discricionariedade Administrativa, RDA 205/125.

19. Revogação e Anulamento do Ato Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1968, p. 105. Sob o mesmo prisma: **MELLO**, Celso Antonio Bandeira. “De fato, é o exame dos motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista. Já de outra feita profligamos a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seja suficiente para subtraí-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão. Acreditar que em casos desta ordem o agente está livre, graças à remissão a estas expressões algo fluidas, corresponderia atribuir-lhes uma significação ‘mágica’. Tais palavras não têm condição de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de fabricar um universo de fantasia, como sucede nas histórias e contos infantis. Para o agente público não há ‘abracadabras’, justamente porque o Judiciário pode comparecer sob o apelo dos interessados a fim de confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano de legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais. Apoderado o sentido das palavras legais e do próprio espírito que lhes anima o enunciado, em trabalho que se profunda até o ponto em que surjam dúvidas ou imprecisões inelimináveis totalmente, o Judiciário estabelece o confronto entre o ato administrativo e as imposições que lhe caberia atender. Para tanto, coteja os fatos do mundo real, em que se pretende estribada a Administração, com a previsão hipotética deles, a ver se os primeiros realmente se subsumem ao enunciado normativo. Por derradeiro: se a lei não expressou o motivo legal justificado do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso. É, pois, em casos que comportam discricionário administrativa, que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.”



“[...] não se pode recusar ao juiz, ao apreciar a legalidade de um ato administrativo, o poder de analisá-lo em seu conteúdo ou concreção, para verificar se efetivamente a lei foi atendida em seus ditames axiológicos, isto é, nos fins que constituem a razão de sua vigência. Digna de encômios é, por conseguinte, a jurisprudência que, vencendo preconceitos inspirados por falha compreensão do princípio da distinção dos poderes, salvaguarda não só a faculdade, mas o dever que tem o magistrado de ‘apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração’<sup>20</sup> por ser possível ‘o controle do judicial do ato administrativo também pelo seu aspecto intrínseco (motivos ou razões) para se evitarem os abusos e injustificáveis lesões de direitos individuais’<sup>21</sup>”.

Já se decidiu: TASP<sup>22</sup>: “ATO ADMINISTRATIVO – Multa aplicada com exagero pelo fisco – Redução – Faculdade do Judiciário de examinar pelo mérito os atos do Poder Público – Aplicação do art. 141, § 4º, da Constituição Federal<sup>23</sup>. *Em regra, a autoridade judiciária deve examinar os atos administrativos unicamente sob o aspecto da legalidade; mas, e sobretudo em face do artigo 141, §4º, da Constituição da República, é possível o controle judicial do ato administrativo também pelo seu aspecto intrínseco (motivos ou razões), para se evitarem os abusos e injustificáveis lesões de direitos individuais.*”

Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário, em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Constitucional, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Nieto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado.<sup>24</sup>

Não se deve, porém, esperar que este posicionamento (possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários), seja aceito e, com amplitude, pelos Tribunais. No entanto, mister se faz a provocação destes fenômenos pelas instituições legitimadas, confirmando-se o fato de que a realidade se impõe sobre os fenômenos jurídicos, com a intensidade necessária para sua evolução e adequação à dialética social.

O Legislativo já fez a sua parte, prescrevendo os princípios a serem observados pelo

20. STF. R.E. 17.126. Diário da Justiça, 12-2-1954.p.629, já citado por Caio Tácito.

21. TASP. RT 251/671.

22. RT 275/670. Relator Young da Costa Manso. (São Paulo, 11 de fevereiro de 1958)

23. Refere-se à Constituição Federal de 1946, que em seu artigo 141, §4º afirma que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual”; observa-se, porém, a aplicabilidade do mesmo preceito na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, onde determina-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

24. MORAES, Alexandre. *Op. cit.*, p. 312.

25. Nesta seara: Lei nº 8.429/92; Lei Complementar nº 101/00 e ainda, Lei nº 10.028/00.

administrador público, bem como as cominações nas hipóteses de violação<sup>25</sup>. Caberá aos cidadãos, e ao próprio MINISTÉRIO PÚBLICO, de forma cadenciada, inflamar e dispersar os ideais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois, nas palavras de Horácio, *dimidium facti qui cepti habet*<sup>26</sup>.

## 5. CONCLUSÕES:

Ante o exposto, conclui-se:

I- O poder discricionário (oportunidade e conveniência) do administrador público, ante o princípio da eficiência e, conseqüente lei de responsabilidade fiscal, fez-se mitigado.

II- Em conformidade com a nova ótica constitucional, especialmente art. 5º, inciso XXXV e, art. 37, caput (com redação atribuída pela EC 19/98), permite-se ao Poder Judiciário a observância irrestrita da eficiência e moralidade da administração, interferindo, inclusive, no mérito do ato administrativo.

III- Cabe aos cidadãos, via Ação Popular (CF, artigo 5º, inciso LXXIII) e ao MINISTÉRIO PÚBLICO, por meio da Ação Civil Pública e Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa, a provocação da atividade jurisdicional do Estado, no intuito de ver anulado o ato discricionário ineficiente, devendo, em se tratando do parquet e, se for o caso, ventilar sobre possível improbidade administrativa do gestor da coisa pública.

---

26. Epístolas. I, 2. "Quem começou, tem metade da obra executada."

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

**CAVALCANTI**, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. Revista de Direito Administrativo. Seleção Histórica. Rio de Janeiro : Renovar, 1991.

**FAGUNDES**, Seabra. RDA 14/52.

**HESSE**, Konrad. A Força Normativa da Constituição. (tradução: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

**MEIRELLES**, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

**MELLO**, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Elementos de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo : RT, 1991.

**MORAES**, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo : Atlas, 2001.

**PAZZAGLINI FILHO**, Marino. Crimes de Responsabilidade Fiscal. São Paulo : Atlas, 2001.

**REALE**, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1968.

**RÓNAI**, Paulo. Dicionário Universal de Citações. Rio de Janeiro : Ed. Nova Fronteira, 1985.

**TÁCITO**, Caio. Vinculação e Discricionariedade Administrativa. RDA 205/125.

**WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Questões de Fato, Conceito Vago e a sua Controlabilidade através de Recurso Especial. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 439.

## TESE 55

### DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDEVIDA DISPENSA DE CONCURSO DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

Oswaldo Bianchini Veronez Filho(\*)

Promotor de Justiça - SP

#### I. INTRODUÇÃO

A defesa do patrimônio público constitui hoje uma das atribuições mais relevantes conferidas ao Ministério Público. Jamais se ouviu falar em tantos desmandos na Administração Pública do país, com prejuízos muitas vezes irreparáveis ao patrimônio do povo. Mas, ao lado deste quadro preocupante, a mídia divulga diuturnamente a atuação firme e combativa do Ministério Público, sempre empenhado não só na investigação completa das denúncias apresentadas, como também na incansável busca da responsabilização judicial dos agentes públicos pelos prejuízos verificados.

Constitui dever da Instituição fazer cumprir os princípios constitucionais impostos ao administrador público. Cuida-se de direito difuso por excelência, pois, o uso adequado das receitas provenientes dos tributos que todos devemos pagar, interessa à coletividade de uma forma indistinta. Não se cuida de norma pragmática a observância dos princípios básicos previstos no artigo 37, “caput”, da Constituição da República, mas sim, de regras de cumprimento obrigatório que atinge todo e qualquer administrador público.

Daí porque, o papel do Ministério Público neste campo é de suma importância, competindo-lhe fiscalizar rigorosamente o cumprimento dos princípios enumerados no referido dispositivo constitucional: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Existem outros princípios explícitos e implícitos na Carta Constitucional que também são importantes e merecem nossa atenção (princípio da supremacia do interesse público, princípio da razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, etc.).

Causa-nos especial preocupação os abusos que verificamos na dispensa arbitrária de concurso público para admissão nos quadros da Administração Pública, razão pela qual, decidimos enfrentar algumas situações comuns que merecem a nossa reflexão, para uma melhor atuação por parte do Ministério Público.

## 2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 E AS HIPÓTESES DE DISPENSA DE CONCURSO PÚBLICO

Antes do advento da Emenda nº 19/98, o artigo 37 da Constituição Federal, encontrava-se assim redigido, no que respeita ao tema proposto:

**“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:**

**I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;**

**II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;**

(...)

**“V – os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”.**

(...)

**“IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.**

(...)

**“§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.**

Com a entrada em vigor da Emenda nº 19/98, o mesmo artigo 37, passou a ter a seguinte redação, na parte que nos interessa:

**“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**

**I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;**

**II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei**

de livre nomeação e exoneração”;

(...)

**“V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”;**

(...)

**“IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.**

**“§ 2.º A não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.**

A análise comparativa dos textos acima transcritos nos faz compreender que o legislador de maneira expressa, restringiu a possibilidade de dispensa do concurso para o ingresso no serviço público. Na redação original do artigo 37, da Constituição, o concurso público de provas ou de provas e títulos, poderia ser dispensado para as nomeações objetivando o exercício de “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, completando que tais cargos seriam exercidos “preferencialmente por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional”, admitindo-se, ainda, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Atualmente, com a nova redação do artigo 37, a possibilidade de nomeação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança sofreu sensível modificação. Em que pese o dispositivo inserido no inciso V, do referido artigo 37, exigir regulamentação na primeira parte (“*as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei*”), o certo é que o legislador, demonstrando sensatez, acrescentou que as funções de confiança e os cargos em comissão “*destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*”. Relativamente a esta última parte do preceito constitucional, a aplicação é imediata e não depende de qualquer regulamentação por lei ordinária.

A este respeito, escreveu com propriedade o eminente Juiz Federal HERALDO GARCIA VILLA, em seus “Apontamentos da Reforma Administrativa”<sup>1</sup>, a respeito dos cargos em comissão e funções de confiança:

**“O mesmo dispositivo constitucional, na parte final, em relação às duas hipóteses acima referidas, estabelece sua destinação: direção, chefia e assessoramento – logo, as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, serão destinadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; os cargos em comissão, preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos**

previstos em lei, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Entendemos ser auto-aplicável a primeira parte do dispositivo, não necessitando de lei que complete a vontade constitucional; a segunda parte, porém, requer alguns cuidados especiais. De fato, ainda que não haja lei estabelecendo os percentuais mínimos necessários aos servidores de carreira, os cargos em comissão deverão, necessariamente, destinar-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, pois, quanto a este aspecto, a norma constitucional é clara e prescinde de norma ordinária que lhe dê eficácia”.

### III. LIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DO ASSUNTO

Muito tempo antes do aparecimento da Emenda Constitucional nº 19/98, a doutrina já interpretava restritivamente as hipóteses de admissão no serviço público sem a realização de concurso.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES ensinava que:

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

Anotou, ainda, o referido mestre:

“Observe-se, por fim, que a exigência de prévia aprovação em concurso é para os cargos de provimento efetivo, ou seja, não temporário, não condicionado a uma relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos. Daí por que é dispensada para o preenchimento dos cargos declarados em lei de provimento em comissão, cuja principal característica é a confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, por isso mesmo nomeáveis e exoneráveis livremente (CF, art. 37, II). Não obstante, o STF alertou que ‘a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso’.<sup>2</sup>

“O concurso é o meio técnico posto ‘a disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF’<sup>3</sup>.

Mostra-se, pois, relevante a observação feita por MÁRCIO CAMMAROSANO, citado em nota de rodapé na obra de autoria de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO:

---

2. “Direito Administrativo Brasileiro”, 17ª ed., págs. 362, 377 e 378.

3. Obra citada, pág. 375.

“Se assim é, cabe formular a seguinte indagação: pode a lei, ao criar cargos públicos, declará-los de livre nomeação e exoneração como melhor aprouver ao legislador? Em outras palavras: há ou não limites à criação de cargos de livre nomeação e exoneração? ...”. Conclui, adiante: “... Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou àquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior”.

Daí, porque, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, escreveu:

“É necessário enfatizar, todavia, que não é possível à lei erigir cargos em comissão que não tenham compatibilidade com a função desempenhada. É dizer: o texto constitucional, ao falar em cargo em comissão ‘declarado em lei de livre provimento e livre exoneração’, está a pressupor a existência de necessidade administrativa de tal cargo.

Realmente, o cargo pode ser em comissão quando sua vocação for para tal efeito, ou seja, o elemento que se vai investir no cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar.

Se assim é, não há possibilidade de qualquer cargo ser em comissão, mesmo que a lei disponha dessa forma. Haveria, a nosso ver, possibilidade de contestação judicial, e seria lícito ao Judiciário verificar se o cargo é de molde a ser provido em comissão ou, ao revés, poderia ser pertencente ao quadro de cargos de carreira. A amplitude do inc. XXXV do art. 5º do Texto Constitucional abriga tal competência”.<sup>4</sup>

Oportunas as observações sobre este palpitante assunto que se encontram na obra escrita pelo professor DIÓGENES GASPARINI, anotadas abaixo:

“Os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração”.

(...)

“Mas, certamente, não se pode criar somente cargos em comissão, dado que outras razões existem contra essa possibilidade. Ainda mais essa criação desmedida e descabida deve ser obstada quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos”.

---

4. “Curso de Direito Administrativo”, 2ª ed., 1.995, págs. 381/382.



Devemos, ainda, destacar a lição do professor JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR:

“Caracterizam-se os cargos em comissão por serem de confiança e por poderem seus titulares ser demissíveis ad nutum, não devendo, de modo algum, ser confundidos com os de exercício temporário, cujo poder legal é conferido para certo tempo, como acontece com os deputados ao Parlamento.

“O funcionário em comissão não é efetivo, não adquire estabilidade pelo decurso do tempo. É ao exercício que se refere o vocábulo ‘efetivo’, na expressão ‘efetivo exercício’ e não ao funcionário.

O funcionário titular ou ocupante de cargo público efetivo deve ter exercício durante o lapso de tempo para adquirir estabilidade. O funcionário ocupante de cargo em comissão não adquire estabilidade, mesmo que exerça efetivamente o cargo durante dez anos. E isso porque o cargo não possui essa virtude de conferir estabilidade’ (Tito Prates)”<sup>6</sup>.

A propósito, ressalta ADILSON DE ABREU DALLARI, de modo incisivo que:

“Se a administração puder criar todos os cargos com provimento em comissão, estará aniquilada a regra de concurso público. Da mesma forma, a simples criação de um único cargo em comissão, sem que isso se justifique, significa uma burla à regra do concurso público”, concluindo que “é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior”<sup>7</sup>.

Segundo observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, as nomeações em comissão só se justificam:

“porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança de autoridade a que são imediatamente subordinadas. Demais, o titular assume-os em caráter passageiro. São de provimento em comissão, em regra, os cargos dos órgãos da administração superior. Recomenda-se que os cargos em comissão e as funções de confiança sejam exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica em profissional, nos casos e condições previstas em lei (art. 37, V)”<sup>8</sup>.

---

5. “Direito Administrativo”, 4ª ed., 1.995, pág. 194.

6. “Curso de Direito Administrativo”, 10ª ed., 1.989, pág. 450.

7. “Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, pág. 41.

8. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., págs. 570/571.

#### IV. A QUESTÃO SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA

O excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, apreciando o assunto no ano de 1.994, quando do julgamento de uma medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, decidiu:

**“Concurso público. Plausibilidade da alegação de ofensa da exigência constitucional por lei que define cargos de Oficial de Justiça como de provimento em comissão e permite a substituição do titular mediante livre designação de servidor ou credenciamento de particulares. Suspensão cautelar deferida.**

1. A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza. Precedentes.

2. Também não é de admitir-se que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo - que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público -, se proceda, por tempo indeterminado, a livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público” (ADI-MC, de Goiás, nº 1141, Pleno, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 10.10.94, unânime, DJ 4.11.94, pág. 29829).

No acórdão da lavra do eminente Ministro PAULO BROSSARD, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que:

**“A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168.**

**Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II” (Diário da Justiça, Seção I, edição de 23 de abril de 1.993).**

O egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, bem antes do advento da Emenda nº 19/98, manifestou-se inúmeras vezes a respeito do assunto, entendendo que o *“cargo em comissão deve abranger as atividades de assessoramento e direção”, “sendo regidos pelo regime estatutário”,* e o *“provimento dos demais cargos deve ser por concurso público”,* em consonância com o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal (TC 5803/026/91, DOE de 10.6.92, págs. 24/26 e em 11.2.93, pág. 46; 609/005/93, DOE de 17.5.96, pág. 91; 125/005/94, DOE de 27.3.96, págs. 22/24; 546/005/94, DOE de 25.11.94, pág. 56; 2243/026/98, DOE de 31.7.99, pág. 7).

De igual modo, o egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, determinou que uma empresa pública anulasse as contratações dos funcionários ocupantes *“das funções em comissão e que exerçam atividades tipicamente técnicas, passíveis de recrutamento no mercado de trabalho, a exemplo das funções de Auxiliar Técnico, Assistente Técnico ...”* (...) *“porquanto o procedimento adotado pela empresa contraria o disposto no art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal e as decisões desta Corte”* (AC 0160-54/95-P, TC-017.413/91-5, j. em 29.11.95, publicado no DOU em 15.12.95, pág. 21.196).

O egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO decidiu que *“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão, de cujos titulares nada mais se pode exigir além do escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional técnico”* (Apelação Cível nº 218.588-1-São Paulo, Rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 20.12.94, LEX 176/64). Constatou também no venerando acórdão: *“E, também, como argutamente lembrado no parecer do Ministério Público de Primeiro Grau, que ‘admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional técnico, livres de quaisquer preocupações ou considerações de outra natureza”*.

Destarte, a exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos, constitui a regra geral que deve nortear as contratações no serviço público. A Constituição faz apenas duas ressalvas: os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração e as contratações por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Todavia, a criação dos cargos em comissão depende da necessidade do Poder Público. Não se pode perder de vista que todo ato administrativo pressupõe a existência de interesse público. Os cargos de confiança ou em comissão, só podem ser instituídos para o exercício de funções que exijam uma confiança especial em relação ao subordinado e o seu superior. É inadmissível a criação arbitrária de cargos em comissão, usando as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, no acórdão antes citado, *“para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza”*.

Especial atenção deve existir na análise do caso concreto. Muitas vezes o administrador público utiliza-se de artimanhas para poder contratar um verdadeiro batalhão de pessoas que o ajudaram na campanha eleitoral que precedeu o início do seu mandato. Para atender às promessas eleitoreiras, consegue criar inúmeros cargos em comissão, que só na aparência estão em conformidade com as hipóteses admitidas pela Constituição Federal, para a dispensa do concurso público de ingresso. Nos deparamos na prática com situações curiosas. O cargo existe legalmente; o nome atribuído ao cargo parece atender ao comando constitucional; mas, quando investigamos quais são efetivamente as atribuições do cargo, percebemos que ocorre um sério desvirtuamento. Por exemplo, a criação do cargo de assessor para assuntos especiais. Trata-se de um nome certamente pomposo, que poderia significar uma atuação altamente importante para a Administração Pública, porém, na verdade, o servidor ocupante do referido cargo é uma espécie de secretário subalterno do Prefeito Municipal, que atende ao público e serve cafezinhos para os visitantes. Esta situação parece absurda, mas não o é. Infelizmente é comum encontrar casos como este nas administrações municipais deste país.

## V. A AUTONOMIA MUNICIPAL PARA A CRIAÇÃO DE CARGOS

Os Municípios têm autonomia para organizar os seus serviços e compor seu pessoal.

No entanto, esta autonomia não é absoluta, impondo-se restrições de ordem constitucional, adotando-se normas gerais de aplicação obrigatória a todos os entes federados, incluindo-se, a União, os Estados-Membros e os Municípios.

Como anotado por PETRÔNIO BRAZ, “sendo a autonomia municipal uma benesse do poder estatal, ‘um raio cedido de ação’, subordina-se a restrições que lhe são impostas pela Constituição Federal”.<sup>9</sup>

Na precisa lição do professor CELSO RIBEIRO BASTOS, “autonomia é a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito. Daí porque se falar que os Estados-Membros são autônomos, ou que os municípios são autônomos: ambos atuam dentro de um quadro ou de uma moldura jurídica definida pela Constituição Federal. Autonomia, pois, não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitadas, sempre, princípios fixados na Constituição”<sup>10</sup>.

Por sua vez, segundo o mesmo mestre, “a federação é a forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, preservando a autonomia dos entes políticos que a compõem. No entanto, nem sempre alcança-se uma racional distribuição do poder; nestes casos dá-se ou um engrandecimento da União ou um excesso de poder regionalmente concentrado, o que pode ser prejudicial se este poder estiver nas mãos das oligarquias locais. O acerto da Constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a uma racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios”<sup>11</sup>.

A Constituição Federal reuniu no artigo 37, inúmeras regras de observância obrigatória para a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, normatizando, dentre outras coisas, a matéria relativa a cargos, empregos e funções.

É evidente que o Município tem autonomia administrativa, que, no entanto, deve ancorar-se no modelo federativo determinado pela Constituição Federal. Comentando a respeito da competência do Município, o saudado HELY LOPES MEIRELLES, escreveu que essa competência “para organizar seu funcionalismo é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art. 30, I). Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público (CF, arts. 37 a 41), bem como os preceitos das leis de caráter complementar ou nacional, pode o Município elaborar o estatuto de seus servidores, segundo as conveniências locais”<sup>12</sup>.

Esclarece, ainda, o sempre citado HELY LOPES MEIRELLES que “as disposições estatutárias, todavia, não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República como *normas gerais de observância obrigatória* pelas entidades estatais, autárquicas e fundacionais públicas na organização do seu pessoal e dos respectivos regimes jurídicos”<sup>13</sup>.

## **VI. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PREFEITO MUNICIPAL QUE CONTRATA SERVIDORES EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O ato de nomeação de alguém para o exercício de cargo em comissão em desacordo com a Constituição Federal, implica na sua nulidade e na punição da autoridade responsável,

---

9. “Direito Municipal na Constituição”, 3ª ed., pág. 36.

10. “Curso de Direito Constitucional”, 18ª ed., pág. 284.

11. Celso Ribeiro Bastos, obra citada, pág. 155.

12. “Direito Administrativo Brasileiro”, 17ª ed., pág. 368.

13. Obra citada, pág. 369.

nos termos da lei (artigo 37, § 2º, da Constituição Federal).

A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 1965), prevê a nulidade para os atos praticados com vício de forma, que “*consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato*” (artigo 2º, parágrafo único, alínea “b”), e também os praticados com ilegalidade do objeto, que “*ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo*” (artigo 2º, parágrafo único, alínea “c”).

O mesmo diploma legal estabelece no seu artigo 4º, que é nula a “*admissão ao serviço público remunerado, com desobediência quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais*”.

A nulidade do ato gera a obrigação da autoridade responsável, de ressarcir o erário público pelo prejuízo causado. O agente público que gasta mau e com desrespeito aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, deve ser compelido a restituir ao patrimônio público os valores pagos pela Administração Pública aos servidores contratados irregularmente.

O sempre citado HELY LOPES MEIRELLES já afirmava no que diz respeito a ação popular que:

“Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como que ofende bens ou valores artísticos cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode se efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 40), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito”<sup>14</sup>.

Embora se reconheça a existência de forte tendência na jurisprudência em não aceitar a tese da necessidade de devolução do dinheiro pago para os servidores contratados sem concurso público, entendemos, com todo o respeito, que tal posicionamento mostra-se em desacordo com os anseios da sociedade. É chegada a hora do Poder Judiciário perceber com maior nitidez o alcance das decisões que isentam o agente público na devolução do dinheiro gasto com o pagamento dos salários. Para o político é muito simples desrespeitar o regime jurídico vigente: pode contratar livremente quem bem entender – sem qualquer concurso prévio -, que não haverá qualquer sanção para ele.

A impunidade tem que acabar, custe o que custar. De que adianta o Poder Judiciário reconhecer a nulidade das contratações efetivadas sem concurso público, se não impuser ao agente responsável pelo ato administrativo as devidas sanções. Não se mostra razoável acreditar que o Estado não sofra prejuízo com o descumprimento da Constituição Federal e das leis. Prejuízo ocorre, sem dúvida.

Ao comentar o tema relacionado ao patrimônio público, o colega de Ministério Público, HUGO NIGRO MAZZILLI, em seu livro “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”<sup>15</sup>, escreveu com a propriedade que lhe é peculiar:

---

14. “Mandado de Segurança e Ação Popular”, 14ª ed., Malheiros Editores, pág. 88/89.

15. 7ª edição, 1995, Ed. Saraiva, págs. 145/164.

“Apesar desses entendimentos, cumpre registrar, antes de mais nada, que as sanções previstas pela Lei n. 8.429/92 independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público - “cf. art. 21, inc. I”. Além disso, a Lei n. 8.429/92 considera ato de improbidade administrativa, que presumivelmente causa prejuízo ao erário, frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente, ou ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

E mais. Com a nova redação do caput do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, hoje não só os danos patrimoniais, como os danos morais devem expressamente ser objeto da ação de responsabilidade, devendo-se considerar todas as consequências decorrentes da quebra da moralidade administrativa”.

“O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a administração dispensa licitação ou concurso exigidos pela lei, e daí decorrem lesividade e prejuízo. Na dispensa de concurso, a administração estará contratando pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da administração, como ainda para recrutar os melhores dentre os candidatos às vagas; na dispensa de licitação, estará indevidamente abrindo mão do direito-dever de selecionar entre os melhores preços e a melhor qualidade de materiais ou de concorrentes; na violação da lei, está ferindo abertamente o princípio da moralidade administrativa”.

(...)

“A finalidade do concurso ou do procedimento licitatório é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se favorecimento ou discriminações, e permitindo-se à administração selecione os melhores. Fere, pois, os princípios da impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade e legalidade que a administração escolha com quem quer contratar independentemente de licitação ou concurso, e discrimine aqueles com quem não quer contratar, submetendo somente estes últimos ao concurso ou ao processo licitatório. Diante dos princípios da administração, mencionados no art. 37, caput, da Constituição, a regra é o concurso e o procedimento licitatório, só inexigíveis ou dispensáveis nas hipóteses previstas em lei”.

“A moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo; ademais, o ato administrativo nulo, que de forma contrária à lei provoca contratação de uma obra ou um serviço, sempre gera efeitos econômicos”.

Como corretamente anotou o Min. Milton Pereira: a escusar-se a responsabilidade do administrador público, pela salvaguarda de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei - nexos causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal - criando-se inusitada convalidação dos efeitos

de ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil” – (grifamos). Consta nas notas de rodapé do livro: “Votos proferidos no Resp. n. 34.272.0-RJ, julgado em 12-5-1993 pelo STJ; v., ainda, votos do mesmo Ministro, proferidos nos Resp. ns. 18.693-RJ e 20.316-1. Ainda no mesmo sentido, v. AC n. 90/91-TJRJ, Rel. Des. Nelson Pecegueiro do Amaral”.

“Ora, em matéria de dinheiros públicos, “quem gastar, tem que gastar de acordo com a lei” - é o que corretamente anotou Batista Ramos. Assim, corretamente aduzem Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo: “quem gastar em desacordo com a lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao Erário Público. Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento ilícito da Administração. Ter-se-ia esta, consoante essa linha de argumentação, beneficiado com a obra, serviço e fornecimento, e, ainda mais, com o recolhimento do responsável ou responsáveis pela despesa considerada ilegal”. Invocando Gabriel Bavle, aduzem os referidos autores que a figura do enriquecimento ilícito sequer se acomoda pacificamente ao direito público, e deve ser admitida precipuamente para salvaguarda dos interesses de terceiros de boa-fé”.

## VII. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBTER O RESSARCIMENTO INTEGRAL DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO E A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92

O Ministério Público tem o poder-dever de propor ação civil pública, buscando a responsabilização do agente público que dispense indevidamente o concurso para a contratação de servidores. Não se trata de mera faculdade, mas sim de uma obrigação.

A Instituição encontra-se legitimada para requerer em juízo não só o ressarcimento dos danos causados ao erário público, mas também para pleitear a aplicação das sanções cabíveis previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Não se deve olvidar que o artigo 5º, da Lei nº 8.429/92, determina que o agente público deverá ressarcir integralmente os danos causados (materiais e morais).

O Prefeito Municipal que contrata pessoal em desacordo com a Constituição Federal, pratica sem dúvida alguma ato de improbidade administrativa.

O agente público que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, efetuar a contratação de pessoal de forma ilegal, está enquadrado perfeitamente no artigo 10, inciso XI, da LIA, que reza: “*liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular*”.

Admitindo pessoas no quadro do funcionalismo público em desobediência aos preceitos constitucionais, o Prefeito estará liberando verba pública para o pagamento dos respectivos vencimentos dos contratados, “sem a estrita observância das normas pertinentes”, implicando, conseqüentemente, na aplicação irregular do dinheiro público.

Ademais, o artigo 10, “caput”, da LIA, considera ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje malbaratamento dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da Lei.

Malbaratar, segundo o Dicionário Aurélio, significa entre outras coisas, “*empregar ou gastar de forma inconveniente, empregar ou aplicar indevidamente*”.

Ainda que não houvesse prejuízo ao erário público, argumento apenas hipotético, a Lei nº 8.429/92 permite o reconhecimento da improbidade administrativa, na forma do artigo 21, inciso I.

A contratação de pessoal pelo Município sem concurso público, fora das hipóteses previstas na Constituição Federal, constitui flagrante violação dos princípios de observância obrigatória previstos no artigo 37, “caput”, da mesma carta constitucional (em especial, os princípios da legalidade e moralidade administrativa). O agente político que assim procede, encontra-se igualmente enquadrado no artigo 11, “caput”, da LIA, como, ainda, no inciso I, do mesmo dispositivo, vez que pratica ato visando fim proibido em lei, ou seja, a admissão no serviço público sem a realização prévia de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Aliás, o egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, apreciando uma ação civil pública, recentemente, apresentou um enfoque muito interessante sobre a questão aqui ventilada. Consta no v. acórdão relatado pelo Desembargador Jorge Wagih Massad (Apelação Cível nº 62.163-8, j. 27/06/2000), que a “*admissão no serviço público sem o devido concurso público, ressalvados os casos admitidos por lei, sem a existência dos cargos, com o recebimento de verbas públicas, afronta os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade (art. 37, II da CF), e, conseqüentemente, caracteriza-se em ato destituído dos requisitos de forma, finalidade e de objeto lícito, como acertadamente proclamou a sentença*”.

Destacou, ainda, o referido acórdão: “*Não se nega que o serviço foi prestado e a contra-prestação é a remuneração. Na verdade, o fundamento do pedido é o desvio de verbas sem o correspondente e legítimo pagamento. O desvio de valores com a remuneração de pessoas que estavam impedidas de ser contratadas*”. (...) “*Nenhuma verba pública pode ser destinada ao pagamento irregular de funcionários. Logo, tratando-se de despesa sem a respectiva dotação orçamentária não pode ser aquela destinada a pagar servidores contratados ilegalmente, sem efetivação, por tratar de desvio de finalidade, considerando-se ato de improbidade, nos termos do art. 10, I, IX e XI da Lei nº 8.429/92.*” (...) “*Não é menos certo, como está prescrito no art. 11 da Lei nº 8.429/92 que, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade às instituições, e notadamente, praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.*” (...) “*Portanto, a improbidade não está apenas nas contratações, até porque formalmente elas não existiram, mas essencialmente na aplicação irregular da verba pública para o pagamento de pessoas que não eram servidores públicos*”.

Como observou a professora CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, o “*objetivo maior da Lei nº 8.429 é o da proteção do administrado, e não apenas da Administração Pública, aqui considerada em relação ao seu patrimônio moral, além do patrimônio material. Esse é bem certo que é enfaticamente amparado e protegido nos termos daquela legislação e na seqüência das normas constitucionais antes lembradas, mas não se há de esquecer que o que se busca proteger é, fundamentalmente, o patrimônio moral da sociedade brasileira, o*



*patrimônio ético coletivo dos administrados. O brasileiro não mais suporta a idéia de ser lesado no seu patrimônio – que é de todos, coletivamente considerado, e que como tal deve ser tutelado – principalmente por aqueles que deveriam ser os principais e primeiros interessados em sua tutela e guarda, dele dispondo, exclusivamente, para a realização do interesse de toda a coletividade”* (“Improbidade Administrativa e Controle das Finanças Públicas”, Boletim de Direito Administrativo nº 12, dezembro/2000, pág. 919).

## 8. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL

Como já se decidiu “a declaração *incidenter tantum* é critério difuso, por via de exceção ou defesa, do controle de constitucionalidade pelo qual qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, ‘qualquer que seja o juízo’.

Conforme leciona MICHEL TEMER, não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, ‘mas de exigência imposta para a solução do caso concreto, a declaração, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, conseqüência” (TJSP, Apelação Cível nº 193.482-1/7, unânime, Rel. Des. LEITE CINTRA, j. 9.12.93, in “Justitia” nº 56, págs. 142/144).

Sobre este mesmo assunto, o Ministro SYDNEY SANCHES escreveu com absoluto acerto:

**“A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, pode ser declarada, incidentalmente, por qualquer juiz ou tribunal, sempre nos limites de sua jurisdição e competência, originária ou recursal, ainda que não suscitada pelas partes, desde que necessária ao julgamento da ação ou do recurso, para extinção do processo com ou sem exame do mérito.**

E como, nesses casos, a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem caráter meramente incidental – e não principal – sua eficácia opera, apenas *inter partes*, não, assim, *erga omnes*”<sup>16</sup>.

Entretanto, cuidando-se de ação civil pública, nossos tribunais vêm entendendo que não é possível ao juiz declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, porque referida ação tem efeito “*erga omnes*”.

Confira-se, a respeito, a seguinte ementa:

*“É possível, no julgamento do caso concreto, o juiz, provocado ou não, perquirir incidentalmente sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, essa permissão tem limite na própria Carta Política e é, por isso, que nenhuma ação pode transbordar para, de modo oblíquo, alcançar uma declaração de inconstitucionalidade de texto legal, que, para tanto, tem no instrumento da legislação regente, o roteiro adequado e explícito.*

---

16. “Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade”, Revista de Processo nº 79, Ano 1.995, págs. 134-141.

*A Ação Civil Pública, com a sua força “erga omnes” pode transcender do limite fronteiriço e ao transpô-lo, comprometer, em assim, a própria e questionada legislação. Nessas hipóteses extinguir o processo se faz necessário por malferir o governo do art. 267, VI, c/c art. 295, V, todos do CPC” (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação, Proc. nº 1988.01.1.020307-6, Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, j. 11/12/2000).*

O obstáculo acima referido deve desaparecer dependendo logicamente dos fundamentos e dos pedidos formulados na ação civil pública. Tomemos o seguinte exemplo. Lei municipal criou o cargo em comissão de técnico de esportes. O Prefeito Municipal, com base nesta lei, livremente contrata pessoas para exercer aquele cargo. No entanto, as atribuições efetivamente desempenhadas pelos servidores admitidos, são de natureza técnica ou operacional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento, com flagrante violação ao comando previsto no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal. Neste caso, a ação civil pública poderá ser proposta, formulando-se pleito para se anular a contratação dos servidores admitidos sem concurso público. Esses servidores deverão, obrigatoriamente, figurar no polo passivo da demanda, uma vez que a decisão a ser proferida atingirá diretamente a esfera jurídica de cada um deles.

Para o acolhimento do pedido, o juiz deverá necessariamente aplicar os preceitos indicados no artigo 37, da Constituição Federal, normas que são superiores à lei municipal que criou indevidamente o cargo de técnico de esportes, de livre nomeação e exoneração. A inconstitucionalidade é incidental, fundamento mesmo do pedido.

Tecendo comentários sobre a inconstitucionalidade por ação, o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, afirma que *“o fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior; que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”<sup>17</sup>*.

Seria diferente se o Ministério Público, através da ação civil pública, pretendesse impor ao Administrador Público a obrigação de não contratar servidores com base na lei municipal inconstitucional. Nesta hipótese, o efeito “erga omnes” é evidente, pois, a eventual decisão favorável teria a mesma consequência prática da declaração de inconstitucionalidade, que não pode ser reconhecida na esfera da ação civil pública, mas depende sim, de ação apropriada.

Portanto, a ação civil pública é adequada para se reconhecer a nulidade da contratação de servidores determinados, que ingressaram no serviço público sem concurso e fora das exceções previstas na Carta Constitucional.

---

17. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 6ª ed., pág. 46.

## IX. CONCLUSÕES

Feitas essas considerações, apresentamos as seguintes conclusões:

1ª) É dever do Ministério Público fiscalizar e fazer cumprir, através dos meios legalmente existentes, os princípios dirigidos à Administração Pública, em especial, os preceitos indicados pelo artigo 37, da Constituição Federal.

2ª) O Ministério Público deve combater as contratações de servidores sem concurso público, fora das hipóteses admitidas no artigo 37, da Constituição da República.

3ª) A contratação para o exercício de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, é admitida exclusivamente para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo que, nesta parte, o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, é auto-aplicável.

4ª) A nomeação de alguém para o exercício de cargo em comissão em desacordo com a Constituição Federal, implica na sua nulidade e na punição da autoridade responsável, nos termos da lei, sendo a ação civil pública adequada para tal desiderato.

5ª) A nulidade do ato gera a obrigação da autoridade responsável, de ressarcir o erário público pelo prejuízo causado, que no caso é presumido, englobando-se, aí, os danos materiais e morais, na conformidade com o determinado pelo artigo 5º, da Lei nº 8.429/92.

6ª) O Administrador Público que contrata pessoal em desacordo com a Constituição Federal, pratica ato de improbidade administrativa, enquadrando-se no artigo 10, incisos I, IX e XI, bem como, no artigo 11, da Lei nº 8.429/92.

---

(\*) Promotor de Justiça de São Carlos-SP.

## TESE 56

### A CONVENIÊNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO X A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - UMA PROPOSTA ALTERNATIVA

**Evaldo França Martinelli**  
Promotor de Justiça - ES  
Professor da Espmes

**SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. JUSTIFICATIVA 3.O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 4. A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO 5. ALTERNATIVA PARA QUE HAJA INTERESSE DO AGENTE INFRATOR EM REPARAR O DANO CONCILIADO COM A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO 6. CONCLUSÃO**

#### **I. INTRODUÇÃO**

A Lei 8.429/92, Lei da Improbidade Administrativa, trouxe fortes sanções contra os agentes públicos que praticam as condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11. Dentre essas sanções, ressalta-se o integral ressarcimento do dano previsto no art. 5º, o qual transcrevemos a seguir:

**“Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”**

Ressalta-se que referido artigo tem a necessária preocupação com o integral ressarcimento, entretanto, não traz a efetividade que se tem em vista, já que o dano é ressarcido somente após o trânsito em julgado da ação, depois de todos os infundáveis recursos e com a possibilidade de que os bens indisponibilizados ou seqüestrados estejam deteriorados e não ressarcam mais.

Os dispositivos legais que trazem estes institutos são os seguintes:

**“Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.**

**Parágrafo único.** A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

**Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão o patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.**

**Art. 16 Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requiera ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.”**

Ressalta-se, como não poderia deixar de ser, que a perda ou reversão efetiva dos bens somente se dará após todo o processamento da ação com seu trânsito em julgado. O art. 18 prevê o seguinte:

**“Art. 18 A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.”**

## II. JUSTIFICATIVA

Do modo previsto pelo legislador, o eventual ressarcimento do dano somente ocorrerá após longos anos da batalha judicial, com efeitos que não se pode prever. Por outro lado, tem-se as limitações quanto à transação, as quais impedem uma solução rápida para o grave problema da lesão ao patrimônio público. Uma proposta alternativa é o escopo deste singelo trabalho.

## III. O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios da administração pública estão explicitados no art. 37 da CF, transcrito a seguir:

**“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ...”**

Prevê a Lei de improbidade em seu artigo 11 “Dos atos de Improbidade que Atentam contra os Princípios da administração Pública (art. 11)”, transcrito a seguir:

**“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições, e ...”**

Ressalta-se que a Lei da Improbidade já menciona em seu artigo 4º os princípios da administração pública, os quais coincidem com os do art. 37 da CF, exceção do princípio da eficiência, o qual foi incluído pela Emenda constitucional - 19, posterior à Lei de Improbidade.

Cumpra ainda comentar que honestidade, imparcialidade e lealdade são atributos humanos, nunca princípios.<sup>1</sup>

Dos princípios elencados, mais o princípio da supremacia do interesse público, cabe, resumidamente, ressaltar alguns aspectos principais, com o objetivo de trazer clareza ao raciocínio implementado sobre o assunto:

**LEGALIDADE** - O administrador não pode agir, nem deixar de agir, senão de acordo com a lei, na forma determinada. Não há liberdade nem vontade pessoal. O conceito de legalidade contém em si não só a lei mas, o interesse público e a moralidade.

**MORALIDADE** - O agir do administrador público não pode desprezar o elemento ético de sua conduta, decidindo não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. A imoralidade administrativa se desenvolve ligada à idéia de desvio de poder, na utilização de meios lícitos para atingir finalidade metajurídica irregular.<sup>2</sup>

**IMPessoALIDADE** - O mérito dos atos administrativos pertence à administração, e não às autoridades que os executam. Nada mais é que o princípio da finalidade. E a finalidade será sempre o interesse público.

**PUBLICIDADE** - É a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade.

**EFICIÊNCIA** - É o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade<sup>3</sup>. Traz consigo a decisão que melhor atenda à relação custo x benefício.

**SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO** - Também chamado princípio da finalidade pública. Ligado a esse princípio está o princípio da indisponibilidade do interesse público, significando que interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis<sup>4</sup>.

O controle externo da atividade administrativa pode ser o legislativo e o judicial. No controle judicial a relevância da atuação do Ministério Público, cujos membros são dotados de prerrogativas e poderes que possibilitam uma atuação mais efetiva, além de dispor de instrumentos processuais mais adequados a este tipo de ação.

1. Improbidade Administrativa - Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, ed. Atlas, 4ª ed., p. 124

2. Direito Administrativo - ed. Atlas, 12ª ed., p.78

3. Direito Administrativo - ed. Atlas, 12ª ed., p.83

4. Curso de Direito Administrativo - Celso Antônio Bandeira de Mello, ed. Malheiros, 1.995

Neste diapasão, ressalta-se que em fase preliminar de investigação de improbidade administrativa, não está à disposição do Promotor de Justiça a disponibilidade material do bem lesado. O bem jurídico protegido é a probidade administrativa, bem como o patrimônio público. Bens difusos, sem qualquer disposição por parte das autoridades administrativas e do membro do Ministério Público.

Daí a grande dificuldade de conciliar, por exemplo o princípio da eficiência, que traz o imperativo da verificação da relação custo x benefício, com o princípio da legalidade que afasta a disponibilidade de transação com relação a esse patrimônio indisponível.

#### **IV. A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A conseqüência do princípio da supremacia do interesse público está a indisponibilidade do interesse público e por conseguinte do patrimônio público. A legislação segue com rigor tal princípio, como se dá, por exemplo, com o art. 1.035 do Código Civil, transcrito a seguir:

**“Art. 1.035 Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”**

Especificamente, a Lei de Improbidade Administrativa no seu art. 17, §1º, prevê o seguinte:

**“§1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”**

A lei é de uma clareza cristalina. Entretanto, podem ocorrer situações, em que o agente público quer espontaneamente ressarcir o dano. Ou ainda, no curso do Inquérito Civil o Promotor de Justiça vislumbra a possibilidade de que o agente ressarça o dano. A grande dificuldade neste caso é que o Promotor de Justiça não tem a disposição das demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

#### **V. ALTERNATIVA PARA QUE HAJA INTERESSE DO AGENTE INFRATOR EM REPARAR O DANO, CONCILIADO COM A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO E A NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO**

Em situações concretas, por vezes, se verificam condutas de vários agentes tecnicamente iguais, entretanto um determinado agente público, reconhece a lesão, às vezes, inclusive, colabora para que os fatos sejam apurados e quer ressarcir o patrimônio público.

Entretanto, não há, aparentemente, qualquer contrapartida para esse agente que é necessário e tem uma conduta que, se inicialmente, era totalmente condenável, no momento seguinte é extremamente conveniente para a administração pública e para a sociedade. Os seguintes motivos ressaltam o interesse em se ressarcir de imediato:

- a administração pública tem interesse de se ressarcir de imediato, visto que o interesse público é a incolumidade do patrimônio público
- a sociedade lucra com o imediato ressarcimento, já que isso traz sensação de que quem lesar o patrimônio público indeniza. Este sentimento é necessário, até para prevenir outros ilícitos

· ocorrerá simplificação no processo, que prescindirá de avaliações, liquidações, execuções, etc.

· o próprio agente infrator se beneficiará, pelo não constrangimento de ver seus bens seqüestrados e/ou indisponíveis, como permite a lei.

Assim, a proposta é de que ao propor a AÇÃO o Promotor de Justiça, não peça ressarcimento do dano, por já ressarcido, como é lógico e vá além: PEÇA A CONDENAÇÃO APENAS EM ALGUMA OU ALGUMAS DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE (que prevê perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil.).

Esta postura tem algumas vantagens:

- possibilita maior controle por parte do Promotor do resultado da ação
- antecipa o ressarcimento do patrimônio público
- confere ao Promotor de Justiça mais poder na fase do Inquérito Civil

#### IV. CONCLUSÃO

A despeito das limitações legais e principiológicas a respeito da transação, deve o Promotor de Justiça, no curso do Inquérito Civil sobre improbidade administrativa que cause lesão ao patrimônio público, buscar o imediato ressarcimento junto ao agente público, e na instauração da competente Ação por Atos de Improbidade pedir apenas as sanções que entender pertinentes, compatíveis com a conduta anterior e posterior do requerido.



## TESE 57

### TORTURA E ABUSO DE AUTORIDADE – SUBSUNÇÃO À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OCORRÊNCIA DE DANO MORAL AO ESTADO – NECESSIDADE DE REPARAÇÃO<sup>1</sup>

**Rodrigo Sousa de Albuquerque<sup>2</sup>**  
Promotor de Justiça - MG

#### 1. Introdução

Obteve repercussão internacional o fato ocorrido com o garçom Alexandre de Oliveira, na Comarca de Andrelândia, Minas Gerais, no dia 12 de janeiro de 2001.

Torturado por policiais, foi obrigado a confessar o estupro da própria filha, de dois anos de idade. Mais tarde descobriu-se que o sangramento no órgão genital da criança fora causado por um câncer. Até lá, Alexandre de Oliveira sofreu todo tipo de violência física imaginável, antes e depois da confissão. Mas talvez o pior foi ter de confessar a violência sexual contra o bebê, sua filha de dois anos de idade.

Os policiais foram denunciados pelo Ministério Público e até a data em que esta tese estava sendo encerrada, continuavam a exercer normalmente suas funções públicas.

#### 2. Exposição

Como se sabe, tanto o abuso de autoridade como a tortura, são crimes, assim definidos pelas Leis 4.898/65 e 9.455/97, respectivamente. Podem ser praticados de diversas formas e no caso do crime de tortura, por qualquer pessoa.

O que interessa para esta tese é a prática desses crimes por agentes públicos, policiais, mais especificamente, a fim de enquadrar essas condutas, também, na Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92). Na verdade, sempre que um agente público pratica qualquer desses crimes, necessariamente estará infringindo a Lei de Improbidade Administrativa e sujeito às suas sanções, como se procurará demonstrar.

---

1. Tese escrita em 9 de agosto de 2001.

2. Promotor de Justiça na Comarca de Belo Horizonte, com atribuições na Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público.

Com efeito, prescreve o art. 37, § 4º da Constituição Federal:

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

**§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;”**

A Lei 8.429/92, definindo os atos de improbidade administrativa e cominando as respectivas sanções, foi editada para dar efetividade ao disposto no art. 37, §4º da Constituição Federal, tendo estabelecido a orientação segundo a qual a aplicação das sanções nela previstas não fica na efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público ou de julgamento favorável ou desfavorável do Tribunal de Contas, nos termos do seu art. 21.

A Lei em comento tipificou de forma exemplificativa os atos que ferem a probidade administrativa, dividindo-os em três grandes grupos: os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

A prática de crime, por si só, é suficiente para enquadrar os agentes no comando normativo emergente do artigo 11 **caput** e inciso I, da Lei 8.429/92, que estabelece:

**“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenda contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:**

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

Vale frisar que o artigo 4º da mesma Lei aduz que “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são a os”.

Comentado o artigo 11 da Lei 8.429/92, Marino Pazzagliani Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, aduzem:

**“Deve ser enfatizado que as condutas enumeradas nos sete incisos do art. 11 não autorizam cogitar do elemento subjetivo que as motiva, sendo todas presumidamente dolosas. Aliás, pela redação dos tipos já se evidencia que tais atitudes pressupõem a consciência da ilicitude e a vontade de realizar ato antijurídico.**

**“Também deve ser observado que, se de qualquer delas resultar enriquecimento ilícito para o agente público, a norma de incidência será a do art. 9º, seja porque eventualmente subsumível a uma de suas modalidades, seja porque compreendida no **caput** daquele tipo, que alude a “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do**

exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.” Depois, porque o catálogo de condutas lá previsto é enumerativo, comportando outras que se ajustem à cabeça do artigo.

“Se assim não for, mas a atuação do agente público produzir dano ao erário, incidirá a norma contida no art. 10.

“Conclui-se, pois, que ao art. 11 da Lei Federal 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica. Compreende-se que assim seja, visto que o bem jurídico tutelado pelo diploma em questão é a probidade administrativa, objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência de efetivo prejuízo.”<sup>3</sup>

Sobre o inciso I, os mesmos autores afirmam que “para que se configure o disposto no inciso, basta que o ato inquinado vise a fim ilícito ou extrapole a esfera de competência do agente público”.<sup>4</sup>

Ora, a prática de crime se enquadra com facilidade no conceito amplo de “prática de ato visando fim proibido em lei”, de que trata o inciso I do art. 11 da Lei 8.429/92. Na verdade, o próprio ato (crime) é proibido em lei e essa ilicitude não se desvincula dele, alcançando a finalidade de sua prática. No caso da tortura, *verbi gratia*, quase sempre a confissão de outro delito.

E mais. Não obstante a subsunção ao inciso I do art. 11 da Lei 8.429/92, afigura-se, ainda, que o agente público, quando pratica tais crimes, viola o dever de lealdade à instituição, contrariando o **caput** do art. 11 da citada lei.

É fato notório que as polícias, no Brasil, desfrutam de péssima imagem frente à opinião pública. Tanto pior quanto mais carente é a comunidade. E muito dessa imagem advém da forma com que agem alguns policiais, não raro valendo-se da tortura e do abuso de autoridade como “meio de investigação”. As consequências desses crimes vão além do sofrimento da vítima. A ineficiência e a imprestabilidade de provas obtidas segundo estes meios, são causa de impunidade ou, mais grave ainda, condenações indevidas.

Por outro lado, o descrédito da Instituição Policial contribui de forma importante para o descrédito de todo o Estado, na medida que a polícia é, em muitos locais, a representação mais ostensiva da presença do Estado. Essa influência negativa é sentida mais fortemente sobre o Ministério Público e o Poder Judiciário, onde desembocam os frutos das atividades policiais.

Portanto, quando o agente público, no desempenho de sua função, pratica tais crimes, contribui para a degradação da imagem e o descrédito da Instituição, violando o dever de lealdade e causando evidente prejuízo moral ao Estado.

---

3. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias e; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Editora Atlas S.A., 3ª edição. 1998, pp. 120 e 121.

4. Ob. citada, p. 126.

Esse prejuízo moral é incontestável. São conhecidos e amplamente divulgados, por exemplo, os relatórios da Organização das Nações Unidas (ONU) que listam os países que mais violam os Direitos Humanos. O Brasil sempre ocupa negativo lugar de destaque nesses relatórios, com especial atenção para a prática de tortura, que não obstante o advento da Lei 9.455/97, obteve ínfimo progresso com relação a seu combate.

Não vislumbro qualquer óbice de cumular aos pedidos inerentes à ação civil de improbidade administrativa, o pedido de reparação de dano moral. A jurisprudência se assentou no que tange à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações que visem a reparação de prejuízos experimentados pelo ente público. Outrossim, não existe qualquer impedimento de ordem processual civil que impeça essa cumulatividade.

Muitas outras hipóteses de crimes praticados por agente público no desempenho de sua função, também terão, pelos mesmos fundamentos jurídicos aqui expostos, subsunção na Lei de Improbidade Administrativa. A opção por destacar os crimes de tortura e abuso de autoridade, vem exatamente por sua maior incidência, pela justa rejeição que causam no meio social e extrema lesividade aos bens jurídicos tutelados pela Lei 8.429/92.

Não se pode olvidar, por fim, que o exercício da ação civil pública de improbidade administrativa em face de tais condutas, contribuirá imensamente na repressão desses delitos. As medidas liminares, de mais fácil consecução no processo civil que penal, como por exemplo o afastamento do agente do cargo ou função pública, é fator inegavelmente inibidor de outros delitos e medida salutar para a pacificação social e recuperação da imagem Estatal, abalada com os fatos.

Fábio Medina Osório esclarece com precisão esse ponto de vista, destacando ainda a inexistência do **bis in idem** quando se busca pelo mesmo fato, sanções de natureza penal e não penal:

**“No sistema brasileiro, a subordinação da autoridade administrativa à autoridade judicial, no campo do Direito Administrativo Sancionador, é bastante limitada, mormente em matéria de ilícitos relacionados a especiais relações de sujeição.**

**“Menor ainda é a subordinação da autoridade judiciária extrapenal à autoridade judiciária penal.**

**“Não se desconhece, por evidente, que o Juiz penal possui alguma prevalência em relação ao Juiz extrapenal, dados os efeitos das sentenças penais e, quiçá, tendo em conta o princípio da fragmentariedade do direito penal.**

**“(…)**

**“Veja-se que na hipótese de estar provada a inexistência do fato ou existir especial circunstância que exclua o caráter do crime, v.g., exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal, há repercussão em qualquer esfera extrapenal, judicial ou administrativa, desembocando na improcedência da pretensão acusatória, dada a necessidade de um mínimo de coerência no interior do sistema jurídico.**

**“Se o Juiz penal entende que está provada a inexistência do fato, ou que o**

réu agiu em estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, haveria grave antinomia na eventual solução de atividade administrativa ou judiciária extrapenal que condenasse o réu por improbidade ou infração administrativa. Eis a necessidade de compatibilização das decisões judiciárias e administrativas, reduzindo-se as incertezas jurídicas.

“De igual modo, se o Judiciário, na esfera penal, reconhece a negativa de autoria, afirmando, com todas as letras, que o réu não praticou o fato criminal, ou seja, que não há possibilidade alguma de que seja ele o autor do fato, há importantes reflexos no campo extrapenal, dada a eficácia da sentença absolutória. É diferente, por óbvio, a hipótese em que o Juiz proclama a dúvida em torno à autoria do fato ilícito. Nesse último caso, cabe persistir a ação civil por improbidade administrativa e o procedimento ou processo administrativo apuratório da respectiva infração. Não há reflexos da sentença absolutória no terreno extrapenal.

“De fato, insisto, se a sentença penal absolve o réu por falta de provas, seja falta de provas para o decreto condenatório, seja quanto à existência do fato, ou porque não constituiria o fato infração penal, ou porque não houvesse prova de que o réu tivesse concorrido para a infração penal, ou apenas existisse causa que o isentasse de pena criminal, caberia a continuidade do processo administrativo ou judicial apuratório da improbidade ou infração administrativa”.<sup>5</sup>

Bastavam esses argumentos para demonstrar a utilidade da ação civil pública de improbidade administrativa nesses casos. É bom ressaltar que a prova desses crimes quase sempre é produzida dentro do próprio corpo policial, o que pode ser uma das causas do número irrisório de condenações criminais frente aos crimes praticados. Mas o autor vai além:

“Primeiro, presume-se que o direito penal seja o mais grave instrumento do ordenamento jurídico, razão pela qual há toda uma gama de formalismos nesse ramo jurídico para a proteção – que não raro chega ser excessiva – dos interesses individuais do réu. Daí que, em muitos casos, os juízes ficam com dúvidas e, nessas situações, proclamam decretos absolutórios, invocando o princípio *in dubio pro reo*. Talvez em virtude dos excessos na manipulação desse princípio processual, o direito penal tenha chegado a um clima de falência no cenário brasileiro, desacreditado em sua força de combate à impunidade dos poderosos. O que importa ressaltar é que, de qualquer sorte, as dúvidas dos Juízes penais não são, necessariamente, as mesmas dos Juízes extrapenais *lato sensu* ou das autoridades administrativas. Todos, no exercício do poder punitivo estatal, deverão manejar importantes garantias individuais, respeitando os direitos legais e constitucionais dos réus e acusados em geral. A diferença talvez resida na carga ideológica extremamente pesada dos Juízespenais, que não trabalham, muitas vezes, corretamente os métodos

---

5. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 287/289.

**hermenêuticos e acabam enveredando por caminhos cheios de dúvidas, na vã esperança de atingirem uma certeza suprema, que não encontram, porque não existe no terreno processual.”<sup>6</sup>**

Não se trata, obviamente, de se substituir a ação penal pela ação civil, nem tão pouco de buscar por este meio o que não se atinge com aquele. A questão é buscar a punição em todas as searas possíveis, da forma mais ampla, buscando contribuir para uma resposta Estatal satisfatória a esses delitos. As vantagens da ação civil são destacadas no sentido de se demonstrar sua efetividade e incentivar o seu manejo para esses casos. Vale ressaltar ainda, que as sanções advindas da ação civil pública de improbidade administrativa, são diversas daquelas da ação penal, ainda que haja condenação.

Fábio Medina Osório chama a atenção para esta hipótese:

**“É possível que a precedência de uma condenação criminal em relação a uma condenação por improbidade na forma da Lei 8.429/92 ou por infração administrativa (na forma da legislação aplicável à matéria) esvazie, desde logo, uma ou outra sanção, como ocorre com a perda da função pública. Nem por isso a condenação por improbidade ou ilícito administrativo será ineficaz, visto que há outras sanções passíveis de imposição. Ademais, nem sempre as condenações criminais produzem os desejados efeitos administrativos, diante de inércia dos Juízes ou distorções axiológicas, v.g., a reduzida pena prevista a determinados delitos, como ocorre com a prevaricação ou a omissão em fixar determinados efeitos. Persiste válido e autônomo o caminho de combate à improbidade ou do ilícito administrativo pela via extrapenal e administrativa.”<sup>7</sup>**

Essas considerações do brilhante Promotor de Justiça gaúcho, permitem ainda afastar, de vez, qualquer eventual alegação de violação do princípio do **non bis in idem**. A independência dos juízos penal e extrapenal no conhecimento do processo e na imposição de sanções, ressalvadas aquelas pequenas hipóteses de prevalência acima mencionadas, são a garantia de inexistência de violação àquele princípio.

Procurou-se, portanto, demonstrar a subsunção da prática de crimes de abuso de autoridade e tortura, por agentes públicos, à Lei de Improbidade Administrativa, e o cabimento, a utilidade e as vantagens do ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa para estes casos.

### 3. Conclusão

1. O policial, que no exercício de suas funções, pratica crime de tortura ou abuso de autoridade, comete improbidade administrativa, nos termos do art. 11 **caput** da Lei 8.429/92, uma vez que viola o dever de lealdade às instituições;
2. O policial, que no exercício de suas funções, pratica crime de tortura ou abuso de autoridade, comete improbidade administrativa nos termos do art. 11, inciso I da Lei 8.429/92, uma vez que pratica ato visando fim proibido em lei;

---

6. Ob. citada, pp. 289/290.

7. Ob. citada, p. 291.

3. Diante da prática desses crimes, o Promotor de Justiça que deles tenha conhecimento, tem o poder-dever de propor a respectiva Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, ou representar para outro que tenha tal atribuição.

4. A prática crime de tortura ou abuso de autoridade, agrava o descrédito das Instituições Policiais e, via de consequência, é lesiva à imagem do Estado, importando em dano moral, que deverá ser ressarcido, podendo o Ministério Público cumular este pedido com os inerentes à ação civil de improbidade administrativa.

## TESE 58

### A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 8.429/92

**João Gaspar Rodrigues\***

Promotor de Justiça em Tabatinga-AM

**Sumário: 1- Introdução. 2- O utilitarismo e a justiça social como mecanismos de realce do valor democrático. 3- A interpretação reducionista dada pelos Tribunais. 4- Conclusão.**

#### **1- Introdução**

O presente ensaio, pela dimensão da questão levantada, necessariamente encontrará muitas dificuldades para ser entendido e interpretado dentro de sua veicidade nitidamente jurídica, ou kelseniana. De fato, lidamos com esta Lei (a lei de improbidade) há quase dez anos, somente aplicando-a tranquilamente sem uma discussão ampla sobre sua constitucionalidade no que tange à sua aplicação cogente aos entes federativos diversos, e não apenas à União (que a editou). A moralidade ínsita à lei, impede por pejo ou receio de parecer imoral, apreciar sua inaplicabilidade às outras esferas políticas. Não nos intimida a catadura dos conservadores, que descansam sua consciência nesse travesseiro ilusório, preocupa-nos, sim, o paternalismo legislativo da União, em detrimento das mobilizações regionais. Vamos à liça!

#### **2- Razões porque a Lei de Improbidade é administrativa e não penal**

A Constituição Federal em seu art. 37, §4º refere que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Da leitura do dispositivo chega-se a uma conclusão pacífica: a lei de que se fala não é

---

\* Autor dos livros: “O Ministério Público e um novo Modelo de Estado” e “Tóxicos: abordagem crítica da Lei n. 6.368/76)



penal. E porque não o é? Ora, verifica-se que a norma constitucional após elencar as sanções de ordem administrativa (perda da função) e civil (ressarcimento ao erário), encerra com a expressão “...sem prejuízo da ação penal cabível”.

Objetivou o constituinte proteger a Administração Pública de administradores de má qualidade (incluindo corrupção, nepotismo e demais vícios crônicos que flagelam os órgãos públicos) e facilitar o ressarcimento de eventual dano decorrente dos atos ímprobos. O dispositivo constitucional não teve em mira punir penalmente os administradores ímprobos, reservando para tanto as normas penais pertinentes. E deste modo, o legislador infraconstitucional visando dar cumprimento à norma constitucional referida editou a Lei n. 8.429/92 (que veio a ser denominada de Lei de Improbidade Administrativa).

Assim, embora muitas das condutas da Lei 8.429/92 coincidam com tipos penais, a lei não se presta a reprimir penalmente os infratores. Para tanto deve-se socorrer do ordenamento jurídico penal ordinário, conforme ressalvado no art. 37, §4º, em sua parte final.

Se a Lei n. 8.429/92 não é uma lei penal, qual é a sua natureza então? Bem, estamos convencidos de que se trata de uma lei administrativa em função dos fins que alberga. Não obstante isso, esta lei federal estende-se a todos os âmbitos federativos (art. 1º), o que por si só, negaria a natureza administrativa da lei. Seria então penal a sua natureza, diante da semelhança de alguns de seus dispositivos com tipos penais? Bem, por esta prisma a questão exige uma análise bem mais criteriosa e profunda, não podendo boiar na superfície tranquila dos julgados dos tribunais ou de posições doutrinárias convencionais.

Como identificar se determinada norma jurídica tem natureza penal? Na verdade, a norma jurídica penal tem conteúdo típico, mas é forçoso reconhecer que não existem princípios teóricos que determinem o que se deve reservar à lei penal e como identificá-la em sua natureza ontológica. É óbvio que uma norma penal não se encontra apenas no Código Penal, ou numa lei particular que tenha por exclusiva ou principal missão a repressão de crimes, mas também na disposição de lei que preveja um crime e comine uma pena e, por isso, é lei penal, se bem que faça parte de um qualquer outro corpo de lei, geral ou especial, tendo qualquer outro precípua fim que não seja o magistério punitivo<sup>1</sup>.

Desse modo, em hipótese alguma uma lei administrativa federal poderia estender seus efeitos e fazer-se aplicar às demais entidades políticas da Federação (Estados e Municípios), face à autonomia administrativa que estes entes gozam, o que feriria o princípio federativo. E tal se ver no art. 1º da referida lei, bem como da aplicação pacífica pelos tribunais de seus comandos normativos aos agentes públicos municipais e estaduais. A praxe, como sempre, vai no caudal majoritário, sem se importar com pequenos tributários especulativos.

Dispõe o art. 1º da Lei de Improbidade: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei”.

Se a lei em tela fosse *penal* (daí porque da nossa discussão inicial em torno do assunto), de fato a competência seria da União para legislar a respeito e fazer estender seus efeitos aos

1. Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, p. 137.

Estados e Municípios. Mas sendo *administrativa*, a competência se reparte entre as diversas entidades políticas da Federação, para que possam dar cumprimento ao dispositivo constitucional respeitando suas peculiaridades locais e autonomia administrativa, dentro portanto, do figurino federativo.

Edmir Netto de Araújo<sup>2</sup>, embora sem se aprofundar na matéria, aventa a hipótese da inconstitucionalidade do art. 1º, nos moldes em que traçamos: “Ocorre que seu art. 1º estendeu, em medida de *duvidosa constitucionalidade*, sua aplicação aos agentes públicos de qualquer dos Poderes dos Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios (!)... mas tratando-se de lei administrativa e não penal, sua aplicação às demais pessoas políticas da Federação é inconstitucional”.

### 3- Conclusão

O art. 1º da Lei de Improbidade ao prescrever que esta lei se estende a todas as entidades federativas quebra o princípio federativo consistente na independência administrativa e política destas entidades e por tal razão é inconstitucional.

---

2. No livro *O Ilícito Administrativo e seu Processo*, Ed. RT, 1994, p. 105.

## TESE 59

### A DESCONCENTRAÇÃO DE PODERES DAS PROCURADORIAS GERAIS DE JUSTIÇA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VIII DO ART. 29 DA LEI N.º 8.625/93 .

**Gilberto Valente Martins**

Promotor de Justiça - PA

#### JUSTIFICATIVA

A Nação tem assistido rotineiramente a veiculação pelos órgãos de imprensa dos chamados escândalos de desmandos administrativos e ilícitos praticados por autoridades e políticos que exercem os mais elevados cargos de governo.

O Ministério Público Federal, através de seus Procuradores da República, tem tido papel de destaque nesse cenário, instaurando procedimentos investigatórios de âmbito interno objetivando apurar responsabilidades administrativas, civis e penais de Ministros de Estados, Deputados, Senadores e até do Presidente de República, cumprindo sua obrigação constitucional de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Medidas dessa natureza, devidamente respaldada em nossa Carta Política, que em seu art. 129 estabelece como funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública e outros procedimentos administrativos objetivando a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, operacionalizada pela Lei Complementar n.º 75/93, tem colocado em evidência o Ministério Público Federal como instituição resgatadora dos princípios que regem a administração pública, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros.

Poderíamos destacar, a título de exemplos: o caso envolvendo Funcionários do Banco Central na venda de Dólar abaixo da cotação às Instituições Financeiras Fonte-Cindam e Marka (Salvatore Cacciola); o caso do uso de jatinhos da Força Aérea Brasileira por Ministros e até pelo Procurador Geral da República, para viagens pessoais, que teve contra si instaurada ação cível de improbidade administrativa, investigação feita pelo Dr. Luiz Francisco; o caso do T.R.T. de São Paulo envolvendo o Juiz Nicolau dos Santos Neto, o Secretário Geral do Palácio Eduardo Jorge Caldas Pereira e o Senador da República Luiz Estevão; a anistia eleitoral

favorecendo integrantes do Parlamento Nacional; o caso da embaixada brasileira na Alemanha com gastos exorbitantes. Sendo o bastante para ilustrar sob pena de se escrever infundáveis laudas.

Lamentavelmente o mesmo não se pode dizer das atuações dos Ministérios Públicos Estaduais, que com raras exceções e de forma bastante acanhada, como o de São Paulo, que vem apurando responsabilidades de agentes políticos municipais (Vereadores e Prefeitos) e Estaduais (ex-governadores), as ações tem sido muito mais direcionadas a apurar ilícitos praticados por pessoas desprovidas de recursos econômicos e de “influência política”, mostrando sua vocação franciscana de punir apenas os hiposuficientes.

Muito embora os Ministérios Públicos Estaduais sejam regidos, constitucionalmente, pelas mesmas normas do Federal, a Lei que regulamentou os dos Estados (Lei n.º 8.625/93) criou algumas imperfeições que tem embaraçado o fiel cumprimento de sua missão. Exemplo disso é a previsão constante do *Art. 29, inciso VIII* que reservou ao Procurador Geral de Justiça a atribuição de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, quando os atos tenham sido praticados pelo Governador do Estado, Presidente da Assembléia Legislativa ou pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado.

No que diz respeito as condutas de ordem criminosa que porventura tenham sido perpetradas por essas autoridades ou qualquer outras que gozem de foro privilegiado junto ao Tribunal de Justiça, sem sombra de dúvida que recairá ao Chefe do Ministério Público a atribuição de promover a ação penal pública, pois tem ele assento naquela Corte de Justiça. Entretanto, o inciso VIII, do Art. 29 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, criou, absurdamente, com o devido respeito às opiniões em contrário, uma fórmula ímpar de usurpação das funções dos Promotores de Justiça por parte do Procurador-Geral, em verdadeira afronta ao princípio do Promotor Natural.

As ações cíveis objetivando a preservação do meio ambiente, do patrimônio público e social ou a ação civil de improbidade administrativa com base na Lei n.º 8.429/92, obrigatoriamente será proposta no juízo de 1º Grau, independentemente de qual autoridade figure no polo passivo da relação processual, como as ações que apuram responsabilidades administrativas de Ministros de Estados, de Juizes de Tribunais e até a do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, sendo importante ressaltar que tais ações foram propostas por Procuradores da República com atuação no juízo de primeira instância da Justiça Federal, inexistindo na Lei Complementar n.º 75/93 a inusitada figura jurídica da “prerrogativa de atribuição” perante o Procurador-Geral da República.

Ouso discordar das respeitáveis opiniões dos Colegas Hugo Nigro Mazzili e Pedro Decomain, que sustentam a conveniência de ter sido reservada ao Procurador Geral de Justiça a atribuição de tais iniciativas. Ao tratar do citado dispositivo discorre o Promotor do Estado de Santa Catarina:

**“Trata-se novamente da manutenção de certa coerência institucional, determinando que as providências que o Ministério Público deva tomar em relação a atos de tais autoridades, sejam empreendidas pelo seu representante a que elas se encontra equiparado em termos de estatura institucional. Quando o ato objeto das providências do Ministério Público haja sido praticado pelo Chefe do Poder Executivo, ou pelo Chefe do Poder**

**Legislativo, ou pelos Presidentes de Tribunais, nada mais razoável seja a atuação do Ministério Público conferida também ao seu Chefe. ...”** (Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Pedro Roberto Decomain - Obra Jurídica Editora - 1996, pág. 249).

No mesmo sentido, de forma suscita, preleciona o Dr. Mazzilli:

**“Por fim, vale ressaltar que a Lei n.º 8.625/93 acertadamente comete ao procurador geral de justiça as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o governador, o presidente da Assembléia Legislativa ou o presidente de tribunal, bem como quando contra estes deva ser ajuizada a competente ação, por ato praticado em razão de suas funções (art. 29, VIII).”** (Regime Jurídico do Ministério Público, Mazzilli, Hugo Nigro, Editora Saraiva, 1993, pág. 211).

Primeiramente divirjo por questões de ordem constitucional, pois o chamado foro privilegiado ou privilégio em razão da função somente é assegurado as questões criminais, sendo verdadeira violação ao princípio do Promotor Natural, que seria o de primeiro grau, para apurar qualquer daquelas violações, deslocando a atribuição tão somente quando praticadas por determinadas pessoas, criando a inusitada situação do Procurador-Geral de Justiça de atuar nos Juízos de primeira instância em ações de natureza cível. É verdade que existe uma única previsão do Procurador-Geral de atuar no Juízo de 1º Grau, que é a prevista no art. 28 do C.P.P. (discordar do arquivamento), porém, é verdade, também, que somente ocorrerá de forma supletiva e excepcionalmente.

A semelhança do juízo natural, garantia constitucionalmente assegurada, em respeito as liberdades democráticas, dentre os princípios da proteção judiciária, conforme classifica o Prof. José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo - 7ª ed. SP, Revista dos Tribunais, 1991, pág. 371) suas regras são estendidas ao integrantes do “Parquet”. Analisando o preceito constitucional (inciso XXXVII do art. 5º da CF) o respeitável jurista Wolgran Junqueira Ferreira afirma:

**“Tribunal de exceção vedado pela Constituição é todo e qualquer tribunal não previsto pela própria Carta Magna (200). Houve no Brasil um deles, que PINTO FERREIRA (201) qualificou de indecoroso. Era o Tribunal de Segurança Nacional, criado pela lei n.º244 de 11 de Setembro de 1936, tendo sido extinto pela lei n.º 14 de 17 de novembro de 1945”** (Comentários a Constituição de 1988 1º Volume, Julex Livros 1º Edição 1989, pág. 174).

Seguindo nas mesmas trilhas de interpretação, o Dr. Alexandre de Moraes, do MP de São Paulo, assevera:

**“O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Assim, afirma Celso de Mello que somente os juizes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.**

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também

**de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador”.** (Direito Constitucional, 7ª Ed. - Jurídico Atlas-SP 2000, pág. 102).

Podemos, ainda, citar os ensinamentos de mestre José Cretella Júnior, vejamos:

**“Juízo de exceção”** é o **“Juízo que foge à regra”**, é o **juízo estabelecido para o julgamento de determinados casos, ocorridos ou não ocorridos, sem que sua instituição decorra da Lei Magna.** A nosso ver, é também juízo de exceção o que é instituído pelo Poder Executivo, sem base constitucional. O juízo de exceção representa, no direito constitucional, a falta de garantia institucional, a falta de direito ao juízo legal comum...” (Comentários à Constituição 1988, Art. 1º a 5º (I a LXVII), 3ª Ed. - Forense Universitária - Biblioteca Jurídica, pág. 462/463)

Abordando especificamente o princípio do promotor natural, o Prof. Alexandre de Moraes discorre:

**“O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do presente princípio por maioria de votos, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do promotor de exceção, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente.**

Conforme salientou

**“o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger os membros do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição.”** (do mesmo compêndio, pág. 476/477)

Nesse particular, existe identidade de opiniões com o colega Pedro Decomain que às fls. 305 de sua clássica obra acima citada, sustenta o mesmo ponto de vista. O segundo fundamento de nossa divergência sobre o comentado inciso VIII, lastreia-se na análise retrospectiva que tem demonstrado a total incoerência da citada regra, pois as poucas medidas tomadas para apurar responsabilidades administrativas e outras ações de natureza cível contra os chefes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, são, em regra, deslocadas a outros membros do “Parquet” por delegação do Procurador Geral, em razão da permanente preocupação

de não melindrar sensibilidades e de prejudicar a “harmoniosa” relação que deve existir entre os Poderes e o Ministério Público. Não seria absurdo até dizermos que se fosse levado a efeito por parte do Procurador Geral medidas como, por exemplo, para impedir a desenfreada contratação de servidores públicos sem a observância da legalidade, estaria sujeito a sofrer retaliações, como ocorrera em outros Estados, em razão do Governador não repassar, nas datas apazadas, os percentuais orçamentários.

Para não deixar dúvidas, oportuno destacar decisão de nosso Superior Tribunal de Justiça sobre questões de competência para as ações de natureza cível, reforçando nosso entendimento, vejamos:

“Ementa: Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 157 e 1.518, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação.

1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ.
2. Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canutilho, in Resp-28.848, DJ de 02.08.93).

Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.

**3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.**

4. De lege ferenda, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.

5. à minguada de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação.” (Acórdão RCL 591/SP; Reclamação 1998/0074203-4, DJ 15.05.2000, PG: 00112, Relator Min. Nilson Naves, decisão de 01.12.1999, Corte Especial)

Oportuno trazer a baila que o Congresso Nacional refutou, recentemente, o projeto que pretendia estender a garantia de foro por prerrogativa de função também para as ações de improbidade administrativa, demonstrando, com isso, a necessidade de ser observadas as regras básicas de prestação da tutela jurisdicional, sem supressão de instância.

## CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto concluímos:

1º- que o inciso VIII, do art. 29 da Lei 8.625/93 (lei orgânica nacional do Ministério Público), é inconstitucional por ferir o princípio fundamental do Promotor natural, e criar a inusitada figura do “privilegio de atribuição” para determinadas autoridades;

2º- qualquer ação de natureza cível, inclusive a de improbidade administrativa a ser proposta no juízo de 1º Grau, será da atribuição de um dos Promotores de Justiça conforme as normas ordinárias de distribuição de serviço, fazendo-se o controle difuso da constitucionalidade das leis;

3º- devido ao conservadorismo dos hermenutas, em especial de fazer a adequação das normas infra-constitucionais a nossa Carta Política, principalmente aquelas que ferem princípios implícitos consagrados na Constituição Federal, deve-se, com urgência, ser encaminhado projeto de lei objetivando a retirada da inusitada figura jurídica de nossa Lei Orgânica Nacional, permitindo-se, dessa forma, colocarmos os Ministérios Públicos Estaduais em pé de igualdade com o Federal, no que diz respeito a sua credibilidade perante a opinião pública, demonstrando tratar-se de uma Instituição de defesa da sociedade e não do Estado.



## TESE 60

### A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINADA À APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI N.º 8.429/92.

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini<sup>1</sup>  
Promotor de Justiça - PR

**1. Introdução. 2. Termo inicial da prescrição na hipótese do inc. I, do art. 23, da Lei n.º 8.429/92. 3. Termo inicial da prescrição na hipótese do inc. II, do art. 23, da Lei n.º 8.429/92, e para os casos não previstos. 4. Os casos de duplicidade de termo inicial de contagem da prescrição. 5. Termo final do prazo prescricional para as ações de que trata a Lei n.º 8.429/92 6. Conclusões.**

#### 1. Introdução

A Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, consubstancia-se em instrumento jurídico fundamental para o combate dos chamados atos de improbidade administrativa, estabelecendo normas de natureza substantiva e adjetiva, com a finalidade de responsabilizar e punir os autores e beneficiários de atos de corrupção, permitindo um efetivo controle judicial da Administração Pública.

Ocorre, no entanto, que, dentre as regras estabelecidas nessa Lei, encontra-se uma que, a rigor, não é muito clara, ao menos em parte, em relação ao instituto de que trata, vale dizer, o artigo que regula a prescrição<sup>2</sup>, o que produz dúvidas no que tange à atuação dos atores do processo judicial de controle da probidade na Administração Pública, inclusive com prejuízos à própria sociedade, quando essa disposição legal é interpretada de modo isolado e simplista, de forma a suprimir indevida e açodadamente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Esse dispositivo legal é o art. 23, da Lei n.º 8.429/92:

---

1. Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e da Faculdade de Direito de Curitiba.  
2. Pontes de Miranda, ensina que a regra jurídica que regula a prescrição no Código de Processo Civil (art. 269, inc. IV), é “regra jurídica de direito material, razão porque se põe o assunto na extinção do processo com o julgamento do mérito”. (*Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III, arts. 154 a 281, p. 513*).

**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.**

Esse artigo de Lei regulou a incidência da prescrição, consistente na perda do direito de ação<sup>3</sup>, especificamente da ação principal destinada a aplicar as sanções previstas no art. 12, da Lei 8.429/92, ou seja, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, cuja legitimidade para sua propositura pertence à pessoa jurídica interessada (art. 1º, c.c. o art. 17, *caput*, da Lei n.º 8.429/92) e ao Ministério Público (art. 17, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, c.c. o art. 129, inc. III, da Constituição Federal). Esse dispositivo, como se pode observar facilmente, apresenta graves problemas quanto aos termos inicial e final da contagem do prazo prescricional, normalmente por omissão, o que exige esforço exegético para a correta aplicação do artigo.

**2. Termo inicial da prescrição na hipótese do inc. I, do art. 23, da Lei nº 8.429/92**

O primeiro inciso do art. 23 regula a prescrição da ação civil pública de controle da probidade administrativa, quando o ato de improbidade administrativa é cometido por agente público que exerça mandato (Presidente da República, Governador de Estado, Governador do Distrito Federal, Prefeito Municipal, Senador da República, Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador), que exerça cargo em comissão, destinado às atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou função de confiança (art. 37, inc. V, da Constituição Federal). O inc. I, do art. 23, portanto, cuida, basicamente, da prescrição da ação civil pública, quando o ato de improbidade administrativa tiver sido cometido por agente político<sup>4</sup>, exercente dos cargos e funções indicados da Lei 8.429.

Nesse caso, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos e o termo inicial da contagem desse prazo corresponde ao dia seguinte ao término do exercício do mandato, cargo em comissão

---

3. Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, p. 115, e, Egas Dirceu Moniz de Aragão, em seu *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol II, arts. 154-269, f. 602, acolhem a lição de Câmara Leal, que ensina que a “prescrição extingue a ação, a decadência extingue o direito”. Aliás, E.D. Moniz de Aragão, refere-se ao critério distintivo apresentado pelo mencionado jurista, no que tange à distinção entre prescrição e decadência: “Câmara Leal, procurando aprofundá-la, e aprimorá-la, aventou o seguinte critério distintivo: a) a prescrição extingue a ação, a decadência extingue o direito; b) se a ação e o direito nascem simultaneamente, o prazo para o seu exercício é de decadência, caso contrário, será de prescrição; c) a prescrição supõe um direito ‘nascido e efetivo’, que pereceu por não ter sido proposta a ação que lhe correspondesse, em caso de ameaça ou violação, a decadência supõe um direito que, nascido, não se tornou efetivo por não ter sido exercido”. Quando a esse último aspecto, Pontes de Miranda posiciona-se diferentemente. Para ele, “com a prescrição, apenas se encobre a eficácia”, não havendo que se confundir “prescrição com extinção do direito” (obra citada, f. 513 e 514).

4. A respeito dos agentes políticos, Hely Lopes Meirelles explica que: “são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao *regime jurídico único* estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, f. 72)

ou função de confiança. A pessoa jurídica interessada e o Ministério Público, portanto, terão no prazo comum de 5 (cinco) anos, contado do dia imediatamente seguinte ao encerramento do mandato, do exercício de cargo em comissão ou função de confiança, a possibilidade de propor a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Caso o agente político seja reconduzido, imediatamente, ao cargo que exercia, como na hipótese da reeleição, a solução que se apresenta como a mais adequada não é a da contagem do prazo prescricional desde logo, na forma aparentemente preconizada no inc. I, mas, a da manutenção da suspensão da contagem desse prazo até que expirem os motivos da suspensão, ou seja, até que expire o novo mandato. Desse modo, iniciar-se-á a contagem do prazo a partir da efetiva saída do agente ímprobo do cargo, permitindo-se, assim, não apenas a investigação do ato de improbidade, mas, especialmente, o próprio conhecimento da ilicitude, na maior parte dos casos acobertada pelo responsável, que a todo custo almeja a impunidade.

Com a recondução ou a reeleição para o cargo que já ocupava, não se tem, obviamente, a mínima condição para se investigar e processar o ímprobo e, muitas vezes, até de se conhecer o próprio ato de improbidade praticado e consumado em razão do exercício do cargo ou função, motivos que levaram o legislador a considerar suspenso o prazo prescricional do ato de improbidade cometido durante o exercício de cargo ou de função de natureza política. Presentes os mesmos motivos do período anterior não interrompido pela reeleição ou recondução, é lógico e jurídico que se considerem esses fatos (reeleição ou a recondução) como causas de suspensão da contagem do prazo prescricional, até que o agente público deixe de exercer, efetivamente, o cargo ou a função política, de forma a permitir a ação da Justiça.

### **3. Termo inicial da prescrição na hipótese do inc. II, do art. 23, da Lei n.º 8.429/92, e para os casos não previstos.**

Em que pese o art. 23, inc. I, não possuir uma redação muito precisa, ao menos fixa o prazo prescricional e o termo inicial de sua contagem, características ausentes no outro inciso do art. 23.

O inc. II, do art. 23, da Lei de Improbidade Administrativa, cuida da prescrição da ação principal quando o agente do ato de improbidade exerce cargo efetivo ou emprego. Nesse caso, foi estabelecido que a ação destinada a levar a efeito as sanções da Lei n.º 8.429/92, pode ser proposta “dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público”, ou seja, nos limites do prazo prescricional estabelecido na legislação específica para o processo disciplinar, no prazo prescricional previsto no estatuto próprio para a aplicação da sanção de demissão a bem do serviço público. Trata-se da chamada “prescrição administrativa”, conforme ensina MARIA SYLVIA DI PIETRO<sup>5</sup>:

“Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para a aplicação de penalidades administrativas”.

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações

---

5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, f. 496.

Públicas Federais – Lei Federal n.º 8.112/90 -, por exemplo, prevê o prazo de 5 (cinco) anos<sup>6</sup>, o mesmo prazo previsto no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo – Lei Estadual n.º 10.261/68<sup>7</sup>. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná – Lei Estadual n.º 6.174/70 -, fixa o prazo de 4 (quatro) anos<sup>8</sup>. Nas três leis, a falta disciplinar prevista também como crime, prescreverá juntamente com este. Assim, se o ato de improbidade administrativa configurar também tipo penal, o lapso prescricional não será o da lei que estabelece a sanção disciplinar de demissão, mas o da lei penal.

Os casos não previstos no art. 23, da Lei nº 8.429/92, ou seja, diante da ausência de previsão específica, estão sujeitos ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES<sup>9</sup>:

“Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que ‘a regra é a da prescritibilidade’. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174).”<sup>10</sup>

A questão que se coloca, no entanto, é a seguinte: A partir de quando esse prazo deve ser contado?

MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR<sup>11</sup> entendem que “o termo inicial da prescrição obviamente será a data em que o agente consumou a prática do ato de improbidade administrativa”.

6. Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; ...

...

§ 2º - Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares, capituladas também como crime.

7. Artigo 261 – Prescreverá a punibilidade:

I - ...

II – da falta sujeita à pena de demissão, de demissão a bem do serviço público e de cassação da aposentadoria e disponibilidade, em 5 (cinco) anos;

III – da falta também prevista em lei, como infração penal, no mesmo prazo correspondente à prescrição da punibilidade desta.

8. Art. 301. Prescreverá:

I - ...;

II – em quatro anos, a falta sujeita:

a) a pena de demissão ou destituição de função;

b) a cassação da aposentadoria ou disponibilidade.

III - ... vetado ...

Parágrafo Único. A falta também prevista na lei penal como crime, prescreve juntamente com este.

9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 590.

10. No mesmo sentido, Maria Sylvania Zanella Di Pietro: *Direito Administrativo*, p. 497.

11. Pazzaglini Filho, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, p. 213.

Com o devido respeito aos insígnies doutrinadores, discorda-se desse entendimento. Parece mais apropriado entender-se que o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato tornou-se conhecido da autoridade legitimada para promover a responsabilidade do agente público, e não da data do cometimento ato de improbidade administrativa. Aliás, é o que dispõe o art. 142, § 1º, da Lei Federal n.º 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

...

**§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.**<sup>12</sup>

A pessoa jurídica interessada, tomando conhecimento da ocorrência do ato de improbidade administrativa cometido por funcionário público, exercente de cargo efetivo, ou de ato de improbidade praticado por empregado público, terá o prazo previsto na lei especial, ou seja, *o prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público*, para promover a ação destinada a levar a efeito as sanções previstas na Lei n.º 8.429/92. Portanto, é a partir do conhecimento do fato ilícito, que se terá o início da contagem do prazo prescricional, e não da data da ocorrência do ilícito, como entendem os mencionados doutrinadores.

Considerando-se que os atos de improbidade não possuem natureza criminal<sup>13</sup>, não há porque invocar-se a regra do Código Penal, a qual prevê que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr do dia em que o crime se consumou. Como é cediço, o ato de improbidade possui autonomia em relação ao tipo penal, não havendo porque aplicar-se a lei penal. Não fosse assim, bastaria ao legislador remeter o aplicador da Lei n.º 8.429/92 ao Código Penal, para solucionar as questões atinentes à prescrição, o que ele não fez. Pelo contrário, não apenas criou uma forma toda própria para regular a matéria, como no caso do inc. I, do art. 23, como, claramente, na hipótese do inc. II, optou pela lei especial que regula o processo disciplinar do servidor ou empregado público – e não pela lei penal –, para resolver o problema da prescrição da ação principal da Lei n.º 8.429/92.

Ademais, se o intérprete tiver que recorrer à lei penal ou processual penal, haverá de invocar o art. 103, do Código Penal, ou o art. 38, do Código do Processo Penal, que cuidam do mesmo tema, vale dizer, da perda do direito de ação em face do decurso do tempo. Esse instituto, que no processo civil recebe a denominação de prescrição, no processo penal é designado de

---

12. No mesmo sentido, o Estatuto dos Servidores do Estado de São Paulo:

Art. 261. ...

Parágrafo único – O prazo da prescrição inicia-se no dia em que a autoridade tomar conhecimento da existência da falta e interrompe-se pela abertura de sindicância ou quando for o caso, pela instauração do processo administrativo.

13. Conforme ensina Fábio Medina Osório: “Imperioso concluir, assim, pela inexistência de caráter criminal das sanções previstas no art. 12, incisos I, II e III, da Lei número 8.429/92, pois nenhuma de tais sanções seria passível de aplicação exclusivamente pela via do direito penal, visto que não há semelhante limitação ao legislador no âmbito constitucional e tampouco seria adequado estabelecer, sem lei expressa, caráter criminal a condutas tão amplamente descritas pelo legislador”. (*Improbidade Administrativa*, p. 146-147)

decadência, sendo conceituado por DAMÁSIO DE JESUS do seguinte modo<sup>14</sup>:

“É a perda do direito de ação do ofendido em face do decurso do tempo. Atingindo em primeiro lugar o direito de ação, por via oblíqua incide sobre o *jus puniendi* do Estado, pelo que é arrolado entre as causas de extinção da punibilidade”.

A decadência incide a partir do dia em que o “*ofendido veio a saber, inequivocamente, quem foi o autor do crime*”<sup>15</sup>, *mutatis mutandis*, o dia em que a autoridade tomou conhecimento de quem foi o autor do ato de improbidade administrativa, a data em que a autoridade tomou conhecimento do ato de improbidade administrativa.

#### 4. Os casos de duplicidade de termo inicial de contagem da prescrição

Outro problema que se coloca é o seguinte: o termo inicial único para a contagem do lapso prescricional foi a solução adotada pelo legislador na hipótese do inc. I, do art. 23, que, no entanto, omitiu-se quanto a esse aspecto, no que se refere ao inc. II. Dessa omissão decorre o seguinte questionamento, posto de dois modos: Na hipótese do inc. II, do art. 23, da Lei de Improbidade, o termo inicial da prescrição é comum para ambos os legitimados? A pessoa jurídica interessada e o Ministério Público, que podem ter tomado conhecimento em momentos distintos do ato de improbidade, estão sujeitos ao mesmo prazo?

Pensa-se, como afirmado, que o critério para o início da contagem do prazo prescricional é o do conhecimento do fato, e se esse conhecimento pode dar-se em momentos distintos por parte dos legitimados, parece lógico que se tenha dois termos iniciais: o referente à pessoa jurídica interessada; e o do Ministério Público. Aliás, isso é absolutamente coerente com a independência e autonomia do Ministério Público relativamente à Administração Pública, e vice-versa.

É a partir do conhecimento do fato ilícito pelo Ministério Público, que se iniciará a contagem da prescrição, baseada no *prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público*, para que o *Parquet* promova a ação destinada a levar a efeito as sanções previstas na Lei n.º 8.429/92. Esse prazo independe do prazo da pessoa jurídica interessada, que poderá incidir em outro momento, antes ou depois, ou, no mesmo dia, dependendo apenas do instante em que a pessoa lesada tomou conhecimento da ocorrência do ato de improbidade administrativa.

Existem, portanto, no caso do art. 23, inc. II, da Lei n.º 8.429, dois termos iniciais de contagem do prazo prescricional: o da pessoa jurídica lesada e o do Ministério Público. Com efeito, essa é a interpretação adequada para o mencionado dispositivo, pois, os legitimados são entes distintos e independentes, não podendo um ser tido como o outro, não podendo um ser prejudicado pela eventual incúria ou desídia do outro.

14. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, p. 236.

15. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*, p. 157.

Esse posicionamento encontra apoio na própria Lei nº 8.429/92, especialmente nos seus arts. 14, 15 e 22.<sup>16</sup>

A Lei n.º 8.429/92, nos dispositivos acima mencionados, deixa claro que o conhecimento do fato pela Administração Pública e pelo Ministério Público, podem ocorrer em momentos distintos. A representação elaborada por qualquer pessoa, prevista no art. 14, só será conhecida pelo Ministério Público depois de passar por um juízo de admissibilidade e após instaurado o processo disciplinar. Conforme dispõe o art. 15, o Ministério Público será informado do fato pela comissão processante, ou seja, depois de decorrido um determinado tempo. Nesse caso, é correto que o termo inicial da prescrição da ação destinada à aplicação das sanções da Lei n.º 8.429/92, relativamente à Administração Pública, seja o da data em que a autoridade teve ciência da representação. Para o Ministério Público, o termo inicial haverá de ser outro, consistente na data em que a comissão deu ciência do fato ao *Parquet*.

No caso do art. 22, da Lei n.º 8.429/92, pode ocorrer situação distinta. O Ministério Público poderá conhecer o fato antes da própria autoridade administrativa, com o que o termo inicial da prescrição será outro, vencendo em momento anterior àquele da pessoa jurídica lesada, se configurada essa hipótese.

Ademais, como é sabido, a Lei de Ação Civil Pública estabelece que *qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei Federal nº 7.347/85)*. E mais, no seu art. 7º estabelece que, *se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis*.

Desses dispositivos da Lei nº 7.347/85, também emerge cristalina e racionalmente que, só a partir do instante em que o Ministério Público é comunicado pelo cidadão, pelo servidor público ou pelo Poder Judiciário, tomando conhecimento dos fatos ensejadores da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, é que se inicia a contagem do prazo de prescrição da ação, que não necessariamente será o mesmo para a pessoa jurídica interessada.

Afora a coincidência de data de conhecimento da prática de ato de improbidade, cometido por funcionário ou empregado público, não há razão, no caso do art. 23, inc. II, da Lei n.º 8.429/

---

16. Art. 14 - Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º - A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º - A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º - Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15 - A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único - O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

...

Art. 22 - Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

92, para se ter um termo inicial único para a contagem da prescrição, o que não se aplica à hipótese do inc. I, como visto.

É pacífico, outrossim, o entendimento de que a prescrição não atinge a ação de ressarcimento do erário<sup>17</sup>, mesmo encontrando-se o ressarcimento integral do dano dentre as penalidades do art. 12, da Lei n.º 8.429/92, haja vista disposição constitucional expressa instituindo a imprescritibilidade (art. 37, § 5º).

### 5. Termo final do prazo prescricional para as ações de que trata a Lei nº 8.429/92

Embora o dispositivo não estabeleça o termo final, esse corresponderá à data em que a petição inicial for distribuída perante o juízo competente, ou seja, na data da propositura da demanda, o que está de acordo com a dicção legal, presente no *caput* do art. 22: “as ações ... podem ser propostas”. Aliás, como explica BARBOSA MOREIRA<sup>18</sup>:

“No momento em que a inicial é distribuída, onde necessário, ou despachada pelo juiz, considera-se *proposta a ação* (art. 263, 1ª parte). É nesse momento, pois, em princípio, que se produzem os efeitos atribuídos à propositura, por quaisquer regras legais.”

Apenas desse modo os entes legitimados terão efetivamente 5 (cinco) anos para propor a ação destinada a aplicar as sanções do art. 12, da Lei n.º 8.429/92, o que não ocorre se se considerar como termo final a data de citação do requerido.

Com efeito, a citação interrompe a prescrição (art. 219, do Código de Processo Civil), o que não deve ser confundido com o termo final do prazo prescricional do citado art. 23. Se até o último dia do prazo a petição inicial da ação civil pública destinada a aplicar as sanções da Lei n.º 8.429/92 for protocolada, ajuizada, e apenas depois desse prazo ocorrer a citação, não haverá que se falar em prescrição, haja vista a distribuição da medida no tempo oportuno. Além disso, a citação válida interrompe a prescrição, que retroagirá à data da propositura (art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil).

Esse termo final – data da distribuição - aplica-se às hipóteses tanto do inc. I, quanto do inc. II, do art. 23, da Lei 8.429/92.

### 6. Conclusões

1ª - o termo inicial da contagem do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 23, inc. I, da Lei n.º 8.429/92, é o dia imediatamente seguinte ao término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança, sendo comum para a pessoa jurídica interessada e para o Ministério Público;

2ª - a reeleição ou a recondução para cargo político, suspende a contagem do prazo prescricional a que se refere o inc. I, do art. 23, até que o ímprobo termine de exercer o novo mandato eletivo, o cargo em comissão ou a função de confiança para o qual foi reconduzido.

17. Nesse sentido, Juarez Freitas, em sua obra *O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, f. 118; Wallace Paiva Martins Júnior, em seu livro *Probidade Administrativa*, p. 291-292; Fernando Rodrigues Martins, na obra intitulada *Controle do Patrimônio Público*, p. 21; e Marcelo Figueiredo, em seu *Probidade Administrativa*, p. 292-293.

18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, f. 25.



3ª - o termo inicial da contagem do prazo prescricional previsto no art. 23, inc. II, da Lei n.º 8.429/92, corresponde à data em que o fato tornou-se conhecido da autoridade legitimada para a propositura da ação;

4ª - o termo inicial da contagem do prazo prescricional previsto no art. 23, inc. II, da Lei n.º 8.429/92, não necessariamente será o mesmo para o Ministério Público e para a pessoa jurídica interessada, dependendo da data em que um e outro tomaram conhecimento do ato de improbidade administrativa;

5ª - os casos não previstos no art. 23, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do conhecimento do fato;

6ª - o termo final da contagem dos prazos prescricionais regulados pelo art. 23, incs. I e II, é obstado na data em que a petição inicial for distribuída para o juízo competente (data da distribuição).

**Bibliografia:**

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol II: arts. 154-269, 7ª ed. ver. e atual.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III: arts. 154 a 281*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

## TESE 61

### A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA COIBIR CONCESSÕES DE INCENTIVOS PÚBLICOS À EMPRESAS PRIVADAS FEITAS DE FORMA VICIADA.

**Odair Tramontin**

Promotor de Justiça - SC

Tema bastante atual e muito questionado em vários ambientes da vida nacional, dentre outros, é o dos **incentivos fiscais e econômicos** patrocinados pelo Poder Público em relação a empresas privadas de fins lucrativos.

A propósito, o assunto já foi objeto de tese apresentada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em outubro/99, na cidade de Curitiba/PR, apresentada e defendida pelos Promotores de Justiça Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini, quel mereceu aprovação unânime da plenária.<sup>1</sup>

A principal conclusão do aludido trabalho, foi no sentido de que as concessões de incentivos públicos somente podem ocorrer quando forem feitas com absoluta observância dos princípios constitucionais que norteiam os atos da administração pública, principalmente aqueles expressamente previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

Como é sabido, as concessões generosas do Poder Público às empresas, via de regra, consistem em doações incondicionais de imóveis, isenções de tributos, obras de infra-estrutura, locações, etc., sempre com a justificativa de criação de mais empregos e incremento de tributos.

O subscritor do presente trabalho, embora admitindo que o ordenamento jurídico brasileiro (leia-se Constituição Federal) permite a concessão de incentivos fiscais econômicos à iniciativa privada, **discorda** com veemência da forma como o Poder Público está implementando sua política de incentivos às empresas privadas com fins lucrativos.

Na realidade, de uma forma geral, não se trata de incentivos propriamente ditos, mas sim aquisições e doações direcionadas e sem contrapartida formal, efetuadas para alguns “escolhidos” dos mandatários, em completa desobediência a vários princípios estabelecidos nas Constituições estaduais e na Constituição Federal da República.

---

1. A tese pode ser consultada no Livro de Teses, Tema II, Teses 24, Vol 2, 1999, pág. 185 a 202.

O certo é que está acontecendo um “festival” de concessões de favores fiscais e econômicos, principalmente no âmbito municipal, a empresários locais já estabelecidos e que desnecessitariam dos favores do erário, sem qualquer critério e em total desconformidade com os princípios constitucionais que norteiam as atividades da administração pública.

Diante da generalizada guerra fiscal instaurada entre estados da federação e entre municípios, é preciso que haja uma firme intervenção do Ministério Público para estabelecer limites nas ações concessivas de recursos públicos à iniciativa privada, a bem da proteção do patrimônio público.

É que as reiteradas justificativas de que os incentivos resultarão na criação de empregos e aumento de tributos, o que consequentemente beneficiaria toda a coletividade, devem ser acolhidas com reservas.

Na verdade, na maioria dos casos, os grandes beneficiados são os particulares que recebem as benesses públicas sem qualquer contrapartida. O que está acontecendo é que as empresas deixam de empregar recursos próprios em seus negócios, fazendo-se substituir pelo Estado, que investe em seu lugar e assume riscos.

Então, além da obediência aos princípios norteadores dos atos administrativos em geral – legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência -, o Poder Público somente pode conceder incentivos com o fim de diminuir desigualdades regionais, socorrer determinados setores deprimidos economicamente ou para promover o desenvolvimento nacional, desde que tais políticas representem a satisfação do interesse público. Em qualquer caso as concessões devem ser feitas de forma transparente e em caráter geral.

Contudo, na prática tem sido muito difícil desenvolver ações voltadas para impedir que o desperdício de recursos públicos continue. A forma como as concessões são colocadas para a sociedade, geralmente com grande alarde das vantagens decorrentes, notadamente quando o centro do discurso que baseia-se na criação de empregos e aumento de receita tributária, tem dificultado o êxito das ações empreendidas.

O problema é que os mandatários conseguem aprovação de leis que autorizam as concessões de incentivos e logo em seguida concretizam os negócios autorizados. De imediato, via de regra, efetuam as aquisições de imóveis e em seguida fazem as doações aos beneficiários.

O caminho que geralmente tem sido utilizado pelos operadores jurídicos, ao se constatar que os incentivos concedidos afrontam o sistema jurídico, é o da propositura de Ação Civil Pública com o objetivo de anular os efeitos concretos decorrentes das leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

Contudo, não raras vezes, tais ações tornam-se ineficazes porque as compras de imóveis já foram realizadas e as empresas já receberam as benesses, muitas vezes já tendo feito edificações ou até se encontram em pleno funcionamento, revelando-se difícil a reversão da situação já concretizada, notadamente porque os atos foram praticados com base em lei aprovada pelo legislativo.

Por isso, um caminho bastante viável é o da interposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, para evitar que as leis viciadas entrem no sistema jurídico e produzam efeitos concretos.

Enfrentando tal situação, no ano de 1999 o autor deste trabalho ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para evitar a produção de efeitos concretos de algumas leis municipais que autorizaram o Prefeito do Município de Pomerode/SC a adquirir e doar imóveis a particulares, sem qualquer procedimento licitatório tanto para as compras como para as doações.<sup>2</sup>

A fundamentação na propositura consistiu, em síntese, na alegação de que as leis eram contrárias aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e disposições correlatas constantes no artigo 16 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

É que as aquisições e doações foram realizadas sem qualquer procedimento licitatório, o que ofendeu o princípio da publicidade, sendo que as doações para determinadas pessoas jurídicas escolhidas pelo Prefeito significaram ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade.

Além disso, argumentou-se que as compras e doações favoreciam interesses exclusivamente privados, em detrimento do interesse público, que deve ser o principal objetivo a ser perseguido.

O órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, reconhecendo a relevância dos fundamentos e a séria ameaça à ordem econômica municipal, considerou relevante a tese apresentada e deferiu liminar para sustar os efeitos das leis atacadas.

Posteriormente, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade de 05(cinco) leis municipais atacadas, reconhecendo o seguinte :

**“Qualquer espécie de benefício público que seja concedido ao setor privado que não se revista dos princípios consagrados no artigo 37 da CF/88 e das correlatas disposições do artigo 16 da CESC, bem como de outros princípios, implicitamente aplicáveis à espécie, torna-se inválido, sujeitando ao concedente a responsabilidade fundada na improbidade administrativa”.**

Com o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis referidas, foi possível impedir a sangria de recursos públicos em valores próximos a R\$1.000.000,00(um milhão de reais), que pode parecer pouco, mas é bastante significativo para um município de apenas 20.000 habitantes.

---

2. Para exemplificar, declino uma das leis atacadas na ação proposição da ação:

**Lei nº 1452, de 10 de novembro de 1999.**

“Autoriza aquisição de área de terras para doação a título de incentivos econômicos e fiscais à empresa Fakini Têxtil Ltda.”

“Art. 1º - Autoriza o Executivo Municipal a adquirir uma área de terras de propriedade de HERMANN GUENTHER, contendo área de 3,215,64m2...”

“Art. 2º - Para o terreno a que se refere o artigo 1º desta lei, o Município pagará a importância de R\$60.000,00(sessenta mil reais)...”

“Art. 3º - Fica igualmente autorizado o Executivo Municipal a doar a área de terras mencionada no artigo 1º desta lei, a título de Incentivo Econômico para a empresa Fakini Textil Ltda, ...”

“Art. 4º - Fica concedido também à empresa FAKINI TEXTIL LTDA., o incentivo fiscal de isenção de Taxas de Licença para Construção, pelo prazo de 05(cinco) anos, a partir da publicação desta lei.”

Se tivéssemos tomado o caminho da ação civil pública, somente possível após os efeitos concretos das leis questionadas (concretização das compras e doações através de atos administrativos), certamente a reversão da situação seria bastante difícil. Como dito supra, depois dos negócios concretizados, o Poder Judiciário (leia-se tribunal de Justiça) geralmente aceita o falacioso argumento de que a criação de empregos e tributos justifica as concessões dos benefícios econômicos e fiscais mesmo que ofensivas à Constituição.

Por isso, o manuseio da Ação direta de Inconstitucionalidade permite que o Ministério Público tenha uma ação preventiva e consiga evitar que os recursos públicos sejam aplicados de forma contrária ao ordenamento jurídico, pois é certo que a recuperação dos desvios é muito difícil e algumas vezes até impossível.

### **Conclusão:**

Diante da vigência de lei concessiva de incentivos públicos a empresas privadas de fins lucrativos, que seja contrária aos princípios previstos no artigo 37 da CF/88 e suas disposições correlatas nas Constituições Estaduais, é possível a interposição de **Ação Direta de Inconstitucionalidade** pelo Ministério Público para o fim de ver a mesma ser retirada do sistema jurídico, principalmente antes de produzir qualquer efeito concreto.

**TESE 62****A FUNÇÃO SOCIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM LIQUIDAÇÃO (EMPRESAS PÚBLICAS) E O PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

**Maria José Perillo Fleury**  
Procuradora de Justiça - GO

Buscamos através da presente análise suscitarmos o questionamento do poder-dever da intervenção do Ministério Público, diante das novas atribuições constitucionais do órgão ministerial, dentre elas, a de zelar pelos interesses sociais, pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, dos serviços de relevância pública, proteção do patrimônio público e social (cultural, artístico e paisagístico), meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos e individuais indisponíveis<sup>1</sup>, nos feitos onde figuram como parte instituições financeiras, constituídas sob o regime de empresas públicas e formadas com capital social exclusivo do poder público,

Sem dúvidas os Ministérios Públicos brasileiros vêm passando por um ajuste de suas atribuições, o que tem gerado controvérsia com relação à necessidade de sua intervenção em determinados casos, controvérsias estas, ora originadas pela pureza e técnica dos questionamentos doutrinários - científicos, ora por razões outras, inconfessáveis e muitas das vezes imperceptíveis aos olhos nus, como o de retirar do mundo jurídico a discussão da ordem democrática e evitar a propagação das defesas dos direitos individuais e coletivos indisponíveis, hoje conferidos ao Ministério Público na Carta Constitucional de 1988.

Para melhor desenvolvimento do nosso ponto de vista, utilizaremos como parâmetro de análise, a Empresa Pública CAIXA ECONÔMICA DO ESTADO DE GOIÁS – CAIXEGO, que foi criada através da Lei nº 7.640/73, sendo transformada de Autarquia em Empresa Pública, com personalidade jurídica de direito privado, a exemplo de várias outras existentes neste país. A mesma nasceu com a qualidade de instituição financeira, tendo por finalidade, o atendimento social, conforme se infere do art. 2º da citada lei, e está sujeita às regras gerais do sistema financeiro nacional.

Importante anotar, que geralmente as empresas públicas criadas pelo Poder Público com finalidade financeira, a exemplo da CAIXEGO, tem como único acionista o Estado e,

---

1. Ver Constituição Federal nos artigos 127, e 129.

geralmente, seus Estatutos prevêem que nos casos de extinção das mesmas o seu capital social reverterá ao instituidor (erário público). Especificamente sobre a CAIXEGO, destaca o artigo 3º da também citada lei, que o capital da CEEG pertencerá ao Estado de Goiás e, portanto ao povo goiano, no caso de sua extinção.

Através da Resolução n.º 1.752, de 21-09-90, o então Presidente do Banco Central do Brasil, Dr. Ibrahim Eris, com base no art. 1º da Lei n.º 6.024, de 13.03.74, decreta a liquidação extrajudicial de referida empresa pública.

Através da Lei n.º 12.957, de 19 de novembro de 1996, a Assembléia Legislativa do Estado de Goiás autorizou o Estado de Goiás a assumir a liquidação ordinária da CAIXEGO, sendo a liquidação extrajudicial declarada cessada pelo Sr. Presidente do Banco Central em 21 de outubro de 1997, através do ATO-PRESI n.º 000752. Assim, acreditamos que a transformação da maneira de se efetivar a liquidação (transferência das responsabilidades do Banco Central para a Assembléia de Acionistas) não extinguiu o processo liquidatório em si, mas simplesmente cessou a liquidação extrajudicial, que se realizava nos moldes da Lei 6.024, para processar nos moldes da lei 6.404 (Lei das Sociedades por Ações).

O nó da questão reside no fato de ser ou não cabível a intervenção do Ministério Público nos processos judiciais, envolvendo como parte empresa pública em liquidação, cuja indagação consubstancia-se no cabimento da intervenção do MP nas liquidações ordinárias, fato que reconhecemos ser controverso.

Mauro Rodrigues Penteadado, definindo o procedimento de liquidação diz:

**“Ora, o procedimento ordinário de liquidação não corresponde a uma execução coletiva, mas ao pagamento voluntário, coletivo e integral, em bloco ou sucessivamente, de todos os credores sociais, objetivando o cumprimento completo das obrigações societárias, vencidas ou vincendas, pressuposto, para que, ao depois, se proceda a partilha do acervo remanescente entre os acionistas, ensejando a extinção da companhia.”<sup>2</sup>**

De outro ângulo, o autor acima citado, mestre e doutor em Direito Comercial, ao estudar a Dissolução e Liquidação das Sociedades, à luz da Lei 6.404/76, professa:

**“É enigmático como certos temas de direito societário não logram empolgar os estudiosos a ponto de merecerem tratamento unitário e sistemático, a despeito de seu inequívoco interesse; é o que se dá pelo menos entre nós e de forma exemplar, com a matéria objeto desse estudo.”<sup>3</sup>**

Como se sabe, a liquidação da sociedade importa voluntária ou involuntariamente, na sua desmontagem, através de previsões legais da sua organização social, desmontagem esta, que é a priori, orientada pelo interesse de quem a criou, no caso, em espécie, o próprio Poder Público, tendo como linha orientativa, a Lei das Sociedades por Ações, ou seja, a Lei 6.404, em seus artigos 207 e 211 e 109, inciso II.

Como destaca Mauro R. Penteadado, as liquidações e dissoluções das sociedades encontra sua “lógica” no capitalismo e nos regimes de economia de mercado, “(pág. 18)

---

2. Penteadado, Mauro Rodrigues, in dissolução e Liquidação das Sociedades, pág. 232 (grifo nosso).

3.. ob. cit. pág. 17.



Entretanto, dentro da nova visão de interesse público, o objeto das sociedades hão de atender o interesse comunitário e social. “ *Nesse sentido, frise-se que por força de disposições constitucionais, há que se perquerir se a sociedade, civil ou comercial, pode ou não ser liquidada, levando-se em linha de consideração os interesses públicos gerais, comunitários, locais ou não dos acionistas( v.g.trabalhadores), atingidos pela operação, em confronto com os interesses privados e muitas vezes egoísticos dos sócios. Tal contraste, como sabido, é a raiz da construção pretoriana acerca da dissolução parcial das sociedades, cediça quanto às sociedades em geral, e que agora caminha para receber aplicação no âmbito das sociedades por ações*”.<sup>4</sup> (pág.20)

Diz ainda o lúcido autor – “*...,segundo esta ótica ora posta em relevo, é inequívoco o INTERESSE PÚBLICO, em que as dissoluções e liquidações ( Obs.: liquidações no plural), se processem de forma ágil e desburocratizada, para que a reinserção de valores estagnados no sistema econômico se opere com maior celeridade. (...)*”<sup>5</sup>

Um parêntese faz-se necessário para destacarmos que as relações negociais das instituições financeiras, classificadas como empresas públicas, e que prestam serviços de relevância pública, hoje, haverão de ter seu desenvolvimento e seus valores econômicos voltados para a coletividade. A função social da propriedade e a própria formação do capital social, advindo dos contribuintes de impostos, impõe, que na busca da segurança das relações negociais, da lógica de mercado, esteja difusamente inserido como objeto da sociedade, quando busca a lucratividade, a preservação do bem comum, cujo caráter, também, é de absoluta indisponibilidade.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, autodenominada de constituição cidadã, deixou esta sobressair ao lodo da defesa do Estado de Direito, o Estado Social, estado social este evidenciado em vários pontos do texto constitucional, quando defendem o trabalhador, as minorias raciais e sociais e estabelece que a propriedade deve ter uma função social. Estas disposições, sem dúvida, têm caráter intervencionista quando se trata de garantir a ordem pública e exige do Estado mecanismo de tutela desses novos direitos.

Dentre esses mecanismos legais, se distingue o Ministério Público, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, ainda, com a missão de zelar pelo efetivo respeito do Poderes Públicos e dos Serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal.

Entretanto, “ *Se de um lado, a criação desses novos direitos se coloca como inevitável ao Estado capitalista, por outro provoca uma rachadura no grande edifício jurídico liberal, pois, “...as atividades e relações se referem sempre mais freqüentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo.(sic) Os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos.*”<sup>6</sup>

Surgem, pois, direitos que se colocam como indispensáveis à formação social contemporânea, modificando a tradição do individualismo.

---

4. Ob.cit.pág.20.

5. Ob. Cit. Pág. 19, ( grifo nosso).

6. -CAPPELLETTI, Mauro. “Formações Sociais e Interesses Coletivos diante de Justiça Civil”, Revista de Processo, pág. 131, n.5.

Dentre estes novos direitos sobressai a defesa da propriedade pública, de caráter indisponível absoluto em razão de sua função puramente social, que, clama por rigoroso controle da sociedade. Temos que: *“Em suma, desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse disponível ou não convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.”*<sup>7</sup>

Ademais, diversas leis esparsas subtraem da autonomia privada a sorte e o destino da sociedade com relevância pública, em especial, instituições financeiras, formadas com patrimônio público, cuja finalidade de sua criação, sem dúvida, foi o atendimento do interesse da coletividade e, de conseqüência, o atendimento do interesse social. Essa subtração visa justamente impedir que a lógica da economia de mercado destinassem sempre, esse tipo de sociedade, ao processo falimentar ou liquidatório.

Por outro ângulo, temos evidente o interesse público no resguardo da ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94, porquanto sendo o acervo patrimonial da empresa pública pertencente ao Poder Público, o mesmo convola-se em patrimônio público, sendo indispensável que as atenções dos órgãos de fiscalização estejam voltados para verificar a política global do administrador, preservando a ordem econômica e a livre concorrência.

Por último, nos termos da Constituição Federal, quando trata dos princípios gerais da atividade econômica, conjugado com o artigo 170, III, da Lei 6.404 e 116, compete ao controlador, ou seja, ao Instituidor da Empresa (Administração Pública) realizar o objeto de sua instituição, buscando cumprir a função social a que foi destinada.

A propósito, Fábio Konder Comparato, em seu Direito empresarial, 1ª ed. São Paulo, 1990, pág. 34, destaca:

**“... a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder - dever do proprietário de dar à causa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder - dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”**<sup>8</sup>

Reportando ao direito administrativo, sabemos que os regimes jurídicos das empresas públicas são híbridos, visto que o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público, com amparo nas normas constitucionais. Assim, partindo do parâmetro de que o patrimônio da liquidada foi instituído com determinados objetivos sociais, ainda que privados, não pode o administrador atender finalidades diversas do interesse da administração.

### **Conclusão:**

a-) Há prevalente interesse social nas liquidações ordinárias de Empresas Públicas justificado na correta destinação do patrimônio público nele evidenciado, como meio de proteger a legalidade democrática e, por conseqüência, o estado de direito constitucionalmente instituído.

b-) Compete ao Ministério Público intervir, quando solicitado, intervir nos processos que envolvam empresas públicas em liquidação, nos termos do art. 5º., 127, 129, II, III e IX da

7. Mazzilli, Hugo Nigro, O Acesso à Justiça e o Ministério Público, e. Saraiva, pág. 16, ed. 2ª.

8. Comparato, Fábio Konder, Direito empresarial, 1ª ed. São Paulo, 1990, pág. 34 e 176.

CF, na proteção do interesse social, dos serviços de relevância Pública e do patrimônio público propriamente dito.

### **BIBLIOGRAFIA**

COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial 1ª ed., São Paulo, 1990

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil, e. Saraiva, 1999

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Acesso à Justiça e o Ministério Público, e.Saraiva, 1999

PENTEADO, Mauro Rodrigues- Dissolução e Liquidação das sociedades.

MORAIS, José Luiz Bolsan, “do Direito Social aos Interesses Transindividuais – O Estado de Direito na Ordem contemporânea. e. Livraria do Advogado, 1ª ed.1996

CAPPELLETTI, Mauro. “Formações Sociais e Interesses Coletivos diante de Justiça Civil”, Revista de Processo, pág. 131, n.5.

CANOTILHO, J.J.Gomes, “ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ” , 3ª. e, ed. Almedina.

DANTAS, Ivo, “*O Valor da Constituição*” – (*Do controle da Constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*), Ed.Renovar, e.1998.

## TESE 63

### O MINISTÉRIO PÚBLICO E O TERCEIRO SETOR\*

**Celso Jerônimo de Souza**

Promotor de Justiça, titular da 2ª Promotoria Cível de Rio Branco-AC e Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça.

**1 – Introdução. 2 – Fundamentação. 2.1 – Espaço que ocupa. 2.2 – Finalidade. 2.3 – Manutenção e origem. 2.4 – Os benefícios tributários das entidades do Terceiro Setor. 2.5 – O papel do Ministério Público no Terceiro Setor. 3 – Conclusões. 4 – Referências Bibliográficas.**

#### 1. Introdução

Historicamente o direito sempre se dividiu em público e privado. No mesmo diapasão segue-se a clássica divisão da economia: primeiro e segundo setor. Aquele representado pelo Estado, com a prestação ou execução de serviços através de órgão próprio do aparelho administrativo estatal; enquanto este denominado de setor produtivo representado pelas indústrias, empresas comerciais e prestadoras de serviços e entidades agrícolas, todos perseguindo o lucro como meta principal e reflexo do capitalismo, consubstanciado na valorização do processo econômico-produtivo em detrimento do social.

Contudo, surge uma terceira via, subvertendo as relações entre empresas e pessoas, com a valorização do social, pretendendo a prestação de serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis e as ambições do mercado, muitas vezes inaceitáveis. É o Terceiro Setor.

**2. Fundamentação. 2.1. Espaço que ocupa 2.2 – Finalidade. 2.3 – Manutenção e origem. 2.4 – Os benefícios tributários das entidades do terceiro setor. 2.5 – O papel do Ministério Público no Terceiro Setor.**

---

\*Aprovada no I Congresso do Ministério Público do Estado do Acre realizado em maio/junho/2001.

## 2.1 Espaço que ocupa

O Terceiro Setor tem sido identificado com o conceito de sociedade civil. É formado pelas entidades jurídicas não governamentais, sem finalidade lucrativa, objetivando o bem da coletividade, máxime, da mais carente. Junto com o Estado, 1º setor, e com o mercado, 2º setor, aparece o 3º setor, que arregimenta um grande volume de recursos humanos e materiais para estimular iniciativas voltadas para o desenvolvimento social, setor no qual se inserem as sociedade civis sem fins lucrativos, as associações civis e as fundações de direito privado.

A natureza jurídica deste setor ainda está em construção, havendo, por conseguinte, diversos conceitos para defini-lo, uns o descrevem como sendo o setor solidário, outros como sendo setor coletivo, independente. Há quem o classifique como integrante do Direito Social.

## 2.2. Finalidade

Importa destacar o objetivo perseguido pelo Terceiro Setor, composto por organizações ou instituições dotadas de autonomia, que apresentam como função e objeto principal a atuação voluntária junto à sociedade civil, visando o seu aperfeiçoamento. Inquieta-se, essencialmente, com os homens e a propagação da justiça social entre eles. Preocupa-se com o desenvolvimento humano e maior equilíbrio social. As entidades que integram o Terceiro Setor originaram-se a partir dos movimentos sociais, que funcionam como interlocutores, e transformaram-se em importantes instrumentos para a consecução de uma nova dinâmica social e democrática, em que as relações são orientadas pelos laços de solidariedade entre os indivíduos, espírito voluntariado, consenso e anseio do bem comum.

De sorte que elas cobrem um amplo espectro de atividades, seja na defesa dos direitos humanos, na proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio a populações carentes, educação, cidadania, direitos da mulher, dos indígenas, do consumidor, das crianças, etc.

## 2.3. Manutenção e origem

A pretensão de classificar o terceiro setor como setor independente, se nos afigura utópica, vez que, economicamente, o setor solidário, ao contrário do que se pensa, é bastante dependente do Estado, primeiro setor, e das empresas privadas, segundo setor.

Cotejando a forma de sustentação do primeiro, segundo e terceiro setores, temos: o primeiro se mantém com os tributos que impõe a toda sociedade; o segundo sobrevive, basicamente, em razão dos lucros que o capital produz; todavia, o último subsiste através da prestação de serviços ou de doações, subvenções do poder público, convênios etc.

As entidades de interesse social, ao lado das fundações de direito privado, têm origem distintas. Enquanto as primeiras são formadas por pessoas, podendo objetivar em primeiro plano interesses pessoais e só de forma mediata, a coletividade; estas são formadas por um patrimônio personificado, dotado pelo instituidor, destinado a prestar serviços de interesse

eminentemente social, humanístico, filantrópico. Aqui as sobras verificadas ao final do exercício financeiro, são reinvestidas na própria instituição, não havendo a divisão do superávit entre os seus dirigentes. Elas não têm proprietários, diferentemente daquelas. As associações, para serem extintas ou inviabilizadas, basta que os associados parem de contribuir. As sociedades civis, por seu turno, extinguem-se pela vontade da maioria dos sócios, enquanto as fundações não podem desaparecer pela vontade do instituidor, mas tão somente segundo as condições previstas em lei ou estatuto, e mediante prévia **aprovação do Ministério Público**.

Devemos à igreja e outros setores cristãos progressistas a introdução destas entidades filantrópicas no país. O trabalho pastoral alicerçado nas comunidades de base fez nascer no Brasil uma visão política da maior importância, orientadas pelo ideal de organizar e articular a sociedade pela base, independentemente dos partidos políticos existentes.

Em qualquer agrupamento humano, a estabilidade, permanência e paz social dependem, essencialmente, do ponto de equilíbrio entre as nossas necessidades individuais, que no mais das vezes se confundem com os nossos impulsos egoísticos e dos imperativos de convivência e solidariedade entre os indivíduos, formando assim uma comunidade, uma nação e uma verdadeira civilização. Afinal, sociedade dividida nunca serviu de esteio para grandes civilizações ou nações, vez que, o egoísmo, a força e a mentira jamais sobrepujaram a solidariedade, o amor ao próximo e a cooperação interna.

#### **2.4. Os benefícios tributários das entidades do Terceiro Setor**

As fundações, as associações e as sociedades civis de natureza filantrópica representam corpos intermediários entre o Estado e o indivíduo, e sua existência se considera necessária para atender determinadas necessidades sociais. Daí porque, o poder público lança-lhes um olhar de simpatia, sinalizando através de incentivos de ordem tributária, ora com imunidade, ora com isenções, como forma de recompensa pelas atividades que desenvolvem em complemento às do Estado.

Nunca é demais lembrar a distinção da fonte normativa de imunidade e isenção tributária, enquanto a primeira decorre do texto constitucional, vedando a criação de *impostos*, no caso, sobre o patrimônio, rendas ou serviços dos partidos políticos, extensivo às suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de ensino, (para estas já há resistência havendo, inclusive, PEC – Projeto de Emenda Constitucional – visando afastar a imunidade às entidades privadas de ensino, aliás, em boa hora) e *instituições de assistência social*, sem fins lucrativos, desde que atendidas certas condições que a lei considera indispensáveis para o seu reconhecimento. No tocante às isenções, elas só poderão ser concedidas através de lei e podem atingir qualquer modalidade de *tributo*, em todas as esferas administrativas.

Impende destacar, por oportuno, o conceito de instituições, sem querer identificar a origem e significado do termo **instituição**, ademais com pouco interesse prático para o objeto deste trabalho, são todas aquelas pessoas jurídicas de direito privado, sociedades civis, associações civis, fundações, serviços sociais, dedicadas à previdência, saúde e assistência social (versada no artigo 6º da Lei Maior).

Esta premissa por si só, agigantaria a importância do velamento ministerial destas entidades, haja vista o regime tributário, como vimos, que lhe é dispensado. Daí porque, o

interesse difuso de todos os demais contribuintes no seu regular controle, exatamente para evitar que alguns poucos se beneficiem, indevidamente, de favores não alcançados pelos demais.

Afinal, seria inadmissível que alguém, pretendendo esconder-se às sombras de uma entidade de interesse social sem fins lucrativo, viesse auferir benefícios fiscais em detrimento do erário público. Instituí-las para atender, em verdade, interesses meramente pessoais ou familiares, ainda que de maneira mascarada, *i.e.*, extrinsecamente perfeita e legal, porém, intrinsecamente, objetivando lucros particulares, devem ser prontamente combatidas. São por estas e outras que surgiram os críticos, atribuindo-lhes o rótulo jocoso de entidades de fins “*pilantrópicos*”.

## 2.5. O Papel do Ministério Público no Terceiro Setor

O Constituinte, percebendo a importância do terceiro setor na vida dos cidadãos, mormente, daquelas camadas sociais mais humildes, excluídas, ao longo da história, do processo econômico-social, reconhece a magnitude do **Ministério Público** como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe a grave missão de DEFENDER a ordem jurídica, o regime democrático e os INTERESSES SOCIAIS e individuais indisponíveis. Inteligência do art. 127, *caput*, da Magna Carta.

No âmbito infraconstitucional, temos o Código Civil (arts. 26 c/c 28, III e 30 par. único) e Instrumental (arts. 1.200 a 1.204) que contempla a legitimidade do *parquet* para velar pelas fundações, exercendo-lhes o controle prévio e finalístico. Prévio quando determina que o seu estatuto, obrigatoriamente, seja apreciado e aprovado por ele, sem o que a entidade não poderá existir validamente; finalístico quando fiscaliza o cumprimento dos objetivos a que se destinam a entidade, exercendo o controle externo das suas contas, podendo intervir para adequá-la aos fins propostos pelo instituidor, inclusive, agitar a sua extinção. Já a fiscalização das demais entidades de interesse social só será realizada pelo **Ministério Público** através do controle finalístico.

A propósito, é pertinente lembrar, também, a faculdade outorgada ao *parquet* de postular ao juízo competente a dissolução da sociedade civil de fins assistenciais (**acaso deixe de desempenhar efetivamente estas atividades ou desvie para fins diversos as somas originárias das subvenções, ainda, se ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores**), que receba auxílio ou subvenção do Poder Público, ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares. A assertiva decorre da previsão contida nos arts. 1º e 3º, *caput*, do **Decreto-Lei** nº 41, de 18 de novembro de 1966. No caso específico das fundações privadas, elas também podem ser extintas pela via administrativa, instaurando-se, previamente, procedimento para apurar as causas autorizadoras da extinção.

Importante lembrar, o pioneirismo na sistematização das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, através da Lei 9.790, de 23.03.99, que permite ao Poder Público qualificá-las como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP e, com isso, capacitá-las a relacionar-se como ele através de parceria. Esta lei é um marco dos mais importantes para a sobrevivência destas entidades, cujos estatutos perfilam objetivos ou finalidades sociais voltados para a execução de atividades de interesse público

nos campos da assistência social, cultura, educação, saúde, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, da ética, da paz, da cidadania e dos direitos humanos, da democracia e de outros valores fundamentais, além da defesa, preservação e conservação do meio ambiente.

A referida lei inova, para permitir que os diretores das entidades sejam remunerados. Ocorre, porém, que a previsão estatutária desta remuneração, resulta na perda do direito delas gozarem de imunidades ou isenções fiscais. Tal permissão é fruto de reivindicação sedimentada ao longo da história. No entanto, o legislador foi conservador, posto que dá com uma mão e retira com a outra. Por sua vez, já se concluiu que é urgente repensar a questão da remuneração dos dirigentes fundacionais ou entidades de interesse público, sob pena de a sua administração nunca deixar de ser amadora, com toda a repercussão negativa que esse amadorismo representa para o crescimento das entidades.

### 3. Conclusões

**3.1. O Ministério Público** no âmbito da sua atuação extrajudicial inicia-se um processo social irreversível de concretização da fiscalização e controle prévio, bem como a avaliação do resultado ou balanço contábil e finalístico (este chamado de balanço social), das fundações privadas, verificando se houve redução nos índices sociais que elas se propuseram resgatar, enquanto nas demais entidades de interesses sociais, cabe-lhe, *prima facie*, fiscalizar, em regra, só o balanço social;

**3.2.** Este controle está modelado como dever institucional do *Parquet*, vez que a ele compete zelar pela regularidade da aplicação dos recursos no caso das fundações privadas, enquanto nestas e nas demais entidades de interesses sociais exerce o controle finalístico, posto acomodarem interesses sociais tão caros à sociedade, conforme retrata o artigo 127, *caput* da Carta Política. Tal controle inclui a legitimidade para provocar judicialmente a extinção das referidas entidades, sendo que no caso das fundações, detém competência para fazê-lo, inclusive, pela via administrativa.

### 4. Referências bibliográficas

- 1)- PAES, José Eduardo Sabo, Fundações e Entidades de Interesse Social.
- 2)- RAFAEL, Edson José, Fundações e Direito 3º Setor.



## TESE 64

### DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA DIRIGENTES DE ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL

**Andrea Fernandes Nunes Padilha\***  
Promotora de Justiça - PE

#### **I- Introdução:**

Abordaremos neste estudo a utilização da Ação de Prestação de Contas como instrumento para viabilizar o exercício de atribuições impostas pela Lei ao Ministério Público, analisando para tanto, a possibilidade de legitimação ativa do mesmo para impetrar a referida ação contra dirigente de entidade de interesse social à luz do processo civil, bem como procurando demonstrar a necessidade do uso deste mecanismo para a configuração de prova material imprescindível à instrução de alguns tipos de ações cíveis cabíveis no exercício da função ministerial.

#### **II- Justificativa (breves considerações sobre a tema):**

A escolha deste tema afigurou-se para nós oportuna sobretudo em função do crescente espaço ocupado pelo Terceiro Setor no Brasil e no mundo. A terceirização das atividades estatais não exclusivas projetou as entidades de Interesse Social em um importante patamar da Sociedade, na medida em que elas absorvem grande parte das funções, recursos e estrutura do aparelho estatal, mediante os Termos de Parceria celebrados com o Governo. Mas mesmo aquelas que preferirem não se amoldar aos requisitos legais das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público têm já hoje papel de destaque na economia estatal, quando verificamos o extraordinário aporte de recursos repassados às mesmas pelo Poder Público a título de subvenções, auxílios, convênios e contratos, sem falar na elevadíssima cifra de renúncia fiscal do Estado, ocasionadas pelas isenções e imunidades que tais entidades gozam, e os incentivos fiscais às empresas que lhes prestam doações e patrocínios. De salientar, ainda, que apesar de

---

\* Promotora de Justiça com exercício na Promotoria de Justiça de defesa da cidadania da capital – atuação na tutela de Fundações, entidades e organizações sociais;

receber, hoje, mais recursos públicos do que muitos órgãos estatais, as entidades do Terceiro Setor não sofrem o controle a que aqueles órgãos estão sujeitos, pois não têm uma fiscalização sistemática do Tribunal de Contas - limitando-se a prestar contas da aplicação dos recursos públicos recebidos - não precisam de licitação para alienação ou aquisição de bens ou serviços, e seus quadros funcionais obedecem normalmente ao regime celetista ou voluntariado, sem quaisquer das prerrogativas de que gozam os servidores públicos dos órgãos estatais: tornaram-se, desta forma, ambientes de pouco controle e muito poder, uma combinação perfeita para o surgimento de grandes escândalos. É sob esta ótica que se evidencia a urgente necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de fiscalização destas entidades por parte do Ministério Público.

### III - Natureza Jurídica da Ação de Prestação de Contas:

Os artigos 914 a 919 do Código de Processo Civil disciplinam as regras relativas à ação de prestação de contas.

A ação de prestação de contas é uma ação de conhecimento que, como salienta Parizato (1998, p.27), *“possui função condenatória, eis que visa o autor da ação o reconhecimento através de uma sentença judicial, da existência de um saldo para que este possa, sendo o caso, ser executado em ação de execução, como autoriza o art. 918 do Código de Processo Civil”*; Identifica-se nesta ação duas etapas: a primeira, onde o autor visa comprovar a obrigatoriedade da prestação de contas, e a segunda, onde se apura a quantia exata do saldo devedor.

Vê-se, ainda, que a ação de prestação de contas pode ser interposta pelo próprio devedor, mas nos concentraremos na hipótese em que este figura no polo passivo da ação, para não perdermos a objetividade do tema estudado.

### IV- Da Legitimidade Passiva do Dirigente da Entidade de Interesse Social:

A função de dirigente de entidade de interesse social é, evidentemente, modalidade de gestão de coisa alheia.

A propósito, comenta MOACYR AMARAL DOS SANTOS, P.351: *“É princípio de direito universal que todo aqueles que administrem ou tenham sob sua guarda, bens alheios, devem prestar contas. Desse princípio segue que o obrigado a prestar contas se presume devedor enquanto não prestá-las e forem havidas por boas”*. (Moacyr Amaral dos Santos, “Ações Cominatórias no Direito Brasileiro – 2º tomo”, obra citada em: Parizzato, 1998, p.29)

Além da visão do gestor da entidade social como prestador de contas, devemos, também, para uma melhor compreensão de sua responsabilidade perante o Ministério Público, ter a dimensão do que representa a coisa gerida, ou seja, é preciso também analisar a natureza do patrimônio de tais entidades. Quanto à sua classificação como Patrimônio Público, temos que: *“Patrimônio Público é o complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, territórios, de autarquias, empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder Público, de empresas incorporadas, de empresas com participação no erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos”*. (FILHO, 1999, p. 75) .

Deste conceito se abstrai que uma parcela das modalidades de entidades estariam sujeitas ao conceito de Patrimônio Público – mas e aquelas que sobrevivem à custa de outro tipo de recursos públicos, que não subvenções sociais? Já vimos que são várias as maneiras de o Estado subsidiar tais entidades - através dos já referidos auxílios, contratos, convênios, renúncia fiscal e incentivos fiscais – e há ainda aquelas entidades sociais que sobrevivem de contribuições populares periódicas, o que não as torna menos relevantes sob o prisma social, dado o alcance de suas ações e a quantidade de colaboradores que as sustenta.

Assim, temos um amplo leque de entidades sociais que não se enquadram no conceito de Patrimônio Público e tampouco poderiam ser concebidas como patrimônio de particulares. Situa-se tal espécie de instituição no liame entre o Público e o Privado, podendo com acerto ser classificada como Patrimônio Social. Tal modalidade de patrimônio é prevista na Constituição Federal de 1988, no seu art. 129, inciso III, cuja redação comentaremos no próximo capítulo.

Sobre a classificação das entidades de Interesse Social como Patrimônio Social merece transcrição o seguinte texto:

*“A regra jurídica do artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1998, dá ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública para a proteção não apenas do patrimônio público (estatal, ou do Povo) mas também do patrimônio social. Temos que entender por patrimônio social o que, não sendo público mas, ao contrário, privado, tem destinação social, comunitária. Eis o sentido de social, mormente em face das regras gerais (princípios) consagradas no prólogo da Constituição e nos seus artigos 1º e 3º, em que é dada ênfase ao conceito de social. A fundação estrutura-se com finalidades sociais. Não necessariamente no sentido de assistência, ou beneficência, mas na concepção de servir à comunidade. Está isto na Lei de Introdução ao Código Civil, artigos 24/30. A Entidade é de fins culturais, sem intuito de lucro, sinal certo de que, já no plano fático, se destina ao bem comunitário; portanto, social (...) A lei dá ao Ministério Público a incumbência de defender os interesses indisponíveis da sociedade. A sociedade, considerada no seu todo (complexo, difuso), não pode renunciar ao seu patrimônio artístico, cultural e moral, em tudo quanto se refira ao destino social dos bens e serviços das fundações. Arte, ciência e ética são processos vitais. Sem elas, a sociedade estiola-se, mirra, definha. Faltando esses processos sociais de adaptação, ao contrário, os cidadãos não hão de ser classificados membros da raça humana. Todos são interessados diretos na boa gestão da Fundação e seu patrimônio. Eis aí interesses sociais difusos. Quadra bem o Ministério Público socorrer-lhes à defesa em Juízo...” ( Acórdão nos autos do Mandado de Segurança n.º 171.058-1/1, rel. Desembargador Costa e Oliveira, publicado na RT 689/157, março de 1993) .*

Embora o texto acima refira-se, no caso específico, a uma fundação, que tem natureza jurídica específica, fato que a diferencia das demais entidades do terceiro setor, não é porque há na Lei atribuições específicas do Ministério Público no velamento de Fundações que se prega no texto acima a defesa de seus interesses em Juízo, mas antes, por conta do seu patrimônio social, por conta das finalidades comunitárias, que são inerentes a todas as entidades de Interesse Social. Eis, portanto, uma lúcida definição da natureza do patrimônio das entidades de Interesse

Social. E, dentro desta definição, um poderoso argumento de base constitucional a legitimar o Ministério Público na fiscalização das mesmas.

Assim, esclarecida a natureza jurídica da entidade, voltemo-nos ao seu dirigente.

Dispõe o art. 66 do Dec. 93872/86 que:

*§ 2º - A documentação comprobatória da aplicação de subvenção ou auxílio ficará arquivada na entidade beneficiada, à disposição dos órgãos de controle interno ou externo, durante o prazo de cinco anos da aprovação da prestação de contas.*

Ou seja, mediante o recebimento de recursos públicos, não pode o dirigente alegar decurso de tempo para se eximir da obrigação de apresentar documentação relativa à prestação de contas, desde que se lhe exija documentação dentro do prazo onde está obrigado a ter consigo estes papéis, ou seja, cinco anos contados da aprovação das contas.

Afora esta disposição legal, ou seja, mesmo quando não há auxílios ou subvenções em jogo a maioria das entidades realiza a prestação anual de contas ao Conselho Fiscal ou aos próprios sócios, evento que fica registrado em ata e arquivado nos livros da entidade, ou, quando nada, há ao menos a previsão nos estatutos sociais de que tal prestação de contas tem de ser realizada. Ante a existência de tais documentos nos arquivos da entidade, ou pelo se houver previsão estatutária de que deveriam existir, ao sonegá-los ao Ministério Público injustificadamente, incorrerá o dirigente nas penas do art. 10 da Lei de Ação Civil Pública:

*Art. 10- Constitui crime, punível com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional-ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público;*

Note-se que tal situação se configuraria, na hipótese de previsão estatutária da existência de prestação de contas ou no caso de recebimento de subvenções, pois assim, o argumento da inexistência de registros contábeis deixa de ser mera negligência para tornar-se grave irregularidade, suficiente inclusive para motivar o afastamento do gestor do cargo. Por outro lado, a existência das prestações de contas sem que se faça entrega das cópias das mesmas ao Ministério Público revela o dolo necessário para configuração do tipo descrito.

Por todos os argumentos expostos, verificamos que é obrigação do dirigente de entidade de interesse social, como gestor de coisa alheia que pertence à Sociedade, prestar contas à mesma, quando instado a fazê-lo, da sua gestão. E o representante desta Sociedade- credora é o Ministério Público, como veremos a seguir:

## **V- Da Legitimidade Ativa do Ministério Público**

Embora não haja dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para fiscalizar entidades de interesse social, mormente quando estão envolvidos aspectos do Patrimônio Público, como o recebimento por parte das mesmas de subvenção social, os aspectos controvertidos deste estudo são:

a) O poder-dever de exigir contas do dirigente da entidade, por parte do Ministério

Público, quando esta não tiver natureza jurídica de patrimônio público;

b) A legitimidade do Ministério Público como autor na ação de prestação de contas;

Quanto ao primeiro aspecto, deve-se ter em conta que as entidades de interesse social são constituídas para prestar serviços de relevância pública. Constitui dever institucional do Ministério Público promover as medidas necessárias para garantir a prestação desses serviços, nos termos da Constituição Federal. Em alguns casos, além do interesse social envolvido na questão a intervenção do Ministério Público também se justifica na tutela do Patrimônio Público, quando tais entidades são beneficiárias de recursos públicos, de forma direta ou indireta.

Prescreve a Constituição Federal, em seus arts. 127 e 129, o seguinte:

**“Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**

**“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:**

**I- omissis**

**II-zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição promovendo as medidas necessárias a sua garantia;**

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

As entidades de Assistência Social são instrumentos para a consecução dos serviços de relevância pública. A Constituição vigente, em seu art. 204, prevê a descentralização das ações governamentais no campo da assistência, atribuindo a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes de assistência social. Suas atividades fins envolvem interesses difusos, coletivos e individuais que autorizam a intervenção ministerial.

Alerta ainda a Lei 4.320/64 que:

Art. 17- Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias serão concedidas subvenções;

O Dec-Lei 41/66, trata da dissolução de entidades, disciplinando que:

Art.1.º Toda sociedade de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público, ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e formas previstas neste Decreto -lei.

Art.2º- A sociedade será dissolvida se:

I-deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina.

II-aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos do previsto nos seus atos constitutivos ou estatutos sociais.

III-ficar sem efetiva administração por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos ou diretores.

Art.3º-Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.

Parágrafo único- O processo da dissolução e da liquidação rege-se-á pelos arts.655 e seguintes do Código de Processo Civil.

A Lei Complementar nº75/93 (Ministério Público da União), em seu art.6º, XVII, letra “c” dispõe:

Art.6º-Compete ao Ministério Público da União:

XVII-Propor as ações cabíveis para:

a-)omissis...

b-)omissis...

c-)A dissolução compulsória de associações, inclusive de partidos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público(Lei 8625/93), dispõe expressamente em seu art. 80:

Art.80-Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados subsidiariamente as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

A Lei Federal n.º 8.742/93, que dispõe sobre a Organização da Assistência Social, em seu Art. 2º , estatui o seguinte:

Art. 2º -A assistência social tem por objetivos :

I- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II- o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III- a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV- a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V-A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Parágrafo único-A Assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.

O Art.31 da mesma Lei disciplina que:

Art.31 - Cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta lei.

Tais prerrogativas foram consagradas pela Constituição Estadual e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Quanto ao segundo ponto controvertido levantado, que diz respeito ao aspecto processual da questão, ou seja, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de prestação de contas, e, mais especificamente, contra os dirigentes de entidades de interesse social, podemos começar da análise do texto legal

Determina o art. 914 do C.P.C:

Art. 914- a ação de prestação de contas competirá a quem tiver:

I- O direito de exigi-las ;

II- Omissis;

Ora, das premissas legais citadas no tópico anterior, depreende-se indubitavelmente que constitui poder-dever do Ministério Público impetrar todas e quaisquer ações judiciais pertinentes para garantir a defesa do Patrimônio Público e Social em jogo, bem como, zelar pelo controle finalístico da entidade de interesse social para fazer face às responsabilidades que a Lei lhe atribuiu. A este respeito, oportuno ilustrar o raciocínio com a sempre válida lição de José Eduardo Sabo Paes:

*“(…) indubitavelmente imputa ao parquet o ônus de sua fiscalização e à entidade o dever de prestar contas dos recursos recebidos. E não há competência sem meios para executá-la”, (in: Paes, José Eduardo Sabo, Fundações e Entidades de Interesse Social, p. 327, 2ª ed. editora Brasília Jurídica).*

E ainda complementa afirmando que:

*“ pode e deve o Ministério Público instaurar Inquérito Civil Público para apurar irregularidades nas prestações de contas das associações e entidades civis sem fins lucrativos”( Paes, José Eduardo Sabo, idem).*

Detectamos, ainda, em pesquisa recente, a existência de jurisprudência sobre a legitimidade do Ministério Público em impetrar uma determinada modalidade de ação de prestação de contas:

*“ É possível a legitimidade do Ministério Público para promover a ação de prestação de contas em face de mãe de menores para levantamento de importância após falecimento do esposo, ante a possibilidade do conflito entre o desiderato da mãe e dos direitos dos menores” (Ac. un. 7ª Câm. T.JSP, 10.04.96, AP 237.807-1/0, rel. Des. Benini Cabral, RT 729/178).*

Este valioso acórdão nos permite avançar no nosso raciocínio: Se admitirmos, nessa hipótese, a legitimidade ativa do Ministério Público, nenhum óbice há em admiti-la também na hipótese de ação de prestação de contas contra dirigente de entidade de Interesse Social, pois se trata, em ambas as situações, de hipótese de legitimação processual autônoma do Ministério Público decorrente de interesse público.

Assim, em face do exposto, mesmo quando não houver recebimento de recursos públicos haverá legitimidade ministerial para impetrar a referida ação, pois o interesse público, mesmo em entidades que sobrevivem de contribuições de populares, também está presente. Sobre a matéria, merece transcrição a seguinte manifestação do Supremo Tribunal Federal:

*“ Instituição de Assistência Social. A finalidade pública e a generalidade de sua atuação não se acham comprometidas pelo fato de se destinarem ao universo de beneficiários constituídos por todos quantos são ou venham a ser empregados de uma empresa ou da própria fundação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RREE 70.834, 89.012, 801.796 e 115.970” (Rec. Extraordinário nº116631-2/RS, publicado no Diário da Justiça de 23.09.1988, página 24.175).*

Não é apenas a constatação de que tais entidades se revestem de interesse público o único argumento que confere esta legitimidade ao Ministério Público, pois feliz é a colocação do colega José Eduardo Sabo Paes, acima transcrita, quando diz que “não há competência sem meios para executá-la.” Como, pois, poderá o Promotor de Justiça exercer as graves atribuições de, nos termos do Decreto 41/66, também transcrito acima - e que inclusive prevê dissolução de entidades sociais que sobrevivem de contribuições periódicas de populares- se não puder, por meio do instrumento judicial de aferição de suas contas, verificar se aplicam ou não tais contribuições dentro das normas estatutárias? E indo mais longe ainda, como cumprir a obrigação constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, inciso II da C.F.), se não nos for dado apurar com rigor o desempenho dos maiores responsáveis, hoje em dia, pela consecução destes serviços? Note-se que, quando o legislador constituinte, ao invés de escolher a expressão “serviço público”, optou por “serviço de relevância pública”, adiantou-se com muita propriedade a uma tendência mundial de terceirização destes serviços, conferindo ao Ministério Público amplos poderes de investigação sobre as entidades de Interesse Social que, sem sombra de dúvida, cada vez mais preenchem a lacuna estatal na sua execução, ainda que não recebam, de forma direta ou indireta, recursos do erário para fazê-lo.

## VI – CONCLUSÕES:

Concluimos este trabalho esperando ter demonstrado, pelos argumentos expostos, que:

- a) O dirigente de entidade de interesse social possui legitimidade para figurar no polo passivo de uma ação de prestação de contas por conta de sua qualidade de gestor de coisa alheia;
- b) A natureza jurídica do patrimônio das entidades de Interesse Social, quando não se enquadrar no conceito de Patrimônio Público, enquadrar-se-á no conceito de Patrimônio Social;
- c) O Ministério Público possui legitimidade para figurar no polo ativo da ação de prestação de contas contra dirigente de entidade de Interesse Social, porquanto pode-se considerar que tal dirigente tem obrigação de prestar contas à Sociedade da gestão do Patrimônio Público e/ou Social, mormente quando o Ministério Público, representando a Sociedade, investiga a má gestão dos recursos da entidade por parte de tal dirigente;
- d) O grande aporte de recursos públicos que se investe nas entidades de interesse social, sobretudo no momento atual, com a Reforma do Estado repassando às mesmas a execução das atividades estatais não exclusivas, cria a necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de controle do Ministério Público sobre tais entidades;
- e) A ação de prestação de contas se revela, muitas vezes, o único mecanismo possível do membro do parquet aferir o respeito aos serviços de relevância pública, como determina a



Constituição Federal, e comprovar a aplicação dos recursos financeiros da entidade em fins diversos do seu estatuto social, como determina o Dec. Lei 41/66, tornando-se assim fundamental admiti-la como ferramenta de trabalho do Promotor de Justiça para o efetivo desempenho das funções ministeriais;

#### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:**

01) PARIZZATO, João Roberto ( 1998) . Ação de Prestação de Contas. Minas Gerais: EDIPA Editora;

02) PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA Mario Fernando e FAZZIO JÚNIOR, Waldo (1999).- Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo, editora Atlas S.A., 4ª edição;

03) SABO PAES, José Eduardo (2000). Fundações e Entidades de Interesse Social – Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. Brasília, editora Brasília Jurídica, 2ª edição revista e ampliada;

04) MAZZILLI, Hugo Nigro (1999). O Inquérito Civil: Investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas. São Paulo, Editora Saraiva.

05) NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria (1999). Código de Processo Civil comentado- legislação processual e extravagante em vigor. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 4ª edição;

**TESE 65****O SIGILO NO INQUÉRITO CIVIL E A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA PLENA.**

**José Vladimir da Silva Acioli \***

Promotor de Justiça da Comarca do Paulista.

**I – Inquérito Civil - Paradigma da Cidadania.**

Não se pode analisar a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão na realidade brasileira, especialmente os denominados difusos e coletivos, sem se perquirir sobre dois instrumentos formais que lhe são imprescindíveis: o inquérito civil e a ação civil pública.

O primeiro, instrumento investigativo conferido ao Ministério Público como uma das suas funções institucionais, conforme ressaltado na norma constitucional expressa no art. 129, inciso III, da Lei Maior. Sua origem remonta à Lei Federal nº 7.347/85, que, apesar de criar legitimidade concorrente entre o Ministério Público e organizações da sociedade civil para propositura de **ação civil pública**, com vista à defesa de interesses transindividuais, reconheceu o **inquérito civil** como meio de atuação funcional exclusivo do Parquet, destinando-o à coleta de elementos de convicção para embasar sua atuação jurisdicional. Com extrema pertinência, o jurista HUGO NIGRO MAZZILLI, a quem muito se deve a simplificação prática do instrumento em tela, definiu seus contornos de forma ampla, como se observa:

**“O inquérito civil é uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública. De forma subsidiária, o inquérito civil também se presta para colher elementos que permitam a tomada de compromissos de ajustamento ou a realização de audiências públicas e emissão de recomendações pelo Ministério Público; contudo, mesmo nesses casos, não se afasta a possibilidade de servir de base para a propositura da correspondente ação civil pública”**

**(O Inquérito Civil, Ed. Saraiva, 2ª Ed, 2000, pág.52).**

O tempo e as ações institucionais promovidas pelo Ministério Público Brasileiro na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos - cuja intransigência para os

atos violadores do interesse público e social constituiu-se a tônica desse atuar – angariaram o apoio da sociedade civil organizada à instituição, vez que, no contexto histórico atual, traduzem posturas politicamente corretas.

Nesse contexto, tornou-se o Ministério Público fundamental à efetivação da cidadania, pois, com uma atuação vibrante, com resultados efetivos, vem contribuindo decisivamente para consolidação da auto-estima cívica do cidadão, porquanto tem buscado tutelar bens e valores historicamente desrespeitados pelos detentores do poder político e econômico.

Pode-se criticar a Constituição Federal vigente sob muitos aspectos, especialmente por ter deixado de implementar reformas políticas, tributárias e previdenciárias mais consentâneas com a evolução da doutrina dos direitos humanos na atualidade. Contudo, não lhe pode ser tirado o mérito de ter outorgado ao País uma instituição que, independente de qualquer Poder, enraizou-se no imaginário coletivo como o refúgio das esperanças da sociedade civil, pois através da atuação do Ministério Público escândalos econômicos, políticos e sociais passaram a ser denunciados e enfrentados com transparência, acarretando o desmantelamento de poderosos esquemas de corrupção do erário público e a prisão de figurões do andar de cima da pirâmide social.

Não é à toa que as ofensivas legislativas que vêm sendo assacadas contra suas prerrogativas constitucionais – como a tentativa de instituição da malfadada Lei da Mordada e a previsibilidade de vultosa multa aos seus membros no caso de ações civis mal sucedidas – não têm encontrado o apoio da sociedade, que passou a ver essa instituição como importante parceira na luta pela efetivação do real Estado Social Democrático de Direito, cujo respeito à cidadania constitui um dos seus principais fundamentos, como ressalta o art. 1º, inciso II, da Carta Magna.

Não se pode olvidar, contudo, que uma atuação cada vez mais intensa, eficaz e independente do Ministério Público exige a compreensão da necessidade de mudanças profundas, desde a redefinição do modelo federalista adotado pelo Estado Brasileiro até a reforma da escolha do Chefe da Instituição - que não convém permaneça sendo indicado pelo Poder Executivo. Urge, outrossim, a reinterpretação de velhos cânones procedimentais que vêm impedindo uma atuação mais célere do Ministério Público, como, por exemplo, a proteção do sigilo bancário de pessoas envolvidas em escândalo objeto de investigação, pois tal proteção, confrontada com o interesse público, não pode se sustentar.

Outro importante aspecto, nem sempre ressaltado pelos doutrinadores, mas que se reveste de importância prática muitas vezes essencial para algumas investigações, reside na decretação de sigilo de alguns atos e diligências praticados no inquérito civil.

Portanto, a presente dissertação visa buscar uma correção de rumo da atual política legislativa, evidenciando que o sigilo de alguns atos do inquérito civil pode ser fundamental para uma atuação exitosa do Ministério Público, o que, tendo-se em conta a natureza inquisitiva do próprio procedimento, não constitui nenhuma inconstitucionalidade.

Busca-se, ademais, fomentar a discussão para fortalecer sugestão de inclusão do tema na proposta de projeto substitutivo às mudanças legislativas sobre o inquérito civil, atualmente engendradas pelo Governo Federal, cujo objetivo não é outro senão o de podar a atuação institucional, burocratizando a instauração do procedimento com o escopo de retirar, paulatinamente, a possibilidade de sua utilização pelo promotor de justiça, porquanto sua atuação, principalmente nas comarcas interioranas, tem incomodado sobremaneira os detentores do poder político.

## II – A Decretação do Sigilo no Inquérito Civil – Sua Fundamentação

Inegavelmente, os atos administrativos devem observância ao princípio da publicidade, conforme norma cogente expressa no caput do art. 37 da Constituição Federal. Ora, o inquérito civil (peça administrativa de caráter investigativo e preparatório) não poderia fugir à regra constitucional, mesmo porque a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/90), no seu art. 26, inciso VI, ressaltou a publicidade dos procedimentos administrativos de caráter não disciplinar, bem assim das providências que vierem a ser adotadas pela instituição.

Como pontua Pazzaglini Filho, *“o princípio do Estado de Direito, consagrado na CF, não admite apurações clandestinas, consentindo excepcionalmente na preservação do sigilo de determinadas informações, somente para proteger a intimidade, a honra e a imagem dos cidadãos, no caso, dos próprios investigados”* (PAZZAGLINI FILHO, Maurício e Outros, Improbidade Administrativa, Ed. Atlas, 4ª Ed, pág. 151/52).

Como resta ressaltado no entendimento acima expresso, apesar da incidência do princípio da publicidade, as investigações realizadas no âmbito do inquérito civil podem deparar com situações que a própria Constituição Federal prever invioláveis, como as comunicações telefônicas, operações bancárias e a correspondência pessoal do investigado, cujo sigilo constitui garantia constitucional.

Doutra banda, pode o inquérito civil ter sido instaurado como medida preventiva, visando, por exemplo, evidenciar as condições de segurança à integridade física dos consumidores de determinado empreendimento comercial, a apuração de denúncias de poluição a algum balneário turístico importante economicamente, bem assim, investigar se os produtos alimentícios entregues a consumo por certo estabelecimento comercial estão em consonância com as regras de proteção sanitária. A publicação de investigações que tais, sem a incidência de indício forte que aponte a materialidade dos fatos sob investigação, pode implicar danos irreparáveis à imagem e a direitos fundamentais dos investigados, ferindo de morte o desiderato institucional do Ministério Público.

Outros casos, porém, exigem que as peças de investigações sejam guarnecidas de sigilo, porquanto necessário ao escopo satisfatório do procedimento. A instauração do inquérito civil pode resultar de elementos extremamente frágeis, como uma denúncia anônima, matérias jornalísticas, ou, ainda, de fotocópia inautêntica de documentos que despertem fatos merecedores de uma investigação rigorosa. Escândalos escabrosos de corrupção no sistema político e econômico vêm sendo descobertos a partir de pequenos indícios, que, dados à publicidade, como exige a regra geral, poderiam redundar em arquivamento das peças investigativas face as artimanhas utilizadas para maquilar de legalidade negócios espúrios que atentam contra o interesse público.

Citem-se, como exemplo, as licitações irregulares realizadas pelo Poder Público, cuja violação aos princípios administrativos não se mostra de pronto, pois, muitas vezes os procedimentos licitatórios estão formalmente perfeitos. Portanto, tendo a autoridade competente para instauração da investigação, em casos que tais, elementos que apontem a ilegalidade do agente público responsável, o sigilo pode ser fundamental para resguardar o interesse público violado.

A Lei Federal nº 7.347/85 não previu a decretação de sigilo nos autos do inquérito civil, razão por que se poderia defender sua impossibilidade, especialmente em razão da

incidência do princípio da publicidade dos atos administrativos. Contudo, tratando-se de procedimento investigativo, destinado à apuração da materialidade e autoria de atos lesivos ao interesse público, perfeitamente cabível a aplicação analógica das normas procedimentais alusivas ao inquérito policial, especificamente o art. 20 do CPP, que dispõe, **in verbis**:

**“Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pela sociedade”**

De aí, caracterizada, pelas circunstâncias do fato sob investigação, a necessidade de decretação do sigilo, nada obsta a incidência da norma enunciada, porquanto em mira a preservação do interesse público. Como ressalta Hugo Nigro Mazzilli, *“no inquérito deve prevalecer a regra da publicidade dos atos da administração, que, naturalmente, só se excepciona se o inquérito civil contiver informações que a lei considere sigilosas ou se nele deverem ser colhidas informações que possam vir a ser prejudicadas com a prévia publicidade. No primeiro caso, ‘o princípio do estado de Direito, consagrado pela Constituição Federal, não admite apurações clandestinas, consentindo excepcionalmente na preservação do sigilo de determinadas informações, somente para proteger a intimidade, a honra e a imagem dos cidadãos, no caso, os próprios investigados. E, no segundo caso, por analogia ao sistema do inquérito policial, admite-se o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. É natural que, em qualquer hipótese, a decisão do órgão do Ministério Público que imponha sigilo ao inquérito civil estará sujeita ao controle jurisdicional”* (Ob. Cit, pág. 227/28). Grifou-se.

Verifica-se, pois, que a decisão de decretar o sigilo de atos, diligências e documentos no âmbito do inquérito civil, apesar da sua possibilidade prática, constitui uma discricionariedade regrada do promotor de justiça, porquanto não pode olvidar de elementos essenciais à fundamentação da medida. Trata-se da efetivação prática do **princípio da proporcionalidade**, que se apresenta como parâmetro para regular a colisão de princípios constitucionais.

A utilização do princípio da razoabilidade, como forma de ponderação, não pode prescindir da observância de condições que lhe são inerentes. A primeira consiste na observância da **adequação ou pertinência** de tal providência com a proteção do interesse público que se busca tutelar. Ora, no plano fático, a decretação do sigilo resulta pertinente quando essencial à elucidação do caso investigado, pois, como ressaltou Espínola Filho, citado por MAZZILLI, *“o sigilo das investigações é indispensável para que as diligências não fiquem frustradas por aqueles que têm interesse em impedir seja descoberta e apurada a verdade dos fatos”* (Ob. Cit, pág. 226).

Constatada a pertinência do sigilo para o fim colimado pela investigação, faz-se mister a avaliação da sua necessidade para o caso concreto, devendo o titular do procedimento perquirir se a decretação do sigilo é realmente indispensável, porque, como lembra Paulo Bonavides, *“de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave”* (Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed, Ed. Melhoramentos, pág. 361).

Finalmente, o titular da investigação, para resguardar sua atuação e garantir a validade jurídica da decretação do sigilo, deve atentar para a proporcionalidade entre tal medida e o interesse público a ser resguardado, o que traduz a condição de legalidade, principalmente porque em conflito princípios constitucionais de igual hierarquia, como a defesa do interesse público, a efetivação do princípio da publicidade e, finalmente, o direito de privacidade e de

petição aos poderes públicos. Nesse sentido, o entendimento do escólio de Suzana de Toledo Barros, *in verbis*:

*“ Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade **stricto sensu**, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada”* (O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Ed. Brasília Jurídica, 1996, pág. 80).

As providências apontadas são ínsitas à utilização do princípio da proporcionalidade, através do qual se justifica a constitucionalidade da decretação do sigilo nos autos do inquérito civil público. Trata-se de forma de resolução de conflitos entre princípios constitucionais, destinada à busca da concordância prática entre os mesmos, que, segundo Gomes Canotilho, “ impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros ” (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, pág. 234).

Nesse contexto, fazendo-se mister a decretação de sigilo nos autos do inquérito civil, tem-se que o interesse individual do investigado de ter acesso às informações que sedimentam o procedimento não se sobrepõe ao interesse público que se busca tutelar, cuja preponderância, especialmente no caso dos direitos difusos e coletivos, resulta evidente. Como frisou Georges Ripert, “o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo” (O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno, Ed. Saraiva, São Paulo, pág. 233). Sobre a relatividade dos direitos fundamentais, convém transcrever entendimento lapidar expresso por Norberto Bobbio, quando, versando sobre os fundamentos dos direitos do homem, expôs:

**“Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e seu oposto, ambos inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também pretexto para defender posições conservadoras”** (A Era dos Direitos, 11ª Ed, Ed. Campus, pág. 22). Grifou-se.

Poder-se-ia objetar que a medida restritiva em foco não teria o condão de impedir o acesso do advogado do investigado aos dados da investigação, vez que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94), no seu art. 7º, inciso XIII, resguardaria o direito do profissional de “*examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias,*

*podendo tomar apontamentos*”. Uma leitura apressada do dispositivo, poderia conduzir ao entendimento de que sua incidência tornaria ineficaz a decretação do sigilo, vez que o investigado teria acesso aos indícios coligidos através do seu advogado, com amplas condições de alterá-los para se beneficiar.

Ocorre, destarte, que a própria norma que tutela o interesse profissional do advogado restringe o seu acesso aos autos processuais sob sigilo, o que pode ser aplicado ao inquérito civil face a necessária proteção do interesse público, medida de exceção à publicidade inclusive de atos processuais, como ressalta o art. 155, inciso I, do CPC. Ademais disso, não se pode olvidar que, assim como o inquérito policial, o civil apresenta-se como uma peça administrativa de **natureza inquisitória**, na qual não é assegurado o contraditório e o exercício da ampla defesa, dês que destinado à mera coleta de informações para embasar a atuação funcional do Ministério Público. Versando sobre as características do procedimento investigativo civil, Pazzagliani Filho assegura:

*“ É procedimento inquisitivo, porque eminentemente não contraditório, não comportando a participação dos interessados na colheita das provas, nem, tampouco, o acesso às informações que a lei considera sigilosas e àquelas cuja publicidade poderá resultar em prejuízo para a própria investigação e elucidação dos fatos. Não é punitivo, não tem litigantes e, por isso mesmo, não se lhe aplicam as normas constitucionais sobre a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)”* (Grifos do autor – Ob. Cit. , pág. 151).

### III – O Sigilo no Inquérito Civil e as Mudanças Legislativas em Andamento.

A principal mudança legislativa sobre o inquérito civil consiste no Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Federal Arthur Virgílio (PSDB/AM), cujo texto impõe mudanças radicais nos artigos 8º e 9º da Lei Federal nº 7.347/85, porquanto retira a atribuição do promotor de justiça de instaurar o procedimento, que passaria a ser ato discricionário exclusivo do Procurador Geral de Justiça.

Aos promotores de justiça restaria a possibilidade de instaurar “procedimento preparatório”, com reduzido alcance prático, posto que mero antecedente do inquérito civil, que dependerá sempre do ato do Procurador Geral de Justiça. Percebe-se, portanto, que o projeto governista colide frontalmente com o princípio do promotor natural na medida em que retira a discricionariedade dos órgãos de execução, que estão se defrontando com as peculiaridades do caso concreto, entregando-a para o Chefe da Instituição, cuja assunção ao cargo nem sempre preserva a independência necessária para atuar contra os interesses dos responsáveis por sua indicação.

Uma rápida leitura da proposta normativa em foco conduz à convicção de que o Governo Federal aposta na burocratização dos Órgãos Superiores do Ministério Público, cuja ineficiente estrutura poderá implicar na paralisação de investigações apontadas como necessárias no procedimento preparatório, o que fatalmente acarretará descrédito da opinião pública para com a Instituição. A partir disso, restariam viáveis politicamente transformações cada vez mais profundas contra o Ministério Público, tornando-o amorfo, desacreditado, ineficaz e finalmente desnecessário à sociedade.

De aí a necessidade de revisão da proposta governista, levando a CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – a veicular entre as Associações Estaduais proposta de projeto substitutivo com o escopo de obter sugestões dos seus associados, objetivando a preservação das prerrogativas institucionais.

No que tange à possibilidade de decretação de sigilo nos autos do inquérito civil, o projeto substitutivo do órgão de classe nacional avançou em relação às disposições da Lei Federal nº 7.347/85, porquanto autoriza expressamente a aplicação supletiva do Código de Processo Penal, conforme redação do parágrafo 1º do seu art. 17. Destinou capítulo inteiro à tutela do direito à privacidade e à intimidade das pessoas, estabelecendo no art. 27 que:

“Art. 27 – Não se tratando de hipótese sobre a qual recaia sigilo, as audiências e atos do inquérito civil serão públicos, salvo se da publicidade puder resultar inconveniência para a ordem pública ou para as investigações”

Deve-se convir, todavia, que a previsão de aplicação supletiva da lei processual penal não parece ser suficiente para dirimir os conflitos hermenêuticos acerca da viabilidade jurídica da decretação de sigilo nos autos do inquérito civil, como ocorre atualmente, situação que pode, em tese, inviabilizar a investigação e o próprio procedimento acaso incidente uma interpretação restritiva do Poder Judiciário sobre o assunto.

Ademais disso, deve-se ter em mente que o sigilo, conforme ressaltado linhas acima, constitui medida restritiva de direito fundamental do investigado, sendo, pois, exceção à regra de incidência do princípio da publicidade dos procedimentos administrativos.

A omissão acerca da possibilidade de decretação do sigilo encerra também uma contradição do projeto substitutivo, especialmente porque no capítulo dedicado à instrução do procedimento, está previsto de forma expressa o acesso do órgão de execução a informações que por lei são resguardadas com sigilo, como os dados bancários, fiscais e eleitorais, cuja transcrição se mostra meramente enunciativa, o que permite uma interpretação extensiva da norma. Ora, se previu tais exceções (incluindo-se a possibilidade de condução coercitiva de testemunhas faltosas) - **todas restritivas de direitos fundamentais** - deveria também ter previsto a possibilidade de decretação do sigilo quando as circunstâncias do fato investigado apontarem a razoabilidade da medida extrema.

#### IV – Conclusão

Ante as reflexões expostas, conclui-se que a decretação do sigilo de atos e diligências no âmbito do inquérito civil constitui medida salutar para a condução do procedimento, especialmente por estar em consonância com o interesse público que se busca tutelar;

A exceção ao princípio da publicidade, nos termos postos, não constitui inconstitucionalidade formal ou material, pois caberá ao presidente das investigações aferir das circunstâncias do caso concreto a adequação, a pertinência e proporcionalidade dos bens e valores em conflito, decidindo fundamentadamente, justificando a razoabilidade da providência adotada;

Inexiste, outrossim, qualquer cerceamento ilegal à atuação profissional do advogado, posto que o próprio art. art. 7º, inciso XIII, do Estatuto da Ordem dos Advogados faz



ressalva aos atos procedimentais sob sigilo, resguardando especialmente o interesse público, conforme faz certo o art. 155, inciso I, do Código de Processo Civil, dispositivo que ampara a decretação de sigilo de atos processuais em situações que tais;

Ademais disso, perfeitamente justificável, ante os princípios da proporcionalidade e preservação do interesse público, a aplicação analógica do disposto no art. 20 do Código de Processo Penal, alusivo ao sigilo das diligências do inquérito policial, cuja natureza **preparatória e inquisitiva** é idêntica a do inquérito civil, constituindo-se ambos em procedimentos que não albergam o exercício do contraditório e da ampla defesa, indispensáveis, sim, mas no curso das sucedâneas ações criminais e civis públicas;

O Projeto de Lei que visa modificar os arts. 8º e 9º da Lei Federal nº 7.347/85, apresentado pelo Dep. Arthur Virgílio, padece de inconstitucionalidade por violar o **princípio do promotor natural**, além de ferir gravemente prerrogativas funcionais dos órgãos de execução do Ministério Público, estabelecidas no art. 129, inciso III, da Constituição Federal;

O anteprojeto elaborado pela CONAMP, apesar de reconhecíveis avanços, deixou de reconhecer, expressamente, a possibilidade de decretação do sigilo de atos e diligências do inquérito civil, medida necessária para conter os atuais dissensos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, ainda que tenha restado resguardada a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Penal;

Portanto, mostra-se necessário suprir a omissão apontada, até para a manutenção da coerência do anteprojeto, dêis que devidamente previstas outras medidas instrutórias restritivas de direitos fundamentais do investigado.

## TESE 66

### DA POSSIBILIDADE DO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DECRETAR O SIGILO NOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO SOB SUA RESPONSABILIDADE

**Rodrigo Caçado Anaya Rojas**  
Promotor de Justiça – Minas Gerais<sup>1</sup>

#### 1. INTRODUÇÃO

Em interessante situação pode se encontrar o Promotor de Justiça com atribuições de defesa de direitos coletivos ou interesses difusos, notadamente na defesa do patrimônio público: a necessidade de garantir o sigilo de suas investigações, principalmente quando de perniciosas interferências do investigado ou de seus auxiliares na colheita das provas, seja coagindo testemunhas, seja fabricando documentos para contrapor-se ao que já se apurou nos autos de investigação, seja produzindo “factóides” ou situações para postergar a conclusão do procedimento administrativo investigatório ou, ao menos, embaraçar o seu trâmite regular.

Vimos, nesse acanhado arrazoado, defender e concluir pela possibilidade e legalidade da decretação do sigilo nos autos de procedimento investigatório ou inquérito civil levados a cabo pelo órgão de execução do Ministério Público na busca da verdade real, que pode leva-lo ao arquivamento ou ao manejo da medida judicial cabível no âmbito de suas atribuições.

#### 2. Natureza do Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público

Primeiramente é de se lembrar a natureza do procedimento em que se dão as investigações promovidas pelo Promotor de Justiça, sendo a sua sede mais visível o inquérito civil.

O paradigma do inquérito civil (e, conseqüentemente de qualquer procedimento investigatório pelos órgãos de execução do Ministério Público) é, sem dúvida, o inquérito policial<sup>2</sup>. Assim, tem natureza inquisitorial e serve de base, como já dito alhures, para formar a convicção do Promotor de Justiça, sendo, entretanto, apenas meio e não fim, haja vista que o órgão de execução independe dele ou de qualquer outro procedimento para a propositura da

---

1. Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

2. MAZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos. RT 676/60.

ação civil pública, desde que de posse de outros elementos<sup>3</sup>. Diz o colega Paulo Márcio da Silva, em sua obra *Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumentos da Tutela Coletiva*, que o Ministério Público contando com outros elementos capazes de corroborar sua convicção, obtidos à margem do inquérito civil, nada o impede de intentar a ação coletiva. É certo que o inquérito civil não é condição e muito menos pressuposto processual obrigatório e indispensável a legitimar o manejo da Ação Civil Pública<sup>4</sup>.

### 3. A Não Obrigatoriedade de Obediência aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público em Face de sua Natureza Inquisitorial

É justamente por servir tão somente a coligir elementos para a formação de opinião do Promotor de Justiça quanto à ocorrência ou não de lesão ao interesse tutelado, não gerando nenhuma sanção, seja de qual natureza for, é que não se pode erigir o procedimento administrativo investigatório à condição de processo administrativo ou judicial. Afinal, como argumenta Aroldo Plínio Gonçalves, na mesma linha de Elio Fazzallari<sup>5</sup>, vista sob uma perspectiva lógica, processo é procedimento em contraditório<sup>6</sup> (*Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório.*). Aliás, como lembra o Ministro José Celso de Mello Filho ao se referir ao inquérito civil, mas em alusão que presta a qualquer procedimento administrativo investigatório do Ministério Público dentro de suas atribuições, *configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública*<sup>7</sup>. Por isso, por sua natureza e finalidade, não está submetido ao princípio do contraditório e da ampla defesa nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição da República. Afinal, ausente qualquer litigiosidade. Como assinala Burtle Filho ao tratar do procedimento investigatório, *durante o seu desenrolar não há nem mesmo litigantes, na medida em que nele não se tem participantes, partes e muito menos acusados, constatações que obstam a possibilidade de o inquérito civil apresentar ‘litigantes’, segundo terminologia da Constituição Federal, no referido art. 5º, LV*<sup>8</sup>.

3. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 83.

4. SILVA, Paulo Márcio da Silva. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumentos da Tutela Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 99.

5. “*Insomma, la nostra era assiste allà diffusione del processo in tutti i settori dell’ordinamento, specie, per così dire, in quelli più caldi; e il futuro ne farà sentire maggiormente il bisogno. Rimane, perciò, compito della dottrina approfondire e perfezionare i moduli processuali ( cioè di partecipazione degli interessati, in contraddittorio, all’iter di formazione di un ato), enucleare principi, offrirli a chi fa le leggi ed a chi deve applicarle*”. (FAZZALARI Elio. *Istituzioni Di Diritto Processuale, Quinta Edizione*. Padova: CEDAM, 1989, pp. 14/15).

6. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

7. Citação feita por SILVA, Paulo Márcio da Silva. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumentos da Tutela Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 100.

8. BURLE FILHO, José Emmanuel. Principais aspectos do inquérito civil, como função institucional do Ministério Público. In: MILARÉ Édis (Coord.) *Ação Civil Pública, Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995, p. 324.

#### 4. A Compatibilidade do Artigo 20 do Código de Processo Penal com o Artigo 7º, Inciso XIV, do Estatuto da OAB, bem como a sua Utilização Analógica no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público

Foi baseando justamente na natureza jurídica do inquérito policial, procedimento inquisitorial, sem partes, contraditório ou ampla defesa<sup>9</sup> e onde não existe uma litigiosidade, é que concordamos integralmente com Marcelo Batlouni Mendroni quando este, em seu trabalho “O Sigilo da Fase Pré-Processual”, conclui que o *caput* do artigo 20 do Código de Processo Penal, que trata do sigilo na fase inquisitorial, não está revogado pelo artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), que garante ao advogado examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, mas, antes, são compatíveis, pois este vige, *desde* que isto não fira o sigilo necessário ao esclarecimento do fato ou por interesse da sociedade<sup>10</sup>. E o que se visa com isso garantir é justamente que não hajam interferências com *atos de probação inúteis, protelatórios ou tumultuários*<sup>11</sup> na busca da verdade real, interesse maior da sociedade, a quem pertence o interesse difuso que se busca defender. Mendroni sustenta o sigilo no inquérito policial, quando necessário, inclusive para garantir o que no Direito Alemão se denomina “Waffengleichheit”, que poderia ser traduzido livremente como “igualdade de armas” (lícitas, diga-se de passagem), qual seja, um equilíbrio, pois, se de um lado o indiciado ou suspeito não possui a obrigatoriedade de apontar as provas de sua conduta delituosa, em contrapartida não se pode obrigar que o investigador revele a ele ou a seu defensor a integralidade do teor do já investigado ou a investigar, sob pena de frustrar-se a diligência ou a própria elucidação do fato.

Nessa seara, Hugo Nigro Mazzili concluiu que, *desde que o presidente do inquérito civil, fundamentadamente tenha imposto sigilo às investigações, poderá impedir sejam estas acompanhadas por terceiros, inclusive advogados ou estagiários, ou limitar acesso desses a determinados atos ou a determinadas peças dos autos. Como bem anotou José Frederico Marques, embora referindo-se ao antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei . 4.215/63), “o exame, por advogado, de inquéritos ou autos de flagrante só será permitido quando se tratar de autos não sigilosos. Tanto isso é certo que o item XIV, do citado art. 89, não estende o direito a exame dos autos em qualquer juízo ou tribunal, quando os respectivos feitos estejam em regime de segredo de justiça. A fortiori, a mesma regra se aplica aos inquéritos policiais. De outra parte, também aos inquéritos policiais cabe aplicar (ainda a fortiori) o disposto no art. 155, I, do Código de Processo Civil, de que correm em segredo os atos processuais quando o exigir o interesse público”. Ora, devemos reiterar que, em matéria de*

9. Aliás, a jurisprudência é pródiga nesse sentido: “1. À parla de relevante interesse público e geral, ampliou-se o âmbito de atividade do Ministério Público para realizar atividades investigativas, ficando alicerçada sua legitimação para promover o Inquérito e a Ação Civil Pública (C.F., arts. 127 e 129, III, Lei 7.347/85, arts. 1º e 5º)... 4. O princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público.” (STJ – RE 136.239 – DJU 24.3.95) e “Noutro precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça, foi positivado que o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória... (Recurso em Mandado de Segurança nº 8.716-GO, julgado em 31 de março de 1998, Primeira Turma, relator o Min. Milton Luiz Pereira).” In: decisão do Desembargador Almeida Melo, da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em pedido de liminar nos autos de Agravo de Instrumento nº 000.185.986-7/00.

10. MENDRONI, Marcelo Batlouni. O Sigilo da Fase Pré-Processual. In: Boletim do IBCCrim nº 83 – Out. 1.999, pp. 10/12.

11. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Estudos sobre o inquérito policial*: arquivos da Polícia Civil de São Paulo, 1941, p. 220, apud SILVA, Paulo Márcio da. Op. Cit., p. 74, nota 9.

*sigilo no inquérito civil, no que couber, deverá ser feita analogia com inquérito policial*<sup>12</sup>.

É claro que não vai aqui nenhuma apologia a desobediência ao *princípio da publicidade* (que, aliás, é a regra no inquérito policial e no procedimento investigatório do Ministério Público), consagrado no caput do artigo 37 da Constituição da República e que deve nortear os atos da Administração, e, muito menos, ao inciso LV do artigo 5º do mesmo texto constitucional, que consagra que, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. No primeiro caso, pelo fato de que não se oculta o fato que se investiga e que motivou a instauração do inquérito; no segundo caso, em face de não existir processo, próprio de *pretensões resistidas*, usando-se aqui expressão de Carnellutti, e com preceito sancionatório.

Aliás, conforme bem decidiu o “Grupo de Trabalhos Setoriais VIII – Improbidade Administrativa” do 13º Congresso Nacional do Ministério Público ao aprovar a Proposta 2, que diz que *deve ser evitada a nomenclatura “processo administrativo” para os instrumentos de investigação instaurados pelo Ministério Público visando a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, face a natureza inquisitória dos mesmos*<sup>13</sup>.

Mais, entendemos perfeitamente aplicável ao inquérito civil público ou a qualquer procedimento investigativo que o Ministério Público instaure no âmbito de suas atribuições a possibilidade do sigilo, e isso não apenas com base em uma analogia com a garantia do *caput* do artigo 20 do Código de Processo Penal ao inquérito policial, haja vista que possuem a mesma natureza jurídica. As razões são ainda mais extensas.

### **5. A Conveniência da Decretação do Sigilo no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público para Preservar a Privacidade das Pessoas Envolvidas ou por Motivo de Interesse Público, Consubstanciado no Interesse Social**

Hugo Nigro Mazzili assevera que *a publicidade é um dos princípios fundamentais da Administração; apesar disso, pode ser excepcionada em alguns casos, ora em razão da conveniência do próprio interesse público, ora em razão do resguardo da privacidade do indivíduo*. Prossegue: *Podemos, então dizer que em regra os atos do inquérito civil são públicos (audiências, inquirições, vistorias, acesso aos autos, expedição de certidões)*. Entretanto, *analogicamente ao que faz a legislação processual penal em relação ao inquérito policial, também é possível que o presidente do inquérito civil imponha sigilo às investigações, se da publicidade puder advir prejuízo à apuração dos fatos... ..Em suma, nas investigações conduzidas pelo Ministério Público, o sigilo pode ser imposto por conveniência da própria investigação, por motivo de interesse público, ou em razão do respeito à imagem ou à privacidade das pessoas envolvidas*<sup>14</sup>. Aqui, vislumbramos duas situações se dão, para a decretação do sigilo no procedimento administrativo investigatório do Ministério Público, sendo possível a ocorrência concomitante: a preservação da própria imagem das pessoas envolvidas e, a mais importante, por interesse público.

12. MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 230.

13. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13. Anais: O Ministério Público Social. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 277.

14. MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, pp. 222 e 225.

A preservação da imagem das pessoas envolvidas se dá muita vez no sentido de se evitar a execução pública indevida em face de ausência ainda de indícios suficientes a imputar conduta ilegal das mesmas, apesar que a regra é a publicidade, o que por vezes necessário até se faz a exposição do já apurado para fins de prestação de contas à sociedade, o que poderá gerar a exploração por parte da mídia de imagem dos indivíduos relacionados com os fatos.

Entretanto, o motivo de maior relevância para a eventual decretação do sigilo nas investigações levadas a cabo pelo Ministério Público é o interesse público.

Devemos ter em mente que o interesse público defendido pelo Ministério Público é o primário, isto é, aquele caro à toda a coletividade e não aquele que atenda tão somente o da Administração. Assim, nos procedimentos administrativos investigatórios encetados pelo Ministério Público, desde que não violada nenhuma garantia constitucional do cidadão, prevalecerá o interesse maior de garantir a escorreita apuração do fato em investigação do que qualquer outro individualmente titularizado. É a supremacia do interesse público.

Aliás, esse é um entendimento já sedimentado no seio do Ministério Público, principalmente na defesa do patrimônio público e moralidade administrativa, haja vista a aprovação da Proposta 3 no “Grupo de Trabalhos Setoriais VIII – Improbidade Administrativa” do 13º Congresso Nacional do Ministério Público, cujo teor é o seguinte: “Para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, em sede de inquérito civil e outros procedimentos investigatórios, pode o membro do Ministério Público, mediante decisão fundamentada nos autos, estabelecer o sigilo das peças que o instruem, visando à preservação dos interesses da sociedade ou à necessidade de elucidação do fato”<sup>15</sup>.

No Estado de Minas Gerais, em decisão sobre pedido de liminar em mandado de segurança manejado pela Fundação Clóvis Salgado contra decretação de sigilo em inquérito civil por parte dos Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte, o Desembargador Antônio Hélio Silva, com propriedade, sinalizou: “Indefiro a liminar por ausência do “*fumus boni iuris*”, eis que se trata de procedimento inquisitório e não de processo administrativo, não havendo que se falar, no momento, em contraditório, sendo certo que, se nesta fase não há participação dos interessados, nenhum prejuízo lhes será causado, porquanto a prova colhida será refeita ou contrastada em juízo.” (TJMG, MS nº 238.386/7.00 – Belo Horizonte – rel. Des. Antônio Hélio Silva – d. 07.06.2001 – p. 55).

#### **6. A Utilização dos Princípios da Razoabilidade e da Necessidade, bem como a Obrigatoriedade da Formalização e Motivação da Decisão de Decretação de Sigilo no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público**

Entretanto, entendemos que ao se decidir pela decretação do sigilo nas investigações, o Ministério Público deverá levar sempre em conta os princípios da razoabilidade e da necessidade, uma vez que a regra é a publicidade. Por isso, a decretação de sigilo deverá ser formal e motivada.

É que, conforme diz Maria Sylvania, *segundo Gordillo (1977:183)*, “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta

---

15. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13. Anais: O Ministério Público Social. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 277.

*e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar; ou seja, que se trate de uma medida despropositada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar*"<sup>16</sup>.

### **7. A Possibilidade da Revogação do Sigilo no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público Antes de seu Encerramento e a Obrigatoriedade de fazê-lo Quando de sua Conclusão**

Finalmente, concordamos com Hugo Nigro Mazzili quando diz que, *concluídas as investigações, exige-se publicidade total a tudo o que foi apurado no inquérito civil, exceto, novamente, se for caso de sigilo legal ou de conveniência social, como quando, ainda pendente o ajuizamento de ação cautelar com pedido liminar, da publicidade possa resultar dano ao interesse público. Feitas essas ressalvas, no mais deve-se assegurar publicidade quando do ajuizamento da ação civil pública ou quando do arquivamento do inquérito civil, até mesmo porque, neste último caso, podem os interessados arrazoar perante o Conselho Superior do Ministério Público, visando a obter a reforma do ato de arquivamento*<sup>17</sup>. Complementando, é de se ressaltar que, de todo modo, a qualquer tempo, antes do encerramento das investigações, pode o Promotor de Justiça, entendendo não persistirem as razões que motivaram a decretação do sigilo, revoga-lo. Assim, decretado o sigilo, facultativamente no decorrer das investigações pode o presidente revoga-lo e, na conclusão, obrigatoriamente, exceto se for caso de sigilo legal ou interesse público, deverá fazê-lo.

### **8. Conclusões**

8.1 – Em face da natureza inquisitorial do procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público, não está sujeito à obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

8.2 – Sendo o procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público apenas uma instrução provisória, sem partes, sem contraditório e defesa, não sancionatório e não obrigatório para a busca de prestação jurisdicional, guardando natureza similar com o inquérito policial, pode, por analogia com o artigo 20 do Código de Processo Penal, ter decretado o seu sigilo;

8.3 – Apesar de ter como regra a obediência ao princípio da publicidade, que norteia a Administração, excepcionalmente, pode o procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público ter decretado o seu sigilo para preservar a privacidade das pessoas envolvidas ou o interesse público consubstanciado no interesse social;

8.4 – Por ser a exceção, a decretação do sigilo no procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público deverá ser formal e fundamentada;

16. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2.001, pp. 80/81.

17. MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 229.

8.5 - Por ser a exceção, a decretação do sigilo no procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público deverá ser norteadada pelos princípios da razoabilidade e necessidade;

8.6 – Poderá o presidente do procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público que estiver com sigilo decretado, revoga-lo a qualquer tempo antes de seu encerramento, desde que convencido da não persistência das razões motivadoras do mesmo, não podendo faze-lo, todavia, sem fundamentação, haja vista que o foi para preservar interesses constitucionalmente protegidos;

8.7 - Deverá o presidente do procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público que estiver com sigilo decretado, revoga-lo na oportunidade de seu encerramento, seja concluindo pela propositura de medida judicial seja concluindo pelo seu arquivamento, haja vista que a regra dos atos administrativos é a publicidade, exceto quanto ao que está sob o manto do sigilo legal ou quando o interesse público, consubstanciado no interesse social, exigir a manutenção do sigilo.



## TESE 67

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA

**Eduardo Rinco**

Promotor de Justiça (aposentado) - MG

#### 1 – Conceito

A sociedade brasileira, estava a cobrar de nossos legisladores uma norma com finalidade de disciplinar, reprimir, impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico .

Tal cobrança social teve ressonância no Congresso Nacional, que aprovou e finalmente foi sancionada em 24 de julho de 1985, a Lei 7.347.

A Ação Civil Pública é o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera cível, em nome do interesse público, a função jurisdicional.

Ao meio ambiente, é o conjunto de elementos naturais, como terra, água, ar, flora, fauna e mesmo as criações humanas essenciais à vida.

A Constituição de 1988, art. 225 e parágrafos, veio a estabelecer os instrumentos para a proteção do meio ambiente. Tal proteção ambiental, vai exatamente considerar chamado impacto ambiental, que é exatamente a degradação que se provoca à natureza.

A proteção determinada pela Carta Magna e pela Lei 7347, é ampla e atinge a todos os atos e fatos que de imediato ou a longo prazo irão degradar a natureza e o meio ambiente. A degradação ambiental é recuperável, não há dúvidas, mas em muitos casos essa recuperação é longa e lenta, e enquanto não acontece, as conseqüências à vida de tudo e todos correm sérios e irreparáveis prejuízos.

Ao consumidor, que é todo cidadão que adquire utiliza de produtos, atividades ou serviços de terceiros, também está a merecer proteção na Constituição Federal, em seu arts. 5º, XXXII e 170, V. Neste caso, o que foi vislumbrado é que a sociedade brasileira adaptou-se rapidamente, ou seja o consumidor a exigir cada vez mais, e que tem como conseqüência a melhoria de qualidade e preços dos produtos consumidos.

Bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, são aqueles que constituem o patrimônio cultural da comunidade, que não poderiam deixar de serem protegidos pela eficácia da Ação Civil Pública. Entendemos, que o patrimônio público protegido, não é apenas aquele de valor histórico e inestimável, mas tudo aquilo que faz parte da coisa pública. Evidente que se tem mais cuidado, e é natural, com o patrimônio que preserva a nossa

cultura, esses se destruídos, não podem ser substituídos, e sua destruição mata a cultura e a história de um povo.

Examinando a Lei 7.347/85, verificamos que trata-se de uma legislação adjetiva, com caráter processual, e que a ação e a condenação devem basear-se em norma substantiva, de direito material. mesmo que haja qualquer outra sanção administrativa ou penal, é possível a postulação de uma Ação Civil Pública. Nem mesmo a Ação Popular exclui a Ação Civil Pública, havendo inclusive concomitância de ambas.

## 2 – A Legitimidade do Ministério Público e de Outros

Ao Ministério Público, às pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, bem como às associações destinadas à proteção do meio ambiente, à defesa do consumidor, são partes legítimas, segundo determinação da Lei 7347/85. (artº 5º).

É sabido que o Ministério Público, tendo em vista as suas atribuições constitucionais, é o órgão principal para ajuizamento da ação civil pública.

A independência do “parquet”, o coloca em uma posição mais adequada, face não só as suas atribuições institucionais, como a sua independência. Entretanto, se o órgão do Ministério Público, não for o autor da demanda, ainda assim estará obrigado a intervir na mesma como fiscal da lei. Determina ainda o artº 15, que após o prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença, o autor não promover a execução da sentença, cabe promovê-la o Ministério Público.

É obrigação de cidadania, de que qualquer pessoa deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, dando ao mesmo as devidas informações, sobre algum fato que constituam objeto da ação civil pública. Da mesma forma o servidor público, tem a obrigação de remeter ao Ministério Público, os documentos e informações necessárias para a ação ministerial.

O art. 6º, reza ainda que Juizes e Tribunais, que tomarem conhecimento de fato que dão respaldo a propositura de ação civil pública, deverão remeter peças necessárias ao Ministério Público.

Cabe ainda ao órgão do Ministério Público, sob sua presidência a faculdade de instaurar o inquérito civil, que concluído poderá dar respaldo a propositura da ação. Durante a fase investigatória, poderá ser requerida informações, ou qualquer outra peça comprobatória, no prazo nunca inferir a 10 dias úteis, determinação contida no art. 8º, par. 1º.

Evidente que, se no final do inquérito civil público, no mesmo, não ter sido apurado fato que dê respaldo a ação civil pública, o órgão ministerial deverá promover o arquivamento, remetendo-o ao Conselho Superior do Ministério Público, justificando o arquivamento. E este deverá decidir sobre o destino do mesmo.

Proposta a ação civil pública pelo Ministério Público, tendo em vista ser direito indisponível, não pode o “parquet” desistir da mesma, deverá sim, diante do conjunto probatório carreado ao mesmo, opinar pela procedência ou improcedência do feito. Se a ação for proposta por uma entidade, e essa desistir da mesma, cabe ao Ministério Público, assumir a sua titularidade, como determina o artº 5º, par. 3º.

## **Do Processo**

O rito processual para a ação civil pública, é o ordinário, determinado no Código de Processo Civil. Havendo a possibilidade de admitir medida liminar suspensiva da atividade, isso se requerida na peça preambular, ocorrendo, no caso o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Da liminar pretendida e concedida, cabe agravo, que pode ser postulado a qualquer tempo, e pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal, para conhecer o recurso formulado pela pessoa jurídica de direito público, com finalidade de evitar lesão à ordem pública, à saúde, à segurança e a economia popular.

São ainda estabelecidas outras disposições processuais, como multa, que só poderá ser exigida após o transito em julgado, e será devida desde o dia em que ficou configurado o descumprimento da cominação. O Juiz poderá, segundo determina o art.º 14, conferir efeito suspensivo a qualquer recurso, com finalidade de evitar dano irreparável ao recorrente.

### **4 – Do Foro**

Determina os ratos. 2º e 4º, que a ação civil pública e as medidas cautelares deverão ser proposta no foro do local onde ocorreu o dano. O legislador desta maneira facilita a apuração das provas, conferindo competência ao foro da comarca, onde ocorreu o ato lesivo.

Há porém, competência outra, se a União, suas autarquias e empresas forem interessada, na condição de autora, ré, assistente ou oponente, a causa correrá perante os juizes federais, e o for será o do Distrito Federal, ou da capital do Estado, como determina o art. 109, I, da Constituição Federal.

Se o interesse for do Estado Federativo, suas autarquias e entidades, o foro competente é o do local onde ocorreu o fato lesivo.

### **5 – Responsabilidade do Réu**

A responsabilidade do réu, é objetiva, e segundo determina a Lei 7347/85, o réu poderá ser condenado em dinheiro, ou no cumprimento de fazer ou não fazer.

Em casos que versam sobre meio ambiente, a condenação de fazer ou fazer o objetivo, quando for possível a reparação do meio ambiente degradado, procurando desta forma a reparação do dano. Já a condenação em pagamento em numerário, o mesmo só deve ser utilizado quando a reparação for impossível, o recurso determinado e apurado no veredito, deve ser utilizado na minimização do dano ocorrido. Evidente que quando a recuperação for impossível, como a destruição de bem histórico, artístico, paisagística, destruição por envenenamento da fauna e da flora, o julgador deve condenar o réu em pagamento em espécie. A sentença procedente, fará coisa julgada. Entretanto, quando a mesma julgar improcedente a ação, poderá ser intentado outro feito, desde que novas provas forme levantadas, é o que determina o art. 16.

Quando a lesão for aos consumidores, está amplamente determinado no Código de Defesa do Consumidor, que a responsabilidade objetiva é daquele que lesa o consumidor.

Havendo a responsabilidade, haverá causas que possam excluí-las, é o caso fortuito, a força maior, o proveito de terceiros, a licitude da atividade, a culpa exclusiva da vítima. Entretanto tais exclusões Sérgio Ferraz aponta cinco consequências da adoção da responsabilidade objetiva. A primeira é a irrelevância da intenção danosa, neste caso basta o simples prejuízo. A Segunda é a irrelevância da mensuração, aí o importante é o nexos da causalidade. Alguém tenha participado e, tendo participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade. A terceira é a inversão do ônus da prova, se faz em razão da dificuldade da prova por parte do prejudicado. A quarta é a irrelevância da licitude da atividade. Segundo Ely Lopes de Meirelles, “se o fato argüido de lesivo ao meio ambiente for praticado com licença, permissão ou autorização da autoridade competente, deverá o autor da ação provar a ilegitimidade de sua expedição, uma vez que todo ato administrativo traz a presunção da legalidade, só invalidável por prova em contrário”. Neste caso deve prevalecer, tendo em vista o interesse difuso e o dano efetivo. Aí não se discute a legalidade do ato, mas o dano provocado. Finalmente a Quinta exclusão é a atenuação do relevo do nexos causal, neste caso ocorre quando potencialmente, a atividade do agente possa acarretar prejuízo ecológico, invertendo-se o ônus da prova.

É certo que o Estado não está fora da responsabilidade civil, pelos danos provocados pelos seus agentes, cuja responsabilidade foi mantida pelo atual texto constitucional, que instituiu a responsabilidade objetiva.

## 6 – CONCLUSÃO

O direito brasileiro, em nossos dias, não conseguiria modernidade, sem a possibilidade da Ação Civil Pública, determinada pela Lei nº 7347/85, e legislação complementar.

O meio ambiente, hoje comprometido, e colocando em risco a própria sobrevivência dos seres vivos, é amplamente amparado pela legislação pátria. Entretanto, a tarefa não é somente das autoridades compelidas a proteger o meio ambiente, mas de toda a sociedade, que precisa cada vez mais conscientizar da necessidade de preservar nossas águas, flora, fauna, ar, que são elementos essenciais a vida humana e de todo ser vivo do planeta.

A nossa história, não é somente aquela gravada em livros, mas também no patrimônio físico cultural, que é a própria história viva. A sua preservação é a preservação da própria história viva, é a própria volta ao passado. A memória de nossa gente, de nossa cultura está viva no patrimônio físico de nossos monumentos e prédios. Preserva-los é deixar viva a cultura do Brasil.

Ao consumidor, a sua proteção está inclusive determinada nos arts. 5º, XXXII e 170, V, do texto constitucional. Em um passado recente, o que se via, era o consumidor desamparado, sendo constantemente lesado, e sem alternativa para fazer valer o seu direito. Com a nossa constituição, o que estamos observando, é que o cidadão, está a cada dia com produtos de qualidade e preços competitivos. A adaptação da sociedade, foi rápida, e sem atropelos, e a consequência é a qualidade dos bens de consumo, e a melhoria no preço final.

Em resumo chega-se a conclusão, que a Lei nº 7347/85, está entre aquelas mais aceitas pela sociedade, que sabe que há um instrumento legal para proteger-se.

## Bibliografia

HELY LOPES DE MEIRELLES – Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública

PAULO AFONSO LEME MACHADO – Ação civil pública e tombamento

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO – Ação Civil Pública

SÉRGIO FERRAZ – Responsabilidade civil por dano ecológico

**TESE 68****O PREPARO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**Ricardo de Oliveira Silva**  
**Luiz Achylles Petiz Bardou**

Síntese da tese: **A verdadeira finalidade do art. 18 da Lei nº 7.347/85 é abrir exceção somente ao autor da ação civil pública em não antecipar despesas processuais, não ferindo o princípio da isonomia entre as partes**

Fundamentação da tese:

**a- Da negativa de vigência ao art. 511 do Código de Processo Civil**

O Colendo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através do voto do eminente Relator, Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, em fls. 757 a 759, discorreu sobre a possibilidade de se efetuar o preparo após a interposição do recurso no último dia de prazo, ou seja, no dia seguinte, quando do fechamento do expediente bancário antes do horário forense.

Manifestou-se que *“Particularmente, sempre entendi que a norma do art. 511 do CPC, há de ser aplicada em consonância com a estrutura que se coloca em relação ao preparo. Existe possibilidade deste ser procedido durante todo o expediente forense? Se não existe, atuando a instituição bancária como auxiliar do juízo, o encerramento das suas atividades antes do encerramento do expediente forense, atrai a incidência do art. 184, par. 1º, inc. II, CPC”*.

Com a devida vênia ao magistrado gáucha, mal interpretou o que dispõe o art. 511 do CPC, confundindo a interposição do recurso com a realização do preparo. A possibilidade de determinado ato ser realizado durante todo o expediente forense e a incidência do art. 184, par. 1º, inc. II do CPC referem-se à interposição do recurso e não ao seu preparo. Até porque o preparo, segundo o novo sistema implantado pela lei nº 8.950/94, está estritamente vinculado à interposição do recurso, deste dependendo para o estabelecimento de seu prazo final de comprovação.

Como muito bem disse o eminente Des. Ari Darci Wachholz, em fls. 763: *“... numa visão mais técnica a respeito do art. 511 do CPC, que a sua redação, já da época do apelo*

*dos autos, exige dois atos processuais de quem deseje recorrer quando há uma lei impondo preparo; no caso, existe o regimento de custas do Estado impondo o preparo.*

*O primeiro ato é o de comprovar o preparo, o segundo, o da interposição do recurso pela petição respectiva. Para cada um dos dois atos há o prazo próprio. Para a apelação, no caso, os 15 dias contados da intimação da decisão; e, para a comprovação do preparo, o tempo que decorrer até a interposição do recurso pela petição.*

*Como se vê, o termo final do prazo, para a comprovação do preparo, é o momento da interposição da petição, que pode variar. Mas este seria o termo final. Daí que, expirado o momento da interposição sem que se tenha a comprovação do preparo, opera-se a preclusão que é temporal, no meu entendimento, e não consumativa como muito se tem dito.”*

Assim, se se quiser dar perfeita interpretação ao art. 511 do Código de Processo Civil, é obrigatório admitir que o preparo é **imediato**, já que os atos de recorrer e de preparar o recurso formam um ato complexo, devendo ser praticados simultaneamente, na mesma oportunidade processual, sob pena de se negar vigência ao dispositivo ora comentado.

#### **b- Da interpretação divergente proferida por outro tribunal**

O Colendo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal gaúcho, ainda nas razões do eminente Relator, Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, em fls 757 a 759, entendeu plenamente justificável a comprovação do preparo, no dia seguinte ao da interposição do recurso respectivo, quando incoincidentes os horários de expediente forense e das instituições bancárias, revedoras daquele.

Prova disso se percebe em sua manifestação, em fls. 758: “Lembro que há, até, horários de expediente bancários diversos, o que dá ensejo a inúmeros casos em que o advogado termina sem poder proceder ao recolhimento do preparo.”

*Foi esta a interpretação que se adotou, desde a alteração do art. 511, CPC. O aresto ventrado a fls. 639 a 644 do autos, AG. 194 240 156, contou com o meu voto, exatamente em tal sentido. Como discorreu ali o hoje eminente Des. MOACIR ADIERS ‘não parece possível sacrificar-se o direito de recorrer e o prazo para o seu exercício, ante a simples exigência feita, ocorra isso pelas normas processuais ou pelos regimentos de custas, de a parte comprovar, prévia ou concomitantemente, a satisfação das custas de preparo, incoincidentes os horários de expediente forense e das instituições bancárias, revedoras delas”*

Ocorre que outros tribunais da federação, em especial as mais altas Cortes de Justiça do país, dissentem dessa interpretação ao dispositivo da lei processual civil.

De início, vejamos o que decidiu o Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**, 4ª Turma, no Ag. 100375-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 29/04/1996, publicado do DJU de 13/05/1996, p. 15247.

**Horário bancário.** Quando o recurso é interposto no último dia do prazo, não caracteriza justa causa para a relevação da deserção, a alegação de que o preparo não foi recolhido porque a interposição do recurso se deu depois do fechamento do expediente bancário (STJ, 4ª T., Ag 100375-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29.4.1996, DJU 13.5.1996, p. 15247).

Dentro dessa linha, essa Colenda Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 38.911-7/SP, publicado no DJU de 19/12/1995, assim decidiu:

**“ O ato da interposição’ demanda a apresentação da guia no momento da protocolização da petição, o que, por razões óbvias, significa que ambas devem ser apresentadas concomitantemente, simultaneamente, ou como preferir: ‘no corpo da petição’. Então, percebe-se que a redação discutida não abre espaço, em hipótese alguma, para a interposição em momentos diversos, ainda que na mesma data”**

Ainda o STJ, 4ª Turma, no julgamento do Ag. 93904-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, publicado no DJU de 16/02/1996, p. 3101:

**“A lei é expressa ao exigir a demonstração do pagamento do preparo no momento da interposição do recurso. Esse entendimento se harmoniza com o fim pretendido pelo legislador da reforma processual, qual seja, o de agilizar os procedimentos. Ademais, tal diretriz se afina com o princípio da consumação dos recursos, segundo o qual a oportunidade de exercer todos os poderes decorrentes do direito de recorrer se exaure com a efetiva interposição do recurso, ocorrendo preclusão consumativa quanto aos atos que deveriam ser praticados na mesma oportunidade e não o foram, como é o caso do preparo, por expressa exigência do CPC 511”**

in DJU de 16/02/1996, p. 3101

Vejamos, ainda, o que decidiu essa Colenda Corte no julgamento do REsp nº 128049, publicado no DJU de 09/12/1997, pg. 64711:

### RECURSO ESPECIAL Nº 128049-RS

(REG. 97.263665)

RELATOR O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR  
RECORRENTES FERNANDO ADALTO LOUREIRO DE SOUZA E OUTROS  
RECORRIDO LUIZ CÂNDIDO CUNHA OLIVEIRA  
ADVOGADOS JORGE CHAGAS E OUTROS  
SANDRA B. RUAS E OUTROS

#### EMENTA

RECURSO. Preparo. Deserção

O preparo deve ser comprovado no ato de interposição do recurso. Precedente da eg. Corte Especial. Ressalva da posição do relator, Recurso conhecido, pela divergência mas provido

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acórdão os Ministros da QUARTA TURMA do Supremo Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram como Relator os Srs. Ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA BARROS MONTEIRO e CÉSAR ASFOR ROCHA. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

Brasília-DF, 22 de setembro de 1997 (data do julgamento)

Por fim, o Egrégio **Supremo Tribunal Federal** recentemente se manifestou no julgamento do AG (QO) 209.885-RJ, publicado no Informativo STF nº 104, no seguinte sentido:

***Prazo para Pagamento do Preparo***

O fechamento das agências bancárias em seu horário habitual, ainda que antes do término do expediente forense, não configura justa causa para legitimar o pagamento do preparo após extinto o prazo recursal, uma vez que não há a imprevisibilidade exigida pelo art. 183, § 1º, do CPC (“*Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa. § 1º. Reputa-se justa causa o evento imprevisível, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.*”). Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Maurício Corrêa, relator, negou provimento a agravo de instrumento contra despacho do Vice-Presidente do STJ que, com base no art. 511, do CPC (“*No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção.*”), declarou deserto o recurso extraordinário interposto no último dia do prazo após o expediente bancário, cujo preparo só fora efetuado no dia seguinte. Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, relator, Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao agravo de instrumento para, afastada a deserção, determinar o processamento do recurso extraordinário, ao fundamento de que o horário de funcionamento dos bancos e a falta de órgão da secretaria do tribunal de origem para recolher o preparo não poderiam restringir o prazo recursal de que dispunha a parte, caracterizando-se, portanto, o justo impedimento para a realização do ato. AG (QO) 209.885-RJ, rel. originário Min. Maurício Corrêa, red. para o acórdão Min. Marco Aurélio, 25.3.98.

Demonstrada, então, a dualidade de interpretações entre o que decidiu o Colendo 1º Grupo Câmara Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de ser perfeitamente justificável a comprovação do preparo em momento posterior ao da interposição do recurso, quando existir diferença entre os horários forense e bancário, e a de outros Tribunais da Federação, em especial a das mais Altas Cortes do país, que entendem não caracterizar tal motivo justo, ensejando a deserção e o não conhecimento do recurso.

**c- Da negativa de vigência ao art. 18 da Lei 7.347/85**

Após discorrer sobre o art. 511 do Código de Processo Civil, o eminente Relator adentrou



no exame da incidência do art. 18 da Lei nº 7.347/85 ao caso presente, passando este a caracterizar o verdadeiro motivo do afastamento da pena de deserção, na apelação interposta pelos ora recorridos.

Inobstante o surgimento dessa questão somente na discussão dos embargos infringentes, já que outrora em momento algum ela foi levantada, mesmo porque a questão de fundo, agora esmorecida, estava enraizada na interpretação do art. 511 do Código de Processo Civil, impõe-se o enfrentamento da matéria, nos estritos limites da finalidade da lei da ação civil pública.

No v. acórdão do Colendo Grupo gaúcho, firmou-se nova interpretação ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública, no sentido de haver em sua estrutura dois enunciados distintos. O primeiro, quanto ao adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. O segundo, inconfundível com o primeiro, relacionado com a isenção da associação-autora, quando sucumbente, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. Enfim, consolidou que a isenção de adiantamento de despesas processuais é bilateral, valendo também para o réu.

Vejamos o que concluiu o nobre Relator, em fls. 762:

*“ Se ao autor se justifica a dispensa do adiantamento de custas e outras despesas, até para poder possibilitar que a instrução se faça, o próprio ajuizamento da ação, e que se consiga examinar esses atos fixados na ação popular ou na ação civil pública, ela também se justifica quanto aos réus. Isso porque muitas vezes essas ações são infundadas, e o réu necessita de fazer despesas e, não sendo ele destinatário da assistência judiciária - nós acabamos de julgar um caso em que o réu não era destinatário da assistência judiciária, e no mais das vezes não o será, porque são pessoas com um certo estágio financeiro, um certo escalão econômico, não se justifica, não é razoável impor a essas pessoas que tenham de desembolsar gastos -, vamos lembrar uma despesa com prova pericial diante de ações infundadas e por vezes rematadamente infundadas. Terá de arcar com essas despesas ao final, se vencido ”*

Com a devida vênia, esta não é a correta interpretação que deve ser dada ao artigo em discussão, que é exclusivamente destinado ao autor da ação civil pública, não se podendo falar em afronta ao princípio da isonomia.

Primeiro, não se discute que existem dois preceitos na estrutura do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública, porém, embora aparentemente distintos (devido a defeituosa técnica legislativa empregada), são correntes um ao outro.

Assim, com o fim de facilitar a proposição da ação civil pública, sobretudo para as associações mencionadas na mesma lei nº 7.347/85 (para quem o dispositivo realmente é dirigido), houve por bem isentar o autor do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, além de também livrá-lo, salvo comprovada má-fé, do pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais, quando sucumbente.

Percebe-se a intenção de dispensar o autor da ação civil pública do adiantamento das despesas processuais, bem como isentá-lo da condenação nas verbas da sucumbência, salvo comprovada má-fé. A divisão ocorre exatamente em razão dos diferentes momentos processuais, nada mais. São benefícios dados ao autor para incentivá-lo a usar este nobre meio de defesa

dos interesses da sociedade. Falar em extensão ao réu da primeira parte do dispositivo é desvirtuar sua finalidade.

Do mesmo modo, falar em quebra do princípio da isonomia é forçar sua aplicação. Não há vantagem processual e muito menos substancial que cause qualquer tipo de prejuízo ao réu, e nem existe mandamentos nesse sentido em toda a lei da ação civil pública. O art. 18 da lei nº 7.347/85, repete-se, é destinado a facilitar a proposição da ação civil pública, sobretudo para as associações mencionadas na própria lei, até porque nas demandas por ela disciplinada, o que está em jogo é o interesse da sociedade e não a discussão de lide privada (que autorizaria em falar na quebra da isonomia entre as partes).

A **mens legis** do dispositivo em discussão é facilitar o acesso à justiça das associações co-legitimadas, juntamente com o Ministério Público, ao ingresso da ação civil pública, de modo a que o pagamento prévio de custas e outras despesas não opere como freio à interposição de demandas tendentes a submeter ao judiciário o exame de direitos meta-individuais.

Senão, o que dizer desse benefício de a muito dispensado ao próprio Ministério Público, em especial no Código de Processo Civil. O que houve, na lei da ação civil pública, foi uma especial equiparação das permitidas associações-autoras aos órgãos já possuidores de tais benefícios, quando da interposição da demanda.

O argumento de que “... *muitas vezes essas ações são infundadas, e o réu necessita de fazer despesas. ...*”, salvo melhor juízo, fica superado pelo Código de Processo Civil que não permite a continuidade de uma ação manifestamente infundada (art. 267, VI), exaurindo-a já de início sem julgamento do mérito, além da proteção dada ao demandado pelo art. 17 e pelo próprio art. 18 da lei nº 7.347/85, que fala da litigância de má-fé da associação autora.

Quanto a este último ponto, é expresso no art. 17 da lei ora debatida, a condenação da associação autora, alertando exatamente sobre o perigo da proposição de ações dolosas. É o próprio contrapeso aos benefícios do art. 18 da lei nº 7.34-7/85, no momento discutidos. Sabido que a doutrina procura estender o que dispõe o referido art. 17 também ao réu, porém quanto a este já estaria a má-fé disciplinada no Código de Processo Civil, não havendo assim o perigo de ferir a isonomia entre as partes.

Ainda assim, como bem citou o digno relator, existe a possibilidade da assistência judiciária gratuita ao réu. Concorde-se que na maioria dos casos tratam-se de pessoas abonadas, que podem arcar com as despesas processuais, como em qualquer outro processo (ônus processual inevitável), no que, acaso vencedoras, têm direito a devida compensação do que despenderam.

Como bem disse o eminente Des. Ari Darcí Wschholz, em fls. 763/764, ... “*Entendo que num País ideal, o sistema judiciário, para ser acessado, não deveria ficar condicionado, à realização do pagamento de custas. Também não gostaria que o cidadão, para obter a saúde e educação, tivesse que desembolsar.*”

*Entretanto, enquanto existe a lei, o direito positivo impondo o preparo para o caso, e não se chega ao ideal, quando não efetuado o preparo até o momento da interposição do recurso, pouco importando se o banco estava fechado, ou não, porque aí o termo final do prazo, seria o da própria interposição do recurso, não ocorrendo essa comprovação do preparo mediante a exibição da guia, existe a preclusão”*

Ninguém gosta de desembolsar, principalmente quando figura no pólo passivo da demanda, porém assim está disciplinado o sistema processual vigente, pois o Estado não tem condições de arcar com tais despesas de forma universal. As exceções, como a presente, ocorrem em virtude de finalidades especiais conferidas pelo próprio ordenamento jurídico à determinados entes públicos, ou a eles equiparados, como p. ex. o Ministério Público e as associações-autoras disciplinadas na lei nº 7.347/85, art. 5º. E isso não é de hoje e nunca se falou em prejuízo para a parte contrária diligente.

Dar interpretação diversa ao art. 18 da Lei nº 7.347/85 é procurar nas lacunas que qualquer dispositivo oferece, mandamentos não autorizados em sua origem, alargando e criando precedentes desvirtuados da real finalidade da lei.

De tudo exposto, cabe a pacificação da questão no Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

## TESE 69

### O RÉU NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESPESAS PROCESSUAIS

Epaminondas da Costa  
Promotor de Justiça - MG

#### Introdução

Inicialmente elaborado sob a forma de artigo, este trabalho resultou da constatação de que a doutrina e os tribunais, regra geral, não têm feito a interpretação sistêmica das disposições da Lei nº 7.347, de 24/07/1985 (lei da ação civil pública), notadamente no que se refere à posição da parte ré, em termos de custas e despesas processuais, suscitadas durante o curso da demanda.

Em determinado caso concreto, a autoridade judiciária monocrática proclamou o encerramento da instrução processual, porque os réus deixaram de efetuar o depósito prévio da verba indenizatória do senhor Oficial de Justiça. Com isto, as testemunhas de defesa não foram intimadas a comparecer à competente audiência de instrução e julgamento.

Houve a interposição do recurso de agravo de instrumento dessa decisão interlocutória.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas, através de uma de suas Câmaras Cíveis, deferiu a liminar no agravo citado, fazendo-o, porém, sem qualquer fundamentação inteligível, menosprezando, pois, a determinação constitucional contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Na parte final deste trabalho será reproduzida a ementa do acórdão que, ao julgar o mérito do agravo citado, acabou acolhendo a presente tese.

O Ministério Público, na condição de agravado, apresentou a sua contraminuta, cujos argumentos factuais e jurídicos servirão de embasamento neste trabalho doutrinário.

#### Discussão de fundo

Nas ações populares, ações civis públicas e ações coletivas, o legislador determinou a isenção do pagamento das custas e despesas judiciais somente em relação à parte autora. Previu, destarte, em caso de litigância de má-fé, a condenação do autor ao ressarcimento das despesas em questão.

De fato, o artigo 18 da Lei 7.347/85 é de clareza solar, fazendo referência explícita à

**associação autora** da ação civil pública, a qual, além de não estar sujeita à antecipação do pagamento das custas e despesas processuais, somente arcará com os ônus da sucumbência, se for condenada como litigante de má-fé. Esta regra, como se sabe, tem sido aplicada em relação aos demais legitimados ativos da ação civil pública, tendo em vista a existência de disposições legais outras atinentes a eles.

Por essa razão, o festejado Superior Tribunal de Justiça registrou, certa vez, num acórdão em que foi relator o eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, o seguinte:

*“Os juristas encarregados do Anteprojeto de lei que se transformou no Código de Defesa do Consumidor; inspirados na lei da ação civil pública e visando ao fomento das ações coletivas de proteção ao consumidor, entenderam por bem excluir as associações dos ônus de sucumbência nos processos em que estariam envolvidos os direitos de seus associados, salvo se existente má-fé. E isso se consubstanciou na norma do art. 87 da Lei 8.078/80.”*

[...]

*“Também Rodolfo de Camargo Mancuso, comentando o referido artigo e, após se referir à regra geral da sucumbência inculpada nos arts. 19 e 20, CPC, assinala:*

*‘Mas, quando se trata das ações com finalidade coletiva, pública, há necessidade de derrogação dessa diretriz, seja porque o fim perseguido é de caráter público ou ao menos coletivo, e não o interesse meramente individual; seja porque os co-legitimados ativos (entes políticos, Ministério Público) já se beneficiariam, mesmo, de regime especial nessa matéria: beneficiam-se da dispensa do adiantamento das despesas relativas aos atos que requerem (CPC, art. 27) e do preparo nos recursos (CPC, art. 511); seja, por fim, no que concerne às associações, as quais, normalmente, não dispõem de muitos recursos de modo que o carregar-lhes os encargos iniciais para a propositura da ação poderia dificultar ou mesmo empecer o ajuizamento’ (Comentários do Código de Proteção ao Consumidor, Saraiva, 1991, art. 87, p. 300).”<sup>1</sup>*

Ademais, a lei da ação civil pública não exauriu toda matéria de natureza processual, limitando-se, apenas, a traçar os contornos básicos de tal espécie de ação.

Nota-se que a intenção manifesta do legislador, quando dispensou o autor da ação civil pública do pagamento prévio das custas e despesas processuais, como visto acima, foi facilitar a defesa judicial dos interesses privilegiados da sociedade, delineados na Lei nº 7.347/85.

Daí asseverar incisivo umas das maiores autoridades brasileiras no assunto ora debatido, ou seja, o doutor Hugo Nigro Mazzilli, do Ministério Público do Estado de São Paulo:

*“Enquanto se privilegia o tratamento à associação autora, isentando-a de antecipação de despesas ou dos ônus da sucumbência, ao mesmo tempo é visível o especial rigor com aquela que ajuíze ação de má-fé.”<sup>2</sup>*

É intuitivo, então, que as regras gerais do Código de Processo Civil aplicar-se-ão em tema de ação civil pública, observadas, apenas, as restrições expressas contidas na lei especial. Aliás, esta é a dicção do artigo 19 da Lei 7.347/85, a saber:

**ART. 19 - Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.**

Em perfeita harmonia com essa orientação, a **Lei estadual mineira nº 12.427**, de 27/12/1996, tem o seguinte comando normativo:

*Art. 10 - São isentos do pagamento de custas:*

*I - a União, o Estado, os municípios e as respectivas autarquias e fundações;*

*II - os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária;*

*III - o autor nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor -, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé;*

*IV - o autor da ação relativa aos benefícios da previdência social, até o valor previsto no art. 128 da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, considerado o valor em relação a cada autor; quando houver litisconsórcio ativo;*

*V - o réu que cumprir o mandado de pagamento ou de entrega da coisa na ação monitória;*

*VI - o Ministério Público.*

De outra parte, duas normas legais devem ser transcritas e cotejadas aqui:

**LEI 6.830 DE 22/09/1980** - Dispõe sobre a Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras Providências.

TEXTO:

ART.39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independerá de preparo ou de prévio depósito.

Parágrafo único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas, pela parte contrária.

---

2. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo* – Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 1992, p. 259.

**LEI 7.347 DE 24/07/1985** - Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade Por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico (Vetado) e dá outras Providências.

TEXTO:

ART.18 - Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de **custas**, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem **condenação da associação autora**, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, **custas** e despesas processuais.

\* Artigo com redação determinada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Por conseguinte, é fácil a constatação de que o artigo 18 da Lei nº 7.347/85 ostenta similitude com o artigo 39 da Lei nº 6.830/80, pois em ambos a parte autora legitimada a manejar aquelas ações está dispensada do adiantamento das custas/despesas processuais. O artigo 18 da lei da ação civil pública quis ser mais detalhista, tendo, assim, enumerado, de maneira exemplificativa, as várias espécies do gênero despesas processuais.

Não obstante, em que pese a essa exoneração do pagamento prévio das custas e despesas processuais, a Fazenda Pública, na condição de parte autora, é obrigada a efetuar o depósito antecipado da verba indenizatória do Oficial de Justiça, para o cumprimento das diligências do interesse dela. Com mais forte razão, tal exigência aplica-se peremptoriamente em relação aos réus da ação civil pública, posto que, analogicamente, não só a Súmula 190 do Superior Tribunal de Justiça sinaliza nesse sentido, como também existem outros julgados dizendo que:

*“Ementa:*

*“PROCESSUAL CIVIL. DESPESAS DE CONDUÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. PAGAMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA. I - OS ARTS. 27 DO CPC, E 39 DA LEI 6.830, DE 22/09/1980, NÃO OBRIGAM O MEIRINHO A FINANCIAR DESPESAS PARA PERMITIR A PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS DO INTERESSE DE ENTIDADES PÚBLICAS, RETIRANDO DA SUA REMUNERAÇÃO, QUE É PAGA PELO ESTADO, DE QUANTIAS COM AQUELA FINALIDADE. O CASO NÃO É DE SIMPLES INIQUIDADE, MAS DE FALTA DE OBRIGAÇÃO LEGAL. II - DISSÍDIO COM A SUM. 154 DO EXTINTO TFR E 4 DO TRF 3ª REGIÃO CONFIGURADO. III - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.”*

*Nome do Ministro Relator: ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO*

*Número do Registro: 9700227901*

*Classe do Processo: RECURSO ESPECIAL*

*Número do Processo: 126131*

*UF do Processo: PR*

*Decisão: POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO.*

*Data de Decisão: 12/06/1997*

*Nome do Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA*

*Fonte:*

*DJ DATA:04/08/1997 PG:34719*

*Doutrina: OBRA: COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, SARAIVA, 1997, 3º VOL. PÁG. 76. AUTOR: MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. DOUT. OBRA: HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, PÁG. 178, FREITAS BASTOS 8ª ED. 1965. AUTOR: CARLOS MAXIMILIANO*

Ademais, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao afastar a determinação monocrática da antecipação do pagamento de determinada diligência pela parte ré, numa ação civil pública intentada pelo Ministério Público paulista, fê-lo porque aquela perícia tinha sido requerida pelo "Parquet"<sup>3</sup>. Neste caso, aplicando-se as disposições do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, e 27 do Código de Processo Civil, outra não poderia ser a conclusão. Quer dizer, o réu só pagará as custas e as despesas processuais, que seriam de responsabilidade da **parte autora**, se for derrotado na demanda. Trata-se de norma processual elementar, comum a todo tipo de ação. Porém, a dita regra não implica a dispensa de o réu antecipar os pagamentos necessários à efetivação das diligências de seu exclusivo interesse. Noutros termos, o réu somente não será compelido a antecipar o ressarcimento das despesas iniciais do processo ou de interesse da parte autora.

Quanto ao assinalado Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, este, ao julgar o mérito do agravo de instrumento mencionado na introdução da presente tese e em corroboração da mesma, enfatizou que:

***“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DISPOSIÇÕES DO CPC - APLICABILIDADE.***

***Não tendo a lei da ação civil pública exaurido toda a matéria de natureza processual, aplicam-se-lhe as normas do CPC, observadas as restrições contidas na lei especial.”***

De resto, a prova testemunhal não se presta a invalidar conclusões de natureza eminentemente contábil. Por isto, havendo o pleito recursal de que haja a oitiva de testemunhas, essa pretensão afigurar-se-á manifestamente procrastinatória. Daí prever o legislador que o magistrado deva indeferir-lhe de plano, a fim de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, inc. II, do Cód. de Proc. Civil), ou seja:

***ART.400 - A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:***

***I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados. .***

3. TJSP, agravo de instrumento nº 18.513-5 – Sorocaba. Relator: Des. ALVES BEVILACQUA. São Paulo, 24 de setembro de 1996. Revista Oficial LEX, JTJ – Volume 188 – Página 185.

4. TJMG, 1ª Câm. Cív., agravo de instrumento nº 000.169.397-7/00 – Comarca de Araguari. Relator: Des. Antônio Hélio Silva. Belo Horizonte, 14 de março de 2000.



A referência à prova testemunhal foi feita, porque o objetivo do agravo de instrumento alhures referido era justamente este, ou seja, a reabertura da instrução processual para a inquirição das testemunhas de defesa. Os réus não depositaram a verba indenizatória do senhor Oficial de Justiça, visando à intimação de testemunhas, que deporiam na audiência de instrução e julgamento.

**Conclusões:**

A exoneração da antecipação do pagamento das custas e despesas processuais, em sede de ação popular, ação civil pública e ações coletivas, diz respeito apenas à parte autora.

A parte ré somente se beneficiará dessa isenção, quando estiver sob o pálio da gratuidade de justiça.

## TESE 70

### O MINISTÉRIO PÚBLICO E A RECONVENÇÃO EM INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

**Paulo César Corrêa Borges**  
Promotor de Justiça - SP

#### **I - Introdução**

O Ministério Público, no exercício de suas atribuições poderá apresentar reconvenção em ação que tenha por objeto direito difuso e coletivo, quando não for o autor da ação, estabelecendo a economia processual e evitando a propositura de ação que será reunida com aquela, por continência ou conexão.

#### **II - A reconvenção**

Exemplificamente, é a hipótese de ação declaratória proposta por Prefeito Municipal cujas contas foram rejeitadas, pretendo ver reconhecido que a rejeição decorreu de irregularidades sanáveis, para afastar a respectiva inelegibilidade.

Conquanto se saiba que, pela literalidade do artigo 315, do Código de Processo Civil, a reconvenção seja permitida ao réu, qualidade que o Ministério Público não teria naquela ação, urge uma atualização da interpretação do referido dispositivo, em face da tutela constitucional dos direitos difusos e coletivos atribuídas ao Ministério Público.

Mesmo tratando-se de ação declaratória, a melhor doutrina e jurisprudência admitem a reconvenção, primeiro por não restringi-la o citado artigo 315, do Código de Processo Civil a qualquer que seja a tutela jurisdicional invocada pelo autor.

Aliás, neste sentido já se posicionou o Pretório Excelso, por meio da Súmula n. 258, in verbis: **“É admissível reconvenção em ação declaratória”**.

Por outro lado, também é cabível a reconvenção em ação declaratória em que se busca tutela jurisdicional para interesse que, se alcançado, comprometerá a possibilidade jurídica de ação, cujo objeto é o mesmo que da ação declaratória e o titular é terceiro, que poderá demandar contra o autor daquela declaratória, ainda que se trate de substituto processual, no caso o Ministério Público.

Em palavras mais técnicas, os requisitos da reconvenção, por força do artigo 315, do CPC, estarão presentes quando for conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Quando autor da ação declaratória for, por exemplo, o prefeito municipal e a ação tiver por objeto as contas que prestou, mas foi rejeitada, tanto pelo Tribunal de Contas do Estado, como pela Câmara Municipal. Pretendendo, então, que seja declarado que as rejeições pelos referidos colegiados decorreu de irregularidade sanável, poderá o Ministério Público apresentar reconvenção, pois pode, paralelamente, propor ação de inelegibilidade, em sendo as irregularidades INSANÁVEIS, além de ação de improbidade administrativa.

Ambas as ações, cuja titularidade é do Ministério Público, terão por objeto as mesmas contas rejeitadas pela Câmara Municipal e Tribunal de Contas do Estado.

Enquanto a ação declaratória quer ver as irregularidades ensejadoras da rejeição tidas como sanáveis, é pré-requisito para a ação de inelegibilidade do Ministério Público a condição de serem as irregularidades INSANÁVEIS, pois somente estas ensejam a inelegibilidade.

Houvesse o Ministério Público proposto a ação de inelegibilidade antes da ação declaratória e, então, o primeiro fundamento da defesa do Prefeito Municipal seria exatamente serem as tais irregularidades SANÁVEIS.

Portanto, além de conexa com a ação principal, a reconvenção a ser apresentada pelo Ministério Público também é conexa com o fundamento da defesa do Prefeito Municipal na respectiva ação de inelegibilidade.

Vale destacar que, a voluntariedade do Prefeito Municipal em buscar a declaração judicial de que as irregularidades são sanáveis, antes da propositura da ação de inelegibilidade pelo Ministério Público, normalmente, deve-se à circunstância de que na Justiça Eleitoral predomina o entendimento de que deve ser deferido o registro de candidatura e diplomação, na hipótese de eleição, àqueles cujas contas rejeitadas, por irregularidade insanável, estão *sub judice*.

Indiscutível a presença dos requisitos que permitem a reconvenção, por inteligência do artigo 315, do Código de Processo Civil.

Então, não pode prevalecer o singelo argumento de que o Ministério Público não é réu na ação declaratória, que busca estabelecer serem as irregularidades sanáveis, em relação a contas rejeitadas, prestadas pelo Prefeito Municipal, pena de se emprestar uma visão individualista do Processo Civil, que deve ser sepultada no milênio passado.

Com efeito, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>1</sup> deixa claro que, com o surgimento de novos direitos, notadamente na seara dos interesses difusos e coletivos, muitos deles concernentes à cidadania, exige-se um novo papel do Juiz de Direito:

**Hoje, é pacífico que o Poder Judiciário e o processo são chamados a desempenhar um novo papel: o de servir, também, como instrumento de participação popular na fiscalização da gerência da coisa pública.**

---

1. Rodolfo de Camargo Mancuso, "Interesses difusos : conceito e legitimação para agir". 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 250.

No mesmo sentido, Rodolfo Mancuso<sup>2</sup> cita Antônio Herman v. Benjamin<sup>3</sup>, para quem:

**...o novo papel do juiz não decorre apenas de sua adaptação à nova realidade da conflituosidade massificada. Sua participação ativa no processo vem em socorro principalmente daqueles titulares de parcela do direito ou interesse deduzido em juízo os quais, exatamente pelo caráter de massa do conflito, estão incapacitados de adentrar ao tribunal e acompanhar in personam o desenrolar da disputa.**

Diante, então, de uma ação declaratória de sanabilidade de irregularidades, que ensejaram a rejeição de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, bem como pelos representantes do povo de determinada cidade, isto é, pela Câmara Municipal, não pode permanecer o Poder Judiciário alheio à magnitude das conseqüências de referida prestação jurisdicional, por implicar em elegibilidade, ou não, do gestor público municipal, aguardando uma ação civil pública específica.

Para tanto, deverá o Judiciário conciliar a sua imparcialidade e inércia com a necessidade de prestação jurisdicional adequada ao caso *sub judice*, que extrapola mesmo os limites da declaração de sanabilidade. Limitado a isto, o Judiciário simplistamente poderá indeferir a pretensão dos gestores. Com efeito, nova demanda deverá ser proposta pelo Ministério Público a partir de então para ser declarada a inelegibilidade dos gestores e conseqüente nulidade de eventual diplomação.

Estará o Poder Judiciário perpetuando a demanda e, o que é pior, concorrendo para a tardia prestação jurisdicional eficaz, caindo no descrédito suas decisões, por se permitir que mecanismos processuais fossem utilizados de forma a garantir o exercício de um mandato, cujo titular era inelegível por rejeição de contas, mas permaneceu no cargo por quatro anos, enquanto se discutia, primeiro, a sanabilidade das irregularidades que ensejaram a rejeição. Depois, a inelegibilidade.

Por iniciativa própria o Poder Judiciário não pode apreciar o objeto da reconvenção. Nenhum do povo, conhecedor da rejeição pode fazer algo, senão aguardar as decisões dos tribunais. A ação de inelegibilidade não pode ser proposta, se um de seus requisitos é exatamente a circunstância de serem insanáveis as irregularidades, que causaram a rejeição, o que a ação declaratória pretende afastar.

### **III - O Ministério Público e a responsabilização do gestor público.**

Exatamente, por estas razões foi o Ministério Público incumbido da defesa dos interesses difusos e coletivos, de forma concorrente. Mas, especificamente, em relação à responsabilização dos gestores do dinheiro público condenados por Tribunais de Contas — obviamente excetuadas as hipóteses de dano ao erário, que podem ser objeto de ação popular — a sociedade não tem outro advogado, senão o Ministério Público.

Ora, se a gestão pública com irregularidades insanáveis, chega mesmo a originar a inelegibilidade do gestor, comprometendo a capacidade eleitoral passiva, tamanha sanção decorre do direito que a sociedade tem a uma gestão proba, sem nódoas. É possível determinar o titular

---

2. Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 250.

3. Antônio Herman V. Benjamin, "A citizen action norte-americana e a tutela ambiental." IN: Revista de Processo, n. 62, p. 65.

específico deste direito? É divisível o objeto deste direito? Este não é um direito fluído, disseminado entre os vários segmentos sociais, sem um vínculo jurídico básico, senão apenas entre o gestor e a norma de regência?

As respostas indicam que se está diante de um interesse difuso da sociedade em ter uma gestão da coisa pública, sem irregularidades e, menos ainda, insanáveis.

Assim, pode não ser o Ministério Público réu, mas pode propor a reconvenção em razão das incumbências constitucionais, porquanto ocorre que, como adverte Rodolfo Mancuso<sup>4</sup>, os conflitos resultantes na hipótese em análise não guardam as características dos conflitos tradicionalmente concebidos na fórmula “Ticius versus Caio”. Nestes, sim, tem-se um réu determinado que pode apresentar a reconvenção.

Contudo, neste novo milênio o Juiz não pode esquecer o seu papel na construção hermenêutica do direito, ainda mais no âmbito instrumental, que representa o processo civil, para tolher da sociedade o direito de se ver tutelada pelo seu advogado, o Ministério Público, diante de gestores do erário, cujas contas foram rejeitadas.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, estabeleceu como função institucional do Ministério Público, além da defesa dos direitos coletivos em sentido amplo e da proteção do patrimônio público e social, a assunção de outras funções, compatíveis com seu perfil constitucional, conferidas por lei.

Mais, a Constituição Federal, incumbiu o Ministério Público da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, devendo tomar todas as medidas necessárias para a sua efetivação, como na hipótese de rejeição de contas públicas, por irregularidades insanáveis.

A Lei Federal n. 8.625, de 12.fev.1993, estabeleceu em seu artigo 25, inciso VIII, que o Ministério Público deve ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas.

No mesmo diapasão, a Lei Estadual Complementar n. 734, de 26.nov.1993, incumbiu o Ministério Público do Estado de São Paulo de ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por Tribunais e Conselhos de Contas.

Indisputável, então, que o Ministério Público tem legitimidade para litigar em face do Prefeito Municipal, pela rejeição das respectivas contas prestadas e rejeitadas.

Por outro lado, como em razão de eleições propôs ação declaratória de sanabilidade das irregularidades, pergunta-se: quem é o réu na referida ação?

A resposta não pode ser outra senão a própria sociedade, que esperava dos seus gestores públicos um governo sem irregularidades, e mesmo, sem irregularidades insanáveis.

Como então a sociedade poderia apresentar sua reconvenção, em face de referido autor (Prefeito Municipal)?

Por meio de seu substituto processual, o Ministério Público, que é, por assim dizer, o “Advogado da Constituição”. Em outras palavras, quando o Ministério Público propõe a ação civil ou a reconvenção em tela, o Ministério Público não pleiteia direito próprio, como querem

---

4. Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 92.

alguns, ao exigir para aceitá-la que o Ministério Público devesse ser réu na ação, porquanto o Parquet pleiteia direito de todo o povo de um determinado município, vale dizer, é seu substituto processual.

Sendo substituto processual de toda a sociedade, por imperativo constitucional e legal, o Ministério Público pode apresentar a reconvenção.

Para Humberto Theodoro Júnior<sup>5</sup> o Ministério Público tem a posição jurídica de substituto processual (art. 6º, CPC), em razão da própria natureza e fins da instituição. Age, assim, em nome próprio, embora defendendo interesse alheio. Outorgado o direito de ação ao Ministério Público, atribui-lhe o Código os mesmos poderes e ônus que tocam às partes (art. 81, CPC).

Como salienta Antônio Cláudio da Costa Machado, em sua obra “A intervenção do Ministério Público no processo civil.”, a reconvenção não é defesa, e sim ataque, não correspondendo ela ao exercício do direito processual constitucional de defesa, mas pelo contrário, o de ação.

Uma vez que a reconvenção tem natureza jurídica de ação, e tendo o Ministério Público legitimidade para propor a ação de inelegibilidade em face dos gestores municipais, tem também legitimidade para reconvir, pelos mesmos motivos.

Se for proposta ação separada, pelo Ministério Público, estará o Juízo da ação declaratória vinculado ao seu julgamento, por conexão ou continência, tendo em vista que o fundamento da defesa do gestor na ação de inelegibilidade, pela rejeição das contas, será exatamente a sanabilidade das irregularidades, que se busca declarar naquela ação voluntária.

Ora, se é reconhecida a legitimidade do Ministério Público para a ação conexa, por que não reconhecê-la para a reconvenção, que será idêntica e tem natureza de ação?

Exatamente, por olvidar que o Ministério Público é substituto processual da sociedade e em seu nome pode demandar, nos termos do artigo 6º, do C.P.C. e, na hipótese telada, oferecer a reconvenção.

O ponto principal, então, é a legitimação para a reconvenção, que estará presente sempre que o Ministério Público puder propor uma ação em face dos autores, antes que eles proponham qualquer outra conexa. Vale dizer, quando o objeto da reconvenção já pudesse ter sido objeto de ação proposta, antes da causa que está pendente, por iniciativa dos autores, que seriam réus na ação civil pública, como no caso por inelegibilidade.

É a esmagadora maioria da doutrina que se inclina a favor da possibilidade de o Ministério Público contestar e a unanimidade em favor de recorrer. Se pode contestar, pode ir mais fundo e contra-atacar quando o réu tem um direito suscetível de intervenção do Ministério Público como parte. Como deste direito não se pode dispor, deve o Ministério Público pleiteá-lo. Se pode recorrer a favor do réu, pode, antes, na resposta, defender direito seu que não foi exercido, ainda mais quando o réu em sentido amplo devesse ser toda a sociedade, destinatária da declaração de sanabilidade das irregularidades das contas e, em última análise, da inelegibilidade ou não dos gestores.

No entanto, é justamente na diferença entre a função do curador especial de ausente e do Ministério Público na defesa de direitos indisponíveis (sejam eles difusos, coletivos ou

---

5. Humberto Theodoro Júnior, “Curso de direito processual civil”. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 158.

individuais) que reside a evidência da possibilidade de reconvenção por parte deste. Enquanto àquele cabe a defesa dos interesses do ausente, sem deixar que se aproveitem dessa situação, a este cabe a defesa dos interesses, seja atacando, seja defendendo.

Para o ataque, reserva o direito positivo instrumentos como a ação civil pública, ações em defesa de direitos individuais indisponíveis e a RECONVENÇÃO.

Sim, a RECONVENÇÃO. Está ela expressa no Código de Processo Civil, em seu artigo 315, e só uma interpretação não sistemática a afastaria como instrumento de defesa de direitos de tão elevada importância a que o direito não permite que, por inércia da parte, deixem de ser exercidos.

Portanto, mais do que um poder, é um dever do Ministério Público reconvir, assim como é um dever exercer o direito de ação, nos casos previstos, sob pena de ver direitos indisponíveis serem afastados por inércia da parte, que não pode deles dispor.

Deve-se ter em mente que o artigo 315, do Código de Processo Civil é de 1973, sob uma ótica individualista, antes, portanto, de toda a inovação doutrinária e legislativa no âmbito da tutela pelo Ministério Público do regime democrático, dos interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis, reclamando uma atualização interpretativa, ainda mais neste início de terceiro milênio.

Para tanto, é oportuna a lição de José Roberto Nalini<sup>6</sup> sobre a postura do juiz, in verbis:

**Não deve ser ele um revolucionário, a decidir contra a lei, trazendo instabilidade ao valor apreciável da segurança jurídica, mas não deve se recusar à outorga, quando o sistema está a mostrar soluções tecnicamente viáveis e politicamente corretas.**

#### **IV - Conclusão.**

Ante toda a inovação doutrinária e legislativa no âmbito da tutela pelo Ministério Público do regime democrático, dos interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis, urge uma atualização interpretativa do artigo 315, do Código de Processo Civil, permitindo ao Ministério Público apresentar reconvenção, em ação que tenha por objeto direito difuso e coletivo, quando não for o autor da ação, estabelecendo a economia processual e evitando a propositura de ação que será reunida com aquela, por continência ou conexão.

---

6. José Roberto Nalini, IN: Rev. PGE/SP, jun.1992, p. 60.

## TESE 71

### PROPOSTAS PARA RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CÍVEL

**Sérgio Neves Coelho**

Procurador de Justiça em São Paulo

#### **1. Introdução**

A pletera de atribuições cometidas ao Ministério Público na esfera cível, fruto de esforço da própria Instituição visando a tutela de novos interesses, surgidos com a complexidade do mundo moderno, se por um lado engrandeceu a Instituição, de outro tornou-a menos ágil, sem possibilidade de atendimento adequado de toda a demanda dela exigida.

Daí, afigura-se aconselhável busque o novo Ministério Público, de milênio e século que ora se iniciam, a devida racionalização de sua competência, adequando-a ao melhor atendimento dos interesses da sociedade.

Assim, não é mais possível a ampliação das atividades ministeriais sem o comprometimento da eficiência da atuação do Parquet, sobretudo agora com as sérias restrições orçamentárias da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Destarte, cumpre ao Ministério Público eleger prioridades para consecução de seu mister, atuando nos feitos em que realmente haja interesse público a ser velado pela Instituição.

O presente trabalho não pretende esgotar esta tormentosa questão mas apenas pretende oferecer duas sugestões no sentido de excluir a presença do Ministério Público em ações em que ela hoje é exigida.

#### **2. O Ministério Público e o Mandado de Segurança**

O mandado de segurança constitui a Segunda mais importante garantia constitucional, complementando o “habeas corpus”, do qual é subsidiário.

Entretanto, de ação constitucional destinada a combater ilegalidade de ato de autoridade não amparável por “habeas corpus”, acabou por travestir-se em verdadeira panacéia processual e, de garantia de interesse público, passou a abrigar questões de mero interesse privado.

Assim, a maior parte dos mandados de segurança hoje impetrados não visa a correção de atos administrativos acoimados de ilegais, mas na verdade serve como mais uma arma dos litigantes judiciais, na defesa de seus interesses.



Ora, onde há interesse público a ser velado pelo Ministério Público, em mandado de segurança que se volta contra ato judicial em ação cujos litigantes são duas sólidas empresas? A resposta certamente é negativa.

Portanto há que se voltar para as questões que inspiraram a criação do “mandamus” em nosso ordenamento jurídico e para isso, sugiro que adote o modelo do instituto inspirador de nossa garantia constitucional, o “juicio de amparo” mexicano.

No México é obrigatória a vista dos autos em todos os feitos atinentes ao amparo. Todavia, a manifestação de mérito do Ministério Público ali só ocorre quando houver interesse público. É o que se desprende do escólio de Hector Fix Zamudio:

“En la práctica, no obstante que los artículos 113 y 157 de la referida Ley Reglamentaria establecen a cargo del Ministerio Público la obligación de vigilar tanto la prosecución de los juicios de amparo como la ejecución de las sentencias dictadas en ellos, su intervención rela se há reducido a la redacción de un dictamen, cuando estima que en el caso existe interés público, pues en caso contrario puede abstenerse de formular una opinión en el negocio, de acuerdo com el invocado artículo 5, fracción , del mismo Ordenamiento.” – cf. “El Juicio de Amparo”, Cidade do México : Editorial Porrúa, 1964, págs. 356-7.

Tal prática configura-se perfeitamente cabível ao nosso Ministério Público e sequer implica em alteração legislativa. Aliás, é importante que o Ministério Público continue a Ter vista em todos os mandados de segurança para que a própria Instituição, e não o Poder Judiciário, avalie a existência ou não de interesse publicado a ser velado.

### **3. O Ministério Público e as Ações de Separação Judicial e Divórcio.**

O casamento, de instituição sagrada e indissolúvel, passou a constituir mero contrato, passível de desfazimento sem necessidade de anulação.

De outro lado, a união estável, realidade cada vez mais presente em nossa sociedade, está hoje praticamente equiparada ao casamento pois o Estado a reconhece como entidade familiar, nos termos do art. 226, § 3º da Constituição Federal, bem como desapareceu a odiosa distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, conforme art. 227, § 6º da Carta Magna.

Ora, se casamento e união estável estão praticamente iguados, gerando efeitos semelhantes, por que insistir na atuação obrigatória do Ministério Público nos feitos que envolvem o primeiro se isto não é obrigatório quanto ao segundo.

É certo que no Direito comparado encontramos legislações, como a italiana, que tornam necessária a oitiva do Parquet, cuja Lei n. 898, de 1º de dezembro de 1970 em seu art. 5 estabelece necessidade de seu pronunciamento.

Entretanto, aconselhável adoção de entendimento mais moderno, agasalhado por exemplo no Código de Processo Civil português, atualizado nos termos do Decreto-Lei n. 375-A, de 20 de setembro 1999. Os arts. 1407º e 1408º, que cuidam do divórcio e da separação judicial nada mencionam acerca da intervenção do Ministério Público.

Isto não quer dizer que se houver interesses de menores ou incapazes tal intervenção não possa ser feita. Contudo, a atuação do Ministério Público, no caso, dar-se-á por força do

art. 334º desse diploma, cujo texto é o seguinte:

1- Sempre que, nos respectivos termos da Lei Orgânica, o Ministério Público deva intervir acessoriamente na causa, ser-lhe-á officiosamente notificada a pendência da acção, logo que a instância se considere iniciada.

2- Compete ao Ministério Público, como interveniente acessório, zelar pelos interesses que lhes estão confiados, exercendo os poderes que a lei processual confere à parte acessória e promovendo o que tiver por conveniente à defesa dos interesses da parte assistida.

3- O Ministério Público é notificado para todos os actos e diligências, bem como todas as decisões proferidas no processo, nos mesmos termos em que o devam ser as partes na causa, tendo legitimidade para recorrer quando o considere necessário à defesa do interesse público ou dos interesses da parte assistida.

4- Até à decisão final e sem prejuízo das preclusões previstas na lei de processo, pode o Ministerio Publico, oralmente ou por escrito, alegar o que se lhe oferecer em defesa dos interesses da pessoa ou entidade assistida.

Por sua vez o Estatuto do Ministério Público (Lei n. 47/86, com alterações posteriores, em seu art. 5º cuida da intervenção principal e acessória do Ministério Público:

Artigo 5º (Intervenção principal e acessória) – 1. O Ministerio Publico tem intervenção principal nos processos:

- a-) Quando representa o Estado;
- b-) Quando representa as Regiões Autónomas e as autarquias locais;
- c-) Quando representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta;
- d-) Quando exerce o patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social;
- e-) Quando representa interesses colectivos ou difusos;
- f-) Nos inventários exigidos por lei;
- g-) Nos demais casos em que a lei lhe atribua competência para intervir nessa qualidade.

2. Em caso de representação de região autónoma ou de autarquia local, a intervenção principal cessa quando for constituído mandatário próprio.

3. Em caso de representação de incapazes ou de ausentes em parte incerta, a intervenção principal cessa-se respectivos representantes legais a ela se opuserem por requerimento no processo.

#### **4. O Ministerio Publico intervém nos processos acessoriamente:**

- a-) Quando, não se verificando nenhum dos casos do nº 1, seja m interessados na causa regiões autónomas, as autarquias locais, outras pessoas colectivas públicas, pessoas colectivas de utilidade pública, incapazes ou ausentes, ou a acção vise a realização de interesses colectivos ou difusos;

b-) Nos demais casos previstos em lei.

Assim, se nos processos de separação judicial e divórcio houver interesse de filhos menores ou de incapazes, intervirá o Ministério Público. Caso contrário, essa intervenção será dispensada, conduta que ora se propõe seja adotada no Brasil.

## **5. Conclusões**

5.1. A atuação do Ministério Público na esfera cível, para sua maior eficiência, deverá ser revista.

5.2. O Ministério Público deverá ter vista em todos os mandados de segurança mas só deverá manifestar-se sobre a impetração caso vislumbre a existência de interesse público

5.3. Nas ações de separação judicial e divórcio o Ministério Público só intervirá se houver interesses de incapazes ou de filhos menores.

## TESE 72

### INCOMPATIBILIDADE DA VERIFICAÇÃO DE HABILITAÇÕES DE CASAMENTO COM O ATUAL PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Paulo César Corrêa Borges <sup>1</sup>

#### I - Introdução

Há muito se discute sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público nas habilitações de casamento.

Recentemente, foi editado o Ato Normativo n. 250/01-PGJ/CPJ, de 21 de fevereiro de 2001, publicado no DOE, de 10 de março de 2001, na página 43, regulamentando na Comarca da Capital, a atuação do Ministério Público nos procedimentos de habilitação de casamento, de acordo com a previsão do artigo 67, parágrafo 1º., da Lei Federal n. 6.015/73.

Conforme artigo publicado na APMP Revista, sob o título IMEDIATO ABANDONO DA VERIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO DE CASAMENTO<sup>2</sup>, com certeza, não será a fiscalização das habilitações de casamento que legitimará o perfil constitucional do Ministério Público, nem lhe proporcionará a adesão da sociedade na defesa de suas atribuições diante de interesses escusos, materializados em investidas legislativas pelos “poderosos” que incomoda.

Enquanto se buscam princípios gerais norteadores da racionalização da atuação do Ministério Público cível, algumas atribuições tradicionais já podem ser abandonadas, imediatamente, prescindindo-se de qualquer tipo de alteração legislativa, como é a hipótese de fiscalização das habilitações de casamento.

#### II - Imediato abandono da verificação de habilitações de casamento

Estabelece o artigo 67, parágrafo 1º., da Lei n. 6.015/73, que na habilitação de casamento o oficial do cartório de registro civil deveria abrir vistas do autos ao órgão do Ministério

---

1. Promotor de Justiça de Franca

2. Paulo César Corrêa Borges, “Imediato abandono da verificação de habilitação de casamento”. APMP Revista, ano IV, n. 33, jun-jul/2000, p. 34/36.

Público, para este manifestar-se sobre o pedido e requerer o que for necessário à sua regularidade, podendo impugnar o pedido. Somente na hipótese de impugnação dos autos é que eles serão encaminhados ao Juiz de Direito, para decidir sobre aquela impugnação, sem direito a recurso. A par de ser uma atuação que amesquinha o perfil constitucional do Ministério Público, este sequer poderá recorrer da decisão que afastar a sua impugnação, transformando-se o Promotor de Justiça em um “chato” que atrapalha, enquanto o Juiz de Direito é o “salvador da pátria”, com decisão incontestável.

Qual é a relevância social, ou onde estão os interesses sociais e individuais indisponíveis envolvidos em uma habilitação de casamento?

A disponibilidade na hipótese é realçada pelas ações personalíssimas existentes para anulação do casamento, realizado com a inobservância dos impedimentos relativos (artigo 178, par. 1º, par. 4º, inciso II, par. 5º, incisos I, II e III, par. 7º, inciso I; e artigos 210, 212, 213 e 220, todos do Código Civil).

Aliás, até mesmo quando se tratar de nulidade por incompetência da autoridade, que realizar o casamento, o Ministério Público somente poderá propor a ação de anulação, se algum dos cônjuges não houver falecido, mas dentro do prazo de dois anos, após o qual a nulidade estará sanada, nos termos do artigo 208, do Código Civil.

Sem ação, na maior parte das hipóteses para anular um casamento realizado com nulidade relativa, restaria ao Ministério Público uma fiscalização preventiva na habilitação de casamento, sem, entretanto, recurso da decisão judicial que afastar sua impugnação<sup>3</sup>.

Isto é o que defendem aqueles que resistem ao abandono imediato desta que era uma atribuição relevante, no passado, quando se convivia até com a indissolubilidade do casamento. Hoje, totalmente dissociada do papel constitucional do *Parquet*.

Tirante toda a argumentação expendida até aqui, deve a verificação das habilitações de casamento ser imediatamente abandonada pelo Ministério Público, pois referida atuação afronta a própria Constituição Federal de 1988, que incumbiu outro órgão da referida fiscalização e isso de forma expressa, o que tem passado despercebido de todos.

O artigo 98, inciso II, da Carta Política, determinou que os Estados criarão a denominada *justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação...*

Tornou-se inquestionável, assim, a obrigatoriedade da criação da “justiça de paz”, para “verificar” o processo de habilitação e resolver eventual impugnação apresentada. A racionalização da atuação do poder judiciário é evidente: atualmente não aprecia habilitação, sem que haja impugnação; com a criação da “justiça de paz”, nem sequer a impugnação apreciará, salvo se houver lesão a direito de uma das partes, mas no exercício da jurisdição, como é óbvio, pois caberá aos juízes de paz a solução daquela impugnação.

Conquanto vá o Juiz de Paz substituir o Juiz de Direito, vale destacar que, a atual atribuição do *Parquet* de verificação será abrangida pelo Juiz de Paz, por força do referido mandamento constitucional que lhe estendeu a “verificação”, utilizando-se o verbo “verificar”.

---

3. Artigo 67, parágrafo 2º, da Lei n. 6.015/73.

Em permanecendo o Ministério Público verificando as habilitações, ao arrepio da disposição expressa da Constituição Federal, a partir da criação da “justiça de paz”, sua impugnação não mais será apreciada pelo Juiz de Direito, mas por cidadão eleito pelo sufrágio universal, que atuará sem caráter jurisdicional.

Isto por si só já revela a incompatibilidade da atuação ministerial na habilitação de casamento, até pelo prisma da tradicional doutrina da equiparação entre as carreiras de Promotor de Justiça e Juiz de Direito.

Como se não bastasse, o artigo 30, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da C.F./88, expressamente determinou que a legislação que criar a “justiça de paz” (...) *manterá os atuais juízes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos a estes...*

Referido dispositivo transitório deixa claro que até a posse dos novos “juízes de paz”, eleitos pelo sufrágio universal, os atuais tem os mesmos direitos e as mesmas atribuições conferidas àqueles.

### **III - Conclusões.**

1) A partir da Constituição Federal de 1988, a verificação de habilitação de casamento é atribuída pelo legislador constituinte aos atuais Juízes de Paz, até a posse dos novos titulares.

2) Se o Ministério Público permanecer exercendo referida fiscalização estará usurpando uma função pública que não é sua, mas de outro órgão.

3) Deve o Ministério Público imediatamente deixar de se manifestar em processos de habilitação, entregando referido mister aos atuais Juízes de Paz, que são fiscalizados pela Corregedoria da Justiça.

## TESE 73

### SUBSTITUIÇÃO DE PARTES E PROCURADORES\*

Celso Jerônimo de Souza  
Promotor de Justiça, Rio Branco - AC

**I – Introdução. II – Fundamentação. II. a)- A sucessão processual. Visão dicotômica. II. b)- A substituição processual. Classificação. II. c)- A representação processual postulatória. III – Conclusões. IV – Referências Bibliográficas.**

#### **I – Introdução**

Antes de qualquer coisa é preciso delinear que, uma coisa é a sucessão processual, outra bem distinta é a substituição processual, uma e outra não se confundem com representação processual<sup>1</sup>.

O legislador do código instrumental acabou por tratar os dois primeiros de forma inapropriada e, a primeira vista, ao incauto pode gerar confusão no enfoque e aplicação de um ou de outro, conforme se verá no desenrolar deste ensaio.

Como é cediço, o processo civil como instrumento de pacificação dos conflitos sociais, inicia-se por provocação das partes e tramita por impulso oficial<sup>2</sup> numa complexidade de atos que se sucedem coordenadamente até a definição da lide, com a pretensão de resolvê-la segundo a norma jurídica aplicável à espécie.

---

\* Aprovada no I Congresso do Ministério Público do Estado do Acre realizado em maio/junho/2001.

1. CPC. Art. 12. *Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II – O Município, por seu Prefeito ou procurador; III – a massa falida, pelo síndico; IV – o espólio, pelo inventariante. VI – as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos o designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII – a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.*

2. *O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenrola por impulso oficial.* (CPC, art. 262).

Alvitre-se que os sujeitos da relação processual são o juiz e as partes, sendo aquele o sujeito *imparcial*, enquanto estas *parciais*, por serem interessadas diretas na solução do litígio, conquanto o primeiro, equidistante destas, tem a grave missão de substituindo-lhes a vontade, compor-lhes o conflito instalado.

É mister relembrar que, regra geral, as partes integrantes da relação processual permanecem nela até a solução da questão controvertida. Todavia, ocorrem fatos ou situações que exigem alteração na composição do pólo passivo ou ativo daquela relação, podendo alcançar não só os protagonistas mas, também, seus procuradores.

No entanto, todo processo iniciado importa uma decisão que lhe coloque um ponto final e, para que ele não se prolongue *ad eternum*, o legislador arrolou as hipóteses de sucessão processual voluntária ou substituição dos procuradores para potencializar a composição da lide.

## **II – Fundamentação. II.a)- A SUCESSÃO PROCESSUAL. VISÃO DICOTÔMICA. II.b)- A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CLASSIFICAÇÃO. II.c)- A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL POSTULATÓRIA.**

### **II.a)- A SUCESSÃO PROCESSUAL . VISÃO DICOTÔMICA.**

Não é novidade nenhuma que, proposta a demanda, estabilizado o processo, as partes são conservadas até o fim, ainda que haja alteração da titularidade do direito litigioso.

O Código de Buzaid no Livro I, Título II, Capítulo IV, cuida da substituição das partes e dos procuradores, preconizando já no artigo 41 o seguinte:

*“Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei.”*

Na redação do citado dispositivo legal o legislador, impropriamente, empregou a expressão *substituição voluntária das partes*, o que pode resultar em conclusão apressada de que pretendeu regular o instituto da substituição processual, o que seria teratológico, posto que a substituição processual sempre decorre de autorização legal, não havendo a figura da substituição voluntária<sup>3</sup>. Em verdade, o dispositivo em destaque está tratando de sucessão processual, onde outra pessoa assume o lugar do litigante originário, fazendo-se parte na relação processual.

Nesse passo, o sucessor estará em juízo, em nome próprio, visando a tutela de direito seu, decorrente da alteração na titularidade do direito material controvertido, associando-se, assim, à idéia de legitimação ordinária. Nesta, coincide a titularidade do direito de agir com a do direito material discutido.

Da doutrina, máxime NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, nos vem a lição segundo a qual, embora a lei fale em partes, na verdade, instituiu o *princípio da estabilidade subjetiva da lide*, de sorte que não se permite a alteração nem das partes, nem dos intervenientes

---

3. Pudesse a substituição processual ser voluntária, arrimado no dispositivo legal invocado, estar-se-ia diante da exceção da exceção, porque só é admitida nas hipóteses que a lei permite.



durante o curso do processo. Assim, admitido no processo o assistente, não poderá dele retirar-se para dar lugar a outro assistente que tenha sido sub-rogado em seus direitos<sup>4</sup>.

Na concepção do saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES, a sucessão processual ganhou a denominação de *alteração subjetiva da lide* e o eminente processualista enfocou a mudança sob dois aspectos, *formal e material*. No primeiro, dizia ele, a parte continua a ser a mesma: a modificação se opera apenas no estado, na condição ou na representação da parte, tal como se dá, por exemplo, quando o menor atinge a maioridade, quando se modifica a gerência ou direção de uma sociedade ou pessoa jurídica. No segundo, destaca que uma pessoa substitui a outra na qualidade de parte, citando o exemplo da substituição do alienante ou do cedente pelo adquirente ou do cessionário, mediante consenso da parte contrária<sup>5</sup>.

Importante lembrar, que o princípio da *perpetuatio legitimationis* tem aplicação em todos os tipos de processos, *verbi gratia*: processo de conhecimento, de execução e cautelar.

Não estamos só nessa afirmação, porquanto os doutrinadores NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY atestam que a vedação da sucessão processual no curso do processo atinge os de conhecimento, de execução e cautelar. Explicam que, no tocante ao processo de execução, isto ocorre porque, para ele são partes legítimas aquelas que figuram no título executivo – sentença condenatória transitada em julgado – como credor e devedor. Concluem que, se não pôde ser alterada a relação subjetiva no processo de conhecimento, as partes daquele processo serão as mesmas do futuro processo de execução<sup>6</sup>.

O mesmo entendimento nos parece válido para o processo cautelar manejado antes ou no curso do processo principal, porquanto as partes, na cautelar preparatória como na incidental, não se alteram por ocasião do exercício da ação principal.

Insta salientar que aquilo que chamamos de estabilização do processo, NERY e ROSA MARIA qualificam como estabilização subjetiva da lide, que só se verifica por ocasião da citação válida<sup>7</sup>.

Destaca HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que o processo, uma vez aperfeiçoada a relação processual pela integração de todos os seus elementos subjetivos, estabiliza-se.<sup>8</sup>

Com base nesta assertiva, é possível afirmar que a alteração das partes no processo, seja no pólo ativo ou passivo, só é permitida até a citação válida. Após a prática deste ato processual, só será possível a alteração subjetiva da lide nas hipóteses que veremos logo mais.

Muito bem.

Não obstante pudessem algumas situações sugerir a sucessão processual, preferiu o legislador processual anunciar que a legitimidade das partes não se altera, por exemplo, quando ocorrer a *alienação da coisa ou direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos*. CPC 42, *caput*.

---

4. Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., RT, p. 462.

5. Manual de Direito Processual Civil, 1º Volume Teoria Geral do Processo Civil, Saraiva, 12ª ed., p. 325.

6. Op. cit p. 463.

7. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. (CPC, art. 219)

8. Curso de Direito Processual Civil Vol. I Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 2ª ed., Forense, p. 102.

O dispositivo só faz confirmar a autonomia do direito processual em face do direito material disputado, tanto que, as modificações na titularidade deste último, não implicam a correlata alteração dos atores da relação processual.

Em reforço desta posição, o legislador obsta o adquirente ou cessionário da coisa ou do direito litigioso, ingressar em juízo em substituição ao alienante ou cessionário, sem o consentimento da parte *ex adversa*. CPC, art. 42. Discordando esta, há que permanecer inalterada a relação subjetiva no processo até a composição da lide, salvo, evidentemente, se o alienante ou cessionário no curso do processo vier a falecer.

Nesse passo, é oportuno lembrar a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, para quem o processo é fonte autônoma de bens. Desse modo, o direito substancial pode ser transferido sem afetar o direito processual, assim como a ação pode ser transferida, independentemente do direito substancial, conforme haja substituição de parte ou substituição processual<sup>9</sup>.

Todavia, para mitigar o rigor da norma, a lei processual admite a intervenção no processo do adquirente ou cessionário, na qualidade de assistente litisconsorcial do alienante ou do cedente. CPC, art. 42, § 2º. A razão dessa previsão, a toda evidência, reside no fato, segundo o qual, os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias serão extensivos ao adquirente ou ao cessionário. CPC, art. 42, § 3º.

Impende, agora, analisar quando é autorizada a sucessão ou alteração voluntária das partes no processo durante a sua tramitação. Na verdade, pode haver alteração subjetiva da lide por ato entre vivos e, também, *causa mortis*.

O legislador ordinário restringiu a sucessão subjetiva, no curso do processo, ao editar o artigo 41 do diploma processual e, conferindo-lhe natureza típica, arrolou as hipóteses da sua ocorrência. Vejamos o que dispõe o artigo 43 do referido sistema normativo, *verbo ad verbum*:

*“Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos sucessores, observado o disposto no art. 265.”*

*“Art. 1055. A habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.”*

Portanto, a morte de qualquer das partes dá ensejo à sucessão processual, sendo que esse novo ator integrará a lide para defesa de direito próprio, passando à condição de legitimado para integrar e prosseguir no processo até decisão final.

O fenômeno morte provoca a suspensão do curso processual até que a vaga deixada na relação jurídica processual seja ocupada pelo sucessor, antes do início da audiência, a menos que a morte seja do advogado. Contudo, em caso de ação intransmissível por disposição legal, que não autoriza a sucessão processual, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, como lembra JOSÉ FREDERICO MARQUES<sup>10</sup>.

Outra forma de sucessão está no artigo 42, § 1º, quando o adquirente ou cessionário da coisa ou direito litigioso, por ato entre vivos e título particular, aliado ao assentimento da parte contrária, ingressa em juízo sucedendo o alienante ou cedente.

---

9. Op. cit. p. 78

10. Op. cit p. 326.

### Visão dicotômica

Há sucessão processual *própria* e sucessão processual *imprópria* ou substituição.

Bem. Ocorre sucessão processual própria, apenas, quando há fenômeno ligado a uma relação causal, como por exemplo a morte. Se uma das partes vai a óbito, a repercussão desse acontecimento atinge a relação processual de tal forma que obriga a sua suspensão para a recomposição das partes. Sem partes não haveria processo<sup>11</sup>, tanto é assim, que, não oportunizada a sucessão processual da parte falecida, o processo será nulo<sup>12</sup>. Com base nesse raciocínio, nos parece correto afirmar que o artigo 43 do Código de Buzaid cuida de sucessão de partes propriamente dita, posto sua integração no processo depender da aquiescência da parte contrária.

Sucessão imprópria ou substituição, ocorre na hipótese ventilada pelo artigo 42 § 1º, do mesmo diploma, onde há um negócio jurídico envolvendo a coisa ou o direito litigioso por ato particular, evento esse capaz de provocar alteração subjetiva da lide.

Com efeito, tal modificação é condicionada, uma vez que depende da anuência da parte contrária. Daí porque pensamos que o legislador, nesse particular, quis tratar de substituição de partes e não da sucessão processual. Além do mais, se ocorrer resistência a ela, o interessado só poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial, figura desconhecida na sucessão processual própria.

De mais a mais, a troca ou substituição de partes ou procuradores dependerá da vontade, pelo menos, de um dos protagonistas, o que não ocorre na sucessão propriamente dita, que se dá independentemente do assentimento ou oposição da parte adversa, bastando a presença do evento constitutivo e a alteração subjetiva será inexorável. É de rigor lembrar-se que o vacilo na oportunidade da sua efetivação é causa, inclusive, de nulidade processual.

### II. B)- A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CLASSIFICAÇÃO.

Na substituição processual, por seu turno, o substituto comparece em juízo para defender, em seu nome, direito de terceiros. Para contrapor à legitimação ordinária, vista de maneira sumária no tópico anterior, a substituição processual consagra espécie de legitimação extraordinária. Em face da sua excepcionalidade, somente poderá ser exercida nas hipóteses arroladas na lei, daí porque não contempla o direito brasileiro a chamada substituição processual voluntária.

Para que não pairam dúvidas sobre a regra geral, o legislador processual *ad cautelam* assentou:

*“Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”*

Não se pode perder de vista que as atividades do substituto são autônomas da vontade do substituído, podendo praticar todos os atos processuais permitidos às partes, a saber: produzir provas, recorrer, reconvir, etc. Todavia, como a pretensão discutida em juízo não lhe pertence, não está, por outro lado, autorizado a praticar atos de disposição do direito material, como

11. Registre-se que nos processos de jurisdição voluntária não há partes, mas interessados.

12. RT 508/202.

transação, renúncia e reconhecimento jurídico do pedido, salvo se o substituído anuir expressamente.

Ensina MOACYR AMARAL SANTOS<sup>13</sup>, ao se referir sobre o instituto da substituição processual, que KOHLER e CHIOVENDA, dando-lhe particular atenção, batizou-o com esta denominação, a qual se tornou generalizada entre os processualistas latinos. Na sua compreensão, ocorre substituição processual quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio.

Como vimos no exemplo acima, a negativa da parte contrária à habilitação do alienado ou do cessionário como sucessor na lide, faz emergir a substituição processual contemplada no art.42 § 1º do CPC, em razão da permanência do alienante ou cedente no litígio. Destarte, sendo obstado o ingresso daquele como parte, nada impede que compareça como assistente litisconsorcial, como visto anteriormente.

Saliente-se, ainda, que, não fosse o texto legal regular a prefalada permanência da parte originária, estar-se-ia diante do fenômeno da carência de ação, porquanto o alienante ou cedente, não sendo mais o titular do direito material controvertido, não teria legitimidade para agir, tornando-se parte ilegítima *ad causam*.

Disso é possível concluir que, na substituição processual, não houvesse lei reconhecendo legitimidade ao substituto, todas as demandas que agitasse como legitimado extraordinário, estariam fadadas à extinção sem julgamento de mérito, face a ausência de um dos requisitos para o exercício da ação, ou seja, a *legitimatío ad casuam*. De sorte que, a legitimação extraordinária é exceção à regra, já que a tutela do direito material é exercitada, comumente, pelo próprio titular.

### Classificação

A substituição processual está classificada pela doutrina da seguinte forma: substituição processual inicial; substituição processual superveniente; substituição processual exclusiva; substituição processual concorrente.

Há substituição processual **inicial**, como a própria expressão gramatical está a sugerir, quando se move a ação pelo substituto ou em face deste; **superveniente**, quando no curso do processo se dá a substituição do legitimado ativo, como por exemplo do alienante do objeto litigioso que permanece no processo, previsto no artigo 42, § 1º, CPC; **exclusiva**, quando somente o substituto tem a titularidade do direito de ação, como ocorre com a legitimidade do marido na defesa dos bens dotais da mulher, versada no artigo 289, III, do Código Civil<sup>14</sup>. Neste caso o substituído poderá ingressar na lide como assistente simples; **concorrente**, quando também o substituído tem legitimidade para agir em juízo. Exemplo desta modalidade, é do condômino que maneja ação reivindicatória, referida no artigo 623, II, CPC. Outro exemplo, é a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação investigatória de paternidade, prevista no artigo 2º, §§ 4º e 5º da Lei 8.560/92. Nesta modalidade de substituição processual, o substituído pode ingressar no processo na qualidade de assistente litisconsorcial.

13. Op.cit. 345.

14. Moacyr Amaral dos Santos - Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º vol., Saraiva, 14ª Edição, p. 345.

## II. c)- REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL POSTULATÓRIA.

No que tange à representação, é correto dizer que ela consiste na atuação em nome alheio para a defesa de direito alheio, diferentemente da substituição processual, onde o legitimado age em nome próprio visando a tutela de direito alheio. É bem verdade que, em qualquer tipo de representação, a atuação do representante será em nome, por conta e na defesa de interesses do representado.

Como é deedição conhecimento, regra geral, a parte só poderá buscar a tutela jurisdicional, para o resgate do seu direito subjetivo, através de advogado legalmente habilitado<sup>15</sup>.

Em razão disso, não podia o legislador, igualmente, olvidar as situações em que pudesse haver a substituição desta representação processual postulatória. Cuidou da sucessão de partes e, agora, cuida da substituição de procuradores<sup>16</sup>. Nesse particular, não há controvérsia quanto à nomenclatura substituição.

Pois bem. Quando a parte revoga mandato outorgado, ou se houver a renúncia dele pelo causídico, obedecidas certas condições e, em ocorrendo morte ou perda da capacidade processual postulatória, a parte promoverá a substituição do seu procurador por outro para assunção da causa, conforme lhe autoriza o artigo 44, c/c 45, do Código de Processo Civil.

Destas lições é possível deduzir que o representante não é parte, uma vez que parte, propriamente dita, é o representado.

## III – Conclusões.

a)- A regra, em direito processual civil, é que proposta a demanda, conservam-se as partes até o fim do processo. Contudo, essa regra não é absoluta podendo ocorrer a chamada sucessão imprópria ou substituição de partes, quando houver consentimento da parte adversária, em caso de alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos a título particular;

b)- ocorrendo morte de qualquer das partes, suspende-se o curso do processo e facultase aos interessados habilitarem-se à sucessão processual propriamente dita, dando ensejo, também, à modificação subjetiva da lide;

c)- ocorrerá a substituição de procuradores no processo, quando a parte lhes revogar o instrumento de mandato, ou quando eles renunciarem e, ainda, em caso de morte ou perda da capacidade postulatória do mandatário;

d)- a sucessão processual está associada à idéia de alteração *subjetiva* da lide, mas o sucessor vem a juízo em seu nome para a defesa de direito próprio, que difere da substituição

---

15. A segunda e última parte do artigo 36 do Código de Buzaid prevê a hipótese da parte ter habilitação legal para a autodefesa do seu direito em juízo, preconizando, ainda, a possibilidade da própria parte fazê-la, também, ainda que sem a referida habilitação, caso inexistia advogado no lugar.

16. "A parte, que revogar o mandato outorgado ao seu advogado, no mesmo ato constituirá outro que assumo o patrocínio da causa." (CPC, art. 44). "O Advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os dez dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo."(CPC, art. 45).

processual, espécie de legitimação extraordinária e, instrumento através do qual o substituto vem a juízo, em nome próprio, *como parte*, para a tutela de direito do substituído. Esta, por sua vez, não se confunde com representação processual postulatória, porque o representado, *sem ser parte*, comparece a juízo, ou fora dele, em nome alheio, para a defesa de direito alheio.

#### **IV – Referências Bibliográficas.**

JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, Forense, 21ª edição.

JÚNIOR, NELSON NERY. Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª edição.

MARQUES, JOSÉ FREDERICO. Manual de Direito Processual Civil, 1º Vol, Saraiva, 12ª edição.

SANTOS, MOACYR AMARAL. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º Vol., Saraiva, 14ª edição.

## TESE 74

### O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERVENIENTE ('custos legis') E A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: A BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Cristiano Chaves de Farias\*

Promotor de Justiça - BAHIA

#### Sumário:

Apresentação explicativa (Justificativa). 1. Miradas sobre a efetividade do processo civil contemporâneo; 2. A tutela antecipatória como garantia constitucional da efetividade e da segurança jurídica no processo civil; 3. O Ministério Público no processo civil como meio de pacificação social e acesso à justiça; 4. O Ministério Público e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. 5. Possibilidade do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, pleitear antecipação dos efeitos da tutela. 6. Conclusões. 6. Bibliografia.

*“O Direito não serve, senão para se realizar. Então, não lhe basta uma pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social.” (Rudolf Von Ihering)*

#### Apresentação Explicativa (justificativa)

A Constituição da República de 1988 foi marco decisivo para grandes alterações no sistema jurídico brasileiro como um todo, operando, principalmente, mudança de valores jurídicos, passando a imprimir maior respeito e prestígio à *dignidade da pessoa humana*, logo como *princípio fundamental*.

Nesse panorama, o legislador passou a tutelar direitos e garantias individuais e sociais com o claro escopo de conferir ao cidadão condições mínimas para uma *vida digna*.

---

\* Professor do curso de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador; da UFBA – Universidade Federal da Bahia; da FESMIP - Escola Superior do MP/BA; e do JusPODIVM – Centro Preparatório para concursos. Pós-graduando em Direitos Difusos pela PUC/SP e FESMIP/BA. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual

Para a hipótese de violação ou ameaça de violação de direitos reconhecidos, o legislador cuidou de garantir, em nível constitucional (art. 5º, XXXV), o direito de *acesso amplo à ordem jurídica*, querendo exprimir a idéia de que tem o cidadão o direito de recorrer ao Poder Judiciário e dele receber a tutela jurisdicional *justa, eficaz e adequada, sem dilações indevidas de tempo*, o que poderia importar em desnaturação ou perecimento ao bem da vida que pretende.

Dentro desse contexto, o legislador cuidou de criar um mecanismo ágil que pudesse servir de vetor, de dínamo, para a concessão de tutelas de mérito céleres e adequadas, sempre que presentes os requisitos exigidos, evitando uma sobrecarga do autor, com a natural demora do processo.

Por outro turno, o Ministério Público teve um papel alargado em sede constitucional, passando a ser visto como instituição tendenciada a facilitação do acesso à justiça e preocupada, sobretudo, em evitar violações a direitos de alcance social ou individual indisponível (CR, art. 127).

Impõe-se, a partir da sobreposição desses argumentos, atentar para a compatibilidade entre a atuação do MP no processo civil, seja como agente (parte autora), seja como interveniente (fiscal da lei), e a formulação de pedidos de tutela antecipatória, com vistas a garantir o acesso a uma tutela jurisdicional *efetiva e instrumental*.

## I - Miradas sobre a Efetividade do

### Processo Civil Contemporâneo

De há muito, vem se vislumbrando no elemento *tempo* um inimigo voraz<sup>1</sup> da pacificação social (enfim, da prestação da jurisdição solucionando os conflitos de interesses). Se, por um lado, de forma direta, o decurso natural do *tempo* acaba por fazer perecer (ou desnaturar) o bem da vida controvertido no processo, por outro turno, por via oblíqua, este lapso temporal retira a credibilidade do processo, enquanto meio de solução de conflitos estabelecida como garantia do cidadão.

Nesse panorama, sobreleva inferir, com segurança absoluta, que a demora na prestação jurisdicional é elemento nocivo na pacificação social, atingindo, inclusive, direito fundamental - garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV) - do cidadão que é o acesso à justiça, recebendo a tutela jurisdicional justa, eficaz e adequada. Esse amplo acesso à justiça, recebendo a tutela adequada, aliás, é garantia de justiça social (marca registrada de qualquer estado democrático de direito).

A demora na prestação jurisdicional (que, muita vez, é conseqüência do próprio respeito ao *due process of law*, também com sede constitucional) atenta, igualmente, contra a efetividade do processo, vez que deixa de garantir a *entrega da solução judicial, através da tutela adequada*.<sup>2</sup> Daí a lúcida afirmativa do insigne processualista fluminense LUIZ FUX, forte na lição de CARNELUTTI, que "*o tempo é um inimigo contra o qual o juiz luta desesperadamente, no afã de dar a resposta judicial o mais rápido possível*".<sup>3</sup>

1. Cf. clássica afirmação de CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p.354.

2. A Constituição da República no art. 5º, XXXV, garante a todos o acesso à Justiça, com todos os meios a ele inerentes, fazendo dessumir-se que todos têm o direito de pleitear em Juízo, a tutela jurisdicional adequada. Vale dizer, se a tutela é lenta e demorada, por certo, deixa de ser adequada.

3. Cf. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo*, cit., p.3



Desse entendimento não discrepa LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem “a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão”, culminando por asseverar, muito lucidamente, que esta demora na prestação jurisdicional “atinge muito mais de perto aqueles que possuem menos recursos”<sup>4</sup>.

Essa lentidão na prestação da tutela jurisdicional favorece, sobremaneira, a parte economicamente mais forte, atentando a um só tempo contra o princípio da igualdade e contra o estado democrático de direito. Percebe-se, então, que a busca da solução passa por imprimir maior *efetividade* ao processo, garantindo o seu caráter *instrumental*, de modo a que sirva, de fato, à aplicação do direito material, dando a cada um o que é seu, de modo *adequado* e *célere*.

O processo não deve colimar outra finalidade, senão *ser instrumento de efetivação do direito material!!!*

A *efetividade*, sem dúvida, é o escopo primordial do processo civil, eis que garante, concomitantemente, a entrega da tutela jurisdicional (dando a cada um o que é seu, o *suum cuique tribuere* dos latinos) e a igualdade entre os cidadãos - não só a igualdade processual, mas, sobretudo, a *substancial*, tratando todos igualmente perante a lei<sup>5</sup>.

Mas não é só. A *efetividade do processo permite, por um outro prisma, que se lhe dê uma função social, como mecanismo concreto, viável e eficaz de pacificação social*. Admitir a lentidão na prestação da jurisdição pelo Estado-Juiz é permitir que sejam beneficiados os economicamente mais fortes, em detrimento não somente da parte mais fraca (em regra, aqueles mais prejudicados pela infringência de seus direitos), mas, de modo idêntico, do próprio estado democrático de direito, quando violada a igualdade de todos perante a lei.

Essa efetividade buscada pelo processo, entretentes, somente será atingida se prestada a tutela rapidamente, sem dilatações de tempo indevidas. Não se pode admitir efetiva (até mesmo na acepção gramatical da palavra) a prestação jurisdicional tardia ou demorada.

“*Inegável é o requisito da celeridade na prestação jurisdicional como integrante da efetividade, tanto que só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito*”, na observação percutiente de FUX<sup>6</sup>. Daí, então, decorrer a conclusão lógica de que o processo somente será efetivo se célere e eficiente.

Averbe-se, por oportuno, existir apenas *aparente contradição* entre a busca da efetividade processual e o respeito ao cânone constitucional da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, a garantia do devido processo legal, com a ampla defesa e contraditório que lhe são inerentes, não obstaculariza uma prestação jurisdicional célere e eficaz. Ao revés, são idéias absolutamente conciliáveis.

O devido processo legal é possível em um procedimento célere e eficaz. O fato de se antecipar efeitos da decisão final que se vai conceder não é óbice ao amplo exercício de defesa, através dos meios previstos, apenas se evitando prejuízos ao direito da parte.

Ora, “*se a realidade do mundo atual muitas vezes não comporta a espera do ‘tempo’*”

---

4. Cf. *Novas Linhas do Processo Civil*, cit., p.33 e 35

5. CR, 5º, *caput*, e inciso I: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*” E mais: “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

6. *Juizados Especiais Cíveis...*, cit., p.4.

*dispendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao 'devido processo legal' somente poderá se realizar através de um processo de cognição sumária*", nas candentes palavras de MARINONI.<sup>7</sup>

No plano concreto, o que se tem é que a *celeridade e eficácia*, dando *efetividade* ao processo, são elementos tendentes a garantir o devido processo legal, permitindo um julgamento rápido, justo e público. Essa *efetividade* (consubstanciada na *prestação célere, eficaz e justa*) se materializa através de decisões judiciais amplas, capazes de tratar das questões da vida em concreto e evitando o "*passar do tempo, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo*", como atesta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>8</sup>.

Ressalte-se, aliás, que já superada a fase metodológica do Processo (quando se impôs como ramo autônomo do Direito), é necessário encará-lo sob o prisma *instrumentalista*, destacada sua função precípua de meio de pacificação de conflitos individuais ou sociais, através da *efetivação* da ordem jurídica violada ou ameaçada de violação.

O processo não pode servir de óbice à aplicação do Direito Substantivo. Ao revés, lhe deve ser meio, instrumento hábil, para se materializar nos conflitos de interesses concretamente existentes.

Frente aos argumentos suso escandidos, exsurge, como corolário, a idéia de que a *efetividade* é o escopo precípua do processo, que nada mais é, senão *instrumento* para a garantia do Direito Material, dando a cada um o que é seu, através de um provimento *célere e eficaz*. No dizer de CHIOVENDA, há de se reconhecer essa proximidade entre o processo e o direito nele controvertido, devendo aquele estar "*a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica*"<sup>9</sup>.

## II – A Tutela Antecipatória como Garantia Constitucional da Efetividade e da Segurança Jurídica no Processo Civil

Dentro desse panorama de crise na prestação da jurisdição pelo Estado - necessidade de tutela efetiva (célere e eficaz), vencendo a natural demora - exsurge o instituto da *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional definitiva, de mérito*, com o fito de atuar nos conflitos de interesses com maior rapidez<sup>10</sup>, imprimindo efetiva solução.

Trata-se de fundamental mecanismo jurisdicional na incessante busca de uma tutela jurisdicional mais funcional, adequada, célere e eficaz. Enfim, mais *efetiva!*

É do eminente FREDIE DIDIER JÚNIOR<sup>11</sup>, pulsante mente processualista da terra de Gabriela, a observação de que a introdução, no bojo do procedimento comum, da possibilidade

---

7. Cf. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, cit., p.91

8. Cf. *A Instrumentalidade do Processo*, cit., p.301.

9. *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, cit., p.297

10. O Professor da USP JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, em opúsculo dedicado ao tema (*Tempo e Processo*, cit., p.122), conclui magistralmente que "*partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica da cognição sumária delinea-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos*".

11. Cf. *Antecipação liminar e parcial dos efeitos da tutela*. Hipótese concreta. Trabalho publicado na *Revista jurídica dos Formandos da UFBA – Universidade Federal da Bahia*, vol. 5, 1999

de uma tutela de urgência de mérito, de forma a não apenas assegurar mas, também, efetivar direitos evidentes, é a maior inovação do direito brasileiro desde a criação, pelo gênio nacional, do remédio do mandado de segurança<sup>12</sup>.

É certo e incontroverso que o processo civil contemporâneo vem sendo encarado sob o prisma da *garantia fundamental do acesso à justiça*, alçada à altitude constitucional (art. 5º, XXXV). Não se trata do direito de apenas pleitear algo ao Estado-Juiz. Enfoca-se o *acesso à justiça* sob os ângulos dos princípios da *instrumentalidade* e da *efetividade*, o que, em última razão, vão significar, concretamente, que o processo deve ser o instrumento disponível para a proteção de interesses violados ou ameaçados de violação, tornando-os efetivos.

A multiplicação de demandas, a carência de recursos humanos e materiais, o acúmulo de processos, etc., são problemas que vêm, ao longo do tempo, entravando a prestação jurisdicional, tornando-a insuficiente, anacrônica e superada. O processo já não mais se apresentava adequado à solução dos direitos evidentes, aclarados, translúcidos, bem assim como de direitos em risco de deterioração.

Descortina-se a antecipação dos efeitos da tutela (de mérito) exatamente como instituto tendente a minimizar os efeitos dessa crise instalada no processo civil, inclusive permitindo o respeito aos cânones constitucionais que determinam a garantia do *acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada* – isto é, o direito não apenas de ir ao Poder Judiciário, mas de receber dele aquilo que se tem direito, nada mais, nada menos do que se tem direito<sup>13</sup> e no prazo necessário, sem dilatações temporais indevidas.

Vale dizer, a tutela antecipatória enquanto instituto processual tem *fundamento constitucional*, pretendendo a) a *efetividade da jurisdição* e b) a *segurança jurídica* do julgado<sup>14</sup>, de modo a adequar o processo civil às diretrizes do Texto Maior.

É que com a Constituição de 1988 houve um *deslocamento no eixo fundamental das garantias processuais*, que passaram a ter sede constitucional, estabelecido o *acesso à justiça* de modo a exprimir a idéia de acesso a uma *ordem jurídica justa, eficaz e adequada*, aproximando os conceitos de direito e justiça<sup>15</sup>. Aliás, é certo que no atual estágio do direito – com proteção voltada para a *pessoa humana* e sua *dignidade* (art. 1º, III, CR) – já se pode afirmar que é intenção do processo que a sentença aproxime, ao máximo, os conceitos de *direito* e *justiça*.

*Chega-se à busca do respeito à garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, adequada e eficaz* (acesso a um processo *efetivo* e *instrumental*), consubstanciada no

---

12. Como salienta DIDIER JÚNIOR, essa importância do novel instituto também foi percebida pelos doutrinadores alienígenas, como EDOARDO RICCI, Professor da Universidade de Milão, em artigo publicado na *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 6, 1997, intitulado “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano.”

13. Na fórmula consagrada de CHIOVEDA, “o processo deve proporcionar a quem tenha razão tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir.”

14. Nesse sentido, TEORIA ALBINO ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*, cit., p.64-5.

15. “A justiça é a medida do Direito. Mais o Direito estará alcançando sua perfeição quanto menos injustiça for praticada. Justiça e Direito, não obstante, não se confundem. A justiça é a idéia, o ideal a ser atingido pelos homens, que fazem do Direito meio para tanto. Neste sentido, a justiça significa a meta que o Direito busca alcançar; a sua causa final, suprema”. como salienta JOSÉ GONTIJO LARA, *apud* SCHMIDT JR., Cf. A Tutela antecipada e o Ministério Público enquanto *custos legis*, in *Aspectos polêmicos da Antecipação de Tutela*, cit., p.457.

inciso XXXV, do art. 5º da *Lex Fundamental*is. Esta a *ratio essendi* da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Sublinhe-se, ademais, a necessidade de uma melhor repartição do ônus decorrente do tempo dentro do processo. Não seria razoável que se impusesse ao autor toda a carga, o peso, decorrente da demora na prestação jurisdicional. Não fosse apenas injusto, é de se ver nessa unilateral carga depositada com o autor da ação uma expressa violação à garantia da *igualdade*, prevista no art. 5º, *caput* e inciso I, da CR.

É que “o tempo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de tratar dos litigantes de forma isonômica e de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos”, como salienta MARINONI<sup>16</sup>.

Surge, então, a tutela antecipatória também como forma de fazer imperar a *igualdade no processo* entre as partes, distribuindo o ônus do passar do tempo entre autor e réu<sup>17</sup>, sem onerar excessivamente a um deles, àquele como se deu historicamente.

Não que se pretenda um *processo civil do autor*, em detrimento do réu. Não se trata disso. “Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”<sup>18</sup>.

A tutela antecipatória é, portanto, instituto voltado à concretização da *efetividade* da tutela jurisdicional prestada, evitando que o elemento *tempo* venha a fazer perecer ou desnaturar o objeto (bem da vida) que se disputa no processo.

### III - O Ministério Público no Processo Civil como Meio de Pacificação Social e Acesso à Justiça

Fixada a garantia constitucional de prestação jurisdicional *justa, adequada e eficaz*, através de *instrumento célere e eficaz* (o processo), é de se ressaltar que a tutela a ser prestada deve respeitar o princípio basilar da igualdade (CR 5º, *caput* e inciso I), devendo estar ao alcance de todos.

Equivale a dizer, tem-se como ponto inafastável do estado democrático de direito que o acesso à justiça deve estar ao alcance de todos e que esse acesso compreende não somente o direito de acionar a máquina judiciária (com isenção de taxas e custas, se necessário), mas também de obter a tutela adequada e célere, de modo a que não esteja perecido ou desnaturado o direito da parte.

A realidade social, no entanto, é outra – máxime em países, como o nosso, com francas desigualdades sócio-econômicas e com omissão estatal de suas obrigações básicas, como a

16. Cf. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, cit., p.26

17. Afirma JOÃO BATISTA LOPES (*Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*, cit., p.42) que “a tutela antecipada surgiu para privilegiar o pólo ativo da ação com o escopo declarado de dividir o ônus da demora processual. Não sendo razoável nem justo obrigar quem ostente condição de provável titular do direito a delongas que poderão frustrar o gozo desse direito ou esvaziar seu conteúdo, surge a tutela antecipada para permitir o adiantamento de efeitos práticos para a imediata satisfação do autor.”

18. MARINONI, Luiz Guilherme. Cf. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, cit., p.28

prestação de assistência jurídica e judiciária gratuita.

Neste panorama surge a importância do Ministério Público como instituição vocacionada a uma *finalidade social*, com relevante papel na salvaguarda de direitos fundamentais (individuais indisponíveis e sociais, conforme previsão do art. 127, CR).

Com o advento da *Magna Charta* de 1215, o Ministério Público ganhou nova feição, adquiriu respeitabilidade institucional e consolidou sua mais verdadeira e nobre missão: *zelar pela Justiça e resguardar a própria sociedade*, assumindo a importante tarefa de servir – *processualmente inclusive* – como “*defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (CR, art. 127). Abandonou-se o antigo – e ultrapassado – entendimento de se tratar apenas do órgão acusador do processo penal, imagem estereotipada retirada do Promotor de Juri, para conferir-lhe perfil independente (desatrelado do Executivo e Judiciário), de *guardião da sociedade, de instituição destinada à preservação e garantia dos valores fundamentais do homem e da comunidade*.

Até porque a Constituição apresentou nova *tábua axiológica de valores*, prestigiando, como princípio fundamental, a *dignidade da pessoa humana* (expresso no art. 1º, III), inclusive por princípio da ordem econômica (art. 170). Logo, tem-se uma nova ordem jurídica, inspirada por princípios humanísticos e sociais, buscando garantir, de forma individual e coletiva, os valores mais fundamentais do homem.

Aqui surge a figura do MP, como instituição essencial à justiça e, “*nessa perspectiva guarda enorme relação com a questão do acesso à justiça. Afinal de contas, o MP é o órgão que pode (e deve) obter junto ao Judiciário decisões tendentes a solucionar conflitos e proteger bens e valores de interesse da sociedade*”, nas palavras de ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ e JOÃO LOPES GUIMARÃES JÚNIOR<sup>19</sup>.

Simples parecerista, mero analisador de processos, acusador sistemático, nada mais disso se coaduna com o verdadeiro papel do MP, sendo fundamental e indispensável a efetiva atuação do órgão dentro do processo civil (e, por óbvio e igualmente, fora dele), para que possa tornar efetivo o ideal de justiça social prescrito pela *Lex Mater*. Afinal, é o MP o *repositório natural dos interesses e valores fundamentais e sociais não satisfeitos ou vulnerados, devendo agir direta e responsabilmente pelo estado de direito e a democracia*.

É que o Estado moderno de Direito traz consigo como caráter precípua a proteção aos direitos humanos e a garantia aos direitos e situações de abrangência comunitária (diga-se transindividuais), de difícil preservação pelos próprios particulares. Daí porque “*assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna - e o organismo que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público*”, como asseveram ARAÚJO CINTRA, ADA & DINAMARCO, em festejada obra tallhada à seis mãos<sup>20</sup>.

Induvidoso, então, o novo perfil do *Parquet*<sup>21</sup>, consistindo em instituição voltada para

---

19. cf. A Necessária Elaboração de uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível com seu Atual Perfil Constitucional, in *Ministério Público - Instituição e Processo*, cit., p.22

20. Cf. *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 210

21. expressão francesa que significa “assoalho”, designando o local onde ficavam, de pé, os representantes do antigo *Ministère Public*, então representantes do rei, antes de terem assento ao lado dos juizes - o que levou a serem conhecidos como *magistrature débout* - magistratura de pé.

os anseios sociais e para a tutela dos direitos individuais indisponíveis, pela natureza peculiar destes, que gera um interesse público na sua preservação.

Essa atuação do Ministério Público no processo civil, com amplitude de atribuições para garantir a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, concretiza a concepção hodierna de que o processo serve não só como meio para solução de conflitos individuais, conferindo-lhe dimensão mais ampla, com um escopo social, para a composição de conflitos coletivos<sup>22</sup>.

Para efetivar esse acesso à justiça, dispõe o Ministério Público da titularidade do direito de ação e a intervenção noutras tantas delas. Assim, com este poder-dever de deflagrar ações em juízo e participar com *custos legis* de outros tantos processos, este órgão está capacitado para, “*a qualquer tempo, desfazer, contra quem quer que seja, toda a força e poderes que a Constituição e a Lei depositaram*”, como doutrina HUGO NIGRO MAZZILI<sup>23</sup>, forte em RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO.

Também reconhecem essa ampla atribuição judicial, NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, ressaltando poder “*o MP ajuizar qualquer ação judicial para compelir os poderes públicos e os serviços públicos, bem como os particulares (...), a observarem os direitos assegurados na CF*”<sup>24-25</sup>.

Ademais, a Carta Política vigente contribui significativamente para lhe conferir essa função de *órgão vocacionado à garantia do acesso à justiça*. Com isso, foi constituído verdadeiro defensor da cidadania e, nesse passo, garante o acesso à justiça de modo a permitir que se leve ao crivo do Judiciário questões de relevância social (ou individual indisponível), que muito dificilmente teriam como ser defendidas pelos interessados diretos. Essa atuação do *Parquet* tem, efetivamente, a função de garantir acesso à justiça (nas lides controversas sobre direitos sociais e individuais indisponíveis), se prestando, outrossim, a permitir a efetivação dos direitos elencados em lei. Nesta linha de inteligência, conclui-se que a sua atuação no processo civil representa, utilizando dos argumentos de ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, “*o meio de que se vale a lei processual para aprimorar e legitimar a atuação de direitos*”<sup>26</sup>.

E sacramenta o mestre paulista, em seu específico opúsculo, destacando que, no plano processual, a “*instituição faz aquilo que a parte deveria fazer, mas não o fez, e aquilo que o juiz poderia fazer, mas não deve*” (*op. cit.*, p.77), querendo evidenciar a atuação do órgão tendente ao aprimoramento e efetividade da lei.

22. A respeito do *escopo social do processo*, vide DINAMARCO (*A Instrumentalidade...*, cit., p.159), para quem “*a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social.*”

23. Cf. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*, cit., p.8

24. Cf. *Código de Processo Civil Comentado*, cit., p.520

25. Em sede jurisprudencial, não mais há qualquer dúvida. Já se garante ampla legitimidade ministerial para promover ações em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A título ilustrativo, veja-se: “*não se deve negar ao MP a legitimidade ativa na defesa do cumprimento de normas constitucionais, sob argumento de independência dos poderes... Não são independentes para, a seu talante, desobedecerem à Carta Política, às leis e, sob tal pálio, permanecerem, cada um a seu lado, imunes.*” (TJ/SP, Ac.un.8°C.Cív., j.4.2.94, Rel. Des. Villa da Costa, in *JTJSP* 155:98); e “*O órgão do MP, como titular de ação, está legitimado à defesa de interesses da sociedade, pouco importando que o ferimento desses direitos tenham por autores órgão públicos ou privados, ou ambos. A sua superior destinação paira acima dessas sutilezas.*” (TJ/SC, Ac.un.4°C.Cív., j.19.12.91, Rel. Des. Cláudio Marques, in *Jurisprudência Catarinense* 69:392)

26. Cf. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, cit., p.76

A viabilização do acesso à justiça na defesa dos interesses de cunho coletivizado (sociais e individuais indisponíveis), além de toda a importância comunitária (prática) e jurídica, provoca “fenômeno psicológico altamente positivo, pois o povo tende a retomar a confiança na ‘Justiça’ à medida em que vê uma instituição (...) defendendo intransigentemente os interesses da sociedade e das minorias e dos grupos sem poder político-estatal”, como enxerga com extrema perspicácia MARINONI.<sup>27</sup>

Pelo fio do que se trilhou, é lícito - e fatal - inferir, com segurança e precisão, que a atuação do Ministério Público (seja como órgão agente, seja como interveniente) visa, a um só tempo, pelo próprio fim colimado na *Lex Fundamentalis*, garantir o acesso à justiça, através de um *processo instrumental*, interesses de difícil preservação pelos seus titulares imediatos e, assim, *efetivar* o direito material correspondente.

Sobreleva, por derradeiro, esclarecer que atuando como parte (órgão agente) ou como *custos legis* (fiscal da lei) o *Ministério Público não pode perder de vista o caráter instrumentalista do processo civil contemporâneo*, devendo ser órgão de atuação efetiva (e buscando efetivar a norma), rompendo “com velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa por fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência de valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor”, como leciona DINAMARCO<sup>28</sup>.

#### **Iv - O Ministério Público e a**

##### **Antecipação dos Efeitos da Tutela de Mérito**

A simples - e ainda que perfunctória - análise do conteúdo do princípio constitucional da *garantia do acesso à justiça* (garantindo a prestação de uma tutela eficaz, adequada e célere, através de um *processo efetivo e instrumental*), confrontado com o móvel da atuação do Ministério Público (a partir de sua feição constitucional de instrumento tendente a permitir o *acesso à justiça*, de defensor da cidadania), permite detectar uma colidência de interesses almejados.

Se o princípio da *efetividade* pressupõe a garantia do acesso amplo à justiça (perseguindo uma tutela adequada, eficaz e célere) e se o Ministério Público é *instituição vocacionada à defesa em juízo* de interesses sociais e individuais indisponíveis, para tutelar em juízo aqueles direitos de difícil proteção pelos seus titulares, forçoso é reconhecer uma convergência de finalidades, em face do enorme ponto de interseção existente, com forte conteúdo social.

Assim sendo, uma linha de raciocínio lógico conduz à necessária integração entre a *atividade do MP no processo civil* - como órgão facilitador do acesso à Justiça e de defesa dos direitos - e a *efetividade e instrumentalidade do processo civil contemporâneo*, apresentando-se a concreta possibilidade de formulação de pedido de tutela antecipatória como porto seguro para as finalidades buscadas, devendo ser utilizada amplamente como forma de concretização da Justiça.

Repita-se: há verdadeira comunhão de desígnios entre a atividade processual civil

---

27. Cf. *Novas Linhas...*, cit., p.106

28. Cf. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 386-7.

ministerial e o escopo social do processo (através da garantia de *acesso à justiça*), podendo - e devendo - o órgão ministerial se utilizar da tutela antecipatória (CPC, art. 273), que se constitui instrumento hábil para maior celeridade do processo, para buscar a entrega imediata da prestação eficaz, adequada e célere (*efetiva*, enfim), nos casos em que intervir no processo, seja como órgão agente, seja como interveniente.

Sendo a antecipação dos efeitos da tutela instrumento tendente à efetividade do processo, o Ministério Público, que procura garantir acesso à justiça e efetivar, por conseguinte, o direito correspondente, deve se utilizar dele sempre que for possível, enquadrando sua pretensão nas latitudes do CPC, art. 273.

*É preciso que o MP atente para a importância de se valer da antecipação dos efeitos da tutela, mesmo enquanto fiscal da lei (custos legis), como instrumento célere, eficaz e adequado para a pacificação social, sempre que possível, com vistas a que sua atuação resulte em provimento jurisdicional de maior efetividade.*

Imaginar qualquer restrição à atuação ministerial (seja como órgão agente, seja como interveniente) à antecipação dos efeitos da tutela é obstar ao próprio processo chegar à pretendida *efetividade*, impondo gravame a toda a sociedade, até porque o interesse do MP não é seu, enquanto instituição, mas da própria coletividade. Seria dificultar a proteção de determinados direitos, vedando um meio mais rápido e eficaz de pacificação social. Tudo isso, sem deixar de considerar que estar-se-ia colidindo frontalmente com o próprio comando constitucional que lhe assegura a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis com todos os meios a ele inerentes (CR, art. 129, II).

#### **V – Possibilidade do Ministério Público, enquanto Fiscal da Lei, Pleitear Antecipação dos Efeitos da Tutela**

Quanto a formulação de pedido antecipatório dos efeitos da tutela pelo Ministério Público enquanto órgão agente (parte autora, CPC, art. 81) não há qualquer dúvida, eis que se trata de sua *veia processual ativa*, atuando como *parte*.

Como salienta ROBERTO EURICO SCHMIDT JÚNIOR, “*por evidente na posição de parte, pode o ‘parquet’ valer-se da medida.*”<sup>29</sup> Essa conclusão é atingida pela dicção do próprio art. 273, CPC, que se refere a *requerimento da parte*, afastando a possibilidade de concessão *ex officio*<sup>30</sup> e exigindo expresso requerimento do interessado.

Naturalmente, atuando como órgão agente, o MP assume posição processual de *parte* e, como tal, está legitimado para o pedido.

É preciso assinalar, então, a possibilidade de o MP *custos legis*, fiscal da lei, pleitear tutela antecipatória, eis que não se trata de parte do processo, ao menos em sentido formal.

Esclareça-se, de logo, que mesmo atuando como interveniente, o órgão não tem, nem mesmo *in these*, interesse parcializado. Atua com independência e liberdade funcional, não

---

29. Cf. A Tutela antecipada e o Ministério Público enquanto *custos legis*, in *Aspectos polêmicos da Antecipação de Tutela*, cit., p.455.

30. Em sentido contrário, disparando contundentes críticas à impossibilidade de concessão de ofício da antecipação dos efeitos da tutela, LUIZ FUX, *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p.338.



estando adstrito à defesa dos interesses que propiciaram sua intervenção, podendo se posicionar livremente, de acordo com o seu *convencimento* apenas, respeitada a sua *independência funcional*, inclusive em desfavor dos interesses que geraram a sua intervenção no processo (v.g. do alimentando, do incapaz...), se assim exigir a *fiel aplicação da lei* e o *senso de justiça*. Assume, enfim, posição de *patrocinador da defesa imparcial do cumprimento da lei*.

Bem assevera EDUARDO ARRUDA ALVIM, de forma didática e com clareza solar, que, atuando como *custos legis*, o “*Ministério Público não tem compromisso com quaisquer das partes, cabendo-lhe apenas zelar pela ordem pública e bem comum.*”<sup>31</sup>

Disso não discrepa, também raciocinando com peculiar proficiência, DINAMARCO afirmando que a caracterização do “*‘custos legis’ é (...) uma circunstância completamente alheia ao direito processual: ele não é vinculado a nenhum dos interesses da causa. No plano do dieito material, o fiscal da lei não se prende ao interesse de nenhuma das partes conflitantes: ele quer que a vontade estatal manifestada através da lei seja observada.*”<sup>32</sup> Frise-se, por importante, que admitir uma intervenção parcializada, determinaria colisão frontal com a sua feição constitucional, de salvaguarda dos interesses coletivizados e da fiel aplicação da lei, colocando-o como verdadeiro “*assistente especial*” da parte, que já está representada devidamente em juízo, superafetando indevidamente um dos pólos da relação processual.

Deste modo, colocando pá de cal definitivamente na questão, não há que se falar em intervenção como fiscal da lei adstrita a interesses de alguma das partes, podendo o Ministério Público pronunciar-se amplamente, inclusive de modo desfavorável aos interesses que motivaram sua intervenção<sup>33</sup>.

*A finalidade da intervenção como fiscal da lei é a garantia de um processo justo, procurando dar efetividade aos direitos sociais, a aplicação correta da lei e à neutralidade do juiz*<sup>34</sup>. Como tal, não integra a angularização do processual<sup>35</sup>.

Enquanto fiscal da lei, pode *produzir amplamente qualquer espécie de prova* (CPC, art. 83, II), incumbindo os custos do *adiantamento* dos custos com a produção da prova à parte Autora. (CPC, arts. 33 e 884)<sup>36</sup>. Pode, ainda, *argüir preliminares*, como a *incompetência*

31. Cf. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.73

32. Cf. *Fundamentos do Processo Civil moderno*, cit., p.327.

33. As nossas Cortes já estão acompanhando este entendimento, avançando em sua interpretação quanto à atuação ministerial, conferindo-lhe função mais ampla e independente. A título exemplificativo traz-se à liça: “... *Estando o ‘Parquet’ convencido de que a lei não ampara a pretensão deduzida pelo menor, cuja presença no processo justifica sua compulsória intervenção, deve ele, por dever funcional, legal e moral, deduzir parecer nos termos da lei e não subordinado aos interesses do menor.*” (TJ/SP, Ac.un.16ªCâm., Ap.217.787-2/5, Rel. Des. Pereira Calças, in RT 705:108)

34. Já sacramentaram os nossos Pretórios: “... *Como órgão de interesse público pela atuação da lei, o MP deve esforçar-se pela constituição de uma sentença justa, informando o Juiz dos fatos que a favoreçam.*” (TJ/PA, Ac.un.21.322 da 2ªCâm.Cív., Rel. Desa. Clímenie Bernadette, j.20.8.92, in RTJPA 57:282)

35. Daí concluir HUMBERTO THEODORO JR. que se trata de “*sujeito especial do processo*”.

36. CPC 83 II: agindo como fiscal da lei, pode o MP “*juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências, necessárias ao descobrimento da verdade.*”

*absoluta, suscitar conflito de uniformização de jurisprudência, recorrer amplamente<sup>37</sup>, requerer provas e depoimentos pessoais, opor exceção de impedimento e suspeição do juiz (esta última em relação ao próprio representante do MP e não à parte, por óbvio)<sup>38</sup>.*

Nesse panorama, exsurge – de forma límpida e clara – a possibilidade de, valendo-se de sua condição de parte interessada num *processo efetivo e instrumental*, que entregue o *bem da vida* a quem de direito, no tempo necessário, sem dilações indevidas, pleitear a antecipação dos efeitos da tutela (de mérito), atendidos os requisitos genéricos do CPC, art. 273. Se o MP atua de modo a garantir o *acesso à justiça* – e disso não há dúvida – essa conclusão é fatal e indiscutível.

Também SÉRGIO BERMUDEZ<sup>39</sup> reconhece a possibilidade de antecipação da tutela a pedido do MP enquanto fiscal da lei. Disso não discrepam ATHOS GUSMÃO CARNEIRO<sup>40</sup> e CARLOS ROBERTO FERES<sup>41</sup>.

Como bem doutrinam NERY & NERY, “*o que a norma veda é a concessão ‘ex officio’ da tutela antecipada. Pode o MP requerê-la, quer atue como parte (CPC 81), quer como fiscal da lei (CPC 82), pois tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes.*”<sup>42</sup>

Necessário, pois, que o *próprio Ministério Público perceba a importância da sua atuação provocativa da concessão de tutela antecipatória, sempre que concorrerem os requisitos de lei (CPC, art. 273), no sentido de integrar, com eficiência, uma engrenagem que visa dar maior efetividade ao processo, a partir de uma prestação jurisdicional mais célere e adequada.*

Não se imagine, no entanto, que a Instituição estaria tomando providências para resguardar interesses de uma das partes. O reconhecimento de sua legitimidade para o requerimento de tutela antecipatória, quando estiver atuando como fiscal da lei, não lhe retira a imparcialidade. Ao revés, a reafirma. É que o móvel de sua atuação como *custos legis* é a proteção e busca da garantia do *acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada*. Ao pleitear a antecipação dos efeitos da tutela no processo em que atuar como fiscal da lei, o MP está na busca de ver concretizado o direito constitucional disponibilizado. Vale dizer, defende interesses superiores.

Então, com SCHMIDT JÚNIOR, frise-se que o pedido de tutela antecipatória formulado pelo MP *custos legis* “*não tem o mesmo escopo de quando é formulado pela parte. Esta o faz na defesa de seus interesses, querendo ver-se, desde logo, atendida pelo Judiciário. Com outra*

37. Ainda que as partes não recorram, assiste-lhe *legitimidade recursal*, nos termos do CPC, art. 499, §2º. No mesmo sentido, já se cristalizou entendimento na Súmula nº99 do STJ: “*O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.*” Sobre o tema, consulte-se BERNARDO PIMENTEL SOUZA, *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.51, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio: Forense, 7ªed., 1998, p.294, vol. V, e, EDUARDO ARRUDA ALVIM, *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 2000, p.102, vol.2.

38. Ressalva há de se fazer à impossibilidade de praticar atos relativos à disposição do direito ou da própria ação. Assim, não lhe é facultado adotar atitudes típicas e privativas da parte, como apresentar pedido contraposto, renunciar, reconhecer a procedência do pedido, reconvir, ajuizar ação declaratória incidental ou mesmo embargar a execução.

39. Cf. *A Reforma...*, cit., p.35-6.

40. Cf. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*, cit., p.51, chegando mesmo a admitir que “*também podem requerer a antecipação de tutela os intervenientes, como o assistente litisconsorcial, e ainda o Ministério Público quando presente com o ‘custos legis’.*”

41. Cf. *Antecipação da Tutela Jurisdicional*, cit., p.37.

42. Cf. *Código de Processo Civil Comentado*, cit., p.731. Em sentido contrário, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, para quem não seria possível ao MP como fiscal da lei pleitear a antecipação de tutela, em razão de sua posição imparcial no processo, *Lições de Direito Processual Civil*, cit., p.387.

*finalidade o faz o Ministério Público. A este, o pleito tem a finalidade de assegurar a justiça a qual ele, 'parquet', está encarregado de zelar'*<sup>43</sup>.

Em outras palavras. O exercício da atividade processual de fiscal da lei impõe ao MP a função de velar pela fiel aplicação da lei e dos objetivos fundamentais expressos na Constituição, dentre eles a garantia de *acesso à justiça*. Via de consequência, poderá, visando a obter a tutela justa, adequada e eficaz no caso concreto, pleitear a antecipação dos efeitos da decisão final.

Nesta linha de intelecção, dúvida inexistente acerca da necessária atuação ministerial no processo civil, enquanto *custos legis*, compatibilizada com os princípios da *instrumentalidade* e *efetividade*, balizadores do processo contemporâneo, participando diretamente e legitimado para pleitear antecipação dos efeitos da tutela, quando entender necessária a proteção dos interesses, de modo a respeitar a garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada.

## VI - Conclusões

Nesta linha de intelecção, à luz do princípio do *acesso à justiça*, constitucionalmente assegurado, garantindo um *processo efetivo e instrumental* (marca registrada do processo civil contemporâneo), bem como tendo na tela da imaginação *a facilitação do acesso à justiça e diminuição da litigiosidade contida*, é mister apresentar as sólidas conclusões que aqui emanam, naturalmente:

a) o processo civil moderno, após superar a fase metodológica, baseia-se na garantia de *amplo acesso à justiça*, permitindo que se tenha um *processo instrumental e efetivo*, com o fim precípua de ser meio para a concretização do direito material em conflito, dando efetividade sócio-jurídica à norma substantiva;

b) para dar maior efetividade ao direito, o processo passou a preocupar-se com a sua finalidade social, isto é, em servir de mecanismo útil e eficaz dentro do meio comunitário, até mesmo em respeito à maior preocupação com a *dignidade da pessoa humana*;

c) preocupa-se o processo em permitir, até mesmo em respeito à garantia constitucional, ampla acessibilidade ao Judiciário, possibilitando, igualmente, que todos possam apresentar em juízo seus conflitos, recebendo a prestação jurisdicional adequada;

d) o instituto da tutela antecipatória surge exatamente como vetor que concentra a busca de, no plano concreto, através de decisão de antecipação de mérito, permitir ao processo ser *efetivo*, entregando o bem da vida no tempo necessário, sem dilatações indevidas, ser, ainda, *instrumental*, por não servir de estorvo na vida do jurisdicionado e, por fim, garantir a *isonomia* entre as partes, evitando uma oneração excessiva do autor;

e) o Ministério Público exerce, por sua vez, função preponderante na garantia desse *amplo acesso à justiça*, mormente nos direitos de alcance comunitário, buscando o respeito à ordem jurídico-social, podendo, para tanto, atuar em juízo de

---

43. Cf. A Tutela antecipada e o Ministério Público enquanto *custos legis*, in *Aspectos polêmicos da Antecipação de Tutela*, cit., p.458.

modo a ver cessado o dano (ou ameaça) a tais interesses;

f) há total compatibilidade entre a atuação do *Parquet* na busca da garantia de acesso à *ordem jurídica justa, eficaz e adequada* e o instituto da *antecipação da tutela*, podendo – e devendo – ser utilizado quando atuar no processo;

g) se preciso, inclusive, poderá o órgão ministerial, como parte autora (órgão agente) ou como interveniente (*custos legis*), deduzir pretensão antecipatória em juízo, de modo a fazer valer no plano concreto os interesses que lhe incumbe defender e velar;

h) não há incompatibilidade para que o MP pleiteie tutela antecipatória, nem mesmo quando atue como fiscal da lei, uma vez que o faz na proteção de interesses superiores, notadamente na busca de respeito à *garantia de acesso à ordem jurídica efetiva e instrumental*.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, vols.1 e 2, São Paulo : RT, 1999

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*, Rio : Freitas Bastos, 1995

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução Provisória e Antecipação da tutela*, São Paulo : Saraiva, 1999

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, Rio : Lumen Juris, 5ªed., 2001

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de tutela no processo civil*, Rio : Forense, 2ªed., 1999

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, Napoli : Morano, 1958

DIDIER Jr., Fredie. Antecipação liminar e parcial dos efeitos da tutela. Hipótese concreta. Cabimento. *Revista jurídica dos Formandos da UFBA – Universidade Federal da Bahia*, vol. 5, 1999

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo : Malheiros, 6ªed., 1998

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da Tutela Jurisdicional*, São Paulo : Saraiva, 1999

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (org.). *Ministério Público - Instituição e Processo*, São Paulo : Atlas, 1997

FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no âmbito recursal*, São Paulo : RT, 2000

FUX, Luiz e outro. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Rio : Forense, 1999

\_\_\_\_\_. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo : Saraiva, 1996

- \_\_\_\_\_. *Tutela Antecipada e locações*, Rio : Destaque, 2ªed., 1996
- LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*, São Paulo : Saraiva, 2001
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo : Saraiva, 2ªed., 1998
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, São Paulo : Malheiros, 3ªed., 1999
- \_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo : RT, 1992
- \_\_\_\_\_. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, São Paulo : RT, 3ªed., 1999
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*, São Paulo : Saraiva, 3ªed., 1998
- \_\_\_\_\_. *Manual do Promotor de Justiça*, São Paulo : Saraiva, 2ªed., 1993
- \_\_\_\_\_. *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo : Saraiva, 3ªed., 1996
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, São Paulo : Saraiva, 30ªed., 1999
- NERY Jr., Néelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo : RT, 4ªed., 1997
- \_\_\_\_\_. e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo : RT, 5ªed., 2001
- SCHMDIT Jr., Roberto Eurico. A tutela antecipada e o Ministério Público enquanto *custos legis*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo : RT, 1997
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, Brasília : Brasília Jurídica, 2000
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*, São Paulo : RT, 1998
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, São Paulo : Saraiva, 1997

## TESE 75

### AMANIFESTAÇÃO MINISTERIAL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA FRENTE A AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES POR PARTE DA AUTORIDADE COATORA. REVELIA ?

**Danni Sales Silva**

Promotor de Justiça Substituto do Estado do Tocantins.

O mandado de segurança é remédio constitucional, regulamentado especialmente pela Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 e disciplinado no artigo 5º, LXIX da Constituição pátria, sendo meio eficaz para salvaguardar direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A certeza e a liquidez são pressuposto constitucional inafastável para procedência do mandamus, sendo que, nas sábias lições de Hely Lopes Meirelles, estes requisitos apresentam-se externados quando seu direito tutelado apresenta-se “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração.”

A intervenção do Ministério Público em sede mandamental, opera em virtude do que encontra-se preceituado no artigo 10 da Lei nº 1.533, de 1951, que impõe a necessidade de ser ouvido o *parquet* no prazo de cinco dias.

Sua atuação, consubstancia-se em especial contribuição para salvaguardar a efetivação dos direitos sociais e fundamentais dos cidadão, estando o mandado de segurança disciplinado no capítulo que tutela os direitos e deveres individuais e coletivos, como sendo instrumento constitucional eficaz, para afastar as coações efetivadas por parte da autoridade coatora que haja com ilegalidade ou abuso do poder que lhe é conferido.

Quanto a feição jurídica que assume intervenção ministerial, sabe-se que a natureza jurídico-processual da atuação, e efetivada na qualidade de fiscal da lei, e não como representante judicial da pessoa jurídica, ante a expressa vedação constitucional contida no artigo 129, IX da Constituição Federal.

O termo “ouvir” utilizado pelo lei não se ajusta a condição de quem atua no processo como representante, pelo contrário, é próprio do *custus legis*. O compiscuo doutrinador Hely Lopes Meirelles, assim manifestou, “o Ministério Público é oficiante necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que pertence, mas como parte pública autônoma incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo. Daí por que, ao officiar nos autos, não está no dever de secundar as

informações e sustentar o ato impugnado quando verifique sua ilegalidade”. Seu dever “é o de manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento, pela sua carência, e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança... Quanto aos fatos, o Ministério Público não os pode negar ou confessar, porque isto é matéria das informações, privativa do impetrado, mas, quanto ao direito, tem ampla liberdade de manifestação, dada a autonomia de suas funções em relação a qualquer das partes”, vê-se pois, que o Órgão Ministerial, age indiscriminadamente em nome da Justiça, oficiando nos liames da Lei, verificando se o ordenamento jurídico reprova ou coíbe o ato nominado de ilegal ou abusivo da autoridade intitulada como coatora.

Uma vez compreendida a natureza jurídica da atuação, cabe definir a ratio da intervenção ministerial em sede de mandado de segurança. Sem olvidar-se da expressa determinação legal (artigo 10 da Lei nº 1.533, de 1951), cumpre-nos salientar que; sempre que for invocado o uso do *mandamus*, será porque estaremos de frete a uma ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por uma autoridade pública, que mitigou o direito líquido e certo do então paciente, nesta oportunidade a presença do fiscal da lei e premente, vez que, tratando-se de autoridade pública, teremos a inafastável existência do interesse público, o que leva a ocorrência da hipótese do artigo 82, III do Código de Processo Civil (art. 82, III CPC “Compete ao Ministério Público intervir: I-*omissis*; II-*omissis*; III- nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Antônio Cláudio da Costa Machado, entende que “embora disponível em sua essência, os interesses envolvidos no mandado de segurança assumem, por causa da excepcionalidade e rigor de seu procedimento, a condição de relevantíssimo socialmente e, de uma certa forma, de indisponíveis”, pronunciamento que por si só, faz explicar a natureza *sui generis* do procedimento mandamental.

Neste aspecto, percebe-se que a manifestação do Ministério Público em sede de mandado de segurança, com a máxima *vênia* dos entendimentos contrário, é de caráter obrigatório, sendo que, a falta de intimação do *parquet* acarreta a nulidade do processo, a partir do momento em que deveria ter oficiado no feito (artigo 84 do Código de Processo Civil). Salientando que, o Superior Tribunal de Justiça, vem decidindo que não basta a mera intimação do órgão do Ministério Público. É indispensável que o *parquet* realmente officie no feito. Tendo esta nobre casa julgado nulo diversos processos em que não houve a manifestação ministerial.

**Situando o Ministério Público dentro do tema, cabe-nos agora apresentar justificativa que no levou a apresentar a presente tese, a qual resume-se na presente problemática: Deve o representante do Ministério Público pugnar pela existência da revelia e subsequente operacionalização dos seus efeitos, quando a autoridade coatora deixa de ofertar as informações pertinentes ?**

A revelia consubstancia na falta ou intempestividade de apresentação de resposta do réu. A revelia entretanto, não se confunde com contumácia, pois esta é gênero, abrangendo também a inércia do autor. A contumácia é expressão utilizada para exteriorizar a inatividade das partes, enquanto a revelia é tecnicamente utilizada para externar a inatividade do “réu”.

É comum encontrarmos aqueles que confundem o instituto da revelia com os seus efeitos. E para compreensão da amplitude jurídica do instituto é necessário que analisemos as situações dispostas no artigo 320 do CPC, nas quais apesar de haver revelia, não haverá

superveniência de efeitos da mesma.

A revelia opera-se todas as vezes em que o réu não compareça à audiência; compareça mas desacompanhado de advogado; conteste intempestivamente; ou quando comparecendo acompanhado de advogado, conteste no prazo, mas não impugne especificamente os fatos narrados pelo autor na petição inicial .

Os principais efeitos da revelia são os seguintes: a) ao revel correrão os prazos independente de intimação; b) reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor e não contestados.

Percebe-se, destarte, que a previsão legal da revelia estimula o comparecimento do demandado para que conteste a ação, tendo com consequência principal, quando ocorrida, a operacionalização de presunção de veracidade dos fatos alegados na exordial e não contestados. O artigo 20 da Lei dos Juizados Especiais ( Lei 9099/95 ) veio esclarecer que “ *não comparecendo o demandado na sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz* “. Assim, o juiz apreciando as provas dos autos poderá mitigar a aplicação do artigo 319 do CPC, julgando a causa de acordo com o seu livre convencimento. Logo, a presunção de veracidade consistente no princípio da “marcação irrevisível”, **não** implica na procedência do pedido, pois, conforme posicionamento de nossos tribunais deve ser respeitado o livre convencimento do magistrado.

Coqueijo Costa, dissente de nosso posicionamento, e acha que o fato alegado por uma das partes e não refutado pela outra é tido como verdadeiro, inibindo a produção de provas em contraste com a presunção de veracidade, devendo a presunção sobre-existir frente a incompatibilidade com outras provas. O art.319 \_ diz o eminente jurista citando Pontes de Miranda \_ “afoitamente “ acolheu esse princípio, salvo apenas as limitações de incidência do art. 320 CPC

É encontradiço na doutrina e na jurisprudência dominante a tese que a amplitude dos efeitos da revelia é relativa, pois esbarra tanto nos casos em que o juiz deve se pronunciar de ofício (falta de condições da ação e pressupostos processuais) como **nos casos de não incidência da revelia** elencados na lei .

**Assim, mesmo ocorrendo a revelia, seus efeitos serão afastados nas seguintes hipóteses ( art.320, CPC ) :**

a) Quando houver **contestação de um dos litisconsortes**, salvo se o interesse de algum for conflitante, como acontece por exemplo se um dos litisconsortes nega ser dono do objeto litigioso, para excluir sua presença do polo passivo da demanda; b) **se a ação versar sobre direito indisponível**, pois este impede a confissão, situação própria exemplificativamente, das pessoas jurídicas de direito público; c) **falta de instrumento indispensável**, vg, a escritura pública para aquisição de imóvel; d) **citação ficta** onde há a nomeação de curador especial (o qual pode fazer a negativa geral, estipulando uma exceção ao princípio da eventualidade).

Alguns doutrinadores vislumbram que, para que se dê a revelia é necessário que tanto do mandado quanto da inicial ou do despacho do juiz conste expressamente a cominação prevista no art. 285, 2º parte, isto é, a advertência de que, “não sendo contestada a ação , se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor “.



Assim, percebemos que embora esteja verificada a ocorrência da revelia, nem sempre teremos consequentemente a operacionalização de seus efeitos. Isto porque, é necessário perquirir se o réu ausente foi regularmente citado e se a lide não se inclui em uma das exceções do art. 320 (I, II, III), que infirmam a confissão ficta, ou se não se trata de réu fictamente citado, ou privado de sua liberdade. Pois, vencidas estas hipóteses, ai sim, o magistrado poderá conhecer do pedido e profere sentença de mérito, não se olvidando de examinar a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Percebemos que a presunção de veracidade é relativa, de modo que, mesmo ante a falta de contestação o juiz pode julgar o pedido improcedente. Citamos como exemplo uma ação de reparação de danos por atropelamento de veículo, a qual teve curso na comarca de Hidrolândia. O caso é narrado pelo juiz Ari Ferreira de Queiroz, em seu livro de Direito Processual Civil. Narra o autor que: o réu não compareceu à audiência de instrução e julgamento, deixando, pois de contestar e tornando-se revel. Os pedidos poderiam ser julgados todos procedentes. Entretanto, como a autora era uma senhora idosa e aposentada, estranhou o nobre magistrado o pedido de lucro cessante e mandou que a autora fizesse prova do que deixara de ganhar com o acidente, mesmo considerando que o réu fora citado pessoalmente e não compareceu à audiência. Em depoimento pessoal a autora disse que durante o período que esteve hospitalizada não pôde ir ao banco receber os proventos da aposentadoria, mas que agora já havia recebido tudo. Assim, diante da inexistência do lucro cessante, julgou o juiz improcedente esta parte do pedido, reconhecendo a relatividade da presunção de veracidade.

Se o réu não contestar a ação, devem ser reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Todavia, o juiz apreciando as provas dos autos, pode mitigar os efeitos do artigo 319 do CPC, julgando a causa com o seu livre convencimento. Percebe-se então, que não é sempre, e nem em qualquer tipo de ação que ocorre a revelia. Pois, encontramos diferentes peculiaridades na aplicabilidade dos efeitos da mesma nos diversos procedimentos processuais, que esboçam particularidades próprias.

Adentrando no tema principal do presente trabalho, percebemos que o estudo dos efeitos da revelia em sede de mandado de segurança, ante a ausência de informações pela autoridade coatora, merece especial abordagem, devido ao fato de ser escassamente abordado pela doutrina, bem como, é tema que enfrenta posicionamentos controversos no âmbito jurisprudencial, postando o Ministério Público em difícil situação no momento em que deve manifestar-se no feito. Entretanto, a análise do tema proposto, não poderia prosperar sem antes serem tecidas as considerações preliminares que efetivamos, as quais auxiliaram o desvendar da problemática.

O mandado de segurança tem procedimento *sui generis*, com a notificação da autoridade coatora, inicia-se a contagem do prazo para o oferecimento das informações. Estas informações constituirão a defesa do administrador, podendo ser prestada, pessoalmente pela própria autoridade argüida de coatora ou por esta auxiliada por procurador, que assine juntamente com a mesma, a peça informativa.

Ponto de importante reflexão para entendermos o fenômeno da revelia em sede mandamental é o questionamento de quem seria a verdadeira parte passiva do mandado. A autoridade ou a entidade que ela representa ?

Fernando Capez admite que o mandado de segurança não é proposto contra a pessoa jurídica de direito público, mas contra a autoridade coatora. A melhor doutrina na sapiente voz de Ernane Fidélis, vê que a União, Estados, Municípios, autarquias, partidos políticos e pessoas

com funções delegadas é que sofrem as conseqüências materiais e processuais do mandado, devendo-se admitir que a autoridade seja, no caso, simples representante do ente público, posicionamento do qual comungamos e que coaduna com a visão da mais autorizada jurisprudência.

Assim, o erro na indicação da autoridade coatora pertinente, traz implicações práticas diversas: se o mandado de segurança for impetrado para se fazer frente a entidade que nada tem com o ato, a ela falta legitimidade passiva para a ação, e o julgamento, será, necessariamente, de carência, mas se o erro for quanto a pessoa da autoridade representante ou substituída, a questão não faz relação com a matéria da ação e sim com a de processo; daí que em tais condições, não deve o juiz julgar carecedora da ação, mas sim reconhecer o erro de pressuposto na formação processual.

Caso as informações sejam prestadas unicamente pela autoridade, contra quem é impetrada a ordem, esta, terá apenas atribuições processuais até fornecer as informações, pois, daí em diante, o processo deverá ser acompanhado por procurador devidamente habilitado nos autos, devendo a este, ser encaminhadas as intimações acerca da tramitação do processo e recursos.

Parte da doutrina considera a ação mandamental, como sendo de natureza executiva *lato sensu*. Sendo que, uma vez determinada a ordem de execução da segurança, será esta sempre dirigida à própria autoridade coatora, que deverá cumpri-la imediatamente, sob pena de ser processada e apenada pelo crime de desobediência, contido no Código Penal. “Incabível é a segurança contra a autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração devesse sempre contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; esta orientação funda-se na máxima, *ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível.

Nas informações a autoridade deve buscar demonstrar os fatos e fundamentos jurídicos que elidirão a força do *mandamus*, podendo oferecer as provas documentais necessárias, apenas não sendo permitida uma dilação probatória que descaracterizaria seu procedimento especial.

A cientificação do processo, dá-se através da notificação, que consiste na entrega da cópia da petição e documentos à autoridade coatora, podendo ser feita através de oficial de justiça e até mesmo pelo correio.

**Questionamos então, se uma vez notificada a autoridade coatora, ocorre ou não a revelia e seus efeitos na ação de mandado de segurança, no caso da ausência de fornecimento das informações?**

Alguns doutrinadores defendem a tese de que, uma vez notificada e não atendendo ao chamamento judicial, deixando de fornecer as informações, não haveria revelia, por não existir ainda relação processual constituída. Entretanto, este entendimento desvirtua-se da melhor doutrina, pois, a notificação no mandado de segurança é verdadeira citação. Com ela forma-se a relação processual e, a partir dela, inicia-se o prazo de informações, que como bem vimos, é forma de defesa.

Mesmo não sendo a notificação verdadeira citação em sua acepção técnica, a afirmação de que inexistiria no caso relação processual constituída, não prospera. Isto porque, o processo é legítimo instrumento para efetivação do direito de ação, o qual é um direito público subjetivo de invocar do Estado a tutela jurisdicional. Adotando a doutrina de Bulow, tem-se a natureza do processo como uma “relação jurídica”. Isto implicou em nosso ordenamento, no fato de ter o processo início com a prática do primeiro ato processual (artigo 263 CPC). Afastamos pois, a

antiga dicção do CPC anterior, que nos arts. 196 e 292, achava que o processo só teria início com a citação válida. A correta conclusão é de que, seja citada ou mesmo notificada a autoridade coatora, teremos in casu, uma completa formação jurídico processual.

Tendo pois, uma relação jurídica perfeita, podemos entrever que nada impede a existência da revelia (falta de resposta do “réu”), que é fenômeno de possível ocorrência em sede mandamental. Entretanto, o que deve ser questionado: é a possibilidade da superveniência dos efeitos da revelia, que é fenômeno que nem sempre decorre da existência daquela.

Para Hely Lopes Meireles, a falta ou intempestividade das informações pode importar confissão ficta dos fatos argüidos na inicial, se isto autorizar a prova oferecida pelo impetrante. *Permissa venia*, ousamos afirmar que a assertiva do nobre doutrinador, apesar de correta, é carecedora de complementação.

A questão é muito mais ampla e complexa. Tratando-se de autoridades representativas de alguns dos poderes dos entes estatais, contra estas não operam os efeitos da revelia, devido ao fato de que os atos emanados por estas autoridades são indisponíveis (320,II CPC), gozando de presunção de legitimidade, que certamente não poderia ser elidida por uma presunção de veracidade decorrente da revelia. Vemos, portanto, que contra autoridade coatora representativa de pessoa de direito público, não deve operar a precariedade da confissão ficta. Os efeitos da revelia *poderiam*, no entanto, prevalecer nos casos em que estivéssemos lidando com autoridades pertencentes a partidos políticos ou pessoas com funções delegadas, os quais não desfrutaram dos atributos mencionados.

Importa-nos sobretudo, acertar que, mesmo em se tratando de ato de autoridade coatora pertencente a pessoa jurídica de direito privado, a falta das informações pela autoridade coatora não induzira aos efeitos da revelia. Isto porque, em sede mandamental, compete ao impetrante convencer o julgador acerca da prova documental e pré-constituída atinente a liquidez e certeza do direito cerceado pelo abuso ou ilegalidade do ato do ato coator. Portanto, se os fatos forem controvertidos e necessitarem da presunção de veracidade fruto da confissão ficta, certamente, estaremos a tratar de uma petição que, *ab initio*, não se coaduna com o rito mandamental, devendo ser denegada a segurança. Sob pena de fazer-se por necessário o uso dos remédios recursais cabíveis para afastar qualquer espécie de sentença mandamental alicerçada na precariedade da presunção iures tantum cominada no artigo 319 do Código de Processo Civil (“Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”). Vejamos pois, algumas jurisprudências dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Paraná, que afastam a aplicação dos efeitos revelia.

Tribunal de Justiça de São Paulo . Ementa . Mandado de Segurança- Apresentação de informações após o lapso temporal – Aplicação dos efeitos da revelia- Inadmissibilidade- Certeza e liquidez do direito que devem ser demonstrados pelo impetrante- Irrelevância da presunção da veracidade dos fatos descritos na inicial com a aplicação da norma legal- Recurso provido. Em mandado de segurança, quem tem que fazer prova de liquidez e certeza do direito, mediante prova documental pré-constituída, é o impetrante, o que afasta, conseqüentemente, a aplicação da confissão ficta por não contestação se aquela prova, cujo ônus é do impetrante, não for feita . ( apelação civil nº. 080.327-5- Nhandeara- 8ª Câmara de Direito Público – Relator: Celso Bonilha- 30/06/99.

Tribunal de Justiça do Paraná. Decisão : Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento a apelação.

EMENTA – Mandado de Segurança- Ausência ou intempestividade das informações – Inexistência de revelia – Carta-Convite e contrato administrativo – Vinculação – No mandado de segurança, a ausência ou a intempestividade das informações por parte da autoridade coatora não acarreta a eficácia da revelia, porquanto compete ao impetrante fazer prova documental do seu afirmado direito líquido e certo- Sendo de rigor a observação do princípio da vinculação do contrato ao instrumento convocatório, os termos do contrato celebrado não prevalecem sobre os da carta convite. Apelação desprovida .

Mandado de segurança. Em se tratando de MS, não há que pretender a ocorrência de confissão ficta por falta de contestação, dada a intempestividade das informações ( STF, 1ª T., RMS 21300-1-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.3.1992, v.u., JSTF173/139 ).

Assim, mesmo ocorrendo a revelia no mandado de segurança, em regra, inexistirá a superveniente operacionalização de seus efeitos. Isto porque, se a autoridade coatora for sujeito pertencente a algum órgão do poder Estatal, contra este a revelia não induzirá efeitos, pois, a ação versará sobre direito irrenunciável em virtude da indisponibilidade do interesse público, que somente pode ser disposto pelo Estado, enquanto ente federativo e nos moldes da Lei, e não pelos órgãos da Administração, através de seu agente público que encontra-se apenas no exercício de uma função pública. Isto impede a confissão, nos moldes do artigo 320, II do CPC.

Resta também demonstrado que, uma vez existente a obrigatoriedade de ser comprovada a liquidez e certeza peculiar à ação mandamental, não existirá espaço para que se invoque uma presunção de veracidade, vez que, o direito estará delimitado, delineado, demonstrado e comprovado estando completamente apto a ser exercido no momento da sua impetração, ou caso contrário o pleito não se adequara aos rito mandamental..

Feita estas reflexões e deduções, com certeza pairará o seguinte questionamento por parte de alguns membro do Ministério Público, quanto a eficácia do mandado de segurança como remédio constitucionalmente assegurado, senão vejamos o levante da indagação:

Se uma vez revel a autoridade coatora ante a ausência ou intempestividade de fornecimento das informações, e, sendo refutada a possibilidade de ocorrência da presunção de veracidade dada a peculiaridade da ação mandamental, não restará comprometido o uso e operacionalização do mandado de segurança, vez que, está afastada a possibilidade da superveniência dos os efeitos da revelia, impedindo a presunção de veracidade ?

*In casu*, não estará inviabilizado o uso do supramencionado remédio constitucional, devido a ausência de informação da autoridade coatora. Isto porque, poderá o julgador conceder a segurança embasado no direito líquido e certo demonstrado na inicial. Pois, faltando a certeza e liquidez, não teremos espaço e muito menos possibilidade jurídica de aplicação dos efeitos da revelia, conforme vimos.

Assim, ofertar as informações, é um dever da autoridade argüida de coatora, que caso seja omissa neste aspecto, perderá a oportunidade pertinente para refutar material e processualmente as afirmações que visam salvaguardar os direitos do paciente, podendo sofrer o ônus de ver-se coartada a obedecer a ordem judicial. A qual, salvaguardará o anseio daquele que bate às portas do judiciário pleiteando a tutela jurisdicional, para fazer frente à sua pretensão resistida, que foi obstaculizada e agora vê-se por resgatada no demonstrar do direito líquido e certo que fora maculado pelo ato da autoridade coatora.

Louvado seja a redação do artigo 10 da Lei 1.533/51, a qual estipulou que: “findo o prazo

a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, **tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.**” Efetivando uma interpretação teleológica do dispositivo, vê-se que a *mens legis*, reitera a inocorrência dos efeitos da revelia, realçando claramente a prescindibilidade das informações em mandado de segurança. Disciplinando esta redação, nosso ordenamento, nada mais fez, senão, salvaguardar os interesses da própria coletividade, que não pode arcar com as severas consequências da revelia em virtude da negligência de uma autoridade pública. Assim, temos que, tratando-se de mandado de segurança, a certeza e liquidez do direito deve ser demonstrada de plano pelo impetrante, não existindo espaço e nem possibilidade jurídica de uma confissão ficta.

## TESE 76

### A NOVA SISTEMÁTICA DO INSTITUTO DO AGRAVO E ALGUMAS DÚVIDAS QUE ELA AINDA SUSCITA\* .

**Celso Jerônimo de Souza**

Promotor de Justiça, titular da 2ª Promotoria Cível de Rio Branco-AC e Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça.

**“Não vemos as coisas como elas são e sim como nos parecem.” (Talmude)**

#### **1 – Introdução. 2 – Fundamentação. 3 – Conclusões.**

##### **1. Introdução**

O dispositivo contido no artigo 526 é um imperativo, uma faculdade ou se constitui um ônus do agravante? Em sendo assim, deixando de exercitar o seu comando, pode ele agravante ser penalizado com o indeferimento da inicial do recurso ou até mesmo não ter seu agravo conhecido?

O legislador conferiu ao artigo 526 do Código Instrumental a seguinte redação:

*“O agravante, no prazo de 3 (três) dias, **requerará juntada**, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.”* O destaque é nosso.

Qual será o fim pretendido pelo legislador com esse requerimento? Dar ciência da interposição do agravo ao juiz prolator da decisão resistida, possibilitando-lhe retratar-se? Documentar os autos principais noticiando o manejo do recurso? Informar ao agravado sobre o

---

\* Aprovada I Congresso do Ministério Público do Estado do Acre realizado em maio/junho/2001.

teor do recurso? Qualquer que seja o móvel que orientou o legislador, resta claro porém, que a inércia do agravante não lhe implicará qualquer penalidade de natureza processual. Por que? Simples. Ele, legislador, não cominou nenhuma sanção. Demais disso, como se trata de um pedido de juntada, pode ser ou não deferido. Se indeferida a juntada, que prejuízo resultará na tramitação do recurso? No decorrer deste ensaio ousaremos sugerir respostas a estas indagações, sem pretensão maniqueísta, é claro.

Uma coisa é certa, o fato de a parte manejar o agravo de instrumento diretamente no Tribunal, em caso que desafie este tipo de instrumento processual, olvidando de atender ao comando contido no artigo 526, do CPC, nada impede que o juízo *ad quem* aprecie a matéria devolvida, se preenchidos os pressupostos recursais. Já o juízo de retração pelo prolator da decisão impugnada, pode ser exercitado por ocasião das informações consagradas no artigo 527, I, CPC, se elas forem requisitadas pelo tribunal.

É correto, também, afirmar que o novo regime do agravo agiliza a sua tramitação, porém, ainda causa algumas hesitações, *máxime*, no que tange ao prazo previsto no § 2º do artigo 523 do CPC, se ele é para o agravado responder ou para o juiz apreciar o recurso.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

O **Superior Tribunal de Justiça**, através da sua quarta turma, em acórdão da lavra do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, entendeu que a norma contida no artigo 526 do Código de Buzaid é imperativa, e constitui-se em pressuposto de admissibilidade do agravo de instrumento<sup>1</sup>.

---

### 1. Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RESP 181359/SP (199800500120)

RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: Por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento.

DATA DA DECISÃO: 23/09/1998

ORGÃO JULGADOR: - QUARTA TURMA

E M E N T A

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CPC, ART. 526. IMPOSIÇÃO LEGAL. PRESSUPOSTO. DESCUMPRIMENTO. DOUTRINA. PRECEDENTES DA TURMA.

RECURSO DESPROVIDO.

I - A não-observância do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil leva à ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, impondo o não-conhecimento do recurso. Caso o agravante não observe essa norma no prazo, disso tomando ciência o relator, por iniciativa do agravado ou informação do juiz, deverá ter por prejudicado o **agravo**, dele não conhecendo, por falta de pressuposto do seu desenvolvimento.

II - Segundo a melhor doutrina, a "determinação legal reveste-se de caráter cogente e ostenta dupla utilidade: 1. permite ao juiz saber da existência do recurso e de seus fundamentos, facultando-lhe exercer o '**juízo de retratação**', com imediata intimação das partes e comunicação ao relator (art. 529); 2. permite à parte agravada conhecer o âmbito do recurso, para que melhor possa aparelhar-se, quando intimada (pela via postal ou pelo órgão oficial), a exercer seu direito de resposta (art. 527, III)".

III - Em outras palavras, dois são os objetivos da norma: proporcionar ao juiz o **juízo de retratação** e dar ciência à parte contrária, do teor do **agravo**, sendo de aduzir-se que tal imposição se torna essencial em face do atual modelo de **agravo de instrumento**, introduzido pela Lei nº 9.139/95. Com efeito, ao possibilitar-se a sua interposição diretamente no protocolo do **Juízo "ad quem"**, inclusive pela via postal, o novo sistema exige a referida cópia e relação dos documentos para que deles, além do juiz da causa, tenha também ciência a parte contrária. A não se entender assim, estaria o advogado do agravado, em causa tramitando fora da Comarca da Capital, e muitas vezes distante, de deslocar-se até a sede do tribunal para tomar ciência de tais peças, o que não se mostra razoável. RELATOR: MINISTRO SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

INDEXAÇÃO: DESCONHECIMENTO, AGRAVO DE INSTRUMENTO, INOBSERVANCIA, PREVISÃO LEGAL, AGRAVANTE, PRAZO LEGAL, JUNTADA, PROCESSO, COPIA, COMPROVANTE, PETIÇÃO, AGRAVO, MOTIVO, IMPOSSIBILIDADE, RETRATAÇÃO, JUIZ, PREJUÍZO, DIREITO DE DEFESA, AGRAVADO, OBRIGATORIEDADE, OBSERVANCIA, DISPOSITIVO LEGAL.

Postura idêntica foi adotada pela 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo no Agravo de Instrumento n.º 514.134-0/8, julgado em 10/02/98, que teve como Relator o Juiz Aclibes Burgarelli.

O conduto desta deliberação decorre do fato segundo o qual, o inadimplemento do ato que encerra o artigo 526, do Código Instrumental, lança dois embaraços: *a um*, retratação do juiz que exarou a decisão hostilizada; *a dois*, de prestar informações adequadas. Esta corrente tem alicerce na doutrina da Professora TEREZA ALVIM, CLITO FORNACIARI e VICENTE GRECO FILHO.

Malgrado a orientação pretoriana e apoio de ilustres doutrinadores, com ela, *data máxima venia*, não se ajusta a melhor doutrina.

Ao se referir ao artigo 526 do Digesto Instrumental, o próprio titular da Cadeira de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, insigne Professor GRECO FILHO, reconhece que a lei não prevê sanção expressa no caso de não atendimento da exigência ou de não ser ela íntegra<sup>2</sup>.

De fato. A expressão *requererá juntada* contida no bojo do dispositivo legal em destaque, sugere a idéia de imposição ao agravante, que potencializa o indeferimento liminar do recurso pelo relator, ou o não conhecimento dele. Em verdade, a frase em foco, de imperativo nada tem, não passando de mera faculdade outorgada pelo legislador ao agravante, razão pela qual, se a permissão não for exercitada no lapso legal, nenhum escarmento ser-lhe-á aplicado. Ademais, o texto da lei não impõe qualquer penalidade ao agravante que deixe de agitar o requerimento. Se o legislador não previu pena, não cabe ao intérprete fazê-lo. Poder-se-ia dizer, como querem alguns, que o não exercício da providência contemplada no citado dispositivo importa em ônus do agravante que resultará, como consequência, na irretratabilidade do juízo *a quo*. Não penso assim, porquanto nada impede que o órgão recorrido, a qualquer momento que tomar conhecimento do agravo, antes da sua apreciação pelo Tribunal, exerça a faculdade de se retratar.

Imaginemos a hipotética e remota possibilidade de o juiz negar o pedido de juntada, qual seria a repercussão dessa negativa no processamento e tramitação do agravo de instrumento? Penso que nenhuma. Ora, se a denegação da juntada não tem força para interferir no andamento ou destino do recurso, a inércia do agravante, por simetria, tampouco pode produzir qualquer reflexo ou embaraço na sua admissibilidade.

Não estamos só nesse entendimento, porquanto a doutrina de NELSON NERY JÚNIOR<sup>3</sup> obtempera que a expressão *requererá* contida na lei, traduz faculdade do agravante postular a *juntada* dos documentos que ela arrola perante o juízo *a quo*. Assevera que sendo ônus e não obrigação, caso não providencie a juntada, só terá contra si o fato de o juízo recorrido não poder se retratar. Atesta o renomado jurista que o agravante não pode ser apenado com o não conhecimento do recurso, quando não requerer a juntada dos documentos mencionados no texto legal em realce. Refuta, por outro lado, a tese da cogência da referida expressão, sob o pálio do cerceamento de defesa do agravado, argumentando que a ciência do teor do agravo lhe será dada quando o tribunal o intimar para contraminutar o recurso. Sublinha que a única finalidade dessa providência é dar ciência ao juízo *a quo* da interposição do recurso a fim de que, querendo, possa retratar-se. Remata assegurando que é ilegal e contra o sistema do Código, não conhecer do agravo, porque não houve a comunicação versada no artigo 526, do CPC.

2. Direito Processual Civil Brasileiro, 2º vol. Saraiva, 13ª edição, página 311.

3. Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª edição, página 770.



Para ilustrar, é oportuno lembrar o magistério de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, quando faz alusão ao dispositivo legal em tela, testifica que: *“Essa diligência não tem o objetivo de intimidar a parte contrária, porque sua cientificação será promovida diretamente pelo tribunal (art. 527, III). Sua função é apenas de documentação e, também, serve como meio de provocar o magistrado ao juízo de retratação, que pode ocorrer mesmo antes das informações a serem prestadas ao relator.”*<sup>4</sup>

Destarte, o argumento da imperatividade do comando contido no dispositivo legal em comento, para possibilitar o exercício do juízo de retratação e facilitar as informações, é frágil e não se sustenta se pensarmos que a qualquer tempo, tomando ciência do agravo, o juízo recorrido poderá se retratar, inclusive quando da requisição das informações referida no artigo 527, I. O não exercício da oportunidade, significa apenas que o agravante está renunciando ao juízo de retratação do julgador originário. Nada mais. Embora, logicamente, não possa evitar que o faça, quando das informações.

Insta não perder de vista que no regime anterior à Lei n.º 9.139/95, o processamento do agravo se dava na instância singela, perante o juízo recorrido, com a intimação do agravado para indicar as peças dos autos que queria ver trasladadas e acostar documentos novos<sup>5</sup>. Superada esta fase, cabia ao escrivão, no prazo de 15 dias, prorrogáveis, extrair, conferir e concertar o traslado, sendo facultado ao agravante manifestar-se sobre os documentos novos acostados pelo agravado no prazo de 5 dias<sup>6</sup>.

Finda a formação do instrumento, o recorrido era intimado para contra-arrazoar o agravo<sup>7</sup>, quando, então, deveria o agravante prepará-lo no prazo de 10 dias, subindo os autos conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão combatida<sup>8</sup>. Se mantida, o recurso era remetido ao tribunal no prazo de 10 dias<sup>9</sup>; se reformada, o escrivão faria acostar aos autos principais o inteiro teor da nova decisão<sup>10</sup>, cabendo ao agravado inconformado pugnar pela remessa do instrumento ao tribunal no prazo de 5 dias, mediante o depósito do preparo feito pela parte contrária<sup>11</sup>.

De sorte que, examinando o agravo sob a inspiração do regime anterior, era possível identificar o momento escoreito para que o juiz pudesse modificar sua decisão.

A sistemática atual traçada pela Lei n.º 9.139/95, por outro lado, **não se encontra** de maneira *expressa* o momento para o juízo de retratação, ficando *implícita* esta faculdade ao

---

4. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 21ª edição, Forense, página 576.

5. A antiga redação do artigo 524, do CPC era a seguinte: *“Deferida a formação do agravo, será intimado o agravado para, no prazo de 5 (cinco) dias, indicar as peças dos autos, que serão trasladadas, e juntar documentos novos.”*

6. O texto revogado do artigo 525 era assim: *“Será de 15 (quinze) dias o prazo para a extração, a conferência e o concerto do traslado, prorrogável por mais 10 (dez) dias, mediante solicitação do escrivão. Parágrafo único. Se o agravado apresentar documento novo, será aberta vista ao agravante para dizer sobre ele no prazo de 5 (cinco) dias.”*

7. O artigo 526 antigo tinha o seguinte texto: *“Concluída a formação do instrumento, o agravado será intimado para responder.”*

8. Recorde-se a antiga redação do *caput* do artigo 527, verbis: *“O agravante preparará o recurso no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação da conta, subindo os autos conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão agravada.”*

9. O § 4º do dispositivo retro era o seguinte: *“Mantida a decisão, o escrivão remeterá o recurso ao tribunal dentro de 10 (dez) dias.”*

10. Por sua vez o § 5º previa: *“Se o juiz reformar, o escrivão trasladará para os autos principais o inteiro teor da decisão.”*

11. Já o § 6º preconizava: *“Não se conformando o agravado com a nova decisão, poderá requerer, dentro de 5 (cinco) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, para ser levantada por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso.”*

prever, o legislador, no art. 529 que “*se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo.*”

Com efeito, é curial salientar que o novo regime do agravo de instrumento acabou por oportunizar duas ocasiões para o magistrado retratar-se: *a uma* quando lhe for noticiado o recurso através do requerimento contemplado no artigo 526. Bom que se repita que, se o agravante não promover o pedido versado no dispositivo legal, nenhuma sanção lhe será aplicada. Apenas o juízo monocrático não poderá exercer a retração, por ignorar o recurso. Não há que se falar, igualmente, em eventual prejuízo ao agravado, posto que, o tribunal o intimará para responder o recurso, quando então tomará ciência do inteiro teor do agravo; *a duas* quando prestar as informações mencionadas no inciso I, do art. 527 do Código de Ritos, se acaso for requisitadas pelo relator.

O tema, foi enfrentado lapidariamente pelo Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que enfatiza: “*Tem-se sustentado que o descumprimento da norma pelo agravante impede que o tribunal conheça do agravo, rendendo ensejo, inclusive, ao trancamento da respectiva tramitação pelo relator (art. 557, caput). Ao nosso ver sanção tão drástica reclamaria cominação expressa, que não há. De resto, pode acontecer que a omissão nem sequer chegue ao conhecimento do relator (e do próprio colegiado): a lei não exige que se lhe comunique a prática do ato imposto no art. 526, ou o decurso in albis do tríduo. Parece-nos que a única conseqüência processual da inércia do agravante, aqui, consiste em obstar ao exercício, pelo órgão a quo, do poder de rever a decisão agravada*<sup>12</sup>.”

A bem da verdade, a doutrina de JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ao versar sobre a oportunidade de retratação, leciona que: “*o magistrado sempre terá oportunidade para retratar-se, desde que o faça antes de um possível indeferimento liminar do recurso (CPC, art. 527 c.c art. 557), pelo relator, ou de seu julgamento pela turma julgadora*<sup>13</sup>”

No mesmo diapasão é o escólio de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ao discorrer que: “*embora não haja um termo prefixado para o juiz deliberar a respeito, não poderá modificar sua decisão após ter prestado informações ao relator, confirmando-a.*<sup>14</sup>”

Matéria que tem suscitada divergência é quanto a necessidade ou não de o juiz facultar ao agravado responder ao recurso antes do juízo de retratação.

Uma corrente defende a imprescindibilidade desta oportunidade ao recorrido para que defenda a decisão objurgada, homenageando-se, pois, o princípio do contraditório elevado à categoria de direito fundamental no artigo 5º, LV, da Magna Carta e, também, pela exigência de tratamento igualitário às partes contemplada no artigo 125, I, do Código de Processo Civil. Outra se contrapõe a esta sob o argumento de que o contraditório é diferido e pode ser exercitado a posteriori, a exemplo do que ocorre nas liminares inaudita altera parte. Acresce essa corrente que a lei não estabelece tal necessidade, entendendo, portanto, ser prescindível estabelecer o contraditório. Embora na prática pareça complicado facultar o contraditório, em razão do prazo para o agravado responder e a exiguidade para a retratação, recomenda-se em certos casos, seja esse direito garantido.

12. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, 7ª edição, p. 500.

13. Recurso de Agravo, São Paulo: RT, 1998.

14. A reforma do Processo Civil Interpretada, 2ª edição p. 83

A nosso aviso, a melhor saída e que melhor se afina com a reforma da sistemática do agravo é aquela em que, o juiz ao receber o material vicejado no artigo 526 e, persuadindo-se que o melhor caminho é se retratar, há de ouvir o agravado, em prestígio aos princípios do contraditório e igualdade entre as partes. De outro lado, se estiver convencido que manterá sua decisão, evidentemente que será prescindível a convocação do agravado, posto que, não experimentará qualquer prejuízo, atendendo-se ao princípio da economia e celeridade processual. De mais a mais, se fosse exigida a medida, estar-se-ia diante de providência inócua, porquanto, o agravado estaria respondendo duas vezes ao recurso; uma no juízo monocrático; outra no colegiado, esta sim imprescindível.

Questão interessante, não resolvida pelo novo regime do agravo, é quanto a eventual reforma da decisão impugnada. No anterior o agravado, como vimos em linhas pretéritas, em havendo retratação, depositava o valor do preparo em cartório, e pleiteava a remessa dos autos ao tribunal. Na nova sistemática não há previsão semelhante, razão disso, duas corrente se formaram: *uma* sustenta que se ocorrer a retração, cabe ao agravado deduzir mero pedido endereçado ao relator; *outra* contrariando esta, proclama que em caso de retratação pelo órgão monocrático, não há outra saída ao agravado senão interpor um novo agravo contra esta nova decisão incidental. A primeira, no entanto, não tem assento legal, enquanto a segunda, tendo ela natureza interlocutória, não resta qualquer dúvida que desafia revisão através de agravo, se preenchido os pressupostos de sua admissibilidade, logicamente.

É mister uma palavra sobre a possível existência de duas reformas<sup>15</sup> da decisão contestada, quando da apreciação do agravo, uma pela instância singela, outra pelo sodalício: qual delas deverá prevalecer?

É NELSON NERY JUNIOR que nos dá a resposta dizendo: *“é o acórdão que deu provimento ao agravo que terá eficácia, substituindo tanto a decisão agravada (porque lhe é contrária) quanto a nova (porque equivaleria à confirmação), de retratação, (CPC, art. 512) e, portanto sobre elas terá prevalência”*<sup>16</sup>. Esclarece VALENTINA JUNGSMANN CINTRA ALLA, entretanto, *que só prevalecerá a decisão de retratação do Juiz se o Tribunal for comunicado antes do julgamento do recurso*. Do contrário, afirma ela, *deverá prevalecer a decisão do Tribunal*.<sup>17</sup>

A guisa de meditação derradeira, há que salientar o avanço experimentado com a nova metodologia do recurso de agravo, no que toca ao agravo retido, porquanto antes do advento da Lei n.º 9.139/95, não tínhamos previsão sobre o momento processual para a sua apreciação, o que gerou polêmica na doutrina, com posições favoráveis e contrárias à retratação.

A reforma processual veio pacificar a divergência até então instalada, autorizando a retratação no artigo 523, § 2º, após ouvida a parte contrária, em cinco dias.

Não obstante o avanço, a redação do dispositivo legal acima, dá margem a incerteza sobre o destinatário do prazo de 5 dias. Como sói acontecer, a doutrina está dividida: *uma* corrente defendendo que o prazo é impróprio, não sugerindo preclusão, uma vez que conferido ao juiz para se retratar; *outra* corrente liderada por BERMEDES e CARREIRA ALVIM, proclama que aquele prazo é para o agravado responder.

15. Evidente que já sabemos que a retração pelo juízo “*a quo*” uma vez informada ao tribunal, prejudica o julgamento do recurso por este. A hipótese levantada é de que esta comunicação só ocorra depois do tribunal já ter julgado a matéria devolvida.

16. Atualidades sobre o processo Civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996.

17. O Recurso de Agravo e a Lei 9.139, de 30/11/95. São Paulo: RT 1998.

Pensamos que o prazo estabelecido no § 2º do artigo 523, tem como destinatário o juiz, posto que se fôssemos considerar como prazo para o agravado contraminutar, então estaríamos diante de uma norma inconstitucional por ferir o princípio da igualdade, já que o agravado teria prazo menor que o próprio agravante, que tem 10 dias para manejar o recurso.

A posição que abraçamos tem o apoio da doutrina de NELSON NERY JUNIOR, para quem *“o prazo de cinco dias, expresso na norma comentada, destina-se ao juiz. Não poderia dirigir-se ao agravado, pois ofenderia o princípio da igualdade, já que o agravante tem dez dias para interpor recurso (CPC 522 caput). Dentro dos cinco dias o magistrado deverá pronunciar-se sobre eventual retratação ou manutenção da decisão recorrida”*<sup>18</sup>.

Orientação similar é a do Professor HUMBERTO THEODORO JUNIOR ao pontificar que *“com as inovações da Lei n.º 9.139/95, certo que o juiz poderá retratar a decisão objeto do agravo retido, no prazo de cinco dias contados da resposta do agravado”*<sup>19</sup>.

A explicação lúcida de BARBOSA MOREIRA é ainda mais simples quando anuncia que: *“o prazo de 5 dias, a que alude o texto, tem como destinatário o juiz, não o agravado. Sugere-o, desde de logo, a pontuação: mal se justificaria a vírgula antes da cláusula derradeira se esta se ligasse a ‘após ouvida a parte contrária’”*<sup>20</sup>.

Por uma questão de simetria, o processamento do agravo retido deve ter igual tratamento quanto a oitiva do agravado, qual seja, se o juiz estiver convencido da necessidade de modificar a decisão combatida, por respeito ao princípio da igualdade e contraditório deve facultar ao agravado a oportunidade de defender a decisão, sendo desnecessário esta providência, se acaso estiver seguro da sua manutenção.

### 3. CONCLUSÕES

3.1). O comando do artigo 526 do CPC tem por objetivo dar conhecimento ao órgão prolator da decisão agravada ou deixar consignado no processo o manejo do recurso, a fim de que possa habilitar o juízo de retratação, não podendo, de maneira alguma, resultar em sanção ao agravante caso não exercite a providência, conquanto importa em mera faculdade deste.

3.2). Não pode destarte, o relator ou tribunal, extinguir ou não conhecer do recurso sob o argumento da falta de pressupostos para a sua tramitação, uma vez que esta penalidade não está prevista em lei, razão pela qual, se o legislador não a previu, não cabe ao intérprete criá-la em prejuízo da parte recorrente.

3.3). Deve o juízo *a quo*, antes de retratar-se, oferecer oportunidade ao agravado de defender o ato judicial impugnado.

3.4). O prazo de cinco dias estampado no artigo 523, § 2º, do CPC se destina ao juiz da decisão agravada, para que a reforme ou mantenha.

---

18. Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição, RT, página 764.

19. Ob. cit. p. 574.p

20. Ob. cit. p. 492.

**TESE 77****A JUSTIÇA ELEITORAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Paulo César Corrêa Borges<sup>1</sup>**  
Promotora de Justiça - SP

**Sumário: I. Introdução - II. A intervenção do *custos legis* - III. Intimação pessoal do Promotor de Justiça Eleitoral - IV. Quinto constitucional na Justiça Eleitoral - V. Carta de Franca - VI. Conclusões.**

**I - Introdução**

A modernização do Poder Judiciário, notadamente no campo da sua integração institucional com o Ministério Público, passa pela reformulação da sua estrutura no ramo especializado da Justiça Eleitoral, desde a composição dos seus respectivos tribunais, até a intervenção em todos os processos e procedimentos eleitorais, além da intimação pessoal do membro do *Parquet*, atuando este como órgão agente ou simplesmente como *custos legis*<sup>1</sup>.

Com o atual perfil constitucional do Ministério Público, à luz da C.F./88, impõe-se uma atualização da intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, porquanto passou a ser o defensor da legalidade democrática<sup>2</sup>.

**II - A intervenção do *custos legis*.**

Alguns pretendem que o Promotor de Justiça mantenha sua atuação em áreas que tradicionalmente ocupou, talvez por estratégia institucional defensiva, enquanto outros continuam a evocar o chamado “interesse público”, para justificarem a permanência nas

---

1. Cláudio Souto sustenta que, atualmente, o Ministério Público transformou-se em verdadeiro *custos juris* ou *custos societatis*, vinculando-o à materialização da Constituição Federal de 1988, principalmente em virtude de seu novo perfil constitucional, vinculado à defesa dos direitos metaindividuais e do regime democrático. Ver a respeito sua obra: *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 84-5.

2. Ver a respeito o artigo *Ministério Público e a tutela das liberdades públicas*, de Luiz Antônio Guimaraes Marrey et al. IN: JUSTITIA. Set./1985. v.131 p.317-324.

atribuições do Ministério Público a intervenção em processos ou procedimentos, sem qualquer relevância social e que envolvem interesses individuais, marcadamente disponíveis<sup>3</sup>.

Contudo, como instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>4</sup>, deve o Ministério Público buscar o incremento de sua atuação em áreas ainda pouco ocupadas, ou exercida como um coadjuvante prescindível, quando em verdade aquelas transcendem até mesmo sua essencialidade à prestação jurisdicional, para destacarem sua destinação constitucional de defensor do regime democrático.

O interesse público está presente em todo e qualquer processo, uma vez que é peculiar à tutela jurisdicional a pacificação social, através da composição dos litígios ou da administração judicial de interesses privados<sup>5</sup>. Assim, a singela expressão “interesse público”, constante do artigo 82, do Código de Processo Civil, hoje, é insuficiente para indicar quais são as causas que reclamam a intervenção do Ministério Público, e quais prescindem de sua intervenção.

Devem ser verificados, por conseguinte, os termos em que o dispositivo processual referido foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, notadamente diante dos artigos 127 e 129, da Carta Magna. Somente intervirá o *parquet* quando presente algum interesse social ou individual indisponível, ou mesmo quando envolver a defesa da ordem jurídica ou do regime democrático<sup>6</sup>. Presentes tais hipóteses, torna-se imprescindível a intervenção do Ministério Público, ainda que se trate de legislação que omitiu a necessidade de sua atuação.

Algumas leis ordinárias, anteriores ou posteriores à Constituição Federal de 1988, utilizam a fórmula singela de determinar que o Ministério Público deve ser ouvido nas matérias que regulam. Outras omitem tal referência, a despeito de ser matéria na qual a atuação do Ministério Público mostra-se essencial à prestação jurisdicional, o que, às vezes tem levado magistrados a prescindirem de sua intervenção.

Deve ser o Ministério Público ouvido em tais processos, sendo referida instituição a única que pode dizer se estão presentes os pressupostos constitucionais, que reclamam a sua intervenção (defesa dos interesse social e individual indisponível, regime democrático ou ordem social), sob pena de se estabelecer uma interferência que afronta sua independência, senão for violada a tripartição do poder. Contudo, isso não significa que deve permanecer intervindo cegamente, em razão da simples referência legislativa, em alguns processos, ou deixando de intervir em outros, tão somente em razão da omissão legislativa a respeito.

Uma vez ouvido o Ministério Público e tendo negado a sua intervenção, por ausência dos referidos pressupostos constitucionais — valendo-se até da aplicação analógica do disposto no artigo 28, do Código de Processo Penal — o processo cível deve prosseguir sem a sua intervenção<sup>7</sup>. Por outro lado, deverá ser admitida sempre a sua intervenção quando, a despeito da omissão legislativa, estiverem presentes as hipóteses constitucionais (artigo 127, C.F./88) e o interesse público reclamar a sua atuação (artigo 82, CPC).

---

3. Ver artigo de autoria de Paulo César Corrêa Borges, intitulado “Imediato abandono da verificação de habilitação de casamento”, In Revista da A.P.M.P., Ano IV, n. 33, jun-jul/2000, p. 34/36.

4. Artigo 127, da Constituição Federal de 1988.

5. É a consagrada jurisdição voluntária. Nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra *et al. Teoria geral do processo*. 6ª. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. p. 106.

6. Ver Paulo César Corrêa Borges, *op. cit.*, p. 34.

7. Ver Paulo César Corrêa Borges, *op. cit.*, p. 35.

A despeito de toda essa consideração, mesmo sob a égide da atual C.F./88, ainda permanece o Ministério Público intervindo em processos em que há patente disponibilidade concernente ao objeto do processo, como: mandado de segurança, concordata, acidente do trabalho, processos em que uma das partes é relativamente capaz, retificação do registro imobiliário, separação e divórcio, sem discussão de interesses concernentes a filhos incapazes, alvarás, arrolamento e inventário, em que há testamento, mesmo com partes maiores e capazes etc<sup>8</sup>.

Entretanto, em processos e procedimentos eleitorais, estreitamente relacionados ao regime democrático, a regra é ser olvidada a obrigatória intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, a despeito de ter sido guindado à condição de guardião do regime democrático, muitas vezes sob o argumento da inexistência de previsão legislativa expressa.

É urgente a adaptação das funções ministeriais tradicionais ao novo perfil constitucional, como já diagnosticavam, em 1992<sup>9</sup>, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior, no artigo “A NECESSÁRIA ELABORAÇÃO DE UMA NOVA DOUTRINA DE MINISTÉRIO PÚBLICO, COMPATÍVEL COM SEU ATUAL PERFIL CONSTITUCIONAL.”. Há atribuições que já podem ser abandonadas, a exemplo da esdrúxula “curadoria de ausentes”, sem qualquer alteração legislativa, enquanto outras reclamam uma urgente ocupação de espaços constitucionalmente destinados ao “guardião do regime democrático”, como nos processos e procedimentos que tramitam perante a Justiça Eleitoral.

Neste sentido, sustenta-se, também, que é inconcebível a intimação do Ministério Público na Justiça Eleitoral por meio de edital, devendo ser observada a intimação pessoal, como em todos os demais ramos do Judiciário. Outrossim, como ocorre em todos os tribunais do Poder Judiciário, também aqueles relativos à Justiça Eleitoral devem ser compostos com membros oriundos do Ministério Público, hoje reservados aos Juízes e Advogados.

A modernização do Poder Judiciário, no âmbito eleitoral, passa pelo respeito à estatura constitucional do Ministério Público, seja admitindo-se sua intevenção em todos os processos e procedimentos, além da intimação pessoal do seu órgão de execução, seja assegurando o preenchimento dos respectivos tribunais, pelo denominado “quinto constitucional” destinado aos integrantes da carreira do *Parquet*.

### III - Intimação pessoal do Promotor de Justiça Eleitoral.

O Ministério Público, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser o guardião do regime democrático, tendo como corolário de referida atribuição a atuação como fiscal da aplicação da lei eleitoral, notadamente para preservar o pleno exercício da soberania popular e, ainda, o preenchimento da capacidade eleitoral concernente àqueles que se candidatam nas eleições majoritárias e proporcionais.

Para o desempenho de referido múnus público, no momento do registro da candidatura, a Lei Complementar n. 64/90, estabeleceu em seu artigo 3º, que, assim como os demais legitimados, o Ministério Público tem o prazo de cinco dias para impugnar o pedido, em petição fundamentada, prazo esse que seria contado a partir da publicação daquele pedido, em edital.

Interpretando literalmente o referido dispositivo, alguns magistrados deixam de conhecer

---

8. Ver Paulo César Corrêa Borges, *op. cit.*, p. 36

9. Artigo objeto de publicação avulsa da Associação Paulista do Ministério Público, em novembro de 1992.

a impugnação em tela, quando superado o prazo do mencionado edital, aplicando literalmente um dispositivo legal, em detrimento da correta captação do sufrágio universal, que tem sede constitucional, bastando observar-se o disposto no artigo 14, da Constituição Federal, de 1988, quanto à capacidade eleitoral passiva.

O prazo de cinco dias, contados da publicação do pedido de registro da candidatura, não se discute, por força do referido dispositivo, que é expresso. Entretanto, a intimação pessoal do membro do Ministério Público constitui-se em prerrogativa, com a qual não se pode transigir, notadamente em virtude de seu *status* constitucional.

Ressalte-se que se não houve referida intimação pessoal do membro do Ministério Público, não pode o prazo de cinco dias para impugnação de registro de candidatura ser contado da respectiva publicação, como determina o artigo 3º, da L.C. 64/90, mas sim de quando ocorreu o inequívoco conhecimento daquela pelo Ministério Público, por meio de intimação pessoal.

Com efeito, a interpretação literal do artigo 3º, da L.C. 64/90, que é uma lei especial e trata de matéria eleitoral, e cuidou de prazos para o Ministério Público, afronta outra Lei Complementar, e, mais, posterior àquela, que é a Lei Complementar n. 75/93, que dispôs sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, a qual em seu artigo 18, inciso II, letra “h”, estabeleceu como prerrogativa processual:

“RECEBER INTIMAÇÃO, PESSOALMENTE NOS AUTOS, EM QUALQUER PROCESSO E GRAU DE JURISDIÇÃO NOS FEITOS EM QUE TIVER QUE OFICIAR.”

Portanto, não se pode desconsiderar que em matéria de intimação do Ministério Público, o artigo 3º, da L.C. 64/90, não mais se aplica, desde a vigência da L.C. 75/93 (artigo 18, inciso II, letra “h”), devendo o Ministério Público ser intimado pessoalmente nos autos, ainda que o prazo de cinco dias para impugnação de registro de candidatura possa ser comum com o dos co-legitimados, mas desde que aquela coincida com a data da publicação. Caso contrário, a contagem do referido prazo se inicia somente a partir da intimação pessoal do membro do Ministério Público.

Por outro lado, em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de 12.02.1993, estabeleceu em seu artigo 80, que aplicam-se àqueles, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, o que afasta qualquer dúvida sobre a aplicabilidade daquela prerrogativa aos membros de cada Parquet estadual.

Por outro lado, em relação ao Ministério Público do Estado de São Paulo a Lei Complementar n. 734/93, expressamente, em seu artigo 224, inciso XI, estabelece que constitui prerrogativa dos membros do Ministério Público, além de outras asseguradas pela Constituição e por outras leis, “RECEBER INTIMAÇÃO PESSOAL EM QUALQUER PROCESSO E GRAU DE JURISDIÇÃO, ATRAVÉS DOS AUTOS COM VISTA.”

Com efeito, a interpretação literal do artigo 3º, da L.C. 64/90, afronta a Lei Complementar n. 75, que lhe é posterior, isto é, de 20.5.1993, de mesmo nível hierárquico, e que cuidou especificamente das prerrogativas do Ministério Público, no caso, em relação à intimação pessoal, no artigo 18, inciso II, letra “h”, que se aplica ao Ministério Público Estadual, no exercício de atribuição Federal, por força dos já referidos diplomas legais.

Neste sentido, também Jorge Alberto de Oliveira Marum<sup>10</sup> tem defendido a prerrogativa



do Ministério Público Eleitoral concernente à intimação pessoal do Promotor de Justiça.

Contudo, a Justiça Eleitoral como um todo tem desrespeitado a prerrogativa da intimação pessoal do membro do Ministério Público, como se pode constatar de acórdãos publicados, tanto pelo egrégio Tribunal Superior Eleitoral, como pelos Tribunais Regionais Eleitorais, sob o fundamento de que a legislação eleitoral é especial e não poderia matéria relativa à intimação do Ministério Público Eleitoral ser tratada em outra lei especial, concernente à sua organização, senão por aquela primeira.

Referido argumento é frágil, primeiro diante da magnitude da instituição “guardião do regime democrático”, segundo por ter sido tratada de sua intimação em lei de mesma hierarquia, como decorrência do perfil constitucional, e, portanto, tratando de aspectos substanciais da instituição, nenhum óbice de nível hierárquico superior existia para tratar de aspectos processuais, como a intimação pessoal. Se a lei complementar podia o mais, que era organizar o Ministério Público, também podia o menos que era especificar o regime jurídico da intimação pessoal de seus órgãos de execução.

Diante daquela fragilidade, há os que se amparam na celeridade inerente ao processo eleitoral, para justificar a intimação por edital do Ministério Público Eleitoral. Contudo, menos substancial é este argumento, que não resiste à visão sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, nem aos mecanismos existentes na legislação eleitoral para impedir a demora injustificada na manifestação processual do Promotor de Justiça Eleitoral, tipificando a referida conduta, por exemplo, como crime eleitoral. Nem sequer a prática tem amparado tais afirmações, porquanto os Promotores de Justiça ciosos de suas responsabilidades têm manifestado rapidamente nos processos eleitorais dos quais têm participado.

O Código Eleitoral remonta a 15/07/1965 e, assim, é do período militar, em que não se respirava ares democráticos e, portanto, anterior aos progressos e avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988, que consumou o restabelecimento do regime democrático e, em relação ao Ministério Público, traçou-lhe um novo perfil, guindando-o à condição de guardião daquele mesmo regime, além de outros avanços.

Por outro lado, as Leis Orgânicas de todos os Ministérios Públicos, a despeito da sua indivisibilidade, num mesmo sentido instituíram como prerrogativa institucional e processual a intimação pessoal do Promotor de Justiça.

Com efeito, como a Justiça Eleitoral se apega ao Código Eleitoral que é contrário a tais avanços, portanto uma legislação retrógrada, se é que foi recepcionada ou, então, se não foi revogada tacitamente pelas legislações mais recentes, tem, assim, posicionamentos contrários ao *status* constitucional do Ministério Público.

Este também é o entendimento de Jorge Alberto de Oliveira Marum<sup>11</sup>, para quem “...atue ou não como parte, o certo é que, dada a relevância de suas funções e a natureza da Instituição, não vigoram, para o Ministério Público, as normas da legislação eleitoral que preveem a intimação por edital e o decurso do prazo em cartório, como por exemplo, o art. 97 do Código Eleitoral, que prevê a intimação editalícia acerca dos requerimentos de registro de

---

10. Tese aprovada no 11º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado de 23 a 26 de setembro de 1996, em Goiânia, conforme Tomo II do Livro das Teses apresentadas, páginas 1032 a 1045, sob o título “Ministério Público Eleitoral: defensor do regime democrático.”

11. *Op. cit.*, p. 1032-45.

candidatura. O Ministério Público, como legitimado suprapartidário e defensor do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis, há que ter alguns privilégios processuais em matéria eleitoral, como de resto os tem nos demais campos em que atua. Não se trata de privilégio institucional, mas, sim, da sociedade, que é o próprio povo, de quem emanam a soberania e o poder estatal. Assim, em relação ao Ministério Público, em matéria processual eleitoral, vigeram os princípios do CPC que determinam a sua intervenção obrigatória nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 82, III) e sua intimação sob pena de nulidade do processo (arts. 84 e 246). E essa intimação deve ser pessoal e com vista nos autos, na forma do art. 41, da Lei n. 8.625/93.”.

A situação criada pela Justiça Eleitoral é única, privativa, distinta, pertencente a ela somente, como se infere do seu cotejo com os demais ramos do Poder Judiciário, perante os quais o Ministério Público sempre é intimado pessoalmente e com vistas nos autos, contando com disposição expressa no artigo 236, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, que é de 1973, além das previsões expressas nas Leis Orgânicas do Ministério Público Nacional, Estadual e da União, que são posteriores à Constituição Federal de 1988.

#### **IV - Quinto constitucional na Justiça Eleitoral.**

O Ministério Público, como instituição essencial à Justiça, além de sua vocação democrática e da sua incumbência constitucional expressa concernente à defesa do regime democrática, tem assegurado o acesso aos seus membros à composição dos tribunais, exceto apenas aos tribunais eleitorais, o que se revela como uma aberração dentro do Estado Democrático de Direito, porquanto é na Justiça Eleitoral que se manifesta a prestação jurisdicional intrinsecamente ligada à democracia, de cuja defesa aquela instituição foi incumbida.

O artigo 101, da C.F./88, relativo ao Supremo Tribunal Federal, estabelece a sua composição, a qual será de onze ministros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, estando abertas suas portas, então, para os membros do Ministério Público, como a atual composição confirma.

O Superior Tribunal de Justiça, segundo o artigo 104, parágrafo único, inciso II, da C.F./88, é composto de trinta e três ministros, no mínimo, sendo um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público, alternadamente.

Os Tribunais Regionais Federais compõe-se de, no mínimo, sete juízes, sendo um quinto dentre advogados e membros do Ministério Público, consoante disposto no artigo 107, inciso I, da C.F./88.

O Tribunal Superior do Trabalho compõe-se de vinte e sete ministros, dentre os quais três são originariamente advogados e outros três membros do Ministério Público do Trabalho, conforme artigo 111, parágrafo 1º, inciso I, da C.F./88. Esta mesma proporcionalidade, entre juízes de carreira, advogados e membros do Ministério Público, deve ser observada nos Tribunais Regionais do Trabalho, como estabelece o artigo 115, da C.F./88.

O Superior Tribunal Militar compõe-se de quinze ministros, dos quais cinco civis, sendo estes escolhidos dentre advogados (três), juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar (dois, paritariamente), como determina o artigo 123, parágrafo único, incisos I

e II, da C.F./88.

Os Tribunais Estaduais deverão observar os princípios constitucionais (artigo 125, C.F./88), em decorrência do princípio da simetria e, por isso, as respectivas constituições deverão estabelecer as suas composições com membros oriundos da advocacia e do Ministério Público, como de fato ocorre.

Finalmente, no que concerne à Justiça Eleitoral, verifica-se que o artigo 119, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a sua composição mínima é de sete membros, sendo três eleitos dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois eleitos dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e, por isso, em ambas as hipóteses poderá coincidir com aqueles ministros oriundos do Ministério Público — porém, trata-se de origem remota, pois para efeitos de TSE são oriundos daquelas Cortes Judiciárias — e dois advogados. Eis a preterição do Ministério Público. Uma das duas vagas destinadas aos advogados, para respeitar a paridade estabelecida em todas as demais cortes deveria ser destinada aos membros do Ministério Público.

Aqui, para modernização do Poder Judiciário deve ocorrer a alteração do artigo 119, da C.F./88, assegurando o preenchimento da composição do TSE com um juiz nomeado pelo Presidente da República, mediante a apresentação pelo Ministério Público de lista sextupla.

O mesmo ocorre em relação aos Tribunais Regionais Eleitorais. Estes compõe-se de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; um juiz do Tribunal Regional Federal ou escolhido por este dentre juízes federais; dois advogados, escolhidos de lista sextupla.

Também para modernização do Poder Judiciário deve ocorrer a alteração do artigo 120, parágrafo primeiro, para estabelecer que um dos juízes será oriundo de lista sextupla do Ministério Público.

Qualquer argumento contrário à composição com membros oriundos do Ministério Público, calcado na transitoriedade dos Tribunais Eleitorais, fragiliza-se diante da constatação da mesma circunstância em relação aos juízes de carreira e aos advogados, sendo que estes ao deixarem aquelas cortes, imediatamente, retornam à militância e passam a usufruir do *status* de especialistas egressos daqueles tribunais, o que lhes assegura o aumento da clientela em matéria eleitoral.

Quanto aos juízes de carreira retornam para suas atividade ordinárias, sem qualquer óbice funcional, o que também se aplica ao membro do Ministério Público, que transitoriamente compor o Tribunal Eleitoral.

Sendo o Ministério Público o guardião do regime democrático, além de ser instituição essencial à prestação jurisdicional, que compõe com seus membros todos os Tribunais instituídos pela Constituição, não se justifica a sua exclusão da composição dos Tribunais Eleitorais, porquanto a prestação jurisdicional na Justiça Eleitoral refere-se diretamente à essência da democracia.

## V - Carta de Franca

Sintetizando todas as argumentações acima, para o resgate do Ministério Público diante da Justiça Eleitoral, com a conseqüente integração institucional com a magistratura e advocacia, preconizada pelo Congresso Nacional da Magistratura, da Advocacia e do Ministério Público, que será realizado sob os auspícios do Instituto dos Magistrados do Brasil, é oportuna a transcrição da “Carta de Franca - em defesa das prerrogativas do Promotor de Justiça Eleitoral”:

### *“CARTA DE FRANCA - EM DEFESA DAS PRERROGATIVAS DO PROMOTOR DE JUSTIÇA ELEITORAL*

*Os Promotores de Justiça, na reunião extraordinária do Grupo de Estudos da Região de Franca, realizada no dia 12 de maio de 2001, no salão nobre da Faculdade de Direito de Franca, em defesa das prerrogativas institucionais dos Promotores de Justiça Eleitorais, resolveram aprovar o presente manifesto, para que toda a sociedade, autoridades, associações de classe e órgãos da administração superior do Ministério Público se unam na defesa do guardião do regime democrático, notadamente no que concerne às suas atribuições eleitorais, ressaltando-se que:*

*a) Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a ser o guardião do regime democrático, tendo como corolário de referida atribuição a atuação como fiscal da aplicação do Direito Eleitoral, principalmente para preservar o pleno exercício da soberania popular;*

*b) A intimação pessoal do membro do Ministério Público Eleitoral constitui prerrogativa institucional, com a qual não se pode transigir, sendo nulos os processos e procedimentos eleitorais em que se pretenda intimá-lo por edital, sendo a data daquela intimação o termo inicial para o transcurso dos prazos relativos à atuação do Parquet;*

*c) A despeito de ser o Código Eleitoral, a Lei Complementar 64/90 e demais legislações extravagantes correlatas de natureza especial, é inafastável a aplicação de outra lei especial e posterior que é a Lei Complementar n. 75/93, que dispôs sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, a qual em seu artigo 18, inciso II, letra “h”, estabeleceu como prerrogativa processual: “RECEBER INTIMAÇÃO, PESSOALMENTE NOS AUTOS, EM QUALQUER PROCESSO E GRAU DE JURISDIÇÃO NOS FEITOS EM QUE TIVER QUE OFICIAR.”;*

*d) Tendo em vista os posicionamentos contrários e mais recentes da jurisprudência eleitoral, a despeito da clareza das normas constitucionais e orgânicas, relativas ao Ministério Público, em caráter pedagógico deve-se inserir dispositivo no Código Eleitoral que determine expressamente a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nos procedimentos e processos que tramitem perante a Justiça Eleitoral, bem como a obrigatoriedade de intimação pessoal do Promotor de Justiça Eleitoral;*

*e) Devem ser elaborados planos anuais de atuação do Ministério Público Eleitoral, em níveis estaduais, a partir de propostas de todos os Promotores de Justiça Eleitorais;*

*f) Deve ser incluído no programa do concurso de ingresso à carreira do Ministério Público, e no respectivo curso de adaptação, a disciplina autônoma “Direito Eleitoral”; e*

*g) Deve ser incluída na Constituição Federal a previsão da composição dos Tribunais Eleitorais, com membros oriundos do Ministério Público.”*

## **VI - Conclusões**

1) O Ministério Público, como guardião do regime democrático, deve intervir em todos os processos e procedimentos eleitorais;

2) Cabe ao próprio Ministério Público verificar, diante de um caso concreto, se estão presentes as hipóteses constitucionais previstas nos artigos 127 e 129, da C.F./88, bem como o interesse público do artigo 82, do C.P.C., aplicando-se quando for o caso o disposto no artigo 28, do Código de Processo Penal;

3) O Ministério Público deve ser intimado pessoalmente em todos os processos e procedimentos eleitorais;

4) Devem ser modificados os artigos 119 e 120, da C.F./88, para assegurar a composição dos Tribunais Eleitorais com membros oriundos do Ministério Público, estabelecendo-se a paridade com as vagas asseguradas para advogados.

## TESE 78

### ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE AGILIZARIAM A RESPOSTA AO CIDADÃO E REDUZIRIAM O CUSTO À SOCIEDADE

André Luís Alves de Mel  
Promotor de Justiça - MG

Tradicionalmente os profissionais da área jurídica no Brasil têm-se limitado a interpretar a lei, negando-se a participarem efetivamente da elaboração das normas através de estreita relação com os órgãos legislativos e executivos, demonstrando um comportamento passivo e burocrático, sem grandes preocupações com o destino da sociedade, pois o limite da interpretação é bastante restrito. O Legislativo têm-se mostrado bastante solícito às reformas processuais que lhe são encaminhadas, contudo em geral as representações jurídicas têm mantido contatos com o legislativo apenas para pleitear mais cargos e aumentos de salários, não se preocupando na prática em mudar a estrutura das instituições jurídicas, bem como a sua forma de trabalho, pois a burocracia dá uma sensação de poder e imprescindibilidade que lhes afaga o ego.

Assim, apresentamos esta proposta de alterações na norma processual civil que dinamizará o trabalho jurídico através da descentralização e desconcentração das atividades, buscando beneficiar primeiramente a sociedade e não apenas os juristas burocráticos, afinal devemos também participar do processo legislativo e não apenas ficar criticando a legislação em vigor:

*Alterações no Código de Processo Civil que agilizariam a solução de conflitos e reduziriam o custo*

*É recomendável substituir os termos “juiz” para “juízo” ou “Judiciário” para que possa ser um trabalho impessoal e possível de delegação*

Outras sugestões:

Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece. **Os princípios do processo moderno são a oralidade, a objetividade, a celeridade, informalidade, processo como meio de assegurar o direito material e a descentralização de tarefas jurídicas menos complexas.**

**§ 1º: A jurisdição voluntária poderá ser exercida pelos Conselhos Municipais de Conciliação mediante organização em lei estadual.**

**§ 2º: As questões não contenciosas serão paulatinamente retiradas da esfera**

**judicial, através de lei, que estipulará mecanismos extrajudiciais para solução destes casos através de outros órgãos, reservando-se ao Judiciário a apreciação do litígio em caso de controvérsia entre as partes e a requerimento destas.**

***Justificação:*** facilita o acesso à justiça ( que não pode ser confundido com acesso apenas ao Judiciário) e agiliza o pensamento jurídico sem aumentar as despesas. Reduziria assim a idolatria ao processo judicial . Outrossim, é preciso escrever os princípios para que não haja dúvidas sobre a sua existência, ou criação de princípios para beneficiar determinados grupos sociais, bem como questões meramente administrativas ou voluntárias, sem conflito, sendo em razão der burocracia apreciadas pelo Judiciário.

Art. 38.: ....

**§ 1º A procuração judicial com poderes especiais depende de reconhecimento de firma por parte do outorgante para ter validade plena.**

**§ 2º Deve constar na procuração o tipo de ação judicial ou o fato para está sendo outorgada a mesma.**

**Justificação:** Dar maior segurança ao cidadão e evitar fraudes.

Art. 81: O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes, **bem como das atribuições previstas no art. 129, II e III, da Constituição Federal.**

**Parágrafo único:** A distribuição dos processos aos membros do Ministério Público será feita através de órgão administrativo ministerial, após o encaminhamento dos autos pelo Judiciário, obedecendo-se aos critérios do Promotor Natural.

Art. 82: ...

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. **No caso de interesse público, a necessidade de atuação ministerial será decidida pelo Ministério Público.**

***Justificação:*** Resolve o problema de afastarem a fiscalização em casos de interesse público. Em um processo comercial pode existir indícios de fraude e crimes, e se o Ministério Público entender que é o caso deverá atuar no feito.

Art. 83 . Intervindo como fiscal **da ordem jurídica justa**, o Ministério Público:

**I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado pessoalmente de todos os atos do processo, ainda que a relação processual não seja completada pela citação eficaz.**

**II - ...**

***Justificação:*** Visa adequar os termos com a Carta Magna e evitar que processos sejam arquivados sem que o Ministério Público fique sabendo.

**Art. 84 –** Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo, **ou juiz providenciará a intimação de ofício. Se não providenciada a intimação ministerial, o membro do Ministério Público com atribuição para tal poderá oficiar ao juízo informando a intervenção, cabendo**

**mandado de segurança em aso de resistência à atuação ministerial.**

**Parágrafo único: As ações de estado e os direitos individuais indisponíveis serão os definidos em lei.**

*Justificação:* Resolve a questão da intervenção ministerial no processo, evitando que processos sejam ocultados ao Ministério Público.

**Art. 138: ....**

IV – As questões de suspeição e impedimento referentes a membro ministerial serão decididas pelo Conselho Superior do Ministério Público em até 10 dias após o recebimento, designando outro membro em caso de procedência da arguição.

Justificação: Trata-se de questão a ser decidida pelo Ministério Público como instituição autônoma.

**Art. 143 ...**

**IV – (Revogação)**

*Justificação:* O próprio escrevente digitador faria os pregões, liberando o oficial de justiça para fazer as citações.

**Art. 162.** Os atos do juiz ...

**§3.º São despachos ..., estes atos poderão ser delegados a técnicos jurídicos, bem como as audiências de conciliação, devendo os Tribunais normatizarem e incentivarem estas delegações.**

**§4º ... e revistos pelo juiz quando necessários, devendo o juiz definir em portaria quais seriam estes atos e afixá-la em local público para conhecimento**

*Justificação :* Isto permitiria que 90% dos processos fossem decididos em 60 dias na 1ª instância, pois o juiz ocuparia apenas com as questões mais complexas. Pois muitos por vaidade não querem delegar funções.

**Art. 172.: ... Em todos os atos processuais deverão constar a hora e o minuto.**

*Justificação:* Em razão da velocidade atual das relações faz-se recomendável para verificar a regularidade do ato.

**Art. 213** A citação .... **Devendo o autor providenciar as cópias da petição inicial para serem encaminhadas ao réu, em número equivalente ao de réus.**

**Art. 225 ....**

parágrafo único: Revogação

*Justificação:* A própria parte autora providenciaria as cópias e não a secretaria, o que agiliza o feito.

**Art. 236. :** ... em órgão oficial ou internet, inclusive correio eletrônico.

**Art. 237.: ...**



I – pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo, **podendo utilizar qualquer meio idôneo.**

II – por carta registrada, com aviso de recebimento, ou correio eletrônico e telefone, **anotando-se, neste último caso, os horários e a pessoa com quem falou, para conferência.**

Art. 269.: **Extingue-se o processo com julgamento do mérito:**

I – **quando o juiz acolher ou rejeitar a formulação do autor**

II – **quando o réu reconhecer a procedência da formulação.**

III – **quando as partes transigirem.**

IV ....

V ....

Parágrafo único: Nos itens II, III, IV e V a sentença deverá ser concisa e dispensada de relatório.

Justificação: Resolve a questão de prolixidade em algumas decisões judiciais.

Art. 282.: **A formulação inicial do direito indicará:**

I: **a vara judicial** ou o tribunal, a que é dirigida

*Justificação:* Visão coletiva e impessoal do encaminhamento, permitindo a delegação e como não se trata de um mero pedido inicial, mas de um trabalho completo com fundamentação jurídica e solução que autor entendeu plausível (que seria o pedido). Outro termo talvez fosse argumentação inicial, pois é um trabalho mais completo do que o mero pedido.

Art. 416.:

§ 2º As perguntas das partes serão feitas diretamente às testemunhas.

*Justificação:* Esta alteração agiliza a audiência, já está constando do Código de Processo Penal e é de acordo com a justiça americana.

Art. 447 .: **Quando o litígio versar sobre direitos onde haja possibilidade de se realizar conciliação, ao despachar a petição inicial o juiz designará audiência de conciliação, na qual as partes deverão comparecer acompanhadas de advogados. Se frustrado o acordo, a parte ré entregará a contestação escrita ou fará defesa oral. Esta audiência poderá ser realizada por técnicos jurídicos e com presença também de técnicos do Ministério Público, nos feitos em que for necessária a sua intervenção. (NR)**

Art. 448: Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará, **novamente**, conciliar as partes ...

*Justificação:* Isto irá reduzir o volume de processos substancialmente, aumentar a velocidade dos julgamentos e baixará o custo da justiça brasileira.

Art. 458 .. São requisitos essenciais da sentença.

I – relatório **sucinto** que conterá o nome das partes a **suma da formulação inicial** e da resposta do réu, bem como registro **da atuação ministerial e das principais ocorrências havidas no andamento do processo.**

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, **apresentadas pelas partes, bem como pelo Ministério Público na condição de fiscal.**

III – o dispositivo em que o juiz resolverá as questões, **acolhendo ou rejeitando os argumentos que as partes lhe submeteram, e decidindo pela procedência total ou parcial da argumentação inicial do direito apresentada pelo autor ou pela improcedência da mesma.**

§ 1º : a confecção do relatório poderá ser delegada ao técnico jurídico, e revisto pelo juiz.

§ 2º: O juízo poderá também adotar como fundamentação as razões e argumentações expostas pelas partes e pelo Ministério Público.

**Justificação:** O processo já viria com as peças principais destacadas, cabendo ao juiz apenas revisar e atuação de cada parte jurídica estaria melhor registrada na sentença e evitaria repetição de argumentações.

Art. 459.: **O Juiz proferirá a sentença acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, a formulação proposta pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito e de sentenças consensuais, ou juiz decidirá em forma concisa, podendo neste último caso dispensar o relatório.**

**Justificação:** Esta alteração visa definir a situação das sentenças consensuais, bem como referendar a mudança de pedido para formulação, um termo mais científico.

Art. 465.: **O Ministério Público será intimado de todas as sentenças para verificar a aplicação da lei, independentemente de ter atuado no mesmo, devendo devolver os autos em dez dias com ou sem manifestação.**

**Justificação:** Isto visa evitar decisões que prejudiquem à sociedade, bem que causas de intervenção ministerial sejam negadas ao mesmo, sem que o MP fique sabendo. Não significa intervenção necessariamente, mas acompanhamento ministerial.

Art. 1214-A: **Os municípios poderão criar Conselhos Municipais de Conciliação, Justiça e Cidadania que buscarão o acordo entre as partes através dos conselheiros, com formação acadêmica universitária na área de ciências humanas ou sociais, preferencialmente com conhecimento jurídico, e o acordo valerá como título executivo extrajudicial, mas não servirá como confissão.**

**Justificação:** Isto permite que as pessoas optem por resolver as questões mais rapidamente e na própria cidade, sem necessidade de viajar.

Art. 1221: Aplicam-se a esta lei as disposições da lei 9099/95, desde que não causem prejuízo concreto às partes.

#### **OBS.:**

1) Os termos competência do Juiz serão substituídos por competência do juízo, para manter a impessoalidade das atribuições.

2) Na hipótese de execução somente será considerado ato jurídico se forem apresentados os embargos, ainda que estes sejam rejeitados. A execução sem impugnação será considerada ato administrativo do direito, podendo o procedimento ser iniciado judicialmente mediante simples provocação judicial por parte do interessado, não havendo

**autuação como novo processo, salvo se for título extrajudicial.**

**3) Os órgãos judiciais e ministeriais funcionarão das 09:00 às 18:00 horas.**

**Conclusão:**

Ressaltamos que na maioria dos países não há apenas juizes judiciais como querem fazer crer alguns setores jurídicos, assim também existe as funções de juizes leigos, juizes arbitrais, juizes de instrução, juizes de paz e outras tantas funções que permitem o acesso à justiça. Na verdade, no Brasil não faltam juizes e promotores, e sim, há excesso de burocracia em face de um monopólio judicial que privilegia algumas carreiras jurídicas em detrimento da sociedade.

As alterações acima propostas devidamente discutidas e aperfeiçoadas pela assembléia ministerial **serão encaminhadas ao Congresso Nacional para fins de apreciação e outros órgãos interessados**, cabendo à CONAMP informar os seus associados sobre o andamento dos trabalhos de análise.

## TESE 79

### O DIREITO DE SER INFORMADO: DIREITO A SER DEFENDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (TEMÁRIO – ATUAÇÃO CÍVEL)

**Márcia Haydée Porto de Carvalho**

Promotora de Justiça no Maranhão e Mestre em Direito pela PUC/SP

No atual estágio da evolução cultural e jurídica da humanidade o direito à informação engloba três nuances, ou seja, pode ser subdividido em três espécies: *o direito de informar; o direito de se informar e o direito de ser informado*. O direito à informação, com suas três dimensões, sendo reconhecido pela constituição de um Estado, é um direito fundamental, que pertence a todos os indivíduos indistintamente.

Já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, complementou a liberdade ativa de dizer com o direito passivo de saber, ao estabelecer em seu art. 19 que

*todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; tal direito inclui o de não ser molestado por causa de suas opiniões, o de investigar e receber informações e opiniões, e o de difundi-las sem limitações de fronteiras, por qualquer meio de expressão (grifou-se).*

Com fórmula mais completa a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e suas Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, em 1950, dispõe que

*toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias, sem que possa haver ingerência da autoridade pública e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, cinema ou televisão a um regime de autorização (grifou-se).*

Outro documento internacional, que apesar de não ter valor jurídico, possui grande força moral, a Encíclica *Pacem in Terris*, de 1963, dispõe, em seu item 12, que todo ser humano tem direito natural a ter informação objetiva dos atos públicos.

Mais recentemente, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, batizada de Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, proclamou que

*toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras.*

O direito de informar é um direito individual. Pode ser definido como a faculdade de veicular ou transmitir informações, sem qualquer forma de obstrução ou censura por parte do Estado – caso em que consiste num direito negativo de informar – ou é o direito de acesso a meios de comunicação para divulgar informações – hipótese em que tem a feição de permissão e tem a natureza de direito positivo de informar, como ocorre, por exemplo, com o direito de resposta ou o direito de antena, este último garantido, no Brasil, apenas aos partidos políticos, em épocas eleitorais, pelo art. 17, § 3º, da Constituição Federal, e fora desses períodos, pela Lei Federal nº 9.096/95.

O direito de se informar é também um direito individual, que pode ser entendido como o direito de buscar e obter as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento. É, pois, uma liberdade de acesso à informação. Nela está incluído o direito de investigação, com respeito aos limites estabelecidos constitucionalmente.

O direito de ser informado, diferentemente dos direitos de informar e de se informar que são individuais, é um direito de natureza eminentemente coletiva<sup>1</sup>, podendo, portanto, ter a feição de direito difuso ou de direito coletivo *stricto* sensu, embora, em alguns casos, apresente a dimensão de direito individual homogêneo. Significa o direito ao esclarecimento, à instrução, de forma completa, verídica e imparcial pelos meios de comunicação social, de modo que os indivíduos estejam sempre aptos a interferir no contexto no qual estão inseridos<sup>2</sup>.

Mas o que são direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos? Kazuo Watanabe responde, de forma clara e concisa, a questão. Para esse autor, direitos difusos são aqueles caracterizados pela indeterminação dos titulares, inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do objeto, no aspecto objetivo; direitos coletivos são os transindividuais de natureza individual de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, sendo que esta é preexistente à lesão ou ameaça de lesão do direito; e os direitos individuais homogêneos são os que decorrem de origem comum, cuja tutela pode se dar por meio de ação coletiva<sup>3</sup>.

Voltando-se à temática da definição de direito de ser informado, Jean Rivero tem o entendimento de que este é o direito para o público de estar informado sobre a atualidade<sup>4</sup>.

Baseado em Freitas Nobre e em Albino Greco, José Afonso da Silva afirma, por sua

---

1. O conceito de direito coletivo aqui utilizado e adotado pelo próprio ordenamento jurídico pátrio é mais amplo do que o utilizado pela doutrina em geral. Diz respeito ao direito transindividual, de natureza indivisível, abrangendo, portanto, os direitos difusos e os coletivos, ambos definidos pela Lei nº 8.078/90, os direitos difusos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato e os direitos coletivos, como os transindividuais de natureza individual de seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. O mesmo diploma legal define ainda os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de uma origem comum.

2. Como as pessoas podem modificar a realidade muito mais em nível local e regional, percebe-se a importância do incentivo ou até da obrigação da criação de espaços na televisão para programas municipais e regionais.

3. WATANABE, Kazuo. **Disposições gerais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 624-630.

4. RIVERO, Jean. **Les libertés publiques**: les régimes des principales libertés. Tome 2. 6. ed. Paris: PUF, 1997. p. 216. No original: *le droit à l'information, si on en accepte le principe, c'est le droit, pour le public, d'être tenu au*

vez, que o direito à informação é um direito da coletividade à informação<sup>5</sup>.

Luís Gustavo G. Castanho de Carvalho defende que o direito à informação é na realidade um direito difuso, porque a informação é destinada a todos os que queiram recebê-la sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este ou aquele indivíduo<sup>6</sup>.

Prefere-se compreender o direito de ser informado como um direito que pode configurar-se, conforme o tipo da informação e a quem ela se destina, em direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Assim, o direito de ser informado é um direito difuso, caso seja indivisível e a informação se destine a um número indeterminado de pessoas, como, entre outros, o direito à informação sobre gastos públicos, sobre serviços públicos e sobre o avanço tecnológico.

Por outro lado, o direito a receber informação é coletivo, quando indivisível e a informação afetar grupo, categoria ou classe de indivíduos, portanto, um número determinado de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base, como, por exemplo, o direito à informação relativa a concurso público voltado para bacharéis em Direito ou outra categoria profissional específica.

Por fim, o direito à informação é individual homogêneo, em sendo divisível e a informação relacionar-se a um número delimitado de pessoas, sendo passível, em caso de dano, de defesa individual ou coletiva. De modo exemplificativo, pode-se citar o direito à informação de descoberta científica sobre medicamentos para controle ou cura de doença que afeta um número reduzido de pessoas.

A maior característica do direito de ser informado é a atitude passiva dos seus titulares, na medida em que os indivíduos não decidem o que vão ver, ouvir ou ler nos meios de difusão de informação, pois essa escolha cabe aos editores desses meios de comunicação. Entretanto, uma vez comprovada a divulgação de informações falsas ou a omissão de notícias que causem danos a toda uma população ou uma parte dela, podem ser utilizados os meios judiciais para a reparação de danos ou prevenção do desrespeito desse direito.

Os meios de comunicação social, os quais podem ser denominados resumidamente de imprensa, têm permitido de maneira geral o progresso cultural e social dos povos democráticos do ocidente, seja quando desempenham o papel de proteção dos direitos fundamentais, seja quando orientam e ajudam a formar a opinião pública. Entretanto, em alguns casos, prestam *maus serviços*.

Segundo Vera Nusdeo Lopes, na medida em que a informação se mostra essencial na sociedade contemporânea, toda a sociedade torna-se titular de um direito indivisível de ser corretamente informada, de forma plural, sem distorções intencionais ou censura prévia, seja estatal seja privada<sup>7</sup>.

A falsidade ou omissão de informações, críticas e comentários divulgados por periódicos escritos, revistas ou jornais, rádio, televisão e até pela *internet* pode causar danos a um número

---

*courant de l'actualite.*

5. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 252.

6. CARVALHO, Luís Gustavo G. Castanho. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 64.

7. LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo. Ed. RT. 1997. p. 191.

determinado de pessoas, cuja reparação é passível de ser requerida de forma individual ou coletiva, uma determinada classe ou conjunto de pessoas ou até toda uma coletividade, composta de um número indeterminado de pessoas. Tal fato demonstra que o direito à informação veraz é um direito que, dependendo das circunstâncias, pode adquirir a natureza de direito individual homogêneo, coletivo ou difuso.

Destaca-se ainda que nas democracias, em razão da transparência que devem apresentar os governos, vigora o princípio da publicidade dos atos públicos, de modo que em relação aos atos dos exercentes de poderes e órgãos públicos, tudo deve ser informado através dos Diários Oficiais e os poderes, órgãos e mesmo empresas públicas devem facilitar à imprensa e a todos o acesso as suas informações, ressalvadas aquelas sigilosas cuja divulgação seja capaz de colocar em risco a sociedade ou o próprio Estado.

O direito de ser informado sobre a coisa pública é indisponível. Quanto aos negócios privados ou à vida privada, o direito à informação sobre estes só está assegurado na Constituição brasileira e tem tal importância, quando a informação seja notadamente de interesse público, pois se apresenta esse interesse, vai atingir a vida política, social ou econômica das pessoas, razão pela qual essa informação não pode ser omitida.

Como interesse público, entende-se como todas as necessidades coletivas, estejam elas definidas ou não na Constituição e em lei. Assim, as informações de interesse público são aquelas que podem afetar as necessidades da coletividade.

No Brasil, em face da Lei Federal 7.347/85, que regula a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, o direito à informação verídica pode ser tutelado através dessa ação pelo Ministério Público e outros órgãos legitimados pela citada Lei.

Por outro lado, para evitar a omissão ou a manipulação de informações de interesse público e, assim, garantir o direito do público ou da comunidade à informação, a melhor via é incentivar a multiplicidade de meios de comunicação, impedindo o monopólio da notícia, e mesmo prevendo punições no âmbito penal àquelas empresas que esconderem notícias de indiscutível interesse público ou divulgarem informações falsas sobre assuntos de igual interesse.

## TESE 80

### A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SOCIEDADE DE FATO\*

**Celso Jerônimo de Souza**

Promotor de Justiça, titular da 2ª Promotoria Cível de Rio Branco-AC e Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça.

**I – Introdução. II – Intervenção necessária. III – Intervenção descabida. IV – Titularidade da aferição do interesse público. V – Conclusões. VI – Bibliografia.**

#### **I. Introdução**

Depois de muita polêmica sobre a competência para processar e julgar as causas envolvendo sociedade de fato, pacificou-se o entendimento de que cabe à vara especializada de família o conhecimento da matéria.

De mais a mais, nas questões de estado – *status familiae* e *status civitatis* – aquele gênero de que o casamento, divórcio, filiação são espécies; este de que cidadania e nacionalidade são, do mesmo modo, espécies, é imperativa a intervenção do Ministério Público.

O móvel que orienta a necessidade da presença do *parquet* no processo, só se justifica quando a discussão versar sobre direito subjetivo *individual indisponível*, ou quando há disputa sobre direito ou interesse *social*, segundo a visão do Constituinte originário.

Neste ensaio, só nos interessa o direito individual.

Como sói acontecer, acometeu-se ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de regular quais os bens que compõem o patrimônio jurídico disponível e indisponível do indivíduo.

---

\* Aprovada no 1º Congresso do Ministério Público da Região Amazônica, em dezembro de 1998 e no I Congresso do Ministério Público do Estado do Acre realizado em maio/junho/2001. Estará sendo publicada na Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios deste primeiro semestre de



Identificar cada componente deste binômio é fundamental, face as suas variantes e repercussões que imprimem no mundo jurídico.

Na ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, não obstante introduzida no território geográfico do direito de família, em que os interesses se limitem à partilha dos bens amealhados durante a convivência comum há que se considerar não prescindível a intervenção ministerial?

## II. Intervenção necessária

É cediço que toda e qualquer legislação ordinária deve se adequar, se conformar à ordem constitucional vigente, que é a fonte de sustentação daquela. Afinal, o Estado Democrático de Direito, nada mais é do que, o Estado das Leis, em que, todo e qualquer cidadão deve obediência. Vale dizer, o indivíduo não se submete aos homens, por mais poderosos que sejam, mas, tão-somente, ao império das leis.

Com o advento, da atual Carta de Princípios, promulgada em 05 de outubro de 1.988, o Ministério Público antes, integrante do Poder Executivo, ganhou *status* de **quarto poder**, por mais que isso incomode alguns, alargando-lhe, sobremaneira, a sua missão institucional.

Afinal, ao tratar da organização dos poderes, o Constituinte Originário, no **Título IV, Capítulo I**, tratou do *Poder Legislativo*, no **Capítulo II**, do *Poder Executivo*, no **Capítulo III**, do *Poder Judiciário* e finalmente no **Capítulo IV, Das Funções Essenciais à Justiça**, neste se encontra, logo na I Seção, o *Ministério Público*. Daí porque, concluem abalizadas correntes doutrinárias que se **Montesquieu** escrevesse hoje o seu *Espírito das Leis*, sustentaria que o Estado se conduz através de **quatro** poderes harmônicos e independentes entre si. Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público.

Fiel ao novo perfil conferido pela Constituição da República, na qual o titular do poder, *o povo*, através dos seus representantes passou a entender que:

*“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”* (C.F. art. 127). O grifo é nosso.

Percebe-se a deferência com que foi tratado pelo constituinte, cometendo-lhe a grave missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático, que decorre naturalmente, da estrita obediência da anterior, portanto, suceder lógico, além dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*.

Com a nova Ordem implantada a partir de 06 de outubro de 1.988, a legislação ordinária então vigente, que com ela se compatibilizou, acabou, como corolário, recepcionado e derogado, por via de consequência, a inconciliável.

Por harmonizar-se com a Magna Carta, a Lei federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil – findou recebido. Este sem perder de vista a posição do *parquet*, reservou-lhe o Título III, do Livro I, com os artigos 81 a 85.

Muito bem. Interessa-nos o exame apenas do art. 82, do nominado Diploma, que tem a seguinte redação:

**Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:**

*I – nas causas em que há interesses de incapazes;*

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

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

É notório que as matérias versadas nos incisos supra estão em perfeita sintonia com as atribuições insertas no também citado art. 127 da *Lex Legum*, notadamente, na sua parte final, realçando a *indisponibilidade*.

De sorte que, em qualquer das causas sobreditas, a intervenção ministerial é obrigatória, sob pena de nulidade do processo.

As pendências relativas à sociedade de fato – concubinato ou união estável – passaram a ser discutidas no âmbito do juízo de família, a nosso modesto pensar, mais para acomodar um fato social, do que por critério histórico-científico. Sublinhe-se, não constituir tarefa fácil encaixá-la numas das situações previstas na Lei Instrumental, para justificar a presença do Ministério Público. Salvo se da relação houver filhos menores, ou entre os envolvidos, incapazes. Nesta hipótese, a intervenção ministerial se dará por força do inciso I do artigo em relevo.

Assevere-se que, tanto união estável, como concubinato e o controle judicial sobre os efeitos deles decorrentes não significa exame de matéria atinente ao *status familiae* – posição da pessoa dentro da família – inerente à relação entre cônjuges, qualidade imanente ao estado de casado. Neste é indiscutível a injunção ministerial.

### **III. Intervenção descabida**

Poder-se-á, argumentar: dissolução de sociedade de fato – concubinato ou união estável – é matéria da competência do juízo de família, conforme assenta o art. 9º da Lei federal n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição da República. Dessume-se desta assertiva que a injunção é inafastável? A resposta razoável deverá ser *depende*.

Impositiva, quando da relação concubinária ou convivência, surgirem filhos, estando ainda menores, ou quando dentre eles houver incapazes. Sobreleva-se, não por causa da sociedade de fato, mas em razão da prole.

As circunstâncias verificadas em cada caso vai revelar quando é cabida ou descabida a ingerência do Ministério Público.

O só fato da matéria ser enfrentada na vara especializada, não autoriza deduzir que a intervenção do fiscal da lei é indispensável.

De sorte que, se na dissolução da sociedade de fato, o pano de fundo é apenas a partilha dos bens auferidos durante a constância desta e fruto do esforço comum, não havendo filhos

menores ou incapazes, não se justifica a intervenção do Órgão estatal. Porquanto, a causa versa substancialmente sobre *direitos patrimoniais*. Disponíveis, pois. Nesse caso, deve abster-se de manifestar por força de disposição constitucional. Inteligência dos arts. 127 *caput* c/c 129, Lei das Leis.

Não fosse assim e, analisando o Direito como um sistema harmônico e apoio nestas premissas, seríamos induzidos a concluir, pela aplicação, v.g., da agravante genérica, do art. 61, inciso II, alínea ‘e’, última figura, do Código Penal, aos crimes praticado pelo companheiro contra a companheira. O que não ocorre, evidentemente, face o princípio da reserva legal, que veda a analogia *in malam partem*.

Impende destacar que, mesmo quando houver pedido de alimentos (em tese indisponível) por um dos companheiros e se pretenda, por isso, a intervenção do *custos legis*, ela se torna, às escâncaras, despienda. A conclusão é simplista porque, *in casu*, os alimentos reclamados, *data venia* é disponível, vez que, a fonte da obrigação é “um contrato” de fato – sociedade de fato, inspirado no modelo que norteia a devida em razão do casamento.

Diversa, porquanto, o encargo derivado da relação de parentesco. A lei a garante. O dever emana da lei. Por isso, guarda o sinal da indisponibilidade e imprescritibilidade. Por outro lado, não se transmite aos herdeiros (Código Civil, art. 402). A *contrário sensu*, a obrigação de alimentar que descende do contrato (casamento ou sociedade de fato), em caso de nova união da credora oportuniza a sua extinção, em contrapartida, carrega um gravame, a transmissibilidade da obrigação aos sucessores do credor. (Lei federal n.º 6.515/77, art. 23).

Noutra perspectiva, urge repensar o verdadeiro e novo desenho reservado ao Ministério Público, com a gama de atribuições que lhe foram conferidas. É inadmissível sua vinculação a questiúnculas, enquanto fatos muito mais graves acontecem ao nosso redor, a exigir medidas urgentes e eficazes para combatê-los. Só para exemplificar lembramos a crônica omissão estatal na temática da saúde, educação, saneamento básico, presídios, criança e adolescente, patrimônio público (improbidade), meio ambiente, etc.

Persiste, contudo, a sensação de que alguns setores da sociedade, ainda não acordaram, inclusive, segmentos do próprio *parquet*, sobre o arsenal colocado a sua disposição para servi-la. O perfil conquistado não autoriza mais que seus membros continuem como meros despachantes de processos, no interior de um gabinete, como se fossem burocratas ou secretários de luxo do juiz. Muito caro, por sinal.

Este é o promotor que atende aos interesses da elite detentora do poder político-econômico. Afinal, quanto maior for o volume processual para consumir-lhe o tempo com cotas e pareceres opinativos, sem efeito vinculante, melhor, pois, não lhe sobrá tempo para incomodá-los. Aliás, não é novidade a articulação sórdida desta mesma elite, na tentativa de podar os poderes conferidos ao Ministério Público, para inviabilizá-lo como Instituição. Pior, há uma nítida pretensão de desestabilizá-la e desacreditá-la perante a opinião pública. Tudo, porque, membros mais atuantes e comprometidos com o seu mister, vem amiúde “afrontando” interesses de velhos caciques da política brasileira.

Enquanto isso, a mídia noticia crimes de colarinho branco, crianças, velhos, cidadãos morrendo em portas ou dentro de hospitais públicos, face o sucateamento da saúde, com hospitais mal aparelhados, sem o devido abastecimento de medicamentos básicos. Não bastasse o caos propagado, emerge a máfia da saúde, a exemplo do que ocorreu no Rio de Janeiro, com desvio de **vultuosos** recursos destinados à rede pública, em prejuízo à população carente, excluída

como sempre dos direitos inerentes à cidadania. Crimes como esses acabam passando incólume pela população, que irresignada, a tudo assiste impotente. No entanto, os responsáveis continuam livres e fortalecidos no seu *desideratum*. A bem da verdade, a inviabilização da saúde pública, enquanto serviço público primário e obrigação do Estado (CF, arts. 1º, III, 5º, *caput*, 196 e seguintes), atende interesses privados. Com isso, abre-se espaço para o sistema privado de saúde, elitizando o atendimento, o que atenta, na prática, contra o princípio constitucional da isonomia.

A dinâmica atual, nos faz concluir que o Ministério Público, enquanto órgão interveniente, tem seus dias contados com mitigada injunção de custos legis, para ressurgir como Órgão provocador e atuante. É isto que a sociedade espera. Ademais, é para defendê-la que a Instituição existe.

#### IV. Titularidade da aferição do interesse público

Esta é uma questão que tem suscitado controvérsia entre juizes e promotores, sabendo-se que evidenciado o interesse público (inciso III, do art. 82, CPC), exige-se a intervenção do *parquet*.

O posicionamento majoritário da doutrina italiana, secundada por Allorio, Redenti, Micheli entre outros, entende que o Ministério Público detém exclusividade na prerrogativa de aferir o interesse público, e, por conseguinte de intervir ou não no processo, sem que para tanto sofra a ingerência do órgão jurisdicional. Entretanto, outra corrente entende perfeitamente cabível o controle judicial, mesmo sendo facultativa a intervenção, caso que reacende a discussão. Mas, bastante diferente é a situação criada pela certeza de que, existindo interesse público envolvido numa determinada causa, intervirá o órgão estatal, necessariamente *ex vi legis*, o que permite antever com nitidez que a lei não pode deixar de outorgar ao juiz o poder de investigar o interesse legitimante e de decidir se é o caso ou não de participação do Ministério Público.

Logicamente que, não só a intervenção do órgão, mas toda espécie de intervenção se submete ao controle jurisdicional, não se tratando de uma particular deferência ao judiciário, mas sim por força de um princípio encampado pela sistemática vigente. A intervenção coacta, v.g. denúncia da lide, chamamento ao processo e nomeação à autoria, aquela que ocorre mesmo contra a vontade do terceiro, depende de provocação das partes originárias, mercê do deferimento do juiz, ou da iniciativa do próprio julgador, que, por sua conta, determina a intervenção. Examinada a questão por este ângulo, é razoável concluir que o magistrado é o titular da aferição do interesse público.

Por outro lado, não obstante tenha o magistrado, sempre, o poder de controle sobre a intervenção, é claro que o *parquet* também goza do poder de verificar a ocorrência do interesse público, que, afinal de contas, é o fundamento da sua própria atuação. O poder de controle da intervenção não exclui o poder de detecção nem vice-versa.

Havendo discordância, decidirá respectivamente a Segunda instância do Poder Judiciário ou o chefe do Ministério Público conforme o caso, salvaguardando-se, desta maneira, a independência das duas instituições.

Sobre esta dupla titularidade da aferição do interesse público, assim se manifesta **Milton Sanseverino**<sup>1</sup> com inteira razão: “*Ora, por ser assim há de abrir-se ensejo, forçosamente, à formulação prévia de um juízo de valor para a determinação – ‘hic et nunc’ – da presença do interesse público. E quem há de formular tal juízo? Ao juiz, sem dúvida, cabe essa tarefa. Mas, não há negar, também ao Ministério Público ela compete, se não com exclusividade, ao menos*

*em paridade de condições, pois, do contrário, inteiramente submetido ficaria o promotor público ao arbítrio da vontade judicial, com sensíveis prejuízos para a sua independência funcional e para a liberdade de consciência que, de modo algum, lhe pode ser subtraída.”*

Na verdade, dentre todas as hipóteses de intervenção obrigatória previstas pelo Código, a do Ministério Público é a única que permite ao interveniente um poder tão intenso de aferição do interesse legitimante, posto que paritário com o do Judiciário.

Como o Ministério Público-fiscal da lei é parte imparcial, cujo interesse se esgota no próprio âmbito da atividade realizável no processo, *não há meios para se coagir o órgão ministerial a participar, de forma que a sua decisão pela negativa vale como palavra final quanto à inexistência de interesse público.*

## V. Conclusões

5.1)- É desautorizada a intervenção do Ministério Público em ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato objetivando unicamente a partilha de bens, por não discutir estado de pessoa, nem subjaz interesse público pela natureza do litígio, qualidade de parte ou qualquer outra situação prevista no art. 82 do CPC.

5.2)- Com efeito, nem poderia ser diferente, haja vista que *a mens legis* do referido artigo, orienta-se pela relevância do interesse a ser preservado, ou seja, interesse público primário, imediato ou mediato. São estes que assinalam a indispensabilidade da intervenção ministerial.

## IV. Bibliografia

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, 2ª edição, Saraiva, 1998.

---

2001.

1. Citado por Antônio Cláudio da Costa Machado *in* A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, 2ª edição, Saraiva, 1998, pág. 390.

## TESE 81

### DO CARÁTER IRRESTRITO DO EXERCÍCIO DO DIREITO À FILIAÇÃO – IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS.

**Paulo Ricardo Gontijo Loyola**

Promotor de Justiça da Comarca de Ivolândia - GO

**Marta Moriya Loyola**

Promotora de Justiça Substituta - GO

#### I. Introdução

Dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

*“Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”*

Esse artigo veio dar ao direito de filiação amplitude antes inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, qualificar como imprescritível um direito e permitir-lhe ser exercitado sem qualquer restrição equivale a conceder-lhe ilimitada eficácia no tempo e no espaço. Ademais disso, a indisponibilidade implica no reconhecimento de que aquele direito extrapola os lindes do interesse individual, havendo, por isso, de ser defendido por meio dos instrumentos públicos de controle social.

Conquanto a inovação legal date de 1990, somente com a prática jurídica é que se vem dando concretude aos conceitos ali dispostos, dando-lhes novos contornos. A questão que ora nos interessa - e que constitui objeto desta tese - respeita ao conceito de irrestritabilidade e encontra ainda ecos divergentes na doutrina e jurisprudência nacionais.

São freqüentes os casos em que é registrado como pai pessoa que não o é. Isso se dá, muitas vezes, por razões moralmente aceitáveis, mas que contrariam a realidade biológica da filiação. Pergunta-se: em casos que tais, é possível a propositura de ação investigatória sem anterior sentença que anule o registro de nascimento do investigante?

## II. Exposição

Os entendimentos contrários à possibilidade de cumulação têm fulcro nos arts. 348 do Código Civil e 292, *caput*, do Código de Processo Civil, os quais dispõem:

**“art. 348. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.**

***“Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.”***

Atenhamo-nos, inicialmente, ao artigo 348 do Código Civil.

Incidindo em excessivo rigor formal, parte da jurisprudência pátria dava a esse dispositivo interpretação que estabelecia, como pré-requisito necessário da ação de investigação de paternidade, uma bem sucedida ação anulatória do registro civil falso ou eivado de erro. Isso ocorria, sobretudo, em nome da segurança jurídica e com o intuito de proteger a instituição da família.

Ao nosso ver, essa interpretação formalista mostra-se incompatível com o supratranscrito art. 27 do ECA, o qual tem claro propósito de facilitar o manejo de remédios processuais para obtenção da verdade biológica subjacente à filiação. Na qualidade de irrestrito, o direito a esta há que prevalecer sobre o interesse na estabilidade registral.

Existe na jurisprudência, outrossim, entendimento fundado no art. 292, *caput*, do Código de Processo Civil, dispositivo que permite a cumulação de vários pedidos, num mesmo processo, apenas contra o mesmo réu. Afastada a cumulação, tornar-se-ia requisito da ação de investigação a sentença declaratória da nulidade do registro.

Tal é o conteúdo do Acórdão abaixo transcrito:

***“Ação de Investigação de Paternidade, filho oriundo de relacionamento extraconjugal. Menor registrado pelo marido da genitora. Ação declaratória de nulidade de assento de nascimento. Inicial não instruída com a sentença declaratória da nulidade do registro. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Cassação da sentença. I - É premissa da ação de investigação de paternidade, constatando-se a existência de anterior registro de nascimento em que conste nome do pai, a sentença declaratória de nulidade do assento de nascimento, cuja cópia deve acompanhar, como documento indispensável ao julgamento da demanda, a petição inicial da ação de investigação de paternidade. II – Não estando a petição inicial devidamente instruída, deve o julgador oportunizar à parte a sua emenda, assinalando-lhe prazo. Não sendo cumprida a determinação, será cabível a extinção do processo sem***

*juízo de mérito. III – Extinto o processo sem julgamento do mérito, sem que tenha o magistrado oportunizado a juntada de cópia da sentença declaratória de nulidade de assento de nascimento, acostada, posteriormente, ao recurso de apelação, impõe-se a cassação da sentença para que julgue o mérito. IV – Recurso conhecido e provido para cassar a v. sentença, determinando julgamento do mérito. (APELAÇÃO CÍVEL APC4079096; Nº89518; 14/10/1996; 3ª Turma Cível; Nancy Andrichi)”*

Tal é também o entendimento de Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, que leciona:

*“ Todavia a desconstituição do reconhecimento voluntário da filiação não poder ser pretendida em pedido cumulado com investigatório de paternidade, tendo em conta que o art. 292 do CPC somente admite a cumulação de pedidos, num único processo, contra o mesmo réu” . (in Alimentos e Investigação de Paternidade – Belo Horizonte: Del Rey, 1995, 2ª ed., p. 163)*

Mostra-se, porém, mais razoável – e mais afinado com o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente – o entendimento segundo o qual o art. 292 deve ser interpretado à luz dos dispositivos legais relativos ao instituto do litisconsórcio, adquirindo limites teleologicamente mais idôneos.

Dispõe o art. 46, III, do Código de Processo Civil:

*“Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:*

*(...)*

*III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; (... )”*

Ora, no caso em tela há flagrante coincidência de causa de pedir (*causa petendi*) entre ambas as ações, recaindo-se no que dispõe o art. 103, CPC:

*“Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.”*

Dessarte, são conexas a declaração da paternidade e a anulação do registro, o que enseja possibilidade do litisconsórcio, conforme previsto no artigo 46, III, já transcrito.

Temos, na espécie, o chamado litisconsórcio facultativo unitário, o qual pode ser adotado ou não pelas partes, mas que, em caso positivo, há de ser decidido de modo igual para todos os litigantes.

Há que se entender que o escopo principal do *caput* do art. 292 do CPC é atender ao princípio da economia processual. Sua parte final deixa clara a intenção de dilatar o conteúdo possível de um único processo, não de restringi-lo. Havendo vínculo de direito material entre dois ou mais pedidos constantes de um só feito, despicinda a aplicação desse artigo legal, dado o disposto nos arts. 46 e 103 do CPC.

Refoje à melhor hermenêutica, assim, lançar mão do art. 292 acima analisado para impossibilitar a reunião de dois pedidos em um só processo, quando já existe outra norma



jurídica permissiva dessa reunião.

Assim já decidiu a Corte Goiana no acórdão abaixo:

*“Apelação. – Ação de Investigação de Paternidade. – Carência de ação. – Inocorrência. – Provadas a existência do concubinato, a concepção dos investigantes durante o período de sua existência e a honestidade da mãe, impõe-se o reconhecimento da paternidade. I – Não é carente da ação de investigação de paternidade o filho reconhecido, falsamente, por quem, na realidade, não é seu pai. Em condições que tais, a ação investigatória pode ser proposta antes de promover-se a anulação do falso registro. – Se, no curso da ação de investigação, ficam provadas a existência do concubinato, a concepção dos investigantes durante o período de sua vigência e a honestidade da mãe, impõe-se o reconhecimento da paternidade”.* (ACÓRDÃO: 13/12/1988 12/13/88 RELATOR: Des. Homero Sabino de Freitas, RECURSO: Apelação Cível nº 21105-0/188, COMARCA: Bela Vista de Goiás.)

De igual jaez, outrossim, o entendimento esposado em Acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*“Ações de anulação de registro e investigação de paternidade - o caso é de litisconsórcio necessário, a fim de que se possa julgar, uniformemente, perante todos os interessados no registro, de onde decorre declaração da paternidade. (...) É admissível a investigação de paternidade de adulterino ‘a matre’ quando indubitosa a separação de fato do casal, à época da concepção. É perfeitamente possível a anulação do registro por força de erro ou falsidade que se comprovem na feitura do registro civil de nascimento, sendo a investigante parte legítima como corolário mesmo da ampla faculdade de investigar”.*

Também a acatada doutrina do ilustre Prof. José Carlos Barbosa Moreira leciona no mesmo sentido:

*“Respeito da letra do artigo 292, caput (‘contra o mesmo réu’) - não é requisito de admissibilidade da cumulação haver no processo um único réu, ou dirigem-se os pedidos cumulados a um único dos co-réu: existindo litisconsórcio passivo, de acordo com as normas que regem o instituto, podem cumular-se pedidos contra os vários litisconsortes ou contra parte deles, desde que atendidos os §§ 1º e 2º do artigo 292” ( O Novo Processo Civil Brasileiro, p.18).*

Concluindo, a tese ora apresentada é no sentido de que, para a aplicação integral do art. 27 do ECA, o qual prevê o exercício sem restrições do direito à filiação, e pelos fundamentos já expostos, mister se adote o entendimento favorável à cumulação em tela, tomando-se o cuidado de zelar por que sejam citadas tanto a parte investigada como aquela que figura como pai no assento a ser anulado.

## **I. Conclusão**

1. O artigo 27, ECA, veio estabelecer a irrestritabilidade do exercício do direito à filiação em nosso ordenamento jurídico;

2. Não obstante isso, parte da doutrina e jurisprudência defende que, com fulcro nos artigos 292, CPC, e 348, CC, nos casos em que exista assento de nascimento com paternidade definida, seja necessária a anulação deste, antes que se venha a propor a ação de investigação de paternidade em desfavor de outra pessoa;

3. Embora o art. 292 estabeleça a impossibilidade de cumulação quando diversas forem as partes passivas envolvidas no feito, na hipótese em tela são conexas as ações de anulação de registro de nascimento e investigação de paternidade, aplicando-se, então, os arts 103 e 46, III, CPC, sendo caso de litisconsórcio passivo;

4. A interpretação que se dava ao art. 348, CC, a qual estabelecia como pré-requisito da ação investigatória a anulação do assento de nascimento falso ou eivado de erro, mostra-se incompatível com o espírito do ECA e com a irrestritabilidade prevista no art. 27 deste; e

5. Para a efetiva implementação do ECA, no tocante à irrestritabilidade do exercício do direito à filiação, mister que os Promotores de Justiça adotem posicionamento favorável à possibilidade de cumulação, com o cuidado de zelar por que sejam citados os dois integrantes do pólo passivo.

## TESE 82

### DESNECESSIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*

**Robertson Alves de Mesquita**

5º Promotor de Justiça de Luziânia - GO

No nosso cotidiano, quando do desenvolver das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, mormente pelo ECA, lei 8.079/90<sup>1</sup>, e, Lei nº 7.560/92<sup>2</sup>, somos levados a adotar procedimentos de vanguarda, sem descurarmos da observância do sistema legal, buscando dar resposta célere anseios e direitos da pessoa humana, deixando de lado o excesso de formalismo jurídico que tendem a retardar o bem de vida pleiteado.

Conforme expressam as leis 8.079/90 e 7.560/92, artigos acima transcritos em nota de rodapé, o reconhecimento da paternidade realizado pelo pai biológico não traz maiores indagações. Todavia, no mundo dos fatos há situações em que a pessoa humana tem seu pai biológico falecido no curso da gravidez ou após o nascimento da criança, sem que tenha-se reconhecido a paternidade.

Havendo o óbito do pai biológico, os herdeiros (art. 1603, do Código Civil) e o filho com seu assistente ou representante, procuram o Ministério Público, afirmando a existência do filho sem que conste no seu registro o nome do pai e/ou o filho não reconhecido ou sua genitora, quando então notificamos os herdeiros a pronunciarem sobre a paternidade imputada. Uma vez reduzido a termo as declarações dos herdeiros ou de seus representantes, sendo eles menores, confirmando a paternidade, lavramos o termos de reconhecimento (fig.1) e oficiamos ao cartório de registro civil para que proceda a averbação.

---

1. Lei 8.069/90 – “**Art. 26.** Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público (grifo nosso), qualquer que seja a origem da filiação. **Parágrafo único.** O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. **Art. 27.** O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

2. Lei nº 7560/92, - “**Art. 1º.** O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: **I** - no registro de nascimento; **II** – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; **III** – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; **IV** – por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não sido objeto único e principal do ato que contém.”

---

---

Estado de Goiás

---

Ministério Público

---

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE LUZIÂNIA- GO

---

---

---

TERMO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

*POST MORTEM*

Aos onze dias do mês de agosto do ano de dois mil (11.08.2000), na 5ª Promotoria de Justiça de Luziânia, na presença do Dr. **Robertson Alves de Mesquita**, Promotor de Justiça, compareceu a menor **PRISCILA DE TAL**, com 04 anos de idade, ora representada por sua genitora **SOLANGE DE TAL**, brasileira, solteira, estudante, nascida aos 03.02.1979, em Tatuapé-SP, filha de Antônia Medeiros Ramos, residente na Rua 02, Quadra 05, lote 14, Setor Leste, nesta cidade, vem espontaneamente reconhecer a paternidade da menor **LAUANNY DE TAL ABADIA**, com 05 meses de idade, nascida aos 06.03.2000, em Taguatinga-DF, filha de **Maria José DE TAL** com o falecido **ADÃO DE TAL SANTOS**, o qual veio a óbito em 17.07.2000, nesta cidade, nos termos do artigo 26, da Lei 26 da Lei 8.069/90 e artigo 1º, Inciso III, da lei nº 8.560/92. Com o presente reconhecimento encontram de acordo os avós paternos **ANTÔNIO DE TAL DOS SANTOS** e **DIVINA DE TAL D'ABADIA**, brasileiros, casados entre si, residentes na Quadra 03, lote 21, Parque Rio Branco, ValparaísoII/GO., os quais assinam em conjunto com a representante da herdeira **PRISCILA**. Com o reconhecimento, a menor poderá acrescer o patronímico do pai biológico, passando usar o nome de **LAUANNY DE TAL ABADIA SANTOS**, cuja averbação se dará no cartório de registro civil desta cidade, local do assento da menor, sob o nº 147.617, fls. 257, livro A-213. Caso não acompanhem a declarante e avós paternos para auxiliar na promoção da presente averbação do termo de reconhecimento a margem do registro de nascimento junto ao cartório, poderá a genitora do menor fazê-lo imediatamente. Esclarecem que não há bens ou direitos a partilhar. Nada mais disseram e nem lhes foram perguntados, encerrando-se o presente termo que após lido e achado conforme, vai assinado pelo Promotor de Justiça, Herdeira/Declarante(representada por sua genitora) e Avós paternos, ora genitores do “de cujus”.

---

---

DECLARANTE (GENITORA DA MENOR PRISCILA)

---

AVÔ PATERNO

---

---

## AVÓ PATERNA

### PROMOTOR DE JUSTIÇA

Rol documentos:

Cópia Certidão nascimento da menor PRISCILA

Cópia da Cédula de Identidade da genitora da menor Priscila

Cópia das Cédulas de Identidade dos Avós paternos

Certidão de nascimento da menor LAUANNY (reconhecida)

Termo de declarações da representante da menor PRISCILA e Avós paternos, e, ofício desta Promotoria solicitando a averbação do termo a margem do registro da menor.

*Fig.1. Termo de reconhecimento*

Este trabalho iniciou-se na comarca de Isrelândia/GO, mantendo o mesmo procedimento quando titular da 4ª Promotoria de Itumbiara/GO. Ao assumir a 5ª Promotoria de Luziânia em outubro de 1999, e solicitar a averbação do termo de reconhecimento à oficiala de registro civil, esta suscitou dúvidas. Houve uma sinalização de resistência à aceitação do presente procedimento. Elaboramos um parecer, logramos por convencer o magistrado da vara de famílias e registros públicos da desnecessidade da ação de investigação como pretendia a oficiala. Desde então vem sendo adotado o procedimento sem maiores problemas nesta comarca.

Faremos uma breve digressão doutrinária a respeito do processo, especialmente às condições da ação e lide. Só assim, então, chegaremos a conclusão da desnecessidade da ação de investigação de paternidade *post mortem* nas situações acima mencionadas.

A palavra “processo”, conforme a maioria dos autores, deriva do latim *procedere* (processu) significando etimologicamente, pois, “*ato de proceder; de ir por diante; seguimento, curso, marcha*”. No sentido estritamente jurídico, o “Aurélio” registra ainda:

**“Atividade por meio da qual se exerce concretamente, em relação a determinado caso, a função jurisdicional, e que é instrumento de composição das lides.”**

**“Pleito judicial, litígio.”**

**“Conjunto de peças que documentam o exercício da atividade jurisdicional em um caso concreto.”<sup>3</sup>**

Este último registro, obviamente, corresponde a autos do processo, enquanto o segundo seria entender processo lato sensu, aplicando-se mais adequadamente à lide, ou até mesmo à ação.

3. FERREIRA, Aurélio B. de H. “Novo dicionário da língua portuguesa.” 2ª; edição, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986. p. 1395

Da extensa e prolongada discussão quanto à natureza jurídica do processo, parece predominante a visão de Oskar von BÜLOW (1868) que entende o processo como uma relação jurídica. Como relação jurídica, trata-se de um

**“regulamento da conduta das pessoas com referência a determinado bem”<sup>4</sup>,**

principalmente em seu objeto secundário: o serviço jurisdicional que o Estado tem a obrigação de prestar a quem bate às portas do Judiciário.

Carreira ALVIM aponta, em nota de rodapé:

**“Termos do mais controvertido é o objeto do processo. Para uns é a lide; para outros, a prestação jurisdicional devida pelo Estado; para outros, a vontade da lei cuja atuação se reclama; para outros, a pretensão processual.”<sup>5</sup>**

Pode-se considerar que, em tese, o processo objetiva uma decisão judicial, ainda que não seja de mérito (ações meramente declaratórias, cautelares, ...). Nossa legislação, contudo, emprega, no CPC, a palavra lide para designar o mérito da causa, ou seja, o objeto principal do processo.

Segundo o ex-ministro do STF, Moacyr Amaral SANTOS<sup>6</sup>, *a finalidade do processo é a composição da lide*. Em ocorrendo uma pretensão resistida, ou insatisfeita, aquele que se julgar, subjetivamente, prejudicado e amparado pela lei, quanto a um bem seu que o Direito tutele, poderá recorrer a um processo visando a ver aquele bem ser-lhe assegurado, à luz do Direito. A primeira expectativa do autor é ver seu pedido acolhido, o processo instaurado, acionada a máquina judiciária para a composição e a solução da lide.

**“Em síntese, o processo é o continente, a lide seu conteúdo, a pretensão seu objeto.”** (op. cit., p. 267)

A pretensão seria o verdadeiro objeto material do processo, desse ponto de vista apenas.

Retornando ao conceito inicialmente citado, apud AURÉLIO, processo é, também, o meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, qual seja, compor e resolver as lides.

É, assim, o instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para fazer aplicar-se e prevalecer a vontade da lei, dizendo o que ela regula naquele particular caso. É o *“complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei às lides concorrentes, por meio dos órgãos jurisdicionais.”* (id., ibid.)

---

4. GRINOVER, Ada P. et alii. “Teoria geral do processo.” 11ª; edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1995. p. 288-9.

5. ALVIM, J. E. Carreira. “Elementos de teoria geral do processo.” 4ª; edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995. p. 204.

6. SANTOS, Moacyr A. “Primeiras linhas de direito processual civil,” 18; edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995. p. 267

Do ponto de vista formal, portanto, há todo um conjunto de aspectos, que precedem a apreciação quanto ao mérito do pleito, a exigir a atuação do juiz e sua rigorosa atenção quanto à regularidade processual, através de decisões interlocutórias ou despachos saneadores. É o processo atuando sobre o próprio processo, o que não deixa de, por assim dizer, constituir o objeto formal do processo.

Logo, exsurge a indagação, onde estará a lide na ação em que o(s) herdeiro(s) reconhecem de plano a paternidade indicada pela mãe?

Ora, se este(s), por livre e espontânea vontade reconhece que o suscitado é filho do extinto e na maioria das vezes convivia maritalmente com a mãe do investigante até a data do óbito, corroborado com a ratificação dos avós paternos, os quais tem o menor como neto(a) biológica, quem poderia contrapor-se a tal declaração?

Certamente inexistente o interesse de agir para a promoção da ação de investigação de paternidade *post mortem*, como pode defender alguns.

A lei 8.560/92<sup>7</sup> é silente, em nada proibindo o reconhecimento nos moldes por nós formalizado.

Deverá ser sempre adotado um procedimento prévio visando impedir a “adoção à brasileira” (art. 242 do CP) ou outras fraudes. São entrevistado no nosso gabinete em separado

---

#### 7. LEI Nº 8.560, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992

Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

§ 5º A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Art. 3º É vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento.

Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho.

Art. 4º O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de concepção haver sido decorrente de relação extraconjugual.

§ 1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente Lei.

§ 2º São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado.

Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Art. 8º Os registros de nascimento, anteriores à data da presente Lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. São revogados os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

Itamar Franco

(genitora do menor, herdeiros ou genitores do extinto pai biológico). Somente após, é lavrado o termo de reconhecimento.

Ainda, sabemos que uma ação desta natureza, cujo o rito a se observar é o ordinário, aliado ao grande volume de demandas nas varas de famílias nas comarcas, tramitaria, em média, pelo período de 02 (dois) anos, para se obter uma decisão de mérito, isso, operando com uma projeção bastante otimista. E, certamente o resultado não seria diferente do que já se declarou no termo de reconhecimento. Estar-se-ia, apenas homologando ou ratificando.

Por outro lado, a interpretação dada pela corte recursal Goiana é consuetudinária com a nossa argumentação volvida nas linhas acima, mesmo porque não existe bens ou valores a inventariar (quando há, dificilmente o reconhecimento é voluntário), *mutadis mutandi, verbis*:

**EMENTA: “Pedido. Princípio da economia processual. Quando o Juiz entende que no pedido formulado pode-se obter o máximo de resultados na atuação da lei com o mínimo emprego de atividades processuais, deve ele aproveitar os atos estremos de dúvidas, acolhendo o que foi solicitado. 2 - Reconhecimento de paternidade por instrumento particular. Se o pai confirma expressamente a paternidade, deve o MM Juiz determinar a averbação do termo de reconhecimento da requerente no seu registro de nascimento, ex vi do disposto no § 3º, do artigo 2º da Lei nº 8.560, de 1992. Apelo conhecido e provido, à unanimidade de votos “.**<sup>8</sup>

.....

Em que pese posicionamento contrário de autor como Caio Mário da Silva Pereira, no seu livro “Reconhecimento de paternidade e seus efeitos”, 5ª edição da forense, fls. 63, ousamos dele divergir com apoio nas razões acima expostas.

## Conclusão

É desnecessária a propositura da ação de investigação de paternidade, por falta de uma das condições da ação - *interesse de agir* - quando os herdeiros reconhecem voluntariamente o estado de filiação, havendo o consentimento do filho quando maior ou de seu representante, se menor ou incapaz.

---

8. TJGO. Apelação Cível nº 37681-3/188. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Fenelon Teodoro Reis. Decisão: Conhecido e provido, à unanimidade. Comarca: Pirenópolis. DJ nº 12228 de 16/01/96 p. 13



**TESE 83****INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - IMPRESCRITIBILIDADE**

**Ricardo de Oliveira Silva**  
Promotor de Justiça - RS  
**Luiz Achyllez Petiz Bardou**  
Procurador de Justiça - RS

Síntese da Tese: **Em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem por revogados os arts. 178, §9º, VI, e 362, do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo da ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou da emancipação.**

Fundamentação da Tese:

Atualmente o ordenamento jurídico pátrio não mais diferencia situações envolvendo as ações de investigação de paternidade, como se realizava no regime da Constituição anterior, no qual, dependendo da existência ou não de pai registral, fazia incidir o lapso decadencial de quatro anos. No regime da atual Constituição não há mais que se considerar esses dois vetores para a questão, pois em ambos os casos, ação investigatória cumulada ou não com anulação de registro civil, são imprescritíveis, já que a Carta Magna de 1988, no §6º do artigo 227, proibiu qualquer tipo de discriminação à filiação.

Assim, de acordo com a nova sistemática constitucional, da mesma maneira que se estende ao filho legítimo o direito de propor ação investigatória de paternidade contra seu suposto pai, mesma providência deve ser oportunizada ao filho legitimado, que não pode ser tratado diferentemente.

E é esta a posição atual do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não o contrário.

Isso porque as decisões no **REsp nº 19.244-0**, de relatoria do Min. Athos Gusmão Carneiro, e no **REsp nº 38.856-2**, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, datam de 1993 e 1994 respectivamente e enquadram-se válidas tão somente para demandas propostas e julgadas no regime da Constituição pretérita, quando se permitia a diferenciação entre ações de investigação de paternidade com pai registral e sem pai registral, para efeitos decadenciais na primeira hipótese.

A ementa do **REsp nº 19.244-0**<sup>1</sup> é cristalina neste sentido, senão vejamos:

---

1. Julgado em 03/03/93, publicado no DJU de 29/03/93

**“AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO NATURAL. PRESCRITIBILIDADE. DEMANDA PROPOSTA E JULGADA NO REGIME DA CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA. CÓDIGO CIVIL, ART. 178, §9º, VI.**

**A norma do artigo 178, §9º, VI, do Código Civil implicou exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações relativas ao estado das pessoas.”**

No mesmo diapasão, o **REsp nº 83.685-MG<sup>2</sup>**, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, esclarece o histórico jurisprudencial da presente questão no Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa, seguida do voto:

**“FILIAÇÃO. Legitimação. Ação de Investigação de paternidade. Decadência da ação de impugnação.**

**No regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei 8.069/90, o filho que não impugnasse, no prazo de quatro anos, o reconhecimento da paternidade, - legitimado que fora quando do casamento de sua mãe, - não poderia promover ação de investigação de paternidade contra outrem. Precedentes do STJ.”**

*“O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (RELATOR):*

*1. O Superior Tribunal de Justiça já em três oportunidades manifestou-se, através das duas Turmas do eg. 2ª Seção, a respeito da prescritibilidade da ação de impugnação ao reconhecimento de filho menor, sempre exigindo a propositura da ação no prazo de quatro anos, a contar da maioridade do perflhado: (...)*

*2. É preciso convir, porém, que a ação de impugnação à legitimação, ou ação de contestação de reconhecimento, na forma do artigo 362 do Código Civil, que é uma ação do filho contra o pai reconhecente, tem por objetivo unicamente afastar o reconhecimento da filiação e a situação jurídica que daí decorre, para desconstituí-la, sem pretender com isso criar uma nova relação: ‘Para a impugnação, basta que a pessoa perflhada não queira a posição de filho natural do perflhante e assim o declare’ (Carvalho Santos, CCB Interpretado, V/473).*

*De outra parte, é inequívoco ser uma das características do estado das pessoas a imprescritibilidade das ações que lhe concernem:*

*‘Se o estado é imprescritível, imprescritível obviamente será o direito de ação visando a declará-lo, pois que a ação de reconhecimento compulsório é uma ação declaratória. A todo tempo o filho, qualquer filho, tem o direito de reivindicar in judicio o status que lhe compete. E, então, ao filho ilegítimo assiste sempre o direito de intentar contra o pai, ou os herdeiros desde, ação com o objetivo de declarar o seu status de filho ilegítimo.’ (Caio Mário, Reconhecimento de paternidade e seus efeitos’, p. 99)*

*Arnaldo Rizzardo (Direito da Família II / 662), examinando*

---

2. julgado em 18/12/96, publicado no DJU de 22/04/97

*especificamente o caso do menor perfilhado que impugna a paternidade, sustenta que: 'É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir a prazo prescricional de quatro anos, previsto no artigo 178, §9º, inc. V, letra b, do Código Civil. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim, como a investigação da paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória da paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência.' (...)*

*De acordo com esse novo sistema, assim como se estende ao filho legítimo o direito de propor ação investigatória de paternidade contra seu suposto pai ('No caso de filhos legítimos, a hipótese não constitui óbice à propositura da ação investigatória, desde que cumulada com a ação de nulidade do registro de nascimento, esta com um caráter evidentemente prejudicial', como asseverou o em. Min. Barros Monteiro, no julgamento do REsp nº 2.353/SP, acima citado), assim também se há de permitir a mesma providência ao filho legitimado, que não pode ser tratado diferentemente.*

*4. Na espécie dos autos, porém, tenho dificuldades para dar provimento ao recurso.*

*De acordo com a jurisprudência pacificada nas duas Turmas da eg. 2ª Seção, como se viu, na vigência do regime anterior, prevalecia a regra que impunha ao perfilhado a prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento. A presente ação versa sobre fatos que aconteceram antes de 1988 e de 1990, pois o prazo decadencial de quatro anos se extinguiu em 21 de junho de 1988. Portanto, o direito do autor já estaria extinto quando sobreveio a nova legislação, não renascendo daí.” (grifo nosso)*

É o que também nos diz o REsp nº 79.640 – RS<sup>3</sup>, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

**“DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. REGIME ANTERIOR AO ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DECADÊNCIA DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO RECONHECIMENTO. ARTS. 178, §9º, VI, 348 E 362. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO PROVIDO.**

**I – Em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem por revogados os arts. 178, §9º, VI, e 362, do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo da ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou da emancipação.**

**II – Aplica-se, no entanto, o prazo decadencial, se o direito do filho de impugnar o reconhecimento já estava extinto quando do surgimento da nova legislação.** (grifo nosso)

*“Com efeito, o art. 27 do Estatuto estabelece que ‘o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado*

*o segredo de justiça*’.

*Diante disso, e do princípio da igualdade de filiação, consagrado também no art. 20 daquele diploma, restou implicitamente revogada a disposição do Código Civil que limitava ao prazo de quatro anos, contados da maioridade ou da emancipação do filho, a ação para impugnar o reconhecimento.*

*A respeito, a lição de Gustavo Tepedino, in ‘Direitos de Família e do Menor’, Del Rey, 3ª ed., 1993, 2ª parte, cap. 11, p. 231:*

*‘Interpretando-se tais dispositivos de acordo com a proibição constitucional de discriminação da filiação extramatrimonial e com a aludido art. 27 do Estatuto, vê-se que a possibilidade de propositura de ação de contestação de reconhecimento, atribuída ao filho ilegítimo pelo art. 362, há de alcançar necessariamente o filho havido na constância do matrimônio, sob pena de se lhes oferecer tratamento desigual.*

*Mais ainda: verifica-se que o prazo de quatro anos fixados pelo mesmo art. 362, para a impugnação do reconhecimento, ao menos com relação ao filho reconhecido não se coaduna com a imprescritibilidade fixada pelo art. 27, sobretudo diante dos princípios estatuidos em favor do prioritário interesse da criança e do adolescente.*

(...)

*Diante de tais considerações, pode-se afirmar que as restrições do Código Civil foram revogadas, seja no que tange à irrestrita legitimação processual do próprio filho, decorrente do art. 27 do Estatuto, para investigar a sua paternidade, impugnando, quando for o caso, a atribuição insincera da paternidade, seja no que concerne ao prazo oferecido ao filho para a propositura das respectivas ações’.*”

A partir dos precedentes acima transcritos, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, no regime legal em vigor, inexistente prazo para que o filho reconhecido promova ação de anulação do registro e de investigação de paternidade contra terceiro.

Senão vejamos a decisão do REsp nº 155.493 – SP<sup>4</sup>, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que de forma escorreita resume o tratamento dado à matéria. Veja-se:

**“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Anulação de registro. Decadência.**

**No regime em vigor, inexistente prazo para que o filho reconhecido promova ação de anulação do registro e de investigação de paternidade contra terceiro. Embora alcançada a maioridade na vigência da lei anterior, o prazo decadencial ainda não fluía quando da nova lei, pelo que a ação poderia ser proposta quatro anos após a maioridade.**

**Aplicação da Lei nº 8.069/90**”

(grifo nosso)

“O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar

*1. O tema relacionado com o prazo extintivo do direito de o filho reconhecido promover a ação de anulação do registro de nascimento, cumulada com a de investigação da paternidade atribuída a terceiro, já foi mais de uma vez examinada nesta Quarta Turma, estabelecendo-se que:*

*a) ‘No regime anterior à Constituição de 1988 e à Lei nº 8069/90, o filho que não impugnasse, no prazo de quatro anos, o reconhecimento da paternidade, - legitimado que fora quando do casamento de sua mãe, - não poderia promover ação de investigação de paternidade contra outrem’ (REsp nº 83.685/MG, de minha relatoria);*

*b) porém, um novo regime foi implantado: ‘Em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se por revogados os arts. 178, §9º, VI, e 362, do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo de ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou da emancipação’ (REsp nº 79.640/RS, rel. em. Ministro Sálvio de Figueiredo);*

*c) por isso, duas são as situações possíveis: 1 – ou o prazo extintivo flui por inteiro antes da vigência da nova lei, e descabe reabri-lo, estando eliminada a possibilidade da impugnação (Aplica-se, no entanto, o prazo decadencial, se o direito do filho de impugnar o reconhecimento já estava extinto quando do surgimento da nova legislação’, REsp nº 79.640/RS; no mesmo sentido, REsp nº 38.856/RS); 2 – ou o prazo decadencial já se iniciara antes, mas não se completara, ou ainda não se iniciara, hipóteses em que incide a nova lei, que não contempla prazo decadencial para ações dessa natureza e não faz diferença entre os filhos, permitindo a partir daí as iniciativas judiciais de quem ainda não tivera extinto o seu direito.”*

Por fim, vale ainda paragonar ementa de recente decisão no REsp nº 112.208 – RS<sup>5</sup>, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

**“DIREITOS DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERTEMPORAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. REGIME POSTERIOR AO ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DECADÊNCIA DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO RECONHECIMENTO. INOCORRÊNCIA. ARTS. 178, §9º, VI, 348 E 362, CC. ORIENTAÇÃO DA TURMA. AGRAVO. LEI 9.756/98. POSTERIOR DECISÃO DE MÉRITO, TRANSITADA EM JULGADO. AGRAVO PREJUDICADO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

**I – Em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se por revogados os arts. 178, §9º, VI, e 362, do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo a ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou emancipação. (...)**

(grifo nosso)

Dessa forma, como exaustivamente demonstrado, o atual ordenamento jurídico não mais permite considerar o prazo decadencial de quatro anos nas ações de reconhecimento de paternidade cumulada com impugnação de registro civil, que subtrai-se junto com eventual argumento da proteção da estabilidade das relações jurídicas, frente ao princípio personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação.

## TESE 84

### ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL – FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS – NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS

**Luiz Gustavo Simões Valença de Melo**  
Promotor de Justiça - PE

#### **I - Justificativa**

Tem o presente trabalho o desiderato de, através de modesta pesquisa, tecer considerações acerca da possibilidade de antecipação parcial dos efeitos da tutela jurisdicional, com a fixação de alimentos provisórios, nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

Nessas ações, sobretudo com a legitimação ativa conferida pela Lei nº 8.560, de 29.12.1992, ao Ministério Público relevante papel tem o Promotor de Justiça Cível em propiciar aos investigantes o acesso à ordem jurídica justa.

#### **II - Exposição**

##### *II.1. Efetividade e Segurança Jurídica*

Ao vedar aos cidadãos o exercício de seus direitos em face dos demais, pelas próprias forças, concentrando unicamente em suas mãos esse poder, assumiu, o Estado, o dever perante àqueles de realização dos direitos, através da jurisdição. Deveras, esse poder-dever estatal tem inegáveis implicações na sociedade onde é exercida, por isso o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros desta, é que o legitima no contexto das instituições políticas da nação <sup>1</sup>. Esse reconhecimento se dá, na medida em que os conflitos de interesses surgidos entre os cidadãos são dirimidos satisfatoriamente, com eficiente prestação da tutela jurisdicional, de modo a minimizar os traumas e a instabilidade social deixados pela lide.

---

1. DINAMARCO, Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo, São Paulo, Malheiros Editores, 8ª Edição, 2000, p. 152.

Assim, não se pode negar ter a jurisdição não apenas o escopo jurídico de atuação da vontade do direito, mas também escopos sociais e políticos.

Com ensina o eminente Cândido R. Dinamarco: “... hoje, todo estudo teológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio estado social.”<sup>2</sup>

Nesse contexto, surge o processo como principal método estatal na resolução dos conflitos de interesses surgidos no meio social, sendo o instrumento de aplicação da jurisdição aos casos concretos.

Sucedo que, do surgimento de uma controvérsia, passível de resolução estatal, à sua final resolução, transcorre razoável decurso de tempo. Destarte, a própria existência do processo afasta a instantaneidade da solução, pois “enquanto a finalidade está *antes* do processo, o resultado está *depois*, e o processo se encontra no meio dos dois”<sup>3</sup>. E, sem dúvida, o tempo é um fator ameaçador da entrega eficiente da prestação jurisdicional, devendo o processo, como instrumento desta, ter mecanismos aptos a evitar os efeitos danosos daquele. Mas repise-se, é dever do Estado evitar que os indivíduos, submetidos compulsoriamente ao poder jurisdicional, sofram danos provenientes de sua demora na prestação desta atividade, sendo direito do indivíduo que reside em juízo o recebimento da tutela estatal em tempo e condições adequadas a efetivamente preservar o direito afirmado.

Contudo, àqueles que buscam solução judicial para seus conflitos, são constitucionalmente assegurados uma série de direitos considerados fundamentais, englobados de forma genérica sob a fórmula do “devido processo legal”. Ao presente trabalho interessa, dentre os referidos direitos, a análise do direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica. Teori Albino Zavascki define direito à efetividade da jurisdição como sendo “o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória.”<sup>4</sup> De outra parte, o direito à segurança jurídica, incluindo-se “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF/88, Art. 5º, inciso LV), é entendido como o direito à uma solução jurídica definitiva do conflito, após, evidente, o trâmite processual submetido à procedimento previamente estabelecido. Assim a maior segurança jurídica demanda maior tempo, comprometedor, não raro, da efetividade.

Do exposto, tem-se que no processo revela-se uma tensão entre os direitos fundamentais da efetividade e da segurança jurídica, sendo necessária a existências de mecanismos harmonizadores a fim de conseguir a sua coexistência, pois inexistente hierarquia entre estes, relativizando suas aplicações e por conseguinte, impedindo o aniquilamento integral de um

---

2. Idem, p. 153.

3. CARNELUTTI, Francesco, Sistema de direito processual civil, vol. I, São Paulo, Classic Book, 2000, pg. 405.

4. ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela, 3ª edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2000, p. 64.



pelo outro. Assim, “processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas de deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto de vista jurídico.”<sup>5</sup>

Nesse desiderato, existem as chamadas tutelas provisórias de urgência, a saber: tutela cautelar e antecipatória.

## *II.2. Da Tutela Jurisdicional*

A tutela estatal prestada através de seu poder jurisdicional, constituindo-se em direito fundamental do cidadão que a provoca, deve ser adequada a propiciar à parte, de modo integral, o direito afirmado em juízo.

Não basta garantir aos jurisdicionados uma sentença de mérito dirimindo o conflito apresentado, pois o que importa é uma sentença de mérito capaz de realizar o direito material. É incompreensível, de fato, a razão pela qual os doutrinadores e julgadores em geral, não aceitam a idéia de que o direito de ação assegura o direito à tutela jurisdicional efetiva.<sup>6</sup>

Insuficiente, então, a garantia de apreciação dos conflitos pelo Judiciário, fazendo-se necessária a garantia à efetiva tutela. Ocorre que, às variadas pretensões levadas à juízo devem corresponder diversos provimentos emitidos pelo órgão julgador, pois, nem sempre, a tutela jurisdicional pode ou precisa ser prestada através de procedimento dilatado.

Com efeito, o processo, considerando-se seu estágio ou o objeto discutido, enseja as diferentes espécies de provimentos (tutelas). Entretanto, não se pode confundir a tutela adequada referida com tutela de mérito nem tampouco segurança jurídica com direito ao procedimento ordinário.

Ora, é comum que a urgência em resolver-se determinada situação, provocada pelo perigo de demora na prestação da tutela, leve a decisões fulcradas em juízos de verossimilhança ou probabilidade, com cognição sumária, ou seja, à vista de elementos de convicção que ainda não habilitam o julgador a emitir um juízo de mérito sobre determinada questão, para tais casos existem as tutelas provisórias. Por outro lado, havendo o procedimento propiciado trazer-se ao processo os elementos de convicção possíveis, na espécie discutida, o julgador profere decisão definitiva, entendendo-se esta como a que exaure a jurisdição deste.

Assim, as tutelas provisórias são emitidas com base em cognição sumária, ou seja, ainda passível de complementação, enquanto que as decisões definitivas à base de cognição exauriente, de forma a já haver esgotado as oportunidades de produção de prova. Releva esclarecer que “a cognição é, antes de tudo, uma relação entre sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Essa relação entre sujeito e o objeto se dá através da função intermediária da cognição. A cognição pode ter grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado para que seja atendida uma dada situação de direito substancial. No plano horizontal a cognição pode ser plena ou parcal, enquanto no plano vertical a cognição será exauriente,

5. DINAMARCO, Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo, 8ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 286.

6. MARINONI, Luiz Guilherme, Novas linhas do processo civil, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 213.

sumária ou superficial. Através da combinação destas modalidades, fala-se em plena e exauriente; parcial e exauriente; plena e exauriente *secundum eventum probationis*; eventual, plena ou limitada e exauriente; e sumária ou superficial.<sup>7</sup>

Das várias espécies de tutela jurisdicional, obtidas pelas diferentes modalidades de cognição, tem-se procedimentos eficazes a propiciar soluções efetivas às diferentes situações de direito material. Ressaltando-se que “as formas de tutela urgente, seja cautelar ou não, devem postas no sistema jurídico como remédios extraordinários, para situações especiais, quando os meios jurisdicionais comuns se mostrem incapazes de tutelar adequadamente o direito eventual.”<sup>8</sup>

### II.2.1. Da Tutela Antecipada

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, instituto introduzido na nossa sistemática processual civil pela lei nº 8.952/94, dando nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, tem importante papel na busca da harmonização entre os direitos à segurança jurídica e da efetividade do processo no objetivo da consecução da prestação da tutela jurisdicional adequada, pensando-se o processo, realmente, na perspectiva do direito material.

Reza o texto do artigo 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Diferentemente da tutela cautelar, a antecipatória tem o condão de oferecer, ainda que provisoriamente, total ou parcialmente, o próprio objeto principal da decisão definitiva. Não visa o resguardo do objeto para entrega futura ao seu legítimo dono, mas sua entrega àquele que demonstra, por um juízo de verossimilhança de cognição sumária, ser o seu provável dono.

Obviamente, para concessão da tutela antecipada é necessária a presença de pressupostos

---

7. MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 217, *apud* Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*.

8. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Do processo cautelar*, 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 89.

genéricos, quais sejam: a) requerimento da parte, b) prova inequívoca e c) verossimilhança da alegação, podendo ter como fundamentos: 1) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou 2) o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, cuja análise faz-se pertinente.

A necessidade de requerimento expresso advém dos princípios da demanda e do dispositivo, pois não deixa de ser, como anteriormente dito, a antecipação dos efeitos da tutela, um remédio extraordinário, necessário em situações especiais, dependendo pois, seu deferimento de provocação. Ademais, a prestação de tutela jurisdicional “*ex officio*” fere ainda o princípio da inércia.

Quanto à prova inequívoca referida no CPC, tem-se como aquela que, apesar da cognição sumária, afaste o julgador da perplexidade no momento da apreciação, ou seja, cujos motivos convergentes (favoráveis) espanquem de dúvida razoável os motivos divergentes (desfavoráveis). Conforme destaca Cândido R. Dinamarco, “o art. 273 condiciona a antecipação de tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente, porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não de verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (Prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados. E é mais do que a credibilidade ou a verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.”<sup>9</sup> Então, “o *fumus boni iuris*” deverá esta, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como *fatos certos*. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausividade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe *verossimilhança* quando ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à veracidade dos fatos.”<sup>10</sup>

Devem concorrer, ainda, para concessão da antecipação da tutela, pelo menos um dos fundamentos: a) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou 2) o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

O “fundado receio” mencionado na norma, há que ser interpretado “como situação subjetiva justificada pela ocorrência no mundo dos fatos, ou aliada ao plano dos fatos, quer dizer, o temor funda-se ou apoia-se em razões fáticas objetivamente demonstráveis”<sup>11</sup>. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco

9. *A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995. p. 143.

10. ZAVASCKI, Teori Albino, cit. p. 76.

11. NUNES, Luiz Antonio, *Cognição judicial nas tutelas de urgência*, São Paulo, ed. Saraiva, 2000, p. 73.

concreto, sendo insuficiente o risco hipotético, conjectural, e ainda presente de forma atual ou iminente no curso do processo, além de grave, ou seja, com potencial a fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte. Contudo, é natural o risco de lesão à direitos no curso do processo, então se esta ainda que grave, não for iminente, injustificável a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, pois apenas pode-se restringir um direito em detrimento de outro de idêntica hierarquia havendo necessidade e nos estritos limites desta.

Tratando-se do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, esse fundamento não pode ser interpretado como uma sanção à parte demandada, posto que, para isso, existem institutos outros em nosso sistema processual. Deveras, o fato do réu agir abusando do seu direito de defesa ou de modo explicitamente objetivando procrastinar o feito, serve como reforço à prova convincente apresentada e à verosimilhança da alegação do autor, autorizando o julgador ao deferimento da medida. Insta acentuar, que a antecipação da tutela fundamentada no inciso II, do artigo 273 do CPC, não obsta a condenação do réu nas sanções do artigo 18 do estatuto de ritos, pela litigância de má-fé (pagamento de multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e indenização à parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou), o que configuraria um “bis in idem” caso a medida antecipatória tivesse a natureza de sanção processual.

Por fim, aspecto que será mais aprofundado a seguir, tendo a tutela antecipatória natureza provisória, deve observar, no que couber, os incisos II e III, artigo 588 do CPC, que versa sobre a execução provisória, sendo reversível, posto que a irreversibilidade absoluta, em tese, desnaturaria o instituto tornando-a em tutela definitiva.

### *2.3. Antecipação da Tutela x Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos*

A ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos deve ser analisada sob seus aspectos peculiares, sobretudo pelo interesse público e indisponibilidade dos direitos discutidos na demanda. Ressaltada sua importância pela Lei nº 8.560/92, que conferiu ao Ministério Público, na qualidade de defensor dos direitos individuais indisponíveis, legitimidade ativa para o ajuizamento da ação.

Em princípio, seguindo o rito ordinário e sendo pacífico o entendimento de que o artigo 273 do CPC, aplica-se a todo procedimento comum (ordinário e sumário), além dos procedimentos especiais compatíveis com a medida, não haveria óbice à concessão de antecipação dos efeitos da tutela nas ações investigatórias. Contudo, existe respeitável entendimento em sentido contrário apegando-se seus seguidores, basicamente, em dois pontos: a) a impossibilidade de devolução da quantia percebida a título de alimentos, ante o princípio da irrepetibilidade; e b) a impossibilidade de antecipação da tutela em ações declaratórias, posicionamento do qual, “data vênia”, discordamos por pensarmos ser viável a antecipação parcial da tutela, com o arbitramento de alimentos provisórios, nas demandas investigatórias.

É assente na sistemática do nosso ordenamento, o princípio da irrepetibilidade das prestações alimentícias, recebidas a qualquer título. Nessa esteira, leciona Yussef Said Cahali “assim, ainda que não haja em nosso ordenamento disposição semelhante à do art. 2.007, n. 2, do CC português, expresso no sentido de que “não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos”, considera-se pacífica na jurisprudência de nossos tribunais a irrepetibilidade das pensões ou de parcelas pagas pelo obrigado.”<sup>12</sup>, ainda, o eminente Orlando

Gomes “ainda que o alimentante tenha pago pensões a que não estava obrigado, não tem o direito de repeti-los, segundo consenso dos autores”.<sup>13</sup>

Ocorre que o § 2º do artigo 273 do CPC, ao dispor: “Não se concederá a tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento.”, não pode ser interpretado de forma literal, sob pena de inviabilizar-se a aplicação do instituto, pois os efeitos da antecipação da tutela no mundo real, fora do processo, não poderão ser completamente desfeitos. “É necessário que se perceba, porém, que é incorreto se falar em irreversibilidade do provimento, já que esta não se pode dar no plano jurídico; a irreversibilidade é a dos efeitos fáticos do provimento. Entretanto, o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir impedimento ao deferimento da tutela urgente. Tratando-se de tutela antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Do contrário, o direito que tem probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado. Em resumo, se não há modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos deve ocorrer ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício.”<sup>14</sup>

Ademais, “. . . a possibilidade de o provimento antecipatório vir a causar prejuízo patrimonial à parte não deve constituir sério óbice à sua prolação, mormente quando eventual desfalque possa ser diluído pela disparidade sócio-econômica-jurídica existente entre autor e réu.”<sup>15</sup>

Não se pode olvidar da relevância do interesse a ser tutelado, sendo a prestação alimentar impostergável de necessidade premente, cuja negação imediata, poderá implicar num dano permanente.

Quanto ao argumento de ser incabível a antecipação da tutela nas investigações de paternidade, por serem ações declaratórias não formando, assim, título executivo. Trata-se de tentativa de desvirtuamento e inversão dos reais objetivos do processo, dissociando-o da perspectiva do direito material. Nada impede a antecipação, em ações declaratórias, pois o que se antecipam são os efeitos e as consequências da declaração pretendida.

Como assevera Kazuo Watanabe “. . . em alguns tipos de ação, principalmente no provimentos constitutivos e declaratórios, deverá o juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esse provimentos, e não o próprio provimento”. “. . . a utilidade da declaratória está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isto ocorre principalmente em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos . . .”<sup>16</sup>

12. CAHALI, Yussef Said, *Dos Alimentos*, 3ª edição, São Paulo, ed. Revistas dos Tribunais, 1999, p. 133.

13. *Direito de Família*, nº 215, p. 334.

14. MARINONI, Luiz Guilherme, *Efetividade do Processo e Tutela Antecipatória*, in *O Processo Civil Contemporâneo*, Juruá, 1994, pg. 120/121.

15. BRUM VAZ, Paulo Afonso, *Antecipação de tutela em matéria previdenciária*, in *Síntese Trabalhista*, ed. Síntese, vol. 73, julho/95, p.23.

A antecipação da tutela é, como por demais enfatizado, instrumento extraordinário, devendo ser aplicado com a devida cautela, porém, presentes os requisitos de sua concessão é dever do julgador seu deferimento, não se cuidando de ato discricionário. Mas, “não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O Juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário - no qual alguns imaginam que ele não erra - para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender - para cumprir sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade social - que as novas situações carentes de tutela não pode, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos anos atrás.”<sup>17</sup>

Inadmissível, a utilização do exacerbo da técnica processual para negação do direito material, dissociando a realidade processual da realidade fática. Ora, “o direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídicas materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.”<sup>18</sup>

### III - Conclusão

De tudo exposto, conclui-se que havendo no contexto probatório elementos robustos de convicção (Ex. exame de DNA, exame hematológico não excludente da paternidade, escrito emanado do suposto pai reconhecendo a paternidade etc), bem como os demais pressupostos da antecipação da tutela, tendo em vista a relevância do direito pretendido, deve o magistrado conceder, no curso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, alimentos provisórios em favor do investigante, arbitrando-os com observância ao binômio necessidade do alimentando-possibilidade do alimentante.

Por conseguinte, sendo um dever do magistrado o deferimento da medida antecipatória, sua negação, por decisão interlocutória, legitima o Órgão do “*Parquet*” na qualidade de fiscal da lei e defensor dos direitos individuais indisponíveis, à interposição do recurso de agravo, na modalidade por instrumento, consoante o disposto no artigo 499, § 2º, do CPC, pleiteando-se ao tribunal “*ad quem*”, a concessão liminar de efeito ativo ao recurso.

---

16. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, in Direito do Consumidor, vol. 19, pp. 89 e 90

17. MARINONI, Luiz Guilherme, Novas linhas do processo civil, São Paulo, Malheiros Editores, 3ª edição, 1999, p.124/125.

18. WATANABE, Kazuo, Da cognição no processo civil, Campinas, Bookseller, 2ª edição, 2000, p. 143.

## Bibliografia

1. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio, Do Processo Cautelar, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
2. BRUM VAZ, Paulo Afonso, Antecipação da tutela em matéria previdenciária, Síntese Trabalhista, Ed. Síntese, julho/95.
3. CAHALI, Yussef Said, Dos Alimentos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3<sup>a</sup> ed., 1999.
4. CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Direito Processual Civil, São Paulo, vol. I, Classic Book, 2000.
5. DINAMARCO, Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo, São Paulo, Malheiros Editores, 8<sup>a</sup> ed., 2000.
6. \_\_\_\_\_, A reforma do código de processo civil, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
7. MARINONI, Luiz Guilherme, Novas Linhas do Processo Civil, São Paulo, Malheiros Editores, 3<sup>a</sup> ed., 1999.
8. \_\_\_\_\_, Efetividade do Processo e Tutela Antecipatória, Juruá, 1994.
9. NUNES, Luiz Antonio, Cognição Judicial nas tutelas de urgência, São Paulo, Saraiva, 2000.
10. ZAVASKI, Teori Albino, Antecipação da Tutela, São Paulo, Saraiva, 3<sup>a</sup> ed., 2000.

**TESE 85****SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SUPERVENIENTE NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE****Marcelo Barbosa de Castro Zenkner<sup>1</sup>**

Promotor de Justiça – ES

De acordo com a Constituição Federal, “*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”<sup>2</sup>.

Trata-se, pois, de norma constitucional que consagra o princípio da paternidade responsável, assegurando a toda e qualquer pessoa o direito à filiação, preceito este que, pelo ensinamento de ALEXANDRE DE MORAES, “*(...) tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adúlterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado*”<sup>3</sup>.

Afirma-se na doutrina que essa garantia à filiação consagrada constitucionalmente é indisponível. Um direito é assim considerado não só por sua própria natureza, mas também porque a lei, visando à tutela de direitos especialíssimos, retira, algumas vezes, a disponibilidade de seu titular. No caso, parece-nos que, em mais de uma ocasião, o legislador quis caracterizar o direito à paternidade como indisponível, e tal se extrai não só corpo da própria Constituição Federal, mas também do artigo 27 da Lei 8.069/90 (ECRIAD).

Não pode o direito de filiação, desse modo, nas palavras de YUSSEF SAID CAHALI, “*ter seu exercício obstado pelo desinteresse ou pela renúncia da genitora; aliás, sob esse aspecto, a jurisprudência sempre se manifestou no sentido de ser inadmissível ou ineficaz a renúncia ou desistência da ação de investigação de paternidade manifestada pela mãe do menor*”<sup>4</sup>. Como o Ministério Público atua como *custos legis* em tais ações quando promovidas pelo próprio titular do direito, deve ele zelar pelo prosseguimento do feito, recorrendo à Superior Instância, inclusive, se necessário for (artigo 499, § 2º, CPC). Neste sentido o acórdão da

---

1. 8º Promotor de Justiça Substituto de Entrância Especial; Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo;

2. Artigo 227, § 6º;

3. in “DIREITO CONSTITUCIONAL”, 8ª ed., Ed. Atlas, 2000, p. 653;

4. in “RECONHECIMENTO DO FILHO EXTRAMATRIMONIUM”, Livro de Estudos Jurídicos, vol. 7, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1993).



Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em que foi relator o Desembargador JOÃO MIGUEL FILHO:

*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PATERNIDADE – DESÍDIA – EXTINÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. 1) Em sede de ação de investigação de paternidade, protege-se direito indisponível da parte, sendo vedada qualquer forma de extinção da demanda que possa eventualmente submeter a solução da controvérsia, mormente na hipótese dos autos, quando a investigante ainda não atingiu a maioria civil; 2) Ademais, no mandado intimatório não existe qualquer referência a necessidade de impulso pela autora, tornando letra morta o disposto no artigo 267, parágrafo primeiro, do CPC; 3) Recurso provido. Vistos, discutidos e relatados os presentes autos em que são partes as acima mencionadas (APELAÇÃO CÍVEL nº 50989000067, j. em 27.04.1999, ac. unânime).*

Também a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão que teve por relator o Desembargador MURILO PEREIRA, entendeu que incabível a desistência da ação, por se tratar de direito indisponível:

*É de se indeferir a homologação de desistência de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, proposta por absolutamente incapaz, representado por sua mãe, uma vez que, tratando-se de direito indisponível, é a desistência prejudicial aos superiores interesses do menor, que devem ser preservados, embora possa, a qualquer tempo, propor nova ação com o mesmo propósito. A ação em apreço tem conteúdo da mais alta relevância para a menor, em sede de direito de filiação, onde se busca a identidade pessoal, familiar e social da investigante, a quem assiste o direito imprescritível de provar a sua paternidade. Trata-se de um direito indisponível da menor, não se pode esquecer o fato de que são significativas para o propósito futuro da menor as conseqüências eventualmente favoráveis de uma investigatória. Observe-se que, na hipótese de eventual acolhimento do pedido, basta o seu conseqüente do dever paterno de prestar alimentos à filha menor, para se evidenciar que a desistência requerida por sua genitora é prejudicial aos superiores interesses da investigante-menor (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 23000/3, 15.9.92, in ADV JUR, 1992, p. 667, v. 60001; RT 690/145).*

Caso fosse admitida a desistência e a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, seria imensamente temerário para o direito o ajuizamento, no futuro, de ação para buscar o mesmo reconhecimento da paternidade, com idênticos fundamentos (artigo 268, *caput*, CPC), eis que pode o suposto pai, ou mesmo as testemunhas arroladas, mudarem de endereço para local incerto e não sabido, o que dificultaria enormemente a produção de provas. Pode ocorrer, ainda, que tal ação passe a configurar, posteriormente, um inconveniente para a mãe em função de um novo relacionamento amoroso estabelecido, o que pode levá-la a jamais revelar ao interessado a identidade do verdadeiro pai ou as provas necessárias para a devida comprovação.

Desse modo, havendo a possibilidade a apreciação do mérito da causa diante dos elementos de prova já existente nos autos, mesmo contra a vontade da representante do autor

originário, deve a ação prosseguir. O máximo que a ausência da mãe da menor na audiência de instrução e julgamento poderia implicar seria na impossibilidade de colheita de seu depoimento pessoal, caso requerido pela parte contrária.

Como, então, solucionar o problema prático que surge quando o titular do direito, após dar início à demanda, “desiste” da ação ajuizada, pugnando pela extinção do processo sem julgamento de mérito (artigo 267, inciso VIII, do CPC)? E se abandonar injustificadamente a ação? Como conciliar o desinteresse no feito manifestado pelo autor, através de seu representante, com a necessidade de seu prosseguimento e satisfatória instrução para que se obtenha sentença de mérito favorável?

Em primeiro lugar, importante enfatizar que, na esteira do dispositivo constitucional já invocado, foi promulgada, em 29 de dezembro de 1992, a Lei nº 8.560, que “regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências”. Como o artigo 127, *caput*, da Carta Magna que confere ao Ministério Público a incumbência de defesa dos interesses individuais indisponíveis (aí incluído o direito de investigar a paternidade), tal legislação passou a atribuir ao Parquet legitimidade para propor ação de investigação de paternidade nas hipóteses do suposto pai não responder à notificação no prazo de trinta dias, ou de negar a paternidade alegada (art. 2º, § 4º).

A discussão acerca de possível inconstitucionalidade de tal dispositivo há muito já está superada, acentuando JOSÉ MARIA LEONI LOPES DE OLIVEIRA que “*tal medida visa a dar cumprimento ao disposto no artigo 27 do ECA, que considera personalíssimo e indisponível o direito ao reconhecimento de filiação. Não quis, a todo evidente, deixar a critério da mãe o investigar ou não a paternidade de seu filho. Afinal, o direito subjetivo, como já se disse, pertence ao menor, e não a sua mãe, como deixa certo o artigo 363 do Código Civil*”.

O Ministério Público ao ajuizar ação de investigação de paternidade defende, pois, em nome próprio, o direito de filiação alheio, em uma perfeita hipótese de legitimação extraordinária concorrente, pois a mesma Lei nº 8.560/92 faz questão de frisar que permanece a legitimidade do titular do direito para ajuizar ação com mesmo pedido e mesma causa de pedir, não detendo o órgão ministerial o monopólio das investigatórias de paternidade (§ 5º, art. 2º).

Tal entendimento é corroborado pelos ensinamentos de JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS:

*E, realmente, foi nesse rumo que se pautou o legislador, criando ali não uma figura de representação, mas, sim, de legitimação extraordinária, à semelhança com o que já ocorria no artigo 68 do CPP. É o Ministério Público propondo a ação em nome próprio e **tendo como interesse primário o do Estado, de ver estabelecido para todos os seus súditos os vínculos de filiação** - grifo nosso<sup>6</sup>.*

5. in “A NOVA LEI DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE”, 3ª ed., Ed. Lumen Juris, 1995, p. 142;

6. in “RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE”, RT 699/12;

A finalidade da lei é clara: o Estado, desde a entrada em vigor da Constituição de 1.988, assumiu que tem interesse em ver TODAS as pessoas que vivem em seu território com o estado de filiação regularizado, e não apenas aquelas que nasceram a partir de 29 de dezembro de 1.992. Para que este objetivo seja atingido, todos os mecanismos jurídicos devem estar à disposição do Ministério Público.

Outro detalhe importante: figurando o Parquet como autor, obviamente também não poderá manifestar desistência da ação investigatória de paternidade ajuizada, à semelhança do que ocorre com o outro co-legitimado (o titular do direito). Isso porque o Ministério Público, como já foi assinalado, recebeu como função institucional preceituada na Constituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis. Sendo função inerente à Instituição, não pode o órgão ministerial deflagrar a ação de investigação de paternidade e, depois, dela desistir. A natureza de sua função impõe que permaneça na autoria da ação até seu final. Além disso, como já ressaltado, se o direito é indisponível, há também uma indisponibilidade do instrumento adequado para sua tutela.

Voltando ao problema da desistência infundada ou do abandono da ação de investigação de paternidade pelo titular do direito de filiação – como o diploma legal em discussão não apresenta solução para o caso em tela, deve ela ser buscada através da analogia. Neste sentido, a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) estabelece, em seu artigo 5º, § 3º, que, “*em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa*”.

A hipótese se amolda perfeitamente no problema em enfoque: em sede de ação civil pública, assim como nas investigatórias de paternidade, a legitimação por parte do Ministério Público para propositura da respectiva ação, além de *concorrente* (artigo 5º, I e II, da Lei nº 7.347/85), é também *extraordinária* (artigo 6º do CPC), eis que é impensável a presença nos autos dos próprios titulares dos interesses difusos e coletivos ameaçados ou violados. Além disso, em ambas as ações, não atuando o órgão ministerial como agente, deverá funcionar, necessariamente, como fiscal da lei. Assim sendo, *porque não admitir a aplicação do artigo 5º, § 3º, da LACP, por ANALOGIA, para a desistência infundada ou abandono da ação pela representante do menor investigante em se tratando de investigatória da paternidade, onde figura o mesmo como autor?*

Se foi conferida ao Ministério Público a responsabilidade de defender o direito indisponível à filiação, não há motivo para se impedir que o Parquet assumia a titularidade da ação investigatória de paternidade em caso de abandono ou desistência infundada da mãe do menor investigante, já que, como a sentença de extinção do processo, neste caso, não fará coisa julgada material, poderia o órgão ministerial promover a mesma ação com idênticos fundamentos fáticos e jurídicos, formulando, também, o mesmo pedido.

Aliás, ao analisar a analogia e o processo de herointegração das normas, LUIZ FUX parece resolver definitivamente a questão, em perfeita consonância com o entendimento esboçado acima: “*Sob esse ângulo, é de extrema significação a gama dos princípios processuais de que se deve valer o aplicador da norma processual, devendo atentar, no atual estágio do processo, para os princípios da ‘economia processual’, segundo os quais o processo deve gerar um máximo de resultado em confronto com um mínimo de esforço processual das partes; da ‘efetividade’, que consagra a necessidade de uma tutela tempestiva, justa e realizável num espaço de tempo razoável; da ‘inafastabilidade da jurisdição’, que impõe que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escape ao Judiciário, e que deve conjura-las através*

*de provimento justo e adequado (...)”<sup>7</sup>.*

Não bastasse a possibilidade de perfeita aplicação da analogia e a inexistência de qualquer inconveniente, ainda vem em nosso socorro o artigo 224 do Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido no Capítulo da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos, segundo o qual “*aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*”.

Certamente, a prevalecer o entendimento apresentado no presente estudo, a possibilidade de êxito da pretensão do legislador constituinte em ver reconhecida a filiação para todos os nacionais será bem maior, não só por se evitar o desperdício de atos processuais já praticados, mas também por estabelecer a certeza para os titulares do direito à paternidade, mesmo os incapazes, de que as ações por eles promovidas muito provavelmente terão uma definição de mérito.

### **CONCLUSÕES:**

1. O direito à filiação, consagrado constitucionalmente no artigo 227, § 6º, é indisponível;
2. Uma vez promovida a ação de investigação de paternidade, é de ser rechaçado pedido de desistência infundada manifestado por qualquer dos co-legitimados ativos;
3. Sendo a ação investigatória de paternidade ajuizada pelo titular do direito à filiação, pode o Ministério Público assumir a titularidade ativa em caso de desistência infundada ou abandono da ação, por analogia ao artigo 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

---

7. in “CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL”, 1ª ed., 3ª tiragem, Ed. Forense, 2001, pp. 20/21;

## TESE 86

### A NECESSIDADE DA FISCALIZAÇÃO DAS CURATELAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

**Judith Pinheiro Silveira Borba**  
Promotor de Justiça - PE

#### JUSTIFICATIVA

Como desdobramento da incumbência imposta pela Lei maior de defesa dos interesses sociais, incumbe especificamente ao Ministério Público, por forças do disposto no art. 25, inc. VI, da Lei Orgânica Municipal, e no art. 4º, inc. VI, da Lei Orgânica Estadual, “exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência”

Em sentido mais amplo, cabe ao Ministério vulneráveis da sociedade, é um aspecto fundamental para a consolidação do Estado de Direito.

Entre esses grupos um dos mais marginalizados em relação aos direitos fundamentais é o dos Portadores de Transtornos Psíquicos e de deficiência mental. Chama a atenção sua exclusão, quer em relação ao tratamento em hospitais em desacordo, ainda, com os novos métodos preconizados pela Reforma Psiquiátrica, quer em hospitais ou em asilos destituídos de condições mínimas de permanência e/ou habitabilidade.

Deve ser também lembrado que o doente mental, a partir da Reforma Psiquiátrica, vem conquistando sua cidadania e, na medida do possível, seu direito de ter vontade é para ser preservado, ou seja, deve ser observado que a regra é a capacidade civil das pessoas maiores de idade e que só se pode retirar tal atributo da pessoa quando ela efetivamente não tiver condições de exprimir ou exercer sua vontade como, por exemplo, no caso de ter o interditado transtorno mental de natureza grave que o impeça de gerir seus atos e bens.

Diferentemente do acima exposto, é bom lembrar que para um indivíduo ter direito a uma aposentadoria por invalidez ou a um benefício de prestação continuada não poderá executar atividade laborativa (mesmo sendo capaz civilmente) e é esta possibilidade de trabalhar que se procura saber com uma perícia previdenciária, sendo muitas vezes assinada por assistente social ou profissional da área de psicóloga.

Porém, atualmente, por questões sociais e desconhecimento, tais preceitos estão sendo confundidos onde, com o intuito de se ter direito a um benefício assistencial ou previdenciário, estão propondo judicialmente a interdição de pessoas que tem condição de exprimirem sua vontade (só porque são: portadoras de deficiência- física, visual, com paralisia cerebral; com transtornos mentais de grau leve; idosas; epiléticas; alcólatras com consciência dos seus atos; neuróticas histéricas; com retardo mental de grau leve e moderado etc.).

Ou seja, por motivos previdenciários, muitas pessoas aptas e capazes a exercerem direitos e deveres, ajudados inclusive por familiares, vendem-se em troca de benefícios, permitindo que se tornem interditadas.

Por outro lado, não raro após a nomeação do curador, os doentes mentais são abandonados pela família, que se utiliza do benefício previdenciário ou assistencial, sem nada usufruírem os interditado.

Os hospitais gerais ou psiquiátricos estão lotados desta pessoas que abandonadas a própria sorte, sem qualquer lembrança de seus endereços vegetam em seus leitos por serem largados por seus responsáveis legais.

Assim sendo a legitimidade e responsabilidade do Ministério Público em relação ao curatelo, não termina com a propositura da ação de interdição ou a atuação como mero “custos legis” durante a tramitação do procedimento de jurisdição voluntária, mas ao promotor de justiça cabe efetivamente cumprir o seu papel fiscalizador em prol dos portadores de doença/ deficiência mental que, por serem interditados e juridicamente não terem mais condições de se defender, ficam ainda mais a mercê de alguns curadores inescrupulosos ou instituições desonestas.

Estes responsáveis pelo interditado muitas vezes, por interesses pecuniários praticam crimes tais como: abandono material, abandono de incapaz, apropriação indébita, maus tratos...

Desta forma, entendemos que tal atuação tem como objetivo geral defender o interesse das pessoas interditadas e visa especificamente fiscalizar se os curadores vêm exercendo de forma correta o “munus” e os serviços prestados à comunidade por parte de instituições, implantar e manter sistema de acompanhamento e controle das curatelas e fiscalizar as instituições hospitalares e asilares, em prol dos curatelados.

Ou seja, tal fiscalização visa:

- .1- Rever processos de interdição, principalmente os requeridos pelo Ministério Público;
- .2- Implantar progressivamente o sistema de acompanhamento e controle das curatelas;
- .3- Realizar visitas “IN LOCU” e entrevistas, orientando os curadores e fiscalizando se os interditados estão sendo bem tratados.
- .4- Propor judicialmente ações, tais como: a de prestação de contas, substituição ou remoção de curador, busca e apreensão de incapaz..
- .5- Atuar administrativamente em prol doente mental, oficiando a entidades, hospitais psiquiátricos e ao INSS, para se saber se curador está exercendo o seu “munus” público.

Um exemplo de rotina a ser adotada pelo promotor de justiça na fiscalização das curatelas, cumprindo assim o que determina o art. 1194 do Código de Processo Civil seria:

1- Pesquisa nos cartórios para seleção dos processos, dando-se preferência aos requeridos pelo Ministério Público ou em que o interrogatório foi realizado fora da sala de audiência, no mínimo com dois anos de trânsito em julgado da sentença;

2-Solicitação ao diretor do Fórum para ter acesso a tais Processos já arquivados;

3-Visita “in locu” nos locais onde estejam os curatelados, oficiando aos profissionais que o atenderam solicitando informações quanto ao estado do curatelado. Após, notificar o curador para que compareça à Promotoria de Justiça para ser ouvido, orientado, etc..

4-Tomar as medidas judiciais e administrativas cabíveis (tais como: promoção da ação de remoção ou substituição de curador, prestação de contas, levantamento de interdição, ajustamento de conduta .... ).

Para se conseguir os objetivos desejados deverá o Promotor de Justiça:

1- Organizar uma equipe e elaboração de métodos para fiscalizações das curatelas;

2- Formar um sistema eficaz de controle das curatelas por amostragem;

3- Conscientizar os interessados, quando se fizer necessário, por meio de entrevistas, visitas e ofícios; .

4- Promover o intercâmbio com Instituições Estaduais, Municipais, O..N. G. s, etc quando se fizer necessário .

## CONCLUSÃO

O Ministério Público não deverá se eximir do seu papel fiscalizador das curatelas, pois, principalmente ao propor uma ação de interdição, sugerindo como curador uma pessoa que não seja parente do interditado, fica o curatelado muitas vezes sob a responsabilidade de pessoas que só tem interesse em seus bens, sendo ele vítima inclusive de crimes.

Também há de ser lembrado que muitas vezes é o promotor de justiça o único guardião na defesa dos direitos do interditado, que por ignorância “vende” o exercício de seus direitos civis para receber um benefício previdenciário ou assistencial.

Desta forma, principalmente havendo denúncias ou nos casos em que partiu do “parquet” a interposição da ação de interdição (pois estava legitimado para tanto) deverá haver uma fiscalização, onde o curador será chamado para se explicar, podendo ser remetido ofício para órgãos públicos e privados, realizando-se visitas “in locu” para se constatar a real situação do interditado.

Tal apuração deverá ser promovida pelo órgão do Ministério Público que atua perante o juízo onde tramitou a ação de interdição.

Quando se fizer necessário e com base nas apurações realizadas será movida pelo promotor de justiça ação judicial (como por exemplo: levantamento de curatela, prestação de contas) e/ou, havendo notícia da existência de possível crime será encaminhado para a Central de Inquéritos ou Juizado Especial Criminal, dependendo do caso.

Assim sendo, o Ministério Público exercerá as suas atribuições e a frente de uma promotoria de justiça que atua em processos de interdição, não será um mero parecerista.

## Índice de Autor



## ÍNDICE DE AUTOR

|   |                    |
|---|--------------------|
| Adriana Maria de Vasconcelos Feijó – AL . . . . .   | 65, 83             |
| Ana Martha Smith Corrêa Orlando – SP . . . . .      | 203                |
| Anco Márcio Valle – RJ . . . . .                    | 381, 391           |
| André de Carvalho Ramos – SP . . . . .              | 339                |
| André Luis Alves de Melo – MG . . . . .             | 637                |
| André Luis Tabosa de Oliveira – PE . . . . .        | 1                  |
| Andréa Fernandes Nunes Padilha – PE . . . . .       | 529                |
| Angela Balieiro – PA . . . . .                      | 121                |
| Ângela Teresa Gondim Carneiro – CE . . . . .        | 409                |
| Antonio Winkert Souza – PR . . . . .                | 195                |
| Celso Jerônimo de Souza – AC . . . . .              | 523, 587, 619, 647 |
| Charles Emil Machado Martins – RS . . . . .         | 157                |
| Ciro Expedito Scheraiber – PR . . . . .             | 317, 325           |
| Cristiano Chaves de Farias – BA . . . . .           | 595                |
| Daisy Maria de Andrade Costa Pereira – PE . . . . . | 37                 |
| Dalva Vanderlei Tenório – AL . . . . .              | 65, 83             |
| Danni Sales Silva – TO . . . . .                    | 611                |
| Denise Freitas Fabião Guasque – RJ . . . . .        | 397                |
| Duciran Van Marsen Farena – SP . . . . .            | 353                |
| Edison Miguel da Silva Júnior – GO . . . . .        | 29                 |
| Eduardo Rinco – MG . . . . .                        | 555                |
| Elaine Castelo Branco Souza – PA . . . . .          | 111, 231           |
| Eliana Figueira de Mello – SP . . . . .             | 243                |
| Epaminondas da Costa – MG . . . . .                 | 567                |
| Evaldo França Martinelli – ES . . . . .             | 479                |
| Fernando Reverendo Vidal Akaoui – SP . . . . .      | 243                |
| Filippe Augusto Vieira de Andrade – SP . . . . .    | 281                |
| Galatéia Fridlund – PR . . . . .                    | 185                |
| Getúlio Barbosa de Andrade – AC . . . . .           | 173                |
| Gilberto Valente Martins – PA . . . . .             | 497                |
| Gilka da Mata Dias – RN . . . . .                   | 269                |
| Hortênsia Gomes Pinho – BA . . . . .                | 263                |
| Isaac Benchimol Ferreira – GO . . . . .             | 61                 |
| Isaias Costa Dias – RO . . . . .                    | 115                |
| Ivana Farina –GO . . . . .                          | 29                 |
| João Gaspar Rodrigues – AM . . . . .                | 19, 493            |
| João Zaions Júnior – PR . . . . .                   | 219                |
| José Carlos de Oliveira Sampaio – SP . . . . .      | 181                |
| José Vladimir da Silva Acioli – PE . . . . .        | 539                |
| Juang Yuh Yu – SP . . . . .                         | 203                |
| Judith Pinheiro Silveira Borba – PE . . . . .       | 55, 75, 687        |
| Karine Susan Oliveira Gomes – GO . . . . .          | 161                |
| Kátia Rejane Rodrigues Guimarães – AC . . . . .     | 133                |

|   |               |
|---|---------------|
| Laíse Tarcila Rosa de Queiroz – PE . . . . .              | 167           |
| Leonir Batisti – PR . . . . .                             | 421           |
| Luis Roberto Proença – SP . . . . .                       | 445           |
| Luiz Achylles Petiz Bardou – RS . . . . .                 | 559, 367, 665 |
| Luiz Antonio Miguel Ferreira – SP . . . . .               | 91            |
| Luiz Gustavo Simões Valença de Melo – PE . . . . .        | 671           |
| Marcelo Barbosa de Castro Zenkner – ES . . . . .          | 681           |
| Marcelo Malvezzi – MT . . . . .                           | 253           |
| Márcia Haydée Porto de Carvalho – SP . . . . .            | 643           |
| Marco Antônio Correa de Sá – PR . . . . .                 | 219           |
| Maria Cristina Bittencourt Prata Magalhães – SP . . . . . | 203           |
| Maria José Perillo Fleury – GO . . . . .                  | 403, 517      |
| Marta Moriya Loyola – GO . . . . .                        | 653           |
| Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – PR . . . . .   | 503           |
| Mauro Sérgio Rocha – PR . . . . .                         | 371, 453      |
| Murillo José Digiácomo – PR . . . . .                     | 139           |
| Odair Tramontin – SC . . . . .                            | 513           |
| Olympio de Sá Sotto Maior Neto – PR . . . . .             | 127           |
| Oswaldo Bianchini Veronez Filho – SP . . . . .            | 463           |
| Patrícia Teixeira Guimarães – GO . . . . .                | 161           |
| Paulo César Correa Borges – SP . . . . .                  | 573, 583, 627 |
| Paulo Ricardo Gontijo Loyola – GO . . . . .               | 653           |
| Paulo Roberto Barbosa Ramos – SP . . . . .                | 25            |
| Regina Márcia Himenes dos Santos – GO . . . . .           | 403           |
| Ricardo de Oliveira Silva – RS . . . . .                  | 367, 559, 665 |
| Ricardo Rangel de Andrade – GO . . . . .                  | 275           |
| Roberto Durço – SP . . . . .                              | 99            |
| Roberto Emerson Câmara Benjamin – PE . . . . .            | 303           |
| Robertson Alves de Mesquita – GO . . . . .                | 659           |
| Rodrigo Caçado Anaya Rojas – MG . . . . .                 | 547           |
| Rodrigo Sousa de Albuquerque – MG . . . . .               | 485           |
| Ruth Duarte – GO . . . . .                                | 161           |
| Sérgio Neves Coelho – SP . . . . .                        | 203, 579      |
| Sérgio Roxo da Fonseca – SP . . . . .                     | 433           |
| Simone Disconsi de Sá – GO . . . . .                      | 161           |
| Sinara Lopes Lima – PA . . . . .                          | 121           |
| Solon Ivo da Silva Filho – PE . . . . .                   | 311           |
| Suzane Maria Carvalho do Prado Patrício – PR . . . . .    | 149           |
| Umberto Machado de Oliveira – GO . . . . .                | 387           |
| Vilanir de Alencar Camapum Júnior – GO . . . . .          | 209           |

## REALIZAÇÃO



**AMPPE**  
Associação do Ministério Público de Pernambuco  
Fundada em 17 de Junho de 1948



Ministério Público de Pernambuco

## ORGANIZAÇÃO



Rua Francisco Alves, 124 - 2º andar - Ilha do Leite  
Recife-PE - CEP 50070-490 - Fax: (81) 3421.2165  
Fones: (81) 3222.6581/3423.5245  
[promove.eventos@ig.com.br](mailto:promove.eventos@ig.com.br)

## APOIO



## PATROCÍNIO



**PETROBRAS**