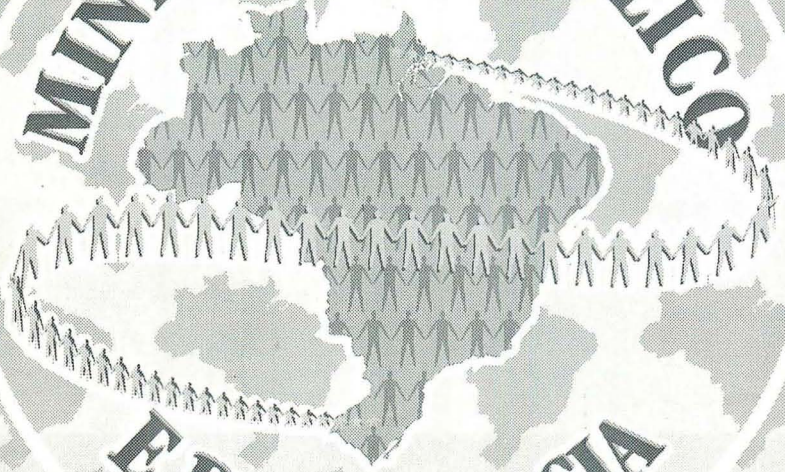
Congresso Nacional do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA



LIVRO DE TESES

TOMO IV

FORTALEZA - CEARÁ

26 A 29 DE MAIO DE 1998

CENTRO DE CONVENÇÕES EDSON QUEIROZ

Promoção/Realização:
CONAMP - Confederação Nacional do Ministério Público
Presidente Geral: ***Achiles de Jesus Siquara Filho***
ACMP - Associação Cearense do Ministério Público
Presidente Executivo: ***Edilson Santana Gonçalves***

Apoio:
Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará
Procurador-Geral: ***Nicéforo Fernandes de Oliveira***
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Presidente: José Maria de Melo



12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TEMA CENTRAL

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA

Fortaleza, 26 a 29 de maio de 1998

LIVRO DE TESES
TOMO 4

PROMOÇÃO E REALIZAÇÃO:
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP
ASSOCIAÇÃO CEARENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ACMP

12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente de Honra	**Tasso Ribeiro Jereissati** Governador do Estado do Ceará

COMISSÃO ORGANIZADORA NACIONAL

Presidente-Geral	**Achiles de Jesus Siquara Filho** Presidente da CONAMP
Presidente-Executivo	**Edilson Santana Gonçalves** Presidente da ACMP
Secretário-Geral	**Cláudio Barros Silva** Assessor da CONAMP

R347.73
C759d
1998
v.1
ex.1

COMISSÃO EXECUTIVA LOCAL

Coordenadoria Executiva: Joseana França Pinto Mota

Coordenadoria Social: Isabel Maria Salustiano Arruda Pôrto

Coordenadoria Científica: Maria do Socorro Pereira da Costa

Coordenadoria de Recepção: Rosemary de Almeida Brasileiro

Coordenadoria Financeira: Sofia Farias Lima de Melo

Apresentação

A Constituição democrática de 1988 conferiu ao Ministério Público prerrogativa social de larga e significativa proporção.

Em assim sendo, torna-se fácil compreender que o cidadão espera da instituição, efetiva e profícua atuação, marcada pela operosidade, seja na fiscalização para a manutenção dos direitos individuais, seja no combate à ilicitude, seja na defesa dos oprimidos e discriminados, encetando luta constante, visando a concretização das garantias do cidadão, conquistadas com sacrifício, no curso da história do país.

O XII Congresso Nacional do Ministério Público, através das proposições que nele serão debatidas, abordará os mais variados temas relativos à contemporânea problemática social, apontando soluções e diretrizes, com o escopo de alcançar o ideário de Justiça, eis que, esta é a magnífica missão, o indeclinável intinerário, a mais importante atribuição confiada ao Ministério Público.

Fortaleza (CE), maio de 1.998.

Nicéforo Fernandes de Oliveira
Procurador-Geral de Justiça

Edilson Santana Gonçalves
Presidente – executivo do XII Congresso Nacional do Ministério Público

EDITADO E IMPRESSO
NO PARQUE GRÁFICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ
CENTRO ADMINISTRATIVO GOV. VIRGÍLIO TÁVORA
AV. MINISTRO JOSÉ AMÉRICO, S/N
CAMBEBA - MESSEJANA
FORTALEZA - CEARÁ
60839 - 900

NOTA:
ESTE LIVRO DE TESES, EDITADO EM 4 (QUATRO) VOLUMES, FOI IMPRESSO DIRETAMENTE DOS ORIGINAIS EM DISQUETE DAS TESES ENVIADAS. ASSIM, OS ERROS DE DATILOGRAFIA E FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS MESMOS, SÃO DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS AUTORES.

Congresso Nacional do Ministério Público,
(12: Fortaleza: 1998)
Livro de teses. Fortaleza: Associação do
Ministério Público do Estado do Ceará/ ACMP. 1998.
4v.

1. Ministério Público - Congressos.

ÍNDICE

TESES DO XII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

COMISSÃO TEMÁTICA I – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL, DIANTE DAS MODIFICAÇÕES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

TESES:	PAG.
01 - Controle externo da atividade policial: Do discurso à prática – Autor: Manuel Pinheiro Freitas (CE)	16
02 - Ministério Público e Segurança Pública – Uma proposta prática para o controle externo da atividade policial – Autor: Anco Márcio Valle (RJ)	44
03 - Os órgãos de Segurança Pública e o papel controlador do Ministério Público – Autores: Luiz Renato Azevedo da Silveira e outros (ES)	52
04 - O controle externo da polícia – Autor: Guilherme Costa Câmara (PB)	60
05 - A efetivação do controle externo da polícia: propostas de execução de medidas – Autora: Anamaria Campos Tôrres (PE)	73
06 - A efetividade do controle externo da atividade policial – Autores: José Rodrigues Pinheiro e outros (ES)	79
07 - O controle da atividade policial na produção da prova de escuta telefônica (lei 9296/ 96), excepcionada pela Constituição Federal – Autor: Ludgero Francisco Sabella (SP)	104
08 - Meios alternativos de solução de litígios: a transação penal – Autor: Luiz Roberto Salles Souza (SP)	112
09 - Lei 9.099/ 95: Alternativa à punição – Autores: Edison Miguel da Silva Júnior e outro (GO)	129
10 - O descumprimento da transação penal – Autor: Eduardo M. Cavalcanti (RN)	147
11 - O descumprimento da transação penal e o oferecimento de denúncia – Autora: Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser (SP)	163

12 - Inexigibilidade da formação do corpo de delito para a transação e a instauração do processo no Juizado Especial Criminal – Autor: Miguel Batista de Siqueira Filho (TO) 170
13 - Juizado Especial Criminal como instância apuradora do delito de lesão corporal – Autor: Francisco Raulino Neto (PI) 188
14 - Inconstitucionalidade parcial do artigo 87 da Lei Nº 9.099/ 95 – Autores: Marcelo André de Azevedo e outro – (GO) 195
15 - A necessidade de intimação da vítima virtual para comparecimento à audiência preliminar nos casos de *aberratio ictus* com unidade de resultado – Autor: Francisco de Assis Santos Lauzid (PA) 200
16 - O direito de representação e o procedimento criminal da Lei 9.099/ 95 – Autor: João Batista Machado Barbosa (RN) 206
17 - A representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas, e a posição do Ministério Público diante da hipótese de decadência desse direito – Autora: Elaine Castelo Branco Souza (PA) 221
18 - Possibilidade de retratação da representação, após o oferecimento de denúncia – Autor: Anastácio Nóbrega Tahim Júnior (RN) 231
19 - Competência nas hipóteses de concurso de crimes - Autor: Anastácio Nóbrega Tahim Júnior (RN) 237
20 - Aditamento da denúncia com alteração da capitulação, em qualquer fase processual, para permitir a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/ 95 – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA) 240
21 - Inclusão dentre as condições obrigatórias do SURSIS processual, previsto na Lei 9.099/ 95, da prestação de serviço à comunidade e exclusão da proibição de freqüentar determinados lugares, tornando-a facultativa – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA) 247
22 - Política criminal brasileira e alternativas à pena privativa de liberdade – Autor: Paulo Roberto Dantas de Souza Leão (RN) 252
23 - O devido processo legal consensual e a execução das penas restritivas de direitos – Autor: David Medina da Silva (RS) 260
24 - Execução penal e penas alternativas – Autora: Elza Roxana Álvares Saldanha (PE) 274
25 - A execução penal e a inconversibilidade da pena de multa – Autor: Francisco Raulino Neto (PI) 280

26 - Justiça rápida e eficiente: uma realidade – Autores: Rogério Schietti M. Cruz e outros (DF) 291
27 - A plena democracia na prática dos julgamentos pelo Tribunal do Júri – A necessidade de reformas – Autor: Marcellus Ugiette (PE) 301
28 - A necessidade de reforma do Júri Popular como forma de compatibilização e aprimoramento de seu mecanismo ao Estado Democrático de Direito – Autora: Ana Cláudia de Morais (CE) 307
29 - A ignorância por imposição legal ou democracia pífia na morada das liberdades – Autores: Wandílson Lopes de Lima e outro (PB) 314
30 - O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público – Autor: Mário Antônio Conceição (MG) 321
31 - O artigo 594, do Código de Processo Penal e a impunidade – Autores: Antônio Marco Polo Cavalcanti Dias e outro (PB) 347
32 - O Ministério Público e a manipulação ideológica da violência oficial – Autora: Márcia Aguiar Arend (SC) 352
33 - Análise crítica das penas dos crimes de responsabilidade – Autores: Ângela Teresa Gondim Carneiro e outro (CE) 373
34 - Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral – Autor: Antônio Herman V. Benjamin (SP) 389
35 - A questão ambiental e os delitos lesa-humanidade – Autor: Cláudio Barros Silva (RS) 404
36 - A tutela penal do meio ambiente – Autor: José Carlos Meloni Sícoli (SP) 420
37 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Autor: Fernando A. N. Galvão da Rocha (MG) 428
38 - As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime – Na Lei 9.605/ 98 – Autor: Edward Ferreira Filho (SP) 444
39 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social – Autor: José Carlos Rodrigues de Souza (SP) 454
40 - Mais um enfoque sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica – Autor: José Ramón Simons Tavares de Albuquerque (PE) 469
41 - A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais – Autor: Walter Claudius Rothenburg (SP) 477
42 - A extensão dos termos ato administrativo e decisão judicial nos artigos 62 e 63 da Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Autores: Fernando Reverendo Vidal Akaoui e outros (SP) 492

43 - A Persecução Penal: Atribuição do Promotor de Defesa do Meio Ambiente e do Promotor de Defesa do Consumidor – Autores: Alayde Teixeira Corrêa e outro (PA) 502
44 - A violência oficial e as Justiças Militares – Autor: Gilberto Valete Martins (PA) 509
45 - Condenação de policiais militares-praças – Perda do cargo público – Efeito penal específico – Declaração – Competência do Juízo de 1ª instância – Independente de procedimento administrativo-punitivo – Autor: Mauro Viveiros (MT) 517
46 - A Lei nº 9099/ 95 e a Justiça Militar – Autor: José Eduardo do Nascimento (GO) 529
47 - Ministério Público, **opinio delicti.** Lei 9299/ 96, art. 2º, § 2º - Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO) 541
48 - Crimes de trânsito – Lei nº 9.503/ 97 – Disposições Gerais: Uma interpretação possível nos paradigmas do Direito Penal Democrático – Autores: Edison Miguel da Silva e outro (GO) 546
49 - Código de Trânsito – Da Inaplicabilidade da multa reparatória – Necessidade de aperfeiçoar e estender a aplicação do instituto – Autor: Gilson Sidney Amancio de Souza (SP) 556
50 - O CTB e o Homicídio Culposo de Trânsito – Duas penas e duas medidas – Autor: João José Leal (SC) 566
51 - Homicídios de trânsito. Capitulação na forma dolosa eventual – Autor: Eugênio Paes Amorim (RS) 578
52 - Medidas administrativas de trânsito – Manifestação do poder de polícia – Autora: Sheila Cavalcante Pitombeira (CE) 581
53 - Da prisão temporária – Autor: João Alberto Ramos (DF) 590
54 - Os crimes hediondos (e assemelhados) e a possibilidade de progressão de regimes em face da Lei 9.455/ 97 – Autora: Elaine Cardoso de Matos Novais (RN) 608
55 - Denúncia no homicídio qualificado ou simples: conseqüências processuais decorrentes da Lei 8930/ 94 – Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO) 624
56 - A competência **ratione personae** nas infrações eleitorais – Autor: Miguel Batista de Siqueira Filho (TO) 636
57 - Descriminalização da corrupção passiva eleitoral (art. 299 do CE) – Autora: Denise Vinci Tulio (PR) 663

58 - Inconstitucionalidade e outras ilegalidades no processo penal - Autores: Demostenes Xavier Lázaro Torres e outros (GO) **667**

59 - Consubstancia-se em prova urgente, passível de produção antecipada, na forma prevista no art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9271/96, a prova testemunhal nas ações penais em que há concurso de pessoas, com réu (s) revel (is) e presente (s) – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA) **675**

60 - Da possibilidade de acesso dos agentes do Ministério Público a todos os dados constantes das entrevistas eleitorais, inclusive o nome dos entrevistados, nos procedimentos destinados a apurar os delitos previstos nos art. 33, & 4º e 34, & 3º da lei eleitoral (lei nº 9.504/97) – Autora: Denise Vinci Tulio (PR) **683**

61 - Porte ilegal de arma e tipicidade: ausência de tipicidade na conduta de quem, autorizado ao porte de arma de fogo, porta arma não registrada – Autores: Haroldo Caetano da Silva e outro (GO) **691**

62 - Arma de brinquedo: Ficção ou realidade – Autoras: Maria Bernadete Gonçalves Aragão e outra (PE) **697**

63 - Algumas expressões discriminatórias ou preconceituosas dirigidas a uma determinada pessoa – Incidência do art. 20, " caput" , da Lei nº 7.716/ 89 – Ação Penal Pública Incondicionada – Autor: Lidivaldo Raimundo Britto (BA) **700**

64 - Possibilidade de denunciação caluniosa contra agente que dá causa à instauração de inquérito policial contra emitente de cheque sem fundos – Autora: Elza Roxana Álvares Saldanha (PE) **704**

65 - Destinação judicial da coisa alheia e o devido processo legal – Autor: Epaminondas da Costa (MG) **709**

66 - Medidas de segurança e teoria finalista da ação – Autor: Cândido Furtado Maia Neto (PR) **716**

67 – A necessidade do contraditório no Inquérito Policial como afirmação democrática do direito de defesa – Autora: Ann Celly de Araújo Sampaio (CE) **730**

COMISSÃO TEMÁTICA II – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS – A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

TESES: **PAG.**

01 - Conceito de ação coletiva – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF) **736**

02 - O amplo conceito da ação civil pública – Autor: Carlos Frederico Brito dos Santos (BA) **747**

03 - Direitos e interesses individuais homogêneos: A "origem comum" e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público – Autora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (SP) **753**

04 - Legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses individuais homogêneos em matéria previdenciária e tributária – Autoras: Ana Lúcia Amaral e outra (SP) **783**

05 - Sobre a argüição de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública: Desdobramento de uma polêmica – Autora: Maria Betânia Silva (PE) **790**

06 - Proposta de revogação da lei nº 9494/97, que tenta limitar a tutela dos interesses supra individuais – Autor: Ricardo Albuquerque da Silva (PA) **806**

07 - A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da lei 9494/ 97 – Autor: André de Carvalho Ramos (SP) **812**

08 - Racionalização da intervenção do Promotor de Justiça, como fiscal da lei, no processo civil – Autores: Jorge Augusto Morais da Silva e outros (SP) **827**

09 - Ministério Público – *custos legis* ou legitimado ativo? – Autor: Odil José Cota (SC) **832**

10 - Ações contra a Fazenda Pública - causas de pequeno valor - dispensa de recurso de ofício - não cabimento de embargos à execução por quantia certa – Autor: Mauro Viveiros (MT) **839**

11 - Legitimação dos Promotores de Justiça para ajuizamento de ação civil pública contra chefe de poder estadual – Inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/ **844**

93 – Autor: José Galvani Alberton (SC)
12 - Do pedido de informações sigilosas – Autor: Epaminondas da Costa (MG) **864**
13 - A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa – Autor: Valter Foleto Santin (SP) **882**
14 - A discricionariedade administrativa e a omissão do administrador diante dos interesses sociais – Autora: Inês Virgínia Prado Soares (SP) **902**
15 - Do exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público, e de sua atuação junto aos Tribunais de Contas – Autor: Márcio Etienne Arreguy (MG) **908**
16 - Audiência Pública na efetividade dos direitos fundamentais do cidadão – Autor: Paulo Antonio Locatelli (SC) **915**
17 - Ministério Público - Atuação extrajudicial - Envolvimento comunitário e defesa social - Autor: Cezar Augusto dos Santos Motta (PA) **938**
18 - Atuação extrajudicial: Envolvimento comunitário e defesa social – Autor: Marco Antonio Lopes de Almeida (MG) **944**
19 - As rádios comunitárias e a atuação do Ministério Público – Autora: Rosemary Souto Maior de Almeida (PE) **951**
20 - A presença social do Promotor de Justiça na concretização da fiscalização das entidades de interesse social pelo Ministério Público – Autor: José Eduardo Sabo Paes (DF) **964**
21 - Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal – Autora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (SP) **976**
22 - O Ministério Público e a fiscalização do sistema único de saúde – Autores: Libanio Alves Rodrigues e outra – (DF) **983**
23 - A tutela dos direitos das minorias – o Ministério Público e a inclusão da pessoa portadora de deficiência no âmbito escolar – Autora: Iadya Gama Maio (RN) **989**
24 - A tutela dos direitos das minorias: defesa das populações indígenas - Autoras: Ana Lúcia Amaral e outra (SP) **1000**
25 - O Ministério Público e o direito social à renda mínima – Autor: Duciran Van Marsen Farena (SP) **1006**
26 - A responsabilidade civil em acidentes do trabalho – Teoria do risco – Seguro do INSS – Autores: Vilanir de Alencar Camapum Júnior e outra (GO) **1024**
27 - Aperfeiçoamento do Projeto do Código Civil visando a manutenção das atuais competências dos Ministérios **1040**

Públicos Estaduais e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no velamento das Fundações – Autor: José Eduardo Sabo Paes (DF)
28 - Ausência de normas que definam o local de registro das Associações e Fundações. Prejuízo para os eventuais beneficiários. Entrave para atuação do Ministério Público e outros órgãos fiscalizadores – Autora: Liliane da Fonseca Lima Rocha (PE) 1048
29 - A Política Nacional das relações de consumo e a economia brasileira – Autor: Ciro Expedito Scheraiber (PR) 1057
30 - Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos estabelecimentos de crédito – Autor: Leonir Batisti (PR) 1073
31 - Os limites da coisa julgada nas ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor – Autor: Paulo Valério Dal Pai Moraes (RS) 1089
32 - Proteção do consumidor diante do decreto-lei Nº 911/ 69 – Autor: Epaminondas da Costa (MG) 1103
33 - Titularidade do direito ao Meio Ambiente – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF) 1108
34 - Da estética urbana e do direito à paisagem – Autor: Antonio Carlos Brasil Pinto (SC) 1114
35 - Licenciamento ambiental como processo administrativo: A participação do poder público, da coletividade e do Ministério Público na defesa do meio ambiente – Autor: Raimundo de Jesus Coelho de Moraes (PA) 1133
36 - O princípio da subsidiariedade como mecanismo de resolução dos conflitos administrativos oriundos da competência comum ambiental – Autor: Paulo José Leite Farias (DF) 1154
37 - Atuação do Ministério Público em face as queimadas – Autor: Juliano de Barros Araújo (GO) 1169
38 - Trata-se de averbação da reserva florestal legal, por ocasião da aquisição da propriedade através do usucapião – Autor: Saint-Clair Honorato Santos (PR) 1175
39 - O Ministério Público e o direito à convivência familiar – Autor: Munir Cury (SP) 1180
40 - Monitoramento da garantia da absoluta prioridade – Autor: Valério Bronzeado (PB) 1194
41 - Ministério Público: Atuação prioritária na defesa da criança e do adolescente – Autor: Cristiano Chaves de Farias (BA) 1208

42 - Da necessidade de efetiva apuração, comprovação e punição do abuso e da exploração sexual infanto-juvenil – Autora: Leane Barros Fiuza de Mello Chermont (PA) 1225
43 - Ministério Público da infância e da juventude – Das diversas procuraturas – Autor: José de Farias Tavares (PB) 1239
44 - Venda de bens de " menores". Necessidade premente por motivo de saúde. Depoimento dos " menores" - Autor: Solon Ivo da Silva Filho (PE) 1260
45 - Legitimidade do Ministério Público na ação de investigação de paternidade, efetivação de direito e interesse social – Autora: Galatéia Fridlund Sotto Maior (PR) 1268
46 - Manifestação do Ministério Público nas possessórias por conflitos sociais – Autor: Darcy Paulillo dos Passos (SP) 1278
47 - O pagamento indevido dos juros compensatórios nas desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária – Autora: Zélia Luiza Pierdoná (SP) 1303
48 - Parcelamento de solo rural com finalidades urbanas (impossibilidade) – Autor: Ciro Expedito Scheraiber (PR) 1306
49 - A atuação do Ministério Público diante do serviço notarial e de registro – Autor: Mário Antônio Conceição (MG) 1317
50 - Pagamento aos herdeiros de pequenos valores – Autor: Epaminondas da Costa (MG) 1340
51 - O Ministério Público e a defesa do regime democrático – Autor: Pedro Sérgio Steil (SC) 1349
52 - Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente – Autor: Antônio Herman V. Benjamin (SP) 1368
53 - O Ministério Público e a erradicação do trabalho infantil - Autor: Olympio de Sá Sotto Maior Neto (PR) 1384

COMISSÃO TEMÁTICA III – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA NORMA CONSTITUCIONAL E DAS LEIS – DEZ ANOS DA CONSTRUÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

TESES: **PAG.**

01 - Da atuação do Ministério Público na luta pelo cumprimento dos deveres do Estado como forma de defesa dos interesses sociais frente à discricionariedade administrativa – Autor: Roberto Livianu (SP) **1412**

02 - Da atuação do Ministério Público na defesa do regime democrático – Autor: Márcio Etienne Arreguy (MG) **1433**

03 - O Estado Democrático de Direito e a reforma da seguridade social – Autor: Vicente Elisio de Oliveira Neto (RN) **1441**

04 - A privatização das rodovias federais – Autor: Hélvio Simões Vidal (MG) **1477**

05 - A política nacional de direitos humanos e o papel do Ministério Público no combate à discriminação racial – Autor: Nadir de Campos Júnior (SP) **1489**

06 - Limites jurídicos e éticos à experimentação genética em seres humanos: a impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro – Autor: Paulo José Leite Farias (DF) **1509**

07 - Direitos fundamentais da pessoa humana - Possibilidade de reconhecimento judicial via injunção ex oficio - Princípio da inafastabilidade constitucional da jurisdição – Autor: Mauro Viveiros (MT) **1528**

08 - Ação de impugnação de mandato eletivo – Ação autônoma – Desvinculada de qualquer procedimento administrativo – Autor: Mauro Viveiros (MT) **1537**

09 - Ação de impugnação de mandato eletivo – Indisponibilidade – Autores: Fausto Campos Faquineli e outro (GO) **1542**

10 - Proposta de Emenda ao art. 94 da Constituição Federal quanto à disciplina do quinto constitucional: lista tríplice para o Presidente da República – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF) **1553**

11 - O efetivo exercício das funções de Promotor de Justiça na mesma entrância, em outra unidade da Federação, para fins de contagem de antigüidade – Autora: Elaine Castelo Branco Souza (PA) **1555**

COMISSÃO TEMÁTICA IV – A POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – A LUTA PELA CONSOLIDAÇÃO DE UMA INSTITUIÇÃO AUTÔNOMA, INDEPENDENTE E DEMOCRÁTICA

TESES: **PAG.**

01 - O Ministério Público brasileiro: um novo ator político – Autor: Ronaldo Porto Macedo Júnior (SP) **1563**

02 - O Ministério Público como agente político da soberania do Estado democrático e como poder informal da sociedade civil – Autor: Oscar d'Alva e Souza Filho (CE) **1584**

03 - O posicionamento ético das Procuradorias de Justiça como postura exemplar da atuação dos membros do "Parquet". O papel subsidiário das associações estaduais e da CONAMP – Autor: Oscar d'Alva e Souza Filho (CE) **1597**

04 - Por uma nova forma de investidura do Procurador-Geral de Justiça – Autores: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e outro (SP) **1610**

05 - A escolha do Vice-Procurador-Geral de Justiça, ou adjunto ou substituto, por eleição, em candidatura vinculada com o Procurador-Geral de Justiça – Autora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (CE) **1628**

06 - Necessidade de fundamentação nas promoções e remoções pelo critério de merecimento – Autor: Cláudio Barros Silva (RS) **1632**

07 - A relevância do voto do Presidente dos Órgãos Colegiados – Autora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (CE) **1635**

08 - Política de uniformização de manifestações ministeriais – Autores: Luciana Medeiros Costa e outros (DF) **1639**

09 - A impossibilidade de nomeação de promotor "ad hoc" – Autora: Selma Magda Pereira Barbosa (PE) **1649**

10 - A importância das escolas superiores do Ministério Público como fator de estímulo e de aperfeiçoamento funcional dos seus membros – Autor: Anco Márcio Valle (RJ) **1665**

11 - A importância das escolas superiores para o aperfeiçoamento funcional – A escola superior como espaço plural – Autora: Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles (SP) **1672**

12 - Educação à distância: uma alternativa para os centros de aperfeiçoamento funcional do Ministério Público – Autor: Roberto Benjamin (PE) **1689**

MINISTÉRIO PÚBLICO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DAS DIVERSAS PROCURATURAS

José de Farias Tavares

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

SUMÁRIO

1- Introdução. Considerações genéricas sobre o Ministério Público em face da Constituição de 1988. Interesses transindividuais, coletivos, difusos e individuais indisponíveis no universo dos interesses sociais.

2 - Exposição : atuação do Ministério Público nas diversas ***Procuraturas*** *em defesa das pessoas hipossuficientes em geral. O Ministério Público especializado e as prioridades fixadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. A defesa ministerial da população infanto-juvenil em outras leis., como* ***Procuraturas da Infância e da Juventude.***

3 - Conclusão.

I - INTRODUÇÃO

O relevo dado pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público implica em importantes e graves incumbências em favor da sociedade em geral, e dos hipossuficientes em particular. Dentre estes, as pessoas que vivem o estágio de desenvolvimento bio-psico-fisiológico - as crianças e os adolescentes - (ECA, art. 6°) são contempladas com tratamento

jurídico que a lei especial consagra como doutrina da proteção integral. As preocupações ministeriais não se cingem, entretanto, às regras do Estatuto consubstanciado na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, nem são privativas das Curadorias especializadas, ou das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude. Muito mais vasto é o campo de atuação do Ministério Público, e o cuidado maior é a prioridade da população infanto-juvenil no universo do Direito aplicado no Brasil hodierno.

Os representantes do MP no desempenho funcional, junto a Juízos de Direito não especializados, quaisquer que sejam, quando postulam ou opinam sobre direitos e interesses de crianças e adolescentes, estão exercendo **procuraturas da infância e da juventude.**

A terminologia - **procuratura** - um tanto inovadora, ousei empregar em artigo assim intitulado e publicado na REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, nº 129, páginas 199 *usque* 208,(Brasília, (jan/março/1996), adotando a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que a empregara na mesma Revista, nº 116, termo, reconheço, pouco usual.

Procuratura, como substantivo, tem a significação de **procuradoria** no "Vocabulário Jurídico " de Plácido e Silva (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967) . No "Dicionário Jurídico "de Humberto Piragibe Magalhães e Christovam Piragibe Tostes Malta (Ed. Trabalhistas, Rio de Janeiro, sd) **procuratura** quer dizer exercício do cargo de Procurador, **Procurador** é aquele que cuida de negócios, de empreendimentos, de interesses de terceiros. Nesse sentido os Promotores de Justiça ou os Curadores especializados, ou Procuradores de Justiça em segundo grau são procuradores da sociedade e das pessoas que representam ou que defendem em Juízo ou administrativamente.

A expressão **direito da infância e da juventude** vem substituindo na literatura recente, a tradicional terminologia **Direito do Menor**, porém, ainda sustento que:

" A expressão Direito do Menor, consagrada internacionalmente e institucionalizada no ensino jurídico do Brasil, é aceita por não se considerar, como querem alguns críticos, estigmatizante" (TAVARES, José de Farias, in COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- Editora Forense, Rio de Janeiro, 1992).

Exprime-se, de uma forma ou de outra, o regime jurídico das crianças e dos adolescentes, portanto, pessoas de idade menor que 18 anos, ou mesmo 21 anos, conforme a hipótese a considerar. O que não destoa da nomenclatura adotada no Texto da Constituição vigente, determinante do Estatuto da Criança e do Adolescente, que usa indiferentemente ambas as expressões, como se pode ver da redação, dos seguintes dispositivos, dentre outros: Art. 7°, XXXIII, 14, § 1°,c, e 228. Sem preconceitos, portanto. Os Códigos Civil, Penal, Processual Civil, Processual Penal e muitos outros diplomas legais mantém a terminologia tradicional do Direito do Menor, sem demérito para as crianças e/ou adolescentes que são mesmo DE MENOR ... IDADE.

A Constituição Brasileira declara no pórtico do seu ordenamento os seus propósitos. O Preâmbulo de uma Constituição tem hoje força de primazia na interpretação do Texto dogmático, segundo a melhor doutrina em voga. Bom lembrar que a nossa Carta declara inicialmente, que o Brasil

"...é 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..."
Pautar-se-á sempre dentro dessas linhas a hermenêutica do nosso sistema jurídico.

No art. 127 a Constituição Federal dá corpo à idéia inicialmente proclamada:

> *"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".*
>
> *Completa no art. 129 :*
>
> "São funções institucionais do Ministério Público:
>
> *I-...*
>
> *II- zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia".*

A feição constitucional do novo Ministério Público brasileiro é sintetizada pelo Mestre PINTO FERREIRA, com a clareza e a objetividade do seu estilo :

> *"Destarte, ele tem a missão importante de defender o interesse público. A expressão* ***interesse público*** *é muito ampla, abrangendo os interesses sociais, coletivos, difusos, transindividuais, interesses indisponíveis do indivíduo e da comunidade".*

Ensina, de logo, a distinção entre **interesse público primário** e **interesse público secundário:**

> *"O interesse público* ***primário*** *ou bem-comum tem o mesmo sentido que o interesse social ou interesse da coletividade, inclusive os chamados interesses difusos".*
>
> *"O interesse individual indisponível fica, também, sob vigilância do Ministério Público (*

CF, art. 127)".

" O MP sempre busca a defesa dos interesses públicos primários. Assim ele age de forma prioritária, sempre buscando o interesse geral, em tudo que interessa de modo indeterminado à toda a comunidade".

*"A origem do MP foi essencialmente a própria representação judicial do estado, da qual também se foi distanciando o MP, que, atualmente é um órgão de defesa da sociedade e do cidadão, um fiscal da lei (*custos legis *) isto é, um órgão interveniente cuja missão principal é zelar pela lei e fiscalizar a sua execução, podendo até defender o cidadão contra o próprio governo"(* in *COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, Volume 5ª ed. Saraiva, São Paulo, 1992, págs 103, 105, 148).*

II- EXPOSIÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta o Texto Constitucional no que diz respeito aos interesses da população infanto-juvenil (CF, art. 227, especialmente). E em sintonia com o mandamento constitucional adota a doutrina da **proteção integral** (ECA, art. 1°). Para tanto, faz essencial a presença atuante do Ministério Público na dinâmica das atividades judiciais, para-judiciais, extrajudiciais e mesmo nas de caráter administrativo. Ao longo do texto estatutário vê-se a ordem de grandeza da responsabilidade institucional do Ministério Público nesse grave mister.

O Curador ou o Promotor de Justiça especializada, e qualquer representante do MP quando propugna processualmente ou extra -processualmente, em favor da criança

ou adolescente, está fazendo a **procuratura da infância e da juventude**. Está, em última análise, promovendo o interesse público primário, interesse social, buscando o bem-comum, como manda a norma-guia constante do art. 5° da Lei de Introdução ao Código Civil. regra que está expressamente inserida no ECA que, no seu art. 6°, determina

> *" Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem-comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento ."*
> *Pelo que :*
> *"Este é o dispositivo-eixo pelo qual se há de mover todo o Estatuto ". (TAVARES, José de Farias, op. cit. pág. 16).*

Tal espírito presidirá sempre a atuação da **Procuratura**, na imensa área dos interesses da infância e da juventude que a Nação brasileira lhe confia. Com esse zelo terá sempre em vista o futuro do País como Estado Democrático de Direito com bem-estar geral propiciado pelos recursos humanos de força e inteligência dos nossos homens de amanhã.

O empenho dos representantes do Ministério Público nessa proteção universal não se pode restringir a determinadas situações , nem se esgota nas competências expressas do Curador da Infância e da Juventude ou do Promotor da Justiça no Juízo especializado, ou dos Procuradores de Justiça junto aos Tribunais ou juízos de segundo grau..

Adverte Hugo Nigro Mazzilli:

> *"Ademais, cumpre deixar claro, posto óbvio, não é apenas o Promotor da Justiça da Infância e da Juventude o único órgão do Ministério Público que zela direitos e interesses ligados*

à proteção dos menores. O Promotor criminal, o Curador de família, o Curador dos incapazes, o Procurador de Justiça, enfim, tida a Instituição, na forma e nos limites da lei local de organização do Ministério Público, está investida na proteção da infância e da juventude". (in *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA- Senado Federal, Brasília, 1992, nº 114, pág. 176).*

As atribuições do Ministério Público em defesa dos direitos e interesses da criança e/ou do adolescente estão previstas de forma expressa ou tácita, direta ou indireta, nas mais diversas leis vigentes no País. A Lei Orgânica em cada Unidade da Federação cataloga as incumbências, embora deixando implícito que outras normas poderão exsurgir para solução dos casos concretos. Até mesmo o elenco do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente não exaure o assunto. Ao longo do texto estatutário se vê imperiosa necessidade da presença ministerial ativa e vigilante. Despiciendo enumerar dispositivos legais sobre a matéria, o que seria alongamento incabível neste trabalho ligeiro. Algumas referências, entretanto, mesmo breves, darão idéia da vastidão do assunto

Os maus tratos previstos no art. 13 do ECA, por exemplo, exigem pronta intervenção do Ministério Público, por razões óbvias. Considerando-se aí, casos de violação da liberdade individual, do respeito à integridade física ou moral da pessoa humana em fase de desenvolvimento bio-psico-fisiológico, como se podem ver dos artigos 15 e 18 daquele diploma legal. A desatenção à regra do art. 56, I, do ECA, por parte dos dirigentes de educandários; o afastamento do molestador, da casa de morada da criança e/ou adolescente poderá ser imperioso em caso de opressão, abuso sexual, assim como a presença de toxicômanos ou narcotraficantes na convivência familiar e comunitária (ECA, art. 19) é nociva, fatos que reclamam a intervenção ministerial.

O desempenho do pátrio poder-dever e a suspensão ou perda desse *status* (ECA, arts. 22 e 24), é objeto das preocupações do Ministério Público e a colocação em família substituta (ECA, arts. 28 e seguintes), um procedimento judicial complexo, exigem o acompanhamento do representante do MP, nos autos em que se processam os pedidos de guarda, tutela ou de adoção.

Observe-se que somente se evidenciando o proveito para a criança e/ou adolescente, é que se permitirá a colocação em uma família substituta, pois o objetivo deve ser o que resulte em proveito para o acolhido, jamais as pretensões dos guardiães, tutores ou adotantes, já que estes nada têm a exigir, e, sim, proteção incondicional a oferecer, com toda espontaneidade.

O cadastro previsto no ECA, art. 50 destina-se a relacionar nomes de crianças e/ou adolescentes necessitados de adoção, e deve ser elaborado em cada Juizado da Infância e da Juventude, com a participação do Promotor de Justiça local. Sabe-se que a divisão judiciária de qualquer Estado da Federação tem como unidade territorial básica a Comarca. Há casos em que a Comarca, por razões de densidade populacional e complexidade urbana e conseqüente movimentação forense , é desdobrada em várias zonas da mesma cidade sede da Comarca. São os chamados Foros Regionais ou Varas Distritais. Exemplo, a Comarca da Capital de São Paulo, que, como Comarca, é uma só unidade territorial de jurisdição, porém com as funções jurisdicionais divididas em subunidades, na área interna do seu território, designadas, ali, Foros Regionais, localizados em vários bairros da Cidade , contendo, cada subunidade uma ou mais Varas da Justiça da Infância e da Juventude. Em cada uma das Varas, dos Foros Regionais, um cadastro que reúne as informações que espelha a situação em cada uma daquelas localidades dos pretendentes a adotantes e dos pretendidos menores carentes de adoção. Contraproducente seria, ao revés, a concentração de tais informações e demais atribuições para a adoção, mesmo a

internacional, em uma única mão, em um único juizado. Tornar-se-ia mais difícil a observação que deve ser exercitada diretamente no *habitat* da pessoa em fase de desenvolvimento a viver por breve tempo, na companhia provisória dos pretensos adotantes. Tanto para o Juiz, como para o Promotor ou Curador da Infância e da Juventude, assim como para os técnicos sociais e outros componente da equipe interprofissional encarregados da observação. Com a presença física no lugar de origem da criança e/ou adolescente, poder-se-á acompanhar mais de perto a interação entre as partes e assim avaliar melhor o proveito revelado no estágio de convivência com as famílias interessadas em habilitar-se como adotantes, no próprio ambiente comunitário do adotando. São melhores as condições de verificação, caso-a-caso, dessa conveniência humana para a medida definitiva de adoção em processamento, e não simples verificação da legalidade estritamente formal, satisfazendo-se, com cuidados mais próximos, os preceitos do Estatuto, principalmente nos seus arts. 6° e 43

O Promotor de Justiça ou Curador, em cada lugar, terá que redobrar a vigilância sobre a chamada **adoção internacional**, em face da gravidade do ato, tendo em vista ainda a polêmica que se estabeleceu sobre isso na sociedade brasileira. O cuidado especial nesse assunto, talvez seja o maior encargo do representante local do Ministério Público. Providências como a tradução para a nossa língua oficial que a Constituição (CF, art. 13) declara ser o português, da documentação apresentada, e o visto consular atestando a vigência atual dos textos da legislação estrangeira trazida aos autos, são providências aparentemente simples , porém, muito sérias, e que podem ajudar a detectar pleitos espúrios. A verificação da legalidade da saída de criança e/ou adolescente adotado no Brasil por casal estrangeiro residente no Exterior (ECA, art. 51, § 4°) , somente permitida após o trânsito em julgado da sentença de adoção e o precedente estágio de convivência (ECA, art. 46, § 2°), exigem muitos cuidados do Ministério

Público.Tenha-se em conta que a sistemática estatutária tende a facilitar o processamento da adoção, tendência essa que coroa a longa evolução desse instituto na história do nosso Direito, aspecto que não cabe aqui analisar. A facilitação, porém, jamais poderá ser entendida como permissiva no sentido de afrouxar-se a atenção sobre a conveniência do ato de adotar um filho alheio como próprio, situação que se torna irreversível (ECA, art. 48), e é isto o que constitui a gravidade maior . Quando se trata da chamada **adoção internacional**, aumenta o risco, pois o adotando sai do âmbito da jurisdição brasileira numa viagem sem volta. E isso não pode ser tomado como xenofobia, que não se coaduna com os foros de civilização do mundo de hoje. Há casos benéficos nesse cenário, como se sabe, por notícias informais, porém há controvérsias ponderáveis sobre a sorte de brasileiros adotados por estrangeiros no Exterior. E o destino dessas pessoas, incapazes de discernimento pleno, interessa sobremaneira ao Ministério Público, o guardião do interesse social e individual indisponível, que é a sua própria razão constitucional de existir .

Os fenômenos escolares da evasão e da repetência (ECA, art. 56) autorizam o MP a intervir nas escolas para apurar as causas de tão danosas ocorrências. A educação é o caminho único para a redenção de qualquer povo, e não pode ser descurada por quem tenha qualquer parcela de responsabilidade na vida pública nacional. A ausência constante da escola, a desídia, muitas vezes de pais, tutores e/ ou guardiães que não matriculam os filhos, pupilos ou acolhidos em estabelecimentos de ensino ao seu alcance, são manifestações de mau proceder no exercício do pátrio poder-dever que a eles incumbe e que deles o Ministério Público deve exigir, sob os ônus da suspensão ou extinção desse *status,* e pena criminal correspondente ao abandono intelectual.

A responsabilização da autoridade administrativa - Governador do Estado ou Prefeito do Município, como previsto no § 2° do art. 208 da Constituição Federal - é tarefa do Ministério

Público, combinando-se o inciso VI do art. 30 com o art. 211 da Carta Maior, incumbe prioritariamente aos Municípios, o ensino fundamental, regulado no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54 repetindo o preceito da obrigatoriedade e gratuidade desse ensino, disciplinado de acordo com as regras gerais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ora em vigor.

A nova LDB- Lei nº 9.394, de 4 de dezembro de 1996, garante o acesso ao ensino fundamental, declarado como **direito público subjetivo**, (art. 5º ,*caput*) atribuindo (§ 3º) legitimidade para ação judicial, dentre outros sujeitos processuais, o Ministério Público. O que soa como um dever funcional, como se depreende logo do § 4º do mesmo artigo, que leva à imputação de crime de responsabilidade por negligência, da autoridade competente para solucionar o problema administrativo, em outras palavras, o Governador do Estado ou o Prefeito Municipal.

A oferta de vagas nas escolas de 1 grau deve ser precedida de censo escolar e da chamada escolar, para verificação das carências comunitárias localizadas. Uma tarefa para o Curador da Infância e da Juventude, junto aos poderes executivos municipais, ou do Promotor de Justiça perante o Judiciário, competindo o mesmo à Procuradoria-Geral de Justiça com relação ao Governo do Estado, evidentemente .

Observe-se que a lacuna da lei quanto ao tipo penal de oferta irregular de ensino, anotado no meu artigo já mencionado (**Procuraturas da Infância e da Juventude** , *in* REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, cit, pág. 203), ao meu ver, persiste na legislação pertinente, pois a nova LDB não colmatou a falha Norma há que ser legislada, pois a tipificação criminal há de ser inequivocamente expressa., pois, como se sabe universalmente, o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX, e Código Penal, art. 1º) é uma das garantias fundamentais do regime democrático.

O trabalho do menor deve ser fiscalizado pelo Curador local, para coibir-se abusos tão freqüentes e que têm dado lugar

a destaques no noticiário nacional da grande imprensa. Cuidado deve ser dispensado com a matéria, pois o que a ordem jurídica quer é que o trabalho, que, normalmente dignifica o homem, não seja exercitado de maneira a prejudicar a pessoa em fase de desenvolvimento bio-psico-fisiológico, como, por exemplo, quanto ao tempo a ser dedicado ao estudo regular apropriado à faixa etária 14/18 anos. A insalubridade e a periculosidade tem que ser evitada, bem como o trabalho noturno ou o a ser executado em ciondições inadequadas para a pessoa do pequeno trabalhador ou aprendiz. Claro que a atuação ministerial não deve constituir estorvo ao desenvolvimento profissional do jovem nem desestímulo à integração da força juvenil ao mercado de trabalho, de si mesmo tão escasso. E há os dramáticos casos de luta pela sobrevivência ante a miséria que assola a nossa população, que jurista nenhum pode desconhecer. A fome, muitas vezes aguda, como a dos flagelados das secas, que nenhuma filosofia dita de primeiro mundo pode acudir. Realidade cruciante é o atendimento emergencial às primeiras necessidades da vida, quando se há de entender que as pessoas nessas situações, estarão sempre ao abrigo do instituto jurídico tecnicamente denominado **estado de necessidade**.

A aprendizagem que a lei prevê para os menores de 14 anos deve ser ministrada através de órgãos convencionais, em regra, desde que seja candidato já adolescente, pois é vedada à criança (CF, art. 7°, XXXIII e 227, I). Quanto às crianças (menores de 12 anos de idade , ECA, art. 2°), é prudente observar que, nos nossos costumes o ensino prático é ministrado de pais a filhos, através de gerações, em regime familiar, de maneira assistemática, preparando a mão-de-obra desde cedo para composição da renda familiar como meio de sobrevivência na economia informal. Pode ser tal atividade considerada como pedagógica, se essa for a natureza do caso concreto. A vedação constitucional-estatutária não pode ser levada às últimas conseqüências pela interpretação restritiva, já que o trabalho e o aprendizado são fundamentais à realização da pessoa humana,

e, como tais, não se deve restringir a inteligência da norma jurídica ao sabor do intérprete, mas, dentro das diretivas da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz no art. 5°, que tenho como a **norma-guia.** Ter-se-á sempre em conta, **as finalidades sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.**

Quanto à política de atendimento à população infanto-juvenil, imprescindível será a participação do Ministério Público, sejam as entidades privadas ou públicas (ECA, arts. 86 sgs.). Pode e deve a **Procuratura** interferir velando pelo bom desempenho dos serviços de alto interesse social. Recomendações administrativas, inquéritos civis, medidas judiciais, de intervenção e até interdição, se necessária..

Assunto delicado é o das medidas denominadas de proteção previstas no ECA, arts. 98 e seguintes. Exigem a presença constante do Ministério Público No campo dos atos infracionais, somente atribuíveis a adolescentes (ECA, arts. 103 e seguintes), inúmeras serão as providências ministeriais. O ponto nevrálgico do angustiante problema social que é o da segurança pública, que tanto sacode a sociedade brasileira é o comportamento da Justiça Pública quando das freqüentes ocorrências que ofendem a paz geral, como a segurança individual. Constata-se, já, uma intolerância difusa em nossos meios comunitários, notando-se que o **calcanhar- de- aquiles** está na inimputabilidade nos limites dos 18 anos de idade. Verdade, esquecem os críticos alvoroçados e jejunos de estudos jurídicos, que essa inimputabilidade não é inovação do malsinado Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, já há mais de meio século constando do Código Penal, ultimamente ganhou categoria constitucional. A Carta Magna de 1988, após amplo debate público nacional, largamente difundido, consagrou o princípio, sem impugnação significativa da sociedade brasileira consultada na época e que a isso aquiesceu, legitimando a posição dos constituintes. A realidade, entretanto, é que, após distorções maldosas na veiculação da mídia das regras estatutárias, os brasileiros, assustados, manifestam-se por todos

os meios, inconformados com essa política por eles mesmos autorizada há pouco tempo. Certo que não de deve adotar, por mimetismo, a draconiana legislação alienígena, que seria desumanamente intolerável para a nossa cultura. Há que se chegar a um denominador comum, dentro, porém, dos padrões do sentimento nacional. Enquanto não vem alteração legislativa, cabe ao Ministério Público ir atendendo em parte a expectativa comunitária, promovendo **medidas sócio-educativas** que amenizam o problema, como nos casos de violência contra as pessoas, com a **internação** e/ou outras, apropriadas para a reeducação do adolescente, e conseqüente reabsorção pelo meio social, quando de volta à liberdade. Deve o MP exercer intensa vigilância no encaminhamento do problema em juízo e fora dele. Exigir que se cumpra a lei, evitando-se acima de tudo, a promiscuidade com delinqüentes adultos no ambiente deletério das prisões, pois os cárceres jamais poderão ser utilizados para contenção de crianças e adolescentes. Cuidado para que o serviço de policiamento não violente, como não deve violentar pessoa alguma, máximé a pessoa em fase de desenvolvimento, a começar pelo meio material de condução ao estabelecimento sócio-educativo, acompanhamento da execução das medidas ao longo do tempo, além, obviamente, da participação nos autos dos procedimentos judiciais que lhes são inerentes.

A remissão prevista no art. 126 do ECA e que se repete em outros dispositivos daquele diploma é uma inovação como figura do nosso Direito positivo. Como disse :

> *"Prerrogativa da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude que lhe permite abster-se da provocação do Juízo se entender benéfico poupar-se o adolescente de uma medida judicial"*
> *(TAVARES, José de Farias, Comentários, op. cit. pág. 109).*

Os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e

do Adolescente, bem como os Conselhos Tutelares, necessitam da participação do Ministério Público nos atos de criação, instalação e funcionamento efetivo, respeitadas as respectivas composições na forma da lei, e dos quais o representante local do MP não deve ser membro integrante para evitar-se choques de posicionamento ante questões concretas da comunidade.

O acesso à Justiça especial (ECA, arts. 141/142), é garantia constitucional que o MP tem de facilitar aos interessados na solução dos problemas da infância e da juventude, tornando-se, assim, o Curador ou o Promotor de Justiça aberto ao diálogo adequado à faixa etária da população que procure os serviços ministeriais postos pela Constituição e pela lei, ao seu alcance, onde estiverem.

Em caso de flagrante de ato infracional, diz o art. 172 do ECA, que o autor, encaminhado imediatamente, pelo detentor, à Polícia, esta o levará logo ao representante local do MP e a este competirá apresentar o adolescente ao Juiz, ou conceder-lhe de logo a remissão, se cabível, como forma de exclusão do processo/procedimento de que fala o art. 126 do Estatuto. Ainda na ocorrência de flagrância, o Promotor de Justiça tem de observar que a autoridade policial (ECA, art. 174) poderá liberar de plano o adolescente se os pais ou responsáveis comparecerem e assinarem termo de responsabilidade de sua apresentação direta ao representante do Ministério Público. E, noutro sentido, se o caso for de natureza grave e a comoção da comunidade recomenda, a apresentação pelo policial será diretamente ao Juiz da Infância e da Juventude, que poderá determinar a **internação,** similar ao que se denominaria de prisão preventiva para os imputáveis. Será uma internação provisória (ver arts. 106, 107, 111, VI, 121 *usque* 125 e 148 do Estatuto).se a autoridade policial não providenciar imediata liberação que for devida (ECA, art. 175) deverá apresentar o adolescente ao representante local do M e a este caberá requerer no Juízo especializado, o que de direito, ou, conforme o caso, ouvirá diretamente o menor apresentado para

firmar o seu entendimento sobre possibilidade de remissão prévia como prevê o art,. 126 já analisado ou alguma outras das providência legais para o correto tratamento judicial (ECA, arts. 179/180). Tramitando procedimento judicial e o Promotor de Justiça pedir nos autos a remissão incidental, se o Juiz discordar, ao invés de homologar o pedido ministerial de arquivamento, submeterá os autos ao exame do Procurador-Geral de Justiça que terá uma das seguintes opções: oferecer a exordial do procedimento especial,, diretamente, designar outro membro do MP para apresentá-la, ou simplesmente ratificará o pedido de arquivamento da Promotoria *a quo*. Nesta última hipótese o assunto estará, liminarmente (ECA, art. 181) encerrado, pois o MP, como *dominus lites*, por simetria, deu a palavra de desinteresse pelo processamento da causa.

Penalidades administrativas por infração ao Estatuto da Criança e do Adolescente e outros dispositivos da legislação protetiva podem ser provocadas pelo MP (arts. 194 e seguintes), ou, se a pedido de outrem, sobre isso opinar como *custos legis,* cabendo-lhe ainda promover a execução de multas a serem recolhidas ao Fundo gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Nos recursos procedimentais (ECA, arts. 198/199), já por ter o Estatuto adotado o sistema do Código de Processo Civil (ver art. 152), e por aplicação analógica, a legislação processual penal quando da matéria correlata - ato infracional - já por permitir juízo de retratação, tem o MP legitimidade para requerer a subida dos autos à instância superior, se entender que o reexame no juízo *ad quem* será benéfico para a criança e/ou adolescente.

As funções da **Procuratura** da Infância e da Juventude, serão, no amplo sentido, exercidas nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público, Público estadual como estabelece o ECA art. 200, repetitivo do ordenamento constitucional e da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como já visto.

Do extenso rol de atribuições conferidas no art,. 201 do Estatuto, além de outras que existem ao longo do seu texto, afora o ofício geral de que é institucionalmente incumbido em processos e procedimentos judiciais que deverá acompanhar, sob pena de nulidade dos feitos (ECA, arts. 202, 204), Código de Processo Civil, 82, I e leis outras pertinentes, vê-se a amplitude da atividade ministerial em prol da criança e do adolescente.

A legitimação concorrente do MP para a ação civil pública em defesa de direitos e interesses coletivos ou difusos de crianças e/ou adolescentes, por serem transindividuais, e os individuais indisponíveis de quaisquer deles, por estarem inseridos no contexto do interesse social (ver ECA, art. 201) afasta o isolamento da regra individualista do art. 6º do Código de Processo Civil. A propósito:

> *"Examinando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, enumerados pelo art. 227,* caput, *da Constituição, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente ligado à sua defesa".*
> *(MAZZILLI, Hugo Nigro- A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo -8ª Edição Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 498).*

Assim, o Ministério Público por qualquer das suas **procuraturas**- terá sempre *legitimatio ad causam* para promover as ações fundamentadas no Estatuto, tais como as elencadas no art. 208 do ECA, dentre outras. Ação de responsabilidade civil por ato ilícito para reparação de dano, material ou moral, sofrido pelos menores de 18 anos de idade, são também de legitimidade do MP, se ocorre negligência, ausência ou inexistência de pais, tutores ou guardiães para o exercício do *munus* próprio.

Nos crimes praticados por imputáveis contra crianças e/ou adolescentes tipificados no ECA, arts. 228 *usque* 244, as

ações penais correspondentes serão de natureza pública incondicionada, portanto, privativas do MP, seja qual for o Juízo, e, em razão, disso, impera o princípio da indisponibilidade.

Sabe-se que o representante do Ministério Público junto à Justiça Penal age em nome da sociedade por meio da ação penal pública incondicionada, e, em algumas hipóteses, condicionada à representação , ou mesmo privada, o que não ocorre quando o sujeito passivo é criança ou adolescente, pois, como acima exposto, em caso tal, será sempre incondicionada. Age, entretanto, em defesa do bem jurídico lesado que lhe cabe velar, primordialmente, quando propugna pela exarcebação cominada no Código Penal, art. 60, II, h. Ou pela aplicação das cominações majoradas desse Código (Penal) nas hipóteses dos arts. 123,124,125,126,133,134,135,136,140,159, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 220, 224, 225, 227, 230, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248,249, e outros dispositivos da legislação punitiva.

A capacidade eleitoral ativa foi inovada em nosso sistema jurídico pela Constituição de 1988, que em seu art. 14, § 1°, II, c, facultou o alistamento como eleitor e o voto aos menores de 18 anos, maiores de 16 anos de idade, aos adolescentes, portanto. Criou o direito político de exercício da soberania popular para os que ela própria, no art. 228, proclamou imimputáveis. Uma incongruência, evidentemente, pois o adolescente teve ao mesmo tempo, estabelecida sua capacidade eleitoral ativa e sua irresponsabilidade penal. Tais eleitores, embora possam, soberanamente, escolher os seus mandatários e representantes políticos para os cargos executivos, a partir de Presidente da República, ou legislativos de todas as esferas da Federação brasileira, não responderão criminalmente por atos que pratiquem em detrimento da ordem eleitoral que os acolhe, qualquer que seja o mal cometido. Situação paradoxal que na prática, exige atenção maior da **Procuratura.** De fato, desde o alistamento cabe o incentivo e a orientação pedagógica para a inserção do contingente juvenil nos quadros do eleitorado

local, dentro das normas legais, incutindo nos jovens a consciência do civismo, pedra angular da cidadania. Implica isso em trabalho a mais para o Curador ou Promotor de Justiça local que se deve desdobrar para evitar desvirtuamento dessa chamada cívica de tão larga faixa da nossa população à participação na vida democrática da sociedade civil. Adultos inescrupulosos podem se locupletar da inexperiência, e até da inimputabilidade dos adolescentes, usando-os como instrumento de interesses escusos para ferir a lei e a ordem. Até mesmo para que no azáfama dos trabalhos forenses, tais eleitores não venham a ser, por equívoco, designados para composição de mesas receptoras de votos ou de apuração, mesmo na condição de fiscais ou delegados de partido. O que, aliás, poderá redundar em anulação de eleições, com prejuízo público de muita gravidade.

Uma atribuição sobreleva, pela força germinativa: o diálogo com a comunidade, atendimento pessoal direto, informal, às pessoas do povo, e orientação à opinião publica local sobre os problemas jurídicos da população infanto-juvenil. Só a educação resolve. A última reflexão é sempre a sintetizada da lição histórica de Miguel Couto, que o problema número 1 do Brasil é a educação do seu povo

III - CONCLUSÃO

O Ministério Público tem incumbências que lhe dão força e responsabilidade de primeira grandeza na vida da sociedade brasileira, hoje, bem mais que antes, em face de sua destinação constitucional. A tutela dos interesses sociais, sejam os estritamente sociais ou primários - de toda a sociedade - sejam os coletivos - de uma determinado segmento da sociedade ou categoria social sejam os difusos - que afetam indeterminadas pessoas da comunidade, ou mesmo os individuais indisponíveis - que, como tais, são situações de

interesse geral. O bem-estar dos hipossuficientes interessa à toda a sociedade. Dentre estes, as pessoas em estágio existencial de desenvolvimento bio-psico-fisiológico, imaturas, portanto, designadas na lei como crianças e adolescentes, são contempladas com regime jurídico especial.

A Constituição cometeu ao Poder Público, à sociedade e à família (art. 227) o dever de velar pelos direitos e interesses das pessoas dessa faixa etária, com **absoluta prioridade,** e, instituiu o Ministério Público como agente da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127) designando como funções precípuas as elencadas no art. 129.

O Estatuto da Criança e do Adolescente -Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, veio, na linha de relevância institucional, regulamentar os preceitos constitucionais, confiando ao Ministério Público a atribuição de guardião por excelência da proteção integral assegurada à população infanto-juvenil (ECA, art. 1º).

Ao longo do texto estatutário vê-se a magnitude da responsabilidade ministerial na aplicação da norma positivada. São enormes as tarefas que lhe incumbe. E nem só na representação especializada está a sua responsabilidade institucional. Em todo e qualquer caso concreto de interesse de criança e/ou adolescente, em qualquer área de atuação, seja cível, penal, administrativa, eleitoral, ou qualquer outro ramo do Direito, estará atuando o representante do Ministério Público na qualidade do que aqui se está denominando **Procuratura da Infância e da Juventude.**

BIBLIOGRAFIA

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves- Comentários à Cnstituição Brasileira, São Paulo, 1992, Volume 3.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 3ª Ed. RT, São Paulo, 1994

____Interesses difusos- 3ª Edição RT, São Paulo, 1994

MAZZILLI, Hugo Nigro . Regime Jurídico do Ministério Público- 2ª Edição Saraiva, SãoPaulo, 1995.

____A defesa dos interesses difusos em juízo. 8ª Edição Saraiva, São Paulo, 1996

____O Ministério Público na Constituição de 1988- 1ª Edição Saraiva, São Paulo, 1989

____Revista de Informação Legislativa -Senado Federal, nº 114, Brasília, abril/junho/1992

MILARÉ, Edis- A Ação Civil Pública na nova ordem constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo- Revista de Informação Legislativa, nº 116, Senado Federal, Brasília, out/dez/1992

PINTO FERREIRA, Luis. Comentários à Constituição Brasileira, volume 5. Ed. Saraiva, São Paulo, 1992.

TAVARES, José de Farias,. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente- 2ª Edição Forense, Rio de Janeiro, 1992

_____ Revista de Informação Legislativa - Senado Federal, nº 129, Brasília, jan/março/1996

Bel. Solon Ivo da Silva Filho
Promotor de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Petrolina
Professor da Escola Técnica Federal de Pernambuco

VENDA DE BENS DE "MENORES". NECESSIDADE PREMENTE POR MOTIVO DE SAÚDE. DEPOIMENTO DOS "MENORES"

EXPOSIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra no seu art. 229: **"Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores..."** Detentores do pátrio poder, os pais, em igualdade de condições, são os responsáveis pela administração da pessoa e bens dos filhos, devendo, dessarte, cumprir os dispositivos legais pertinentes, a fim de amparar a sua prole, propiciando a esta, ao menos, satisfatório desenvolvimento psico-cognitivo. Em outras palavras, é atribuição dos pais proporcionar aos seus filhos o acesso à educação, assim como condições necessárias à subsistência - apoio intelectual e material, para que evoluam, atingindo a plenitude da capacidade, com o advento da maioridade civil, seja de forma ordinária ou extraordinária.

O legislador pátrio privilegiou a permanência do infante no seio familiar biológico. Afastando a abstração da norma jurídica, estabeleceu-se no art 4° da Lei Federal n° 8.069/90: **"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar** (grifo do autor) **e comunitária."**

O fortalecimento da família biológica, a luta pela sua permanência foram explicitados, ratificados e enfatizados no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente: **"Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da**

sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária ...”

Também no Capítulo que aborda os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, a Lei Menorista vigente dispõe sobre o direito à liberdade, o qual é continente do direito de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação: **“Art. 16 - O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: ... V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;”.**

O complexo de dispositivos vigente em nosso sistema jurídico, no que concerne à infância e juventude, sem dúvidas, estabelece a primazia da permanência, do estabelecimento e da estruturação da família biológica. Atrelado a esse princípio, outro existe, o qual, pela sua magnitude, está encarnado em diversos dispositivos da Lei Federal nº 8.069/90. É o princípio da proteção integral. Seja na aplicação das medidas estampadas no art. 101, seja no emprego daquelas consignadas no art. 112, ambos do ECA, todas elas têm como objetivo, em sentido amplo, a ressocialização do menor, visando a reinserção deste no seio da comunidade, e, principalmente, no âmbito da sua família.

Analisando-se o art. 100 do mesmo Dispositivo Legal, percebe-se que a teleologia é justamente o fortalecimento dos laços familiares (grifo do autor):

> *“Art. 100 - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”*

Não foi por coincidência que no art. 101 do ECA ficou insculpido no seu primeiro inciso, como medida protetiva a ser aplicada à criança ou adolescente o **“encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade”.**

Também no inciso IV ficou demonstrada, mais uma vez, a política legislativa adotada, proporcionando o robustecimento dos vínculos e laços familiares, já que explicitou outra medida protetiva: **"inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente".**

A ordem dos incisos do art. 101 não foi sem conhecimento de causa, sem um porquê. Observe-se que a última das medidas (inciso VIII) é a colocação em família substituta. Não significa que o encaminhamento aos pais ou responsável (inciso I) não possa estar relacionado ao pai ou mãe adotivos, ao tutor ou ao guardião; não significa que a inclusão em programa de auxílio à família seja restrito à família biológica. Na verdade, todos os incisos elencados no art. 101 objetivam, em primeira oportunidade, a permanência da criança ou do adolescente no seio da sua família consangüínea. Havendo impossibilidade para tal, existe uma outra alternativa, que é, justamente, a colocação em família substituta, quando presentes os requisitos legais.

A medida protetiva de colocação em família substituta tem caráter excepcional. Além da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 98 da Lei Federal nº 8.069/90 - (ação ou omissão da sociedade ou do estado; falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão da conduta da criança ou adolescente), outros requisitos devem ser cumpridos.

Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando trata das Disposições Gerais sobre Colocação em Família Substituta que, ao apreciar o libelo, deve o Estado-Juiz considerar o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade entre a criança ou adolescente e o pretendente a responsável legal.

Também é exigido que o autor da ação, seja de guarda, tutela ou adoção, não revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida. Além desses pressupostos, a Lei consagra outra necessidade: a existência

de ambiente familiar adequado.

Cumpre-nos salientar que, exclusive as exigências multicitadas, as quais, de caráter geral, outras existem, de natureza específica, levando-se em consideração a peculiaridade de cada caso concreto.

Apreende-se que a criança e o adolescente devem ser criados no seio da sua família biológica. Em situações extremas, as quais são mencionadas pelo Estatuto Menorista, devem ser colocados em família substituta.

Uma das hipóteses de aplicação da medida protetiva insculpida no art. 101, VIII, da Lei Federal nº 8.069/90 é a morte dos pais. A orfandade enseja o emprego da medida extrema, já que, o término da personalidade jurídica dos pais biológicos impede a continuação do exercício do múnus público - pátrio poder.

A morte pode não ser repentina. Necessitando de cuidados médicos, haja vista a possibilidade de afastar o perigo iminente do falecimento, a pessoa, acometida de doença, procura local adequado para o efetivo fornecimento dos serviços médicos. Ocorre que o paciente não possui plano de saúde privado, assim como o tratamento necessário e indispensável para proporcionar-lhe a cura não é fornecido pelo Estado.

Como muitos brasileiros, o enfermo, utilizando as suas parcas economias mensais, investiu o seu patrimônio em imóveis, adquirindo-os para os seus filhos, todos menores.

Necessitando de valores pecuniários para adimplir os honorários médicos, haja vista não dispor de quantia suficiente para tal, o adoentado não tem legitimidade para proceder a venda dos imóveis, cujos proprietários são os seus filhos.

O art. 386 do Código Civil Brasileiro somente autoriza a venda de bens de menores quando houver a necessidade ou utilidade da prole, com intervenção do Poder Judiciário:

"Não podem, porém, alienar hipotecar ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz."

Na verdade, a enfermidade dos pais, necessitando de tratamento médico, não caracteriza necessidade direta dos herdeiros púberes e/ou impúberes. O pedido de autorização judicial para proceder a venda dos bens de menores, neste caso, não tem amparo legal, se analisada somente a 1ª parte do dispositivo supramencionado, já que não há obrigações a serem cumpridas em favor da prole, visando a sua criação, educação ou sustento.

Utilizando-se de regras de hermenêutica, no que tange à 2ª parte do mesmo dispositivo legal - **"...evidente utilidade da prole..."**, havendo necessidade de venda de bens de menores, a fim de adimplir gastos oriundos de serviços médicos prestados, objetivando-se a cura do(s) detentor(es) do pátrio poder, a Lei Civil Substantiva ampara, implicitamente, a respectiva autorização judicial.

Utilidade significa conveniência, com resultado positivo prático plausível, a fim de alcançar o objetivo. Ora, estando doente o responsável legal nato, podendo até vir a desaparecer do mundo terreno, não há dúvida sobre a utilidade da prole; diz-se mais: está evidente a necessidade da prole.

Prestes a findar o exercício do pátrio poder em virtude do término da personalidade jurídica pela morte, de um lado, o detentor do encargo (importa não olvidar: dever, função) necessita de tratamento médico para que continue exercendo as atribuições relacionadas ao múnus público; do outro lado, o patrimônio dos filhos, protegido pelo legislador desde 1916 (Código Civil Brasileiro).

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra como um dos direitos fundamentais, repita-se, a convivência

familiar e comunitária, atribuindo ao Estado o dever de promover a efetivação de diversos direitos, dentre eles o direito à vida, à alimentação, à saúde, à educação e à convivência familiar (grifo do autor). Analisando-se esta norma jurídica, em sentido restrito, a efetivação destes direitos está cometida diretamente aos pais, os quais, "*verbi gratia*", devem propiciar o ingresso dos seus filhos em entidade de ensino, quando o Poder Público disponibiliza vagas, sob pena de serem responsabilizados pela prática de crime de abandono intelectual. Ademais, também é dever da família, (família natural: composta pelos pais ou qualquer deles e os filhos), assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de direitos relativos à criança e adolescente (art. 4° da Lei Federal n° 8.069/90).

Assim, em se tratando de enfermidade dos pais relacionada com a venda de bens dos filhos, a fim de cumprir as obrigações decorrentes de serviços prestados, não pode o Estado, através dos seus poderes constituídos, agir para impedir a disponibilidade do patrimônio do particular, o que poderá ensejar a extinção do pátrio poder pela morte. Até porque, o direito a vida, além de positivado na Carta Magna de 1988, é um direito natural e soberano.

No estudo presente cabem questionamentos. Nas ações que objetivam a colocação em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve no seu art. 28,§ 1°:

> *"Sempre que possível, a criança ou o adolescente, deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada."*

Em ações de guarda, tutela ou adoção, a criança ou adolescente, havendo possibilidade, deve prestar o seu depoimento perante o Juízo, para que demonstre afinidade ou afetividade com a pessoa que figura no pólo ativo do processo.

- Porque também não se auditar a criança ou

adolescente sobre a venda dos seus bens, quando os seus pais estão doentes, necessitando de recursos para adimplir tratamento médico ?

- Será que a criança ou adolescente prefere viver em família substituta, ou prefere alienar os seus bens, a fim de continuar a sua convivência no seio da família biológica ?

São perguntas de cunho sentimental, talvez, mas que não fogem ao direito normatizado, haja vista ser dever do Estado efetivar a convivência familiar. Ademais, é direito da criança e do adolescente ser educado e criado no seio de sua família (consangüínea), conforme explicita o art. 19 da Lei Federal nº 8.069/90.

Assim, a não autorização da venda de bens de menores, com o objetivo de pagamento de honorários médicos em geral, a fim de curar doença dos pais, é uma verdadeira criação de potencialidade de colocação em família substituta, o que contraria, sobremaneira, os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta forma, existindo patrimônio em nome da prole, deve ser autorizada a sua venda, a fim de salvaguardar a vida dos genitores (pais), os quais são responsáveis pela administração da pessoa dos filhos.

CONCLUSÕES

01 - Havendo necessidade de venda de bens de menores, em virtude de ocorrência de doença de um dos pais, deve ser deferido o pedido de autorização judicial.

02 - No curso do procedimento, utilizando-se do meios de prova admitidos em direito, o Requerente deve demonstrar a possibilidade da ocorrência morte, o que

caracteriza a possibilidade de colocação em família substituta.

03- No procedimento instaurado, deve haver ato instrutório, a fim de auditar os proprietários dos bens que se pretende alienar, observando a sua manifestação de vontade, haja vista a disposição do art. 28, § 1°, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

04 - O indeferimento de pedido de autorização judicial para venda de bens de menores, a fim de adimplir serviços médicos prestados em prol dos genitores, havendo prova suficiente, é efetiva criação de potencialidade de colocação de criança ou adolescente em familia substituta.

05 - Após a conclusão do procedimento, deve o Estado Juiz estabelecer um prazo para se comprovar os gastos efetivos com a prestação de serviços médicos, assim como o verdadeiro valor do negócio jurídico realizado relativo aos bens imóveis.

06 - Deve o Estado, através dos seus poderes constituídos, intervir no âmbito do direito patrimonial, inobstante o proprietário dos bens serem incapazes civilmente em virtude da idade, evitando a possibilidade da ocorrência morte dos responsáveis legais natos, quando estes precisam de tratamento médico.

12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA

II - Atuação do Ministério Público nas Áreas Cível e Especializadas - A Efetividade dos Direitos Fundamentais do Cidadão.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, EFETIVAÇÃO DE DIREITO E INTERESSE SOCIAL

Galatéia Fridlund Sotto Maior,
Promotora de Justiça do Estado do Paraná

"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. 127, Constituição da República Federativa do Brasil).

1 - Introdução

O presente estudo objetiva analisar a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade, sob uma visão sistemática e, assim, alcançar caminho através do qual é possível responder às mais diversas indagações. De forma não exaustiva, demonstramos a relevância social da atuação do Promotor de Justiça nessa área, bem como a multiplicidade de problemas a serem enfrentados, o que demanda esforços conjuntos para um desempenho funcional de qualidade, voltado aos cidadãos que conferiram á Instituição o poder constitucional de defensor da sociedade.

2 - Norte constitucional e conflito aparentes de normas

Alguns juristas entendem que ao atribuir legitimidade ao Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade, a Lei nº 8560/92 infringiu direito personalíssimo, exercitável somente pelo titular (ou por seu representante legal), de natureza eminentemente privatista. Outros, sustentam que a defesa dos interesses particulares em juízo é exclusiva do advogado, não podendo o Ministério Público usurpar-lhe a função. Também existe aqueles que afirmam a impossibilidade do Ministério Público atuar como substituto processual, seja pela parcialidade com que necessariamente irá atuar, seja porque o Promotor de Justiça não pode atuar em segundo grau, o que implica na violação ao princípio constitucional da ampla defesa da parte substituída que, no caso de recurso, ficará sem patrocinador.

Estes são alguns dos vários impasses jurídicos que se apresentam, não sendo poucos os argumentos que rechaçam a opção legislativa, porque as lacunas da Lei de investigação de paternidade e a variedade de situações concretas a serem encaminhadas no sentido da plena realização do Direito e da Justiça não são fáceis de solucionar.

Todavia, é de se ter em mente que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, poder-se-á alcançar seu elemento teleológico e afastar o aparente conflito.

Assim, a questão deve ser entendida sob a perspectiva do Direito Constitucional e do Direito de Família que, predominantemente, possui **normas cogentes**, ou seja, normas inderrogáveis pela vontade dos particulares.

3 - Dificuldades culturais e materiais da efetivação dos direitos fundamentais

Estabelece o art. 226, § 6°, da Constituição da

República Federativa do Brasil: *"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"*.

Como se sabe, os direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5°, da C.F., têm aplicação imediata. Não obstante o § 1°, do referido art. 5°, determinar, expressamente, a imediata prevalência dos valores tutelados no mundo dos fatos, a simples inscrição do direito na Carta Constitucional não tem o condão de alterar a realidade.

Vivemos num país imenso, com várias raízes culturais, povoado por miseráveis e ignorantes. A maioria das pessoas sequer têm consciência de que são cidadãos, não tem a menor noção de seus direitos, e a participação nos benefícios concedidos pela sociedade é para elas um sonho distante.

Por parte da Administração, de imediato faltou aos funcionários que atuam junto aos Cartórios de Registro a determinação superior de como proceder, sendo necessária a intervenção do Judiciário, baixando portarias explicativas de quais as normas revogadas, derrogadas e das ab-rogadas pela Constituição.

Instalou-se situação de incerteza na aplicação da norma até perante os operadores do Direito, que quedavam, inertes, ante a impossibilidade de dar resposta imediata ao reclamante, quer pela falta de regulamentação, quer pela falta de estrutura ou de recursos.

As dificuldades na efetivação do preceito constitucional (oriundas tanto dos jurisdicionados como dos órgãos estatais) levou o legislador a uma regulamentação ordinária específica, inicialmente através da Lei 7.841/89 (que revogou expressamente o art. 358, do código Civil) e, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (prevendo meios de reconhecimento pelos pais dos filhos havidos fora do casamento).

Mesmo com as leis ordinárias facilitando o estabelecido o vínculo de filiação, eram poucos os que chegavam a concretizar tal direito.

Por fim, através da Lei nº 8560/92, de investigação de paternidade, o legislador transferiu ao Estado a incumbência de tornar efetivo o mandamento constitucional, tão almejado pelos jurisdicionados. Num primeiro momento, por intermédio de procedimento oficioso de averiguação de paternidade, de jurisdição voluntária (art. 2º), e, caso o suposto pai não atenda a notificação do Juízo em trinta dias, deixando de se pronunciar sobre a alegada paternidade, ou compareça e negue seja o pai da criança, passar-se-á para uma segunda etapa, de natureza contenciosa, na qual o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a respectiva ação de investigação de paternidade.

4 - Defesa dos direitos individuais indisponíveis

Por direitos personalíssimos se entende "aquele direito intrínseco à própria e determinada pessoa, de tal forma que, a não ser em casos excepcionais, compete à ela exclusivamente o respectivo exercício" (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 27, p. 503 - sublinhamos).

Todo direito individual indisponível, é de interesse público e constitui exceção à regra geral da titularidade.

O Ministério Público não representa o menor investigante, mas atua em nome próprio e na defesa do interesse público, consistente, primordialmente, no estabelecimento do vínculo de filiação, na efetivação do princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana (entre outros de natureza secundária, a exemplo do respectivo registro de nascimento).

A noção de dignidade humana está intimamente vinculada ao direito de personalidade, ou seja, do direito do

indivíduo não ser uma pessoa, mas a pessoa, reconhecida pelo nome individual e familiar, sem estigmas, sem discriminações, com possibilidade de vir a herdar igualitariamente (art. 5°, inc. XXX, da CF).

Por isso mesmo, ao contrário de violar direito *intuitu personae*, a atribuição do Ministério Público para a propositura da ação protege-o, tornando-o efetivo.

Em pesquisa realizada pelo IBOPE, em fevereiro de 1993, ouviu-se 3.650 pessoas das diversas regiões do país e constatou-se que 86% dos entrevistados afirmou que o cidadão que desobedece à lei dificilmente responde ação, 87% asseverou que a Justiça é muito lenta, e 80% respondeu que a Justiça persegue os pobres e protege os ricos.

O fato real, conhecido por todos nós, é de que a maioria da população pobre ignora seus direitos. Os humildes temem e não acreditam na Justiça. O medo de represálias da parte contrária ou até mesmo das autoridades que atuarão em sua causa, a convicção de que "a Justiça é para os ricos", custas do processo, advogados extorsivos, entre outras crenças da sociedade, definitivamente tornam a lei "letra morta".

A legitimidade extraordinária para a propositura da ação investigatória de paternidade, sem dúvida, constitui-se superação de tais obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa.

E outra, a atribuição de legitimidade ao Ministério Púbico para ditas ações não visou somente a efetivação do direito e o acesso dos pobres à Justiça, mas também se preocupou com os impasses legais e fáticos inerentes à investigação da paternidade, que só pessoas reconhecidamente capacitadas podem solucionar.

Em assim procedendo, o legislador só fez por dar resposta às expectativas sociais que elevaram o Ministério Público à categoria constitucional de defensor dos interesses sociais e verdadeiro "promotor de Justiça".

5 - Relevância jurídica e social da questão

Lembrando da diferenciação entre direitos e garantias, segundo a qual os direitos são entendidos como bens e vantagens conferidos pela norma e as garantias são os "meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais" (Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 15a. ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1998, p. 420), conclui-se que a legitimação concorrente do Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade é garantia de efetivação do direito da criança em ser reconhecida.

Entre os bens que integram a vida do indivíduo se encontram os valores morais, sintetizados na honra da pessoa, no bom nome, na boa fama, na reputação, enfim, nos valores imateriais que repercutem em sua vida e sem os quais a pessoa não é considerada como tal.

A constituição atribui muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família. A cidadania e a dignidade estão nela consagrados, aliás, um dos fundamentos do Estado Democrático (art. 1°, da CF).

Nesse diapasão, conflui-se novamente ao enunciado no art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, que atribui ao Ministério Público a defesa do regime democrático e o materializa na ordem jurídica.

Com efeito, o regime político do Brasil funda-se no princípio democrático, concretizando os anseios da população em estabelecer um Estado de Direito feito "pelo povo e para o povo" (Lincoln), "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais indisponíveis, a liberdade, a segurança, o bem-estar social, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos" (Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 15a. ed. São Paulo. Malheiros

Editores, 1998, p. 129).

6 - Abertura da Lei 8560/92

A Lei nº 8560/92, de investigação de paternidade, como já vimos, adveio dos anseios sociais e do esforço legislativo em tornar realidade o sonho almejado. Trata-se, em verdade, de mais uma tentativa de busca contínua da valorização do homem, colimando uma sociedade gradativamente melhor e mais justa.

Todavia, a falta de técnica legislativa dificulta sua aplicação nas situações concretas e suas lacunas deixam margem para diferentes entendimentos sobre uma mesma questão.

A análise exaustiva da questão nem seria possível nessa breve explanação, mas veja-se que ao se restringir ao reconhecimento compulsório ao pai, a Lei deixou em aberto o estabelecimento da filiação materna. "A Lei nº 8.560/92 é de expressiva abrangência e comporta disposições que modificam de maneira importante o direito anterior, ainda que não tenha criado novo estatuto da filiação, de cuja ausência se ressente o sistema jurídico pátrio. A ementa, lamentavelmente, sequer registra as modificações que a nova Lei traz." (Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial : comentários à Lei nº 8.560/92 / Luiz Edson Fachin coordenador. Curitiba : Genesis, 1995. p.16).

7 - Necessidade de estruturação do Ministério Público

Inúmeras são as críticas à Lei, como também são diversas as formas encontradas pelos vários Estados brasileiros para alcançar solução para as lacunas legais. As discussões passam por competência do Juízo, atribuição da magistratura em alcançar os elementos suficientes para a propositura da ação pelo Ministério Público (art. 2º, § 4º, da LIP), omissão dos juízes em atender a parte, oficiais de justiça que não cumprem

mandado por se tratar de Justiça Gratuita, renitência dos cartorários em fornecer certidão de nascimento gratuito e etc. Fora os casos concretos de mães que se recusam a dizer quem é o pai, as dúvidas oriundas da dupla paternidade (afetiva e biológica), e outras tantas situações que dão conta que a problemática é complexa.

Sob outro aspecto, se por um lado a iniciativa do Estado em estabelecer o reconhecimento compulsório favoreceu imensamente a população, por outro, criou uma "bola de neve" que gradativamente vai ficando cada vez mais difícil de controlar e de dar resposta adequada aos beneficiários.

Para se ter uma idéia da proporção da questão e também num levantamento superficial da causa que estamos a enfrentar, verifica-se que só na região metropolitana de Curitiba existe uma média anual de 20.000 casos de nascimentos sem filiação paterna definida. Há cerca de 3.800 ações em andamento nas quatro Varas de Família da comarca, 2.500 averiguações de paternidade em trâmite e, oficiosamente, 2.500 casos não autuados, parados nos cartórios.

Como atender a demanda?

Sem dúvida, dentre as atribuições do Ministério Público em matéria de Família, a investigação de paternidade assume preponderante valor. Numa mesma causa o Promotor de Justiça assume a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis, seja velando pela observância dos ditames legais, seja exigindo dos poderes públicos e funcionários a correta prestação de serviço aos cidadãos, seja defendendo direito individual indisponível.

Enfim, o interesse social é relevante e requer preparação do Promotor de Justiça para melhor desenvolver sua função. Indispensável que as Procuradorias-Gerais de Justiça desenvolvam esforços no sentido de dar condições materiais

ao trabalho a ser realizado, vez que o Promotor de Justiça atuará como advogado, ouvindo os genitores e testemunhas, tentando conciliação, manifestando-se como parte nos processos, com prazos a serem cumpridos, na busca de prova e contraprova e etc.. Para tanto, indispensável espaço físico e recursos materiais (arquivos, estantes, computador, telefone, livros, fichário, ajudantes e todo material de escritório para o real desempenho de seu mister. Necessário trazer profissionais como psicólogos, assistentes sociais e estagiários que tenham afinidade com a matéria para auxiliar na solução dos casos, preferencialmente até mesmo antes da propositura da ação.

8 - Conclusões

A - A titularidade do Ministério Público nas ações de investigação de paternidade é garantia da efetivação do direito indisponível da criança em ser reconhecida.

B - A legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade é de relevância social e conferiu ao Promotor de Justiça importante papel na consecução de seus deveres funcionais.

C - As Procuradorias Gerais devem fornecer suporte material e humano ao Promotor de Justiça para o bom desempenho de suas funções na área da investigação de paternidade.

BIBLIOGRAFIA

Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial : comentários à Lei nº 8.560/92 / Luiz Edson Fachin coordenador. Curitiba : Genesis, 1995.

Barrozo, Luiz Roberto. O direito constitucional e a efetividade

de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993

Beauvoir, Simone de. O segundo sexo: a experiência vivida. São Paulo: Difel, 1975.

Estatuto da criança e do adolescente comentado - comentários jurídicos e sociais / Coordenadores Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez. São Paulo. Malheiros Editores Ltda.

Fachin, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Fachin, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.

Gomes, Orlando. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: forense, 1990.

Oliveira, José Lamartine Correa de. Curso de direito de família./ José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz. 2a. ed. Curitiba. Juruá, 1998.

Pereira, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1991.

Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 15a. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 1998.

12º Congresso Nacional do Ministério Público(Fortaleza, Ceará, 26-29/5/98). Ministério Público e Democracia.

Temário:
II - Atuação do Ministério Público nas áreas cível e especializadas - A efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.
Reforma agrária.

Tese: Manifestação do Ministério Público nas possessórias por conflitos sociais.

Autor: Darcy Paulillo dos Passos, Procurador de Justiça(aposentado), São Paulo

I - PREÂMBULO.

1. Esta tese foi inspirada nas apresentadas e aprovadas por maioria no II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo Procurador de Justiça, **Dr. PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA**("A intervenção do Ministério Público nas ações possessórias envolvendo conflitos coletivos pela posse da terra rural") e pelo Promotor de Justiça, Dr. **ARTHUR PINTO FILHO**("A atuação do Ministério Público nas questões agrárias"). Teria sido melhor que os dois autores as apresentassem a este 12º Congresso Nacional !

2. Levaram-se em conta, também, não só a tese - "Proteção e acesso à propriedade e sua função social: o papel do Ministério Público" - apresentada pelo Grupo de Estudos da Região de Franca(S.P.), parcialmente contrária e o respectivo relatório, subscrito pelo Grupo de Estudos **"RONALDO PORTO MACEDO"** da Região de Presidente Prudente(S.P.), este não só integralmente contrário às duas primeiras, mas também aprovado por maioria no Seminário dos Grupos de Estudos

realizado em Baurú(S.P.), em agosto de 1.997, como também voto em separado exarado no último pelo Promotor de Justiça, Dr. **VALDEMIR FERREIRA PAVARINA** e estudos a respeito de ambos feitos em 14 de julho e em 1° de agosto de 1.997 pelo Procurador de Justiça(aposentado), Dr. **JOACHIM WOLFGANG STEIN**.

II - A ATRIBUIÇÃO EXPRESSA DA FUNÇÃO AO M.P.

3. Muitos sempre consideraram que era desnecessária a alteração introduzida pela Lei n° 9.415, de 23 de dezembro de 1.996, no inc. III do art. 82 do C.P.C.:

3.1 **PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA**: "Mesmo sem a alteração do disposto no artigo 82, inciso III, do CPC, o interesse público primário já determinaria a intervenção do Ministério Público nos conflitos coletivos envolvendo a posse da terra rural, atuando, neste caso, na defesa de interesse social indisponível, qual seja, o de pacificar o campo através de programas de reforma agrária e de política fundiária que levassem à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil";

3.2 **VALDEMIR FERREIRA PAVARINA**: "Ainda antes da reforma legislativa, sempre entendí que o Ministério Público devesse intervir nas ações em que houvesse conflito possessório coletivo, fosse ele agrário ou urbano, haja vista que a hipótese já se encontrava prevista implicitamente na norma de encerramento do artigo 82, III, do CPC".

4. Mas, se o tema fosse controvertido, a modificação legislativa excluiu qualquer dúvida, restando saber qual deverá ser o conteúdo dessas intervenções.

III - A "FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE".

Na Antiguidade Clássica, o conceito de propriedade era absoluto: os romanos a definiam como "jus utendi, fruendi et

abutendi" e, em Roma, já se criticava o latifúndio: "latifundia perdidit Italia".

6. A "função social da propriedade" foi-lhe imposta em decorrência das críticas feitas pelo socialismo(**PROUDHOM**: "a propriedade é o roubo"...) e pela doutrina social da Igreja:

6.1 desde os Evangelhos: **SÃO MATEUS**: "é mais fácil passar um camelo pelo fundo de uma agulha que entrar um rico no reino dos céus"(cfr. também **SÃO MARCOS**, cap. X, § 25);

6.2 passando pela patrística(sécs. IV e V):

6.2.1 **SÃO JOÃO CRISÓSTOMO**: "A terra e a plenitude não são do Senhor ? Se, portanto, nossas posses são o dom comum do Senhor, elas pertencem tambem aos nossos companheiros, porque todas as coisas do Senhor são comuns";

6.2.2 **SÃO BASÍLIO**: "Aquêle pão que você guarda, pertence aos famintos; aquele casaco que você preserva no seu guarda-roupa, aos nús; aqueles sapatos que estão estragando em sua posse, aos descalços; aquele ouro que você tinha escondido no chão, aos necessitados";

6.2.3 **SANTO AGOSTINHO**: "o Supérfluo dos ricos é o necessário dos pobres. Os que possuem o supérfluo, possuem os bens dos outros";

6.2.4 **SANTO AMBRÓSIO**: "Deus pretendeu que a terra fosse "a posse comum de todos" e que "a terra pertence a todos, não aos ricos";

6.2.5 **SÃO GREGÓRIO MAGNO**: "Quando nós damos o necessário aos necessitados, nós não espalhamos sobre eles nossos bens; nós lhes devolvemos o seu próprio; nós pagamos um débito de justiça, mais do que preenchemos um trabalho de misericórdia";

6.2.6 **SÃO JERÔNIMO**: "Todas as riquezas vem da iniquidade, e a menos que alguém tenha perdido, outro não pode ganhar";

6.3 e pela escolástica(séc. XIII):

6.3.1.**SÃO TOMÁS DE AQUINO**: "Em caso de necessidade todos as coisas são comuns";

6.3.2. **A. GIRARD, J. TONNEAU, L. LACHANCE**: "O Estado governa. Ele tem a obrigação de utilizar todos os meios de que dispõe para que a propriedade esteja a serviço do bem comum";

6.4. até a doutrina social da Igreja: "Uma dupla razão impõe, aliás, no plano social, essa política de acesso do proletariado à propriedade(independentemente das razões de ordem pessoal e familiar). Uma razão de justiça social. Uma razão de paz social"(**JEAN VILLAIN**).

7. Assim, alcançou o nosso arcabouço constitucional: se é garantido o direito de propriedade(cfr. C.F., art. 5°, inc. XXII: cfr. também C.F., art. 170, inc. II), é-lhe inerente a função social(cfr. C.F., art. 5°, inc. XXIII), detalhadas as suas exigências nas disposições constitucionais e infra-constitucionais, relativas tanto à propriedade urbana(cfr. C.F., art. 182, § 2°), quanto à rural(cfr. C.F., art. 186; cfr. também Lei n° 8.629, art. 9°), a tal ponto que o seu não atendimento sujeita-as à desapropriação por interesse social(cfr. C.F., arts.182, § 4°, inc. III e 184; cfr. também Estatuto da Terra, art. 18, alínea "b"; Lei n° 8.629, 25/2/93, art. 2°)

IV - FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INVOCAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PELO M.P.

8. A posse é manifestação da propriedade(cfr. C.Civ., art. 485) e a propriedade está constitucionalmente definida pela obrigatoriedade do atendimento de sua função social(cfr. C.F., arts. 5°, inc. XXII e 170, inc. II).

9. Nas ações possessórias, tanto de manutenção ou reintegração, contra turbação ou esbulho(cfr. C.Civ., art. 523 e C.P.C., arts. 924), quanto interdito proibitório, contra ameaça(cfr. C.P.C., arts. 932 e 933), não só cabe, genericamente, como em

todas, ao autor comprovar o seu direito(cfr. C.P.C., art. 333, inc. I), mas também, especificamente, para obter a concessão de mandado liminar(cfr. C.P.C., art. 928), incumbe-lhe comprovar tanto a sua posse(cfr. C.P.C., art. 927, inc. I), quanto que ela é justa(cfr. C.Civ., art. 485) e de boa-fé(cfr. C.Civ., art. 489).

10. Ora, a posse, manifestação da propriedade(cfr. C.Civ., art. 485), há de atender também às exigências da função social(cfr. C.F., arts. 182, § 2° e 186) e esse deve ser o conteúdo da manifestação do M.P. nessas ações, impondo-se "a negação da proteção possessória, desde que incidentalmente se reconheça não estar a terra destinada ao cumprimento das suas finalidades constitucionais"(**PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA**).

11. Contra essa recomendação, posicionaram-se, tanto a tese formulada pelo Grupo de Estudos da Região de Franca(SP), quanto o relatório do Grupo de Estudos "**RONALDO PORTO MACEDO**" da Região de Presidente Prudente(SP), defendendo ambos uma postura tanto romanística, quanto legalista.

12. E o "direito à vida", até mesmo na ordem em que os direitos fundamentais são arrolados pela Constituição(cfr. art. 5°), "sobrepõe-se ao direito de propriedade"(**JOSÉ GOMES DA SILVA**, op. cit., pág. 119), "prevalece sobre o direito de propriedade"(**GILBERT BLARDONE et alii**, "Initiation Économique et Sociale", pag. 291)

V - FUNDAMENTOS POLÍTICOS DESSA INVOCAÇÃO

13. A Constituição Federal politizou o M.P., atribuindo-lhe a defesa não só da ordem jurídica, mas também, e principalmente, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis :

13.1.definindo-o: "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"(cfr. art. 127; cfr. também Constituição do Estado de São Paulo, art. 91 e arts. 1° da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e do Estado de São Paulo);

13.2. detalhando-lhe as funções: "são funções institucionais do Ministério Público: 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"(cfr. art. 129 e inc. II; cfr. também Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, art. 27 e do Estado de São Paulo, art. 103).

14. E qual é o "regime democrático" e quais os "interesses sociais indisponíveis" que o M.P. deve defender ?

15. É um "Estado democrático de direito", tendo, entre outros fundamentos, "a cidadania", "a dignidade da pessoa humana" e "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"(cfr. C.F., art. 1°, incs. I a III) e, como objetivos, "construir uma sociedade livre, justa e solidária", "garantir o desenvolvimento nacional", "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" e "promover o bem de todos..."(cfr. C.F., art. 3°, incs. I a IV).

16. Em que pesem as investidas do liberalismo redivivo, Estado de Direito e Democracia ou são Estado **SOCIAL** de Direito e Democracia **SOCIAL**, ou são desnecessários: independentemente do nível de consciência e de organização, independentemente do grau de combatividade, o regime democrático depende de sua base social de sustentação(do regime, não do governo eventual...) e esta amplia-se ou retrai-se conforme sejam atendidas, ou não, necessidades básicas, econômicas, sociais, de toda natureza. Se as necessidades são atendidas, a base social de sustentação do regime democrático amplia-se e o regime vai se tornando estável e pode ser democrático. Se as necessidades não são atendidas, a base social de sustentação retrae-se, o

regime vai se tornando instável e tende a se tornar autoritário, tanto para obstar o atendimento das necessidades, quanto para se preservar, apesar do seu não atendimento !

VI - FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DESSA INVOCAÇÃO.

17.Relatório do BANCO MUNDIAL sobre o Desenvolvimento Mundial em 1.996 situa o Brasil como o país de maior concentração de renda dos 85(oitenta e cinco) países estudados: os 10 %(dez por cento) mais ricos abocanharam mais da metade(51,3 %) da renda nacional em 1.994. A África do Sul vem em segundo lugar com menos da metade(47,3 %)(cfr. **CLOVIS ROSSI**, "Apartheid comprovado", F.S.P., 14/8/97, 1° caderno, pág. 2).

18. A concentração da renda iniciou-se desde a descoberta(capitanias, sesmarias, etc.) e agravou-se com a Lei de Terras(Lei n° 601, 18/9/1.850), que "l) proibia as aquisições de terras por outro meio que não a compra(art. 1°) e, por conseguinte, extinguia o regime de posses; 2) elevava os preços das terras e dificultava sua aquisição"(pág. 29) e "significou, na prática, a possibilidade de fechamento de uma via mais democrática de desenvolvimento capitalista, na medida em que impediu ou, pelo menos, dificultou o acesso à terra a vastos setores da população"(pág. 30)(**JOSÉ FRANCISCO GRAZIANO DA SILVA** et alii, "Estrutura Agrária e Produção de Subsistência na Agricultura Brasileira").

19. A Lei de Terras, segundo **CIRNE LIMA**, citado por **RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA**("A propriedade e os sem-terra", F.S.P., 28/4/91), significou "a licença para se expulsar todo o colono pobre brasileiro das suas posses, já que ele não tinha como exibir título sobre as mesmas. Ele simplesmente as "ocupava".

20. Enquanto, em 1.850, o Brasil concentrava a propriedade, os Estados Unidos realizavam a sua reforma agrária, com a conquista do oeste(ainda que às expensas dos

índios...) e, mesmo recentemente, em 1.945, impuseram-na ao Japão: os resultados então, como agora, são conhecidos...

21. Assim, a função social da propriedade recomenda: "Somente pode ser apropriada e garantida pelo Poder Público quando esteja produzindo e prestando serviços a todos"(**JOSÉ GOMES DA SILVA**, "A Reforma Agrária Brasileira na Virada do Milênio", pág. 119).

VII - O DESCABIMENTO DO DESFORÇO INCONTINENTI.

22. **ARTHUR PINTO FILHO**, em sua tese - "A atuação do Ministério Público nas questões agrárias" -, sustenta o descabimento, hoje, no caso dos conflitos possessórios coletivos, do desforço incontinenti(cfr. C. Civ., art. 502) para legítima defesa da posse., por múltiplo fundamentos

22.1. o "bem"(?!) jurídico - posse - não deve ser tão protegido porque "a propriedade sem função social tem proteção mínima na Constituição";

22.2. falta-lhe o requisito da proporcionalidade porque "não há qualquer proporção entre a defesa da propriedade não social e a vida das pessoas";

22.3. nem há atualidade ou iminência porque, "em tema de propriedade improdutiva, o esbulho é anunciado com grande antecedência";

22.4. não existe moderação, "situação que por certo não existe quando, de um lado, há uma população miserável, com instrumentos de trabalho que podem se tornar armas bastante medievais. E, de outro, grupo organizado, de profissionais fortemente armados e treinados, em situação de superioridade de forças";

22.5. "A invasão anunciada pode ser repelida através, por exemplo, dos institutos do interdito proibitório", ou "da manutenção de posse se ocorre turbação", ou "da reintegração de posse, no caso de ter ocorrido o esbulho";

22.6. "Proprietário que, ante a invasão anunciada, ao invés de buscar o sistema judiciário para promover a sua proteção, se arma e aguarda os invasores, jamais agirá em legítima defesa"

23. E essa tese, como já foi dito, foi aprovada por larga maioria no II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo.

VIII - A INOCORRÊNCIA DO DELITO DE ESBULHO POSSESSÓRIO.

24. A tese formulada pelo Grupo de Estudos da Região de Franca, coordenado pelo Promotor de Justiça, Dr. **FERNANDO DE ANDRADE MARTINS** e integrado pelos Promotores de Justiça, Drs. **ANTONIO MILTON DE BARROS, CARLOS ERNANI CONSTANTINO, CARLOS HENRIQUE GASPAROTTO, DÉCIO ANTONIO PIOLA, PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES e PEDRO FERREIRA LEITE NETO**, apresentada no Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos, em Baurú, em agosto de 1.997, embora contrariada e derrotada pelo relatório formulado pelo Grupo de Estudos "**RONALDO PORTO MACEDO**" da Região de Presidente Prudente, tinha, com uma das conclusões, a seguinte: "é aplicável, nos casos de esbulhos possessórios praticados por quatro ou mais pessoas, o erro de proibição, consistente em erro de direito extrapenal e em exercício regular de direito putativo, isentando os agentes de pena".

25. Para os seus autores, no caso do delito de esbulho possessório(cfr. C.P., art. 161, §§ 1° a 3°), "deve prevalecer em favor de grande parte dos chamados "sem-terra", pessoas humildes, quase que desprovidas de cultura e facilmente manipuláveis por grupos políticos, a tese do erro de proibição, consistente em erro de direito extrapenal e em exercício regular de direito putativo(discriminante putativa)" porque "os chamados "sem-terra", pessoas simples, mal informadas e de precário nível

de instrução, em sua maioria, ao interpretarem tal dispositivo legal, poderiam incorrer em erro e entender que a expressão "posseiros", no art. 19, II, da Lei n. 8.629, foi usada pelo Legislador, em sentido amplo, significando tanto posseiros de boa-fé, quanto de má-fé, e posseiros que tenham posse justa ou injusta. E,. baseados em tal errônea interpretação, teriam invadido terrenos alheios, para o fim de esbulho possessório, acreditando que, na condição de posseiros, independentemente da natureza da posse, fariam jus, no futuro, àquela preferência referida no art. 19, II, quando da distribuição dos quinhões de terra, pela União, após regular processo de desapropriação".

IX - CONCLUSÕES.

26. O Ministério Público, nos conflitos agrários coletivos, intervém em razão da natureza da lide pelo interesse público primário, de "defender o regime democrático"(C.F., art. 127), "erradicar a pobreza"(C.F., art. 3°, inc. III), assegurar "direitos e interesses sociais indisponíveis"(C.F., arts. 6° e 127), "promover a justa e adequada distribuição da propriedade"(Estatuto da Terra, art. 18, alínea "b").

27. Na sua intervenção, deve exigir que o autor comprove, sobretudo ao postular a concessão de medida liminar, a sua posse(cfr. C.P.C., arts. 333, inc. I e 927, inc. I) como justa(cfr. C.Civ., art. 489), de boa-fé(cfr. C.Civ., art. 490) e atendendo à função social da propriedade(cfr. C.F., arts. 5°, inc. XXIII e 170, inc. III) em todos os seus requisitos(cfr. C.F., arts. 182, § 2° e 186 e Lei n° 8.629, 25/2/93, art. 9°).

28. Nesses conflitos, não se deve nem entrever a ocorrência do desforço incontinenti(cfr. C. Civ., art. 502) como legítima defesa(cfr. C. P., art. 25) da posse, nem a de esbulho possessório(cfr. C. P., art. 161, §§ 1° a 3°) por erro de proibição(cfr. C. P., arts. 20 e 21) e exercício regular de direito(cfr. C. P., art. 23) putativo.

De São Paulo para Fortaleza, 1º de abril de 1.998.

Darcy Paulillo dos Passos
Procurador de Justiça(aposentado)

I - BIBLIOGRAFIA.

Antigo Testamento, Gênese, 1ª parte, "A criação do mundo", § 29

SÃO TOMÁS DE AQUINO, "Suma Teológica", tomo II, "A Justiça"(Éditions dela Révue des Jeunes, Société St. Jean L'Évangeliste, Desclée & Cie., Paris, 1.947)

CLOVIS BEVILACQUA, "Código Civil Comentado"

GILBERT BLARDONE et alii, "Initiation Économique et Sociale" (Éditions de la Chronique Sociale de France, Lyon, 1.954)

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1.988"

A. GIRARD, J. TONNEAU, L. LACHANCE, "La Justice", in "Initiation Théologique", tome III, "Théologie Morale" (Les Éditions du Cerf, Paris, 1.952)

Grupo de Estudos da Região de Franca, coord. FERNANDO DE ANDRADE MARTINS, "Proteção e acesso à propriedade e sua função social: o papel do Ministério Público"

Grupo de Estudos "Ronaldo Porto Macedo" da Região de Presidente Prudente, relatório à tese anterior

SÃO MATEUS, "Evangelho", caps. V, § 6 e XIX, § 24

SÃO MARCOS, "Evangelho", cap. X, § 25

JACQUES MARITAIN, "Os Direitos do Homem e a Lei Natural" (Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1.947)

JACQUES MARITAIN, "Cristianismo e Democracia" (Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1.945)

HUGO NIGRO MAZZILI, "A defesa dos interesses difusos em Juízo" (Saraiva, São Paulo)

LUIZ JOSÉ DE MESQUITA, "As Encíclicas Sociais de João XXIII" (Livraria José Olympio Editora Editora, Rio de Janeiro,

1.963, 2ª edição, 1º vol., "Mater et Magistra")
WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "Curso de Direito Civil"
NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "Código de Processo Civil Comentado"
PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, "A intervenção do Ministério Público nas ações possessórias envolvendo conflitos coletivos pela posse de terra rural", tese apresentada e aprovada por maioria no II Congresso do Ministério Publico do Estado de São Paulo
ARTHUR PINTO FILHO, "A atuação do Ministério Público nas questões agrárias", tese apresentada e aprovada por maioria no II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo
JOHN A. RYAN, "The christian doctrine of Property" (The Paulist Press, New York)
JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo" (Revista dos Tribunais)
JOSÉ FRANCISCO GRAZIANO DA SILVA et alii, "Estrutura agrária e produção de subsistência na agricultura brasileira" (Editora Hucitec, São Paulo, 1.978)
JOSÉ GOMES DA SILVA, "A reforma agrária brasileira na virada do milênio" (ABRA, 1.996, 1ª edição)
JEAN VILLAIN, "L'enseignement Social de l'Eglise", "Les Réformes du Capitalisme" (Spes, Paris, 1.955)
JOÃO XXIII, "Mater et Magistra"

II - LEGISLAÇÃO CITADA.

1. Constituição Federal:

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:

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII– é garantido o direito de propriedade (cfr. art. 170, inc. II; cfr. também C.F., 1891, art. 72, inc. 17)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social(cfr. art. 170, inc. III; cfr. também C.F., 1946, art. 147)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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(cfr. Constituição do Estado de São Paulo, art. 91;

arts. 1° das Leis Orgânicas Nacional do Ministério Público e do Estado de São Paulo).

Art.129. São funções institucionais do Ministério Público:

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada

III - função social da propriedade

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2.° A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 4.° É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 3.º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4.º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores(cfr. Lei 8.629, 25/2/93, art. 9°).

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

§ 2.° Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

2. Constituição do Estado de São Paulo:

Artigo 181 - Lei municipal estabelecerá , em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.- não estabelece prazo para a elaboração do Plano Diretor

3. Código Civil:

Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes

inerentes ao domínio, ou propriedade.

Art. 489. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.("nec vi, nec clam, nec precario")

Art. 490. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Art. 523. As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em um ano e dia da turbação ou esbulho; e passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Parágrafo único. O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior à turbação, ou ao esbulho.

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

4. Código de Processo Civil:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

III(com a redação dada pela Lei nº 9.415, 23/12/96) - 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.

Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Art. 273 (com a redação dada pela Lei nº 8.952/94). 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.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Art. 933. Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior.

5. Código Penal

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal

de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1°. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1°. Na mesma pena incorre quem:

II - invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2°. Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3°. Se a propriedade é particular, e não há emprego

de violência, somente se procede mediante queixa.

6. Lei Complementar n.º 76, de 6/7/93(alterada pela Lei Complementar nº 88, 23/12/96).

Art. 1º. O procedimento judicial da desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, obedecerá ao contraditório especial, de rito sumário, previsto nesta Lei Complementar.

Art. 2º. A desapropriação de que trata esta Lei Complementar é de competência privativa da União e será precedida de decreto declarando o imóvel de interesse social, para fins de reforma agrária.

7. Estatuto da Terra(Lei nº 4.504, 30/11/64)

Art. 16. A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Parágrafo único. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária será o órgão competente para promover e coordenar a execução dessa reforma, observadas as normas gerais da presente Lei e do seu regulamento.

Art. 18. A desapropriação por interesse social tem por fim:

a) condicionar o uso da terra a sua função social;

b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade;

c) obrigar a exploração racional da terra;

d) permitir a recuperação social e econômica de regiões;

e) estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica;

f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais;

g) incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural;

facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias.

8. Lei nº 8.629, 25/2/93(alterada pela Medida Provisória nº 1.577, 11/6/97) - "Dispões sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal"

Art. 2°. A propriedade que não cumprir a função social prevista no artigo 9° é passível de desapropriação, nos termos desta Lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

§ 1°. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

§ 2°(de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.577 de 11 de junho de 1.997). Para os fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante comunicação escrita junho de 1997ao proprietário, preposto ou representante

Art. 4°. Para os efeitos desta Lei, conceituam-se:

II - Pequena Propriedade - o imóvel rural:

a) de área compreendida entre 1(um) e 4(quatro) módulos fiscais;

III - Média Propriedade - o imóvel rural:

de área superior a 4(quatro) e até 15(quinze) módulos fiscais.

Parágrafo único. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e a média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra propriedade rural.

Art. 6°. Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada economicamente e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente..

Art. 13, As terras rurais de domínio da União, dos Estados e dos Municípios ficam destinadas, preferencialmente, à execução de planos de reforma agrária.

Art. 19. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou ambos, independentemente de estado civil, observada a seguinte ordem preferencial:

II - aos que trabalham no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários assentados no local

Art. 25. O orçamento da União fixará, anualmente, o volume de títulos dadívida agrária e dos recursos destinados, no exercício, ao atendimento do Programa de Reforma Agrária.

9. Lei da Ação Civil Pública(Lei n° 7.347, 24/7/85)

Art. 1°. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: - legitimidade do M.P. para apurara a questão ambiental nas grandes propriedades

I - ao meio ambiente;

Art. 3°. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 21(com a redação dada pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, Lei n° 8.078, 11/9/85). Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

10. Código de Defesa do Consumidor(Lei n° 8.078,

11/9/90)

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

11. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei nº 8.625 de 12/2/93

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

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

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I - pelos poderes estaduais ou municipais;

II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;

IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública;

12. Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo - Lei Complementar nº 734 de 26/11/93

Artigo 103 - São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

I - promover a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

VII - exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito:

a) pelos poderes estaduais ou municipais;

b) pelos órgãos da Administração Pública estadual ou municipal, direta ou indireta;

c) pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;

d) por entidades que exerçam outra função delegada

do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública;

VIII - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis.

Titulo: O Pagamento Indevido dos Juros Compensatórios nas Desapropriações por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária

Autora: Zélia Luiza Pierdoná - Procuradora da República, que oficia na Vara Especializada em Matéria Agrária, na Justiça Federal de São Paulo.

O art. 5°, inciso XXII, da Constituição Federal de 88, garante o direito de propriedade. No entanto, o inciso seguinte estabelece que *a propriedade atenderá sua função social.*

Por outro lado, o art. 184 dispõe que *compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural* ***que não esteja cumprindo sua função social***... (grifo nosso). Ainda, o art. 193 traz como objetivo da ordem social a justiça social. Por fim, o *caput* do art. 5°, consigna o sobreprincípio da isonomia.

Diante dos dispositivos constitucionais acima referidos, analisaremos o pagamento dos juros compensatórios, indiscriminadamente nas ações de desapropriação, inclusive nas desapropriações para fins de reforma agrária.

O Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal têm decisão sumulada no sentido da incidência, não só dos juros compensatórios, como também da acumulação dos moratórios sobre eles.

É importante frisar que tais decisões não diferem os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social.

O fundamento de tais decisões deve-se ao entendimento de que os juros compensatórios destinam-se a compensar o expropriado pela antecipada ocupação do bem expropriado pelo poder público e incidem a partir da imissão na

posse.

A doutrina menciona que os referidos juros visam cobrir os lucros cessantes pela ocupação do imóvel.

Tal entendimento é aplicado nos dois casos de desapropriação (por necessidade pública e por interesse social). No entanto, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, conhecida também por desapropriação sanção, é diversa da outra espécie de expropriação. Seu objeto é a propriedade que não cumpre a função constitucionalmente prevista, sendo, portanto, improdutiva. O pressuposto constitucional do interesse social é nitidamente diverso do pressuposto da utilidade pública que tem por objeto imóvel que cumpre sua função social, e é desapropriado em razão de utilidade ou necessidade pública.

A Constituição estabeleceu como valor básico a igualdade ou isonomia, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Quando se determina a aplicação de juros compensatórios, tanto nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública como por interesse social, está-se tratando igualmente os desiguais e, com isso, violando o princípio acima referido.

O art. 185 da Constituição Federal veda a desapropriação para fins de reforma agrária de propriedade produtiva, devendo, assim, ser improdutivo o imóvel. E sendo improdutivo, não há que se compensar os lucros cessantes. Diversamente a desapropriação por necessidade pública que expropria um bem que produz fruto e que, portanto, deve ser compensado, com a incidência dos referidos juros.

A natureza jurídica dos juros não se confunde com a justa indenização da propriedade. Por esta, o expropriado receberá o valor referente à propriedade, valor este corrigido, não havendo necessidade de ser compensado pela antecipada

ocupação do bem, já que o proprietário não lhe dava a função constitucionalmente estabelecida. Além disso, pelo atraso no pagamento da indenização ele receberá juros moratórios.

A propriedade, na atual Constituição, está condicionada à função social, pois esta é um pressuposto da propriedade e, quem não a cumpre, não é um proprietário pleno, não podendo usufruir do mesmo tratamento dado ao proprietário que dá a seu imóvel o destino constitucionalmente previsto.

Poder-se-ia dizer que a propriedade na CF/88 apresenta-se em três níveis: a plena, quando atende a função social; a que não atende a referida função; e, finalmente, a propriedade onde são cultivadas ilegalmente plantas psicotrópicas. O constituinte, em razão das desigualdades existentes entre elas, estabeleceu tratamento diferenciado.

No entanto, ao estabelecer juros compensatórios nas desapropriações para fins de reforma agrária, a jurisprudência não está dando tratamento desigual à desigualdade existente nas espécies de desapropriação.

Com isso, o objetivo da justiça social fica enfraquecido, no sentido de que a função social da propriedade não está tendo a importância que o constituinte lhe atribui, haja vista que recebe o mesmo tratamento o proprietário que atende e o que não atende a condição estabelecida na atual Carta Magna.

Do exposto, **conclui-se** que em razão de a propriedade improdutiva não atender o pressuposto constitucional da função social, é indevido o pagamento dos juros compensatórios nas desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária.

PARCELAMENTO DE SOLO RURAL COM FINALIDADES URBANAS (IMPOSSIBILIDADE)

Ciro Expedito Scheraiber[1]

I - Introdução;
II - Módulo Rural;
III - Lotes Urbanos e Rurais;
IV - Função Social da Propriedade;
V - Efeitos do Parcelamentos Irregular;
VI - Comercialização de Lote Urbano;
VII - Impossibilidade de Registro;
VIII - Conclusão.

I - Introdução

É prática reiterada a de se parcelar área rural em pequenos lotes, em geral com metragens à menor que o módulo rural permitido, com a finalidade de fracionamento para fins de alienação como partes ideais, ao que se pretende com a faceta de pequenas chácaras ou sítios, cuja exploração seria de natureza agrícola, mas que, na verdade, trata-se de parcelamento em lotes de características e exploração urbanas, já que inviável a atividade econômica, agrícola ou pastoril. Por vezes, declaradamente tem finalidades recreativas, trazendo, tais parcelamentos, a infra-estrutura necessária para a instituição de um loteamento urbano, tais como abertura de ruas, instalação de rede de energia elétrica, de água, esgoto.

Como se trata de área rural, o desmembramento não poderá se dar em lotes, cuja metragem esteja abaixo do mínimo

atribuído no módulo rural. Para efeito do registro no Cartório do Registro de Imóveis, só poderá haver abertura de nova matrícula, se o desmembramento for igual ou superior ao módulo. Daí, porque, para dar mostras de uma relação condominial, os registros se tem dado como de partes ideais.

II - Módulo Rural

É o que reza o artigo 8°, da Lei 5.868, de 12 de dezembro de 1972, que estipula:

> "Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do artigo 65, da Lei n° 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1° deste artigo, prevalecendo a de menor área".[2]

E quanto aos atos notariais e de registro, prevê o §3° do mesmo artigo:

> "São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infrinjam o disposto no presente artigo, não podendo os Cartórios de Notas lavrar escrituras dessas áreas nem serem tais atos transcritos nos Cartórios de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade de seus respectivos titulares".

A questão cinge-se, portanto, à ocupação de área rural, na forma de loteamentos urbanos, sem que, para a instituição destes, se tenha observado os princípios da legislação pertinente, inclusive no que se refere à alienação desses imóveis.

III - Lotes Urbanos e Rurais

Para análise da questão deve-se observar o que dispõe a legislação pertinente à matéria, quanto à conceituação de lotes urbanos e glebas rurais.

O art. 2°, § 1°, da Lei Federal n° 6.766/79, define como loteamento urbano:

> "...a subdivisão de glebas em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes".

O art. 4°, inciso I, da Lei n° 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), define imóvel rural como sendo:

> "o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada".

Não preenchendo o lote as características especificadas no último dispositivo, o imóvel será considerado urbano.

No dizer de Diógenes Gasparini, são urbanos os *"lotes destinados à edificação (residencial, comercial ou industrial), dotados de equipamentos urbanos (rede de água, de esgoto, iluminação pública, telefonia, gás, etc.) e guarnecidos por benfeitorias comunitárias (áreas de recreio, educação)"*[3].

Em matéria publicada, Roberto Barroso esclarece que *"os sítios de lazer, objeto de parcelamento de terras na zona rural, constituem núcleos urbanos emergentes, por sua natureza e destinação. Somente serão viáveis mediante ato legislativo do Município que aprove a alteração da categoria da área de*

rural para área de expansão urbana (arts. 3º e 53, da Lei Federal nº 6.766/79), observadas as disposições pertinentes do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64)"[4].

Só os loteamentos rurais propriamente ditos, pois, de fins econômicos, ligados à exploração de atividades produtivas, escapam aos regramentos estabelecidos na denominada Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei Federal nº 6.766/79).

Face tais definições, os sítios de recreio têm fim urbano, não havendo em sua destinação nenhum dos requisitos básicos caracterizadores de imóveis rurais, ou seja, não se destina a exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial.[5]

Pelas atributos dos referidos parcelamentos, bem assim pela prática das ofertas publicitárias para venda desses imóveis[6], dando a entender tratar-se de bens com fins de lazer ou para edificação de "casa de campo" ou por se constituir em "chacrinhas", tira-se que se trata de alienação de pequenas áreas de terras visando exploração própria das de natureza urbana, com ou sem incremento de edificações, objetivando o mais das vezes o lazer.

IV - Função Social da Propriedade

Na busca da concretização da função social da propriedade rural, reza a Constituição Federal, no artigo 186, que:

> "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> *I - aproveitamento racional e adequado;*
> *II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;*

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV - exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores."

Os objetivos de exploração econômica, racional e adequada, de "extração agrícola, pecuária ou agroindustrial", pública ou privada, não ocorre nesses limitados espaços físicos.

O fim, portanto, não é o do uso agrícola, mesmo porque a finalidade social da propriedade agrícola privada não está sendo considerada. Há desvirtuamento dos fins, visando ao que se demonstra, a especulação mercenária e econômica, travestido de exploração de pequenas propriedades rurais, além de promover o incremento populacional, com todas as mazelas decorrentes.

V - Efeitos do Parcelamento Irregular

A prática do parcelamento de área rural com finalidades diversas daquela própria de extração econômica agrícola, proporciona diversos problemas, relacionados à preservação ambiental, dado que as reservas mínimas de matas são ceifadas para dar lugar a edificações ou outros tipos de atividades de exploração prejudicial ao meio ambiente.

Normalmente esses fracionamentos de áreas rurais ocorrem próximos aos grandes centros urbanos, e são ofertados à venda pela facilidade de encontrar pessoas interessadas na sua aquisição, para exploração com finalidade de lazer, utilizando-as como válvula de escape ao "stress" proporcionado pela convivência nas metrópoles.

Em razão disso, a exploração agrícola, se houver, será insubsistente e tem a mesma finalidade de "lazer".

Daí ocorre todas as consequências da utilização de imóvel urbano, muitas das vezes por pessoas não afeitas às lides rurícolas.

VI - Comercialização de Lote Urbano

A aprovação da alteração de uso do solo rural para fins urbanos passou a ser de competência da Prefeitura Municipal. Prevê o art. 53, da Lei Federal nº 6.766/79:

> "Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, do Órgão Metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura Municipal ou do Distrito Federal, quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente".

A prévia audiência a que alude o art. 53, aplica-se *"exclusivamente aos particulares proprietários de terras que queiram transformá-las de rurais em urbanas"*, segundo o ensinamento de Sérgio A. Frazão do Couto.[7]

Assim, se a área rural pertence a particular, faz-se necessária a prévia anuência do INCRA e do órgão metropolitano quando for o caso. Se a transformação for de interesse do município, ela dar-se-á através de lei municipal, devendo apenas os projetos de parcelamentos serem submetidos a análise de tais órgãos, antes da aprovação pela Prefeitura Municipal.

Desta forma, caracterizado está que as vendas de lotes nesses parcelamentos são irregulares, pois não havendo aprovação pelo município, não poderá haver o registro no Cartório, a partir de quando poderá haver a comercialização, conforme a Lei Federal nº 6.766/79, em seu art. 37, que estabelece:

> "É vedado vender ou prometer parcela de loteamento ou desmembramento não registrado".[8]

Quanto aos efeitos do registro, segundo a lição de Sérgio Frazão do Couto,

> "somente após a obtenção do registro perante o Cartório de Imóveis da circunscrição é que se pode dizer que existe, no mundo jurídico, um parcelamento urbano, dentro das regras estabelecidas pela Lei 6.766/79, dando-se, assim, oportunidade a que o empresário inicie a parte comercial do seu projeto, com a venda dos lotes oriundos do desmembramento ou loteamento aprovado e registrado".[9]

Assim sendo, embora não haja impedimento legal ao registro de instrumentos públicos de compra e venda de imóveis em partes ideais, quando se tratar, em verdade, de uma relação de condomínio, a irregularidade persiste por objetivar encobrir um parcelamento de natureza urbana, em área rural.

VII - Impossibilidade de Registro

Uma das formas eficientes de coibição desse tipo de parcelamento irregular é o impedimento do registro no Cartório do Registro de Imóveis, além das medidas de ordem criminal, vez que tipifica o delito previsto no artigo 50 e 51 da Lei nº 6.766, de 19/12/79.

No que se refere à primeira medida, a Corregedoria da Justiça do Estado do Paraná, publicou o Ofício Circular nº 04/95, de 16 de janeiro de 1995, no Diário da Justiça de 10/03/95, p. 17, dirigido aos magistrados do Estado do Paraná, que, por certo, em muito contribuirá para o cerceamento da implantação desses disfarçados loteamentos urbanos em áreas rurais, nos seguintes termos:

" Curitiba, 16 de janeiro de 1995.

Ofício Circular nº 04/95.

ASSUNTO: CONDOMÍNIO FECHADO, CONDOMÍNIO HORIZONTAL, HOTÉIS FAZENDAS, ETC. A CONVENÇÃO DEVE SER APROVADA PELA COMEC, IAP E PREFEITURAS, PARA LAVRATURA DA ESCRITURA. FRAÇÕES IDEAIS DE GLEBAS, OBSERVAÇÃO QUE DEVE CONTER NA ESCRITURA E NO REGISTRO DE IMÓVEIS.

Senhor Juiz:

Solicito comunicar ao(s) Tabelião(ães) (inclusive os Escrivães Distritais), e os Oficiais do(s) Registro(s) de Imóveis, e do(s) Registro(s) de Títulos e Documentos dessa Comarca, que a formação dos denominados "Condomínios Fechados", "Hotéis Fazendas", ou qualquer tipo de empreendimentos que acarretem aumento da densidade populacional, que promova a venda de imóveis em frações ideais, sem vinculação da construção ao terreno, está sujeita à legislação que disciplina o parcelamento do solo urbano ou rural, e deve ser aprovada pela Comec, no caso da Região Metropolitana de Curitiba, Instituto Ambiental do Paraná, e pelas respectivas Prefeituras, antes da lavratura da escritura pública de sua instituição. As sobreditas autorizações, além de exigidas para lavratura da escritura pública, devem constar expressamente no registro da respectiva Matrícula.

Outrossim, ainda com o objetivo de coibir o fracionamento irregular do solo, na escritura pública de compra e venda de frações ideais de gleba, o alienante, o adquirente e os intervenientes declararão expressamente que o imóvel não se destinará a qualquer forma de ocupação ou fracionamento irregular do solo, sob

as penas da sanção prevista no artigo 299 do Código Penal e artigo 50 da Lei nº 6.766/79. Essa observação será registrada de maneira destacada na Matrícula.

Ao ensejo reafirmo a Vossa Excelência os protestos de estima e consideração.

DESEMBARGADOR NEGI CALIXTO
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DA VARA DOS REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE "

Como se depreende, a determinação referida condiciona o registro à aprovação do órgão da Coordenação da Região Metropolitana, IAP e Prefeituras, enfatizando que os condomínios que refere "e qualquer tipo de empreendimentos que acarretem aumento da densidade populacional, que promova a venda de imóveis em frações ideais".

Significa dizer que a recomendação é ampla e se submete à lei do parcelamento do solo urbano (6.766/79), não podendo, de conseqüência, haver a instituição de loteamento urbano sem aprovação do município, por decreto, onde serão fixadas as diretrizes, antes que se converta por lei a área rural como de natureza urbana ou de expansão urbana.

No que se refere as medidas administrativas ou judiciais, importante é ressaltar a necessidade da criação, onde ainda não houver, de Centros de Apoio Operacionais no âmbito dos Ministérios Públicos.

As atribuições do Ministério Público no que concerne ao direito registral vinham, tradicionalmente, sendo exercidas como *custos legis* nas Varas de Registros Públicos, em geral limitando-se aos feitos de "dúvida" na oportunidade do ato notarial.

Dadas as importantes funções decorrentes da Constituição Federal/88, em especial nos recentes direitos surgidos "difusos, coletivos e individuais homogêneos) o campo

de atuação do Ministério Público na área da habitação e urbanismo é premente, pelo manifesto interesse público e social.

VIII - Conclusões.

1. O parcelamento do solo rural só é possível, a possibilitar o desmembramento da matrícula, quando for igual ou superior ao módulo rural;

2. O parcelamento do solo rural com finalidades urbanas, deve atender o disposto na Lei nº 6.766/79, e depende de aprovação pelo Município ou Distrito Federal;

3. O desmembramento de áreas rurais com finalidades próprias de utilização como lazer, tais como chácaras ou sítios de recreios, tem finalidade urbana e se submete aos ditames da Lei nº 6.766/79;

4. As questões decorrentes do descumprimento das normas aplicáveis à habitação e ao urbanismo, têm caráter de interesse social, a exigir a atuação do Ministério Público, justificando a criação de Centros de Apoio Operacionais às Promotorias de Justiça.

[1]- O autor é membro do Ministério Público do Estado do Paraná, exercendo a função junto a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Curitiba

[2]- A Lei nº 5.868/72 tem a seguinte ementa: "Cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural, e dá outras providências".

[3]- GASPARINI, Diógenes. "O Município e o Parcelamento do Solo", 2ª edição, p. 18,

[4]- BARROSO, Roberto. "Revista de Direito Administrativo nº 194, out/dez de 1993, p.57

[5]- Tal entendimento vem consolidado na Instrução nº 17-6, de 22 de dezembro de 1.980, do INCRA, que inclui os sítios de recreio entre os parcelamentos do solo para fins urbanos.

6- Constitui o crime previsto no art. 50, inciso III, da Lei nº 6.766/79 a prática publicitária de loteamento ou desmembramento do solo, veiculando informações falsas quanto à sua legalidade, podendo ocorrer a incidência do crime de propaganda enganosa, previsto no art. 67, do Código de Defesa do Consumidor.

7- COUTO, Sérgio A. Frazão do. "Manual Teórico e Prático do Parcelamento Urbano", Forense, 1981, p.400

8- Vide arts. 21, § 3º, 39, 46 e 50, parágrafo único.

9- "Manual Teórico e Prático do Parcelamento Urbano", Forense, Rio, 1.981, p.175

Tutela dos interesses individuais e supraindividuais.

A atuação do Ministério Público diante do serviço notarial e de registro.

Sumário :

I - O Serviço Notarial é serviço de relevância pública. A) Conceito. 1. A natureza jurídica do serviço. 2. A situação jurídica do usuário. B) O funcionamento do serviço. 1. A fiscalização do serviço. 2. Da responsabilidade do serviço. 2.1. A administrativa. 2.2 A civil. 2.3. A criminal. 2.4 Jurisprudência. II - O Ministério Público deve zelar e intervir pelo respeito dos Serviços Notariais aos direitos assegurados na Constituição federal e estadual diante da relevância pública do serviço. A) A legitimidade do *parquet* para agir. 1. Advém da Carta Magna. 2. A legislação exemplifica as hipóteses de atuação. 3. Os direitos defendidos e sua natureza. B) Os mecanismos de atuação. 1. Os meios judiciais. 1.1. A ação civil pública. 1.2. O mandado de segurança. 1.3. A ação penal. 2. Alguns meios extrajudiciais. 2.1) O inquérito civil e o procedimento investigatório. 2.2. O recebimento de notícias e irregularidades. 2.3. A oitiva do povo. 2.4. O direito de representação. III - Conclusão. IV - Bibliografia.

I - O serviço notarial é serviço de relevância pública

A) Conceito.

O art. 236 da CF/88 conceitua o serviço notarial como sendo aquele serviço prestado em caráter privado, por delegação do Poder Público.

1. A natureza do serviço.

O serviço é concedido por meio de delegação. A execução do serviço concedido deve atender fielmente ao respectivo regulamento e a lei para a plena satisfação dos usuários, que são seus legítimos destinatários.

Hely Lopes afirma existirem cinco princípios que regem todo serviço público, no qual se inclui o serviço notarial. São eles :***generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia.***

Modernamente os princípios acima mencionado, acham-se sintetizados na expressão***serviço adequado*** que foi utilizado pelo legislador no art. 4° da Lei n° 8.935/94 ao dispor que : *Os serviços notariais e de registro serão prestados,* ***de modo eficiente e adequado****, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos. (GN)*

Ensina, ainda, o festejado autor, que o Poder Público pode realizar, centralizadamente, seus próprios serviços por meio dos órgãos da Administração direta ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades autárquica, ou ainda por entes paraestatais de cooperação e finalmente, por empresas privadas e particulares individualmente (concessionários, permissionários e autorizatários; art. 21, XII e 175 da CF), in Direito Administrativo Brasileiro, pag.337, 17ª ed, Malheiros.

O serviço notarial é um serviço delegado pelo Poder Público mediante concessão. É um serviço concedido. O particular, ou mais, exatamente, o oficial titular do cartório, executa o serviço, em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por **tarifa** (gn), na forma regulamentar, mediante delegação constitucional (art. 236 c/c art.14 e 47 da Lei n. 8.935/94) legal do Poder Público concedente).

O serviço, apesar de concedido, continua sendo público (latu sensu), tanto é assim, que a lei prevê as hipótese de perda da delegação (art.35 da lei 8.935)

O fato do serviço ser prestado em caráter privado não descaracteriza a natureza de serviço público ou de utilidade pública, pelo contrário é uma técnica administrativa idealizada para custear o serviço.

A admissão na atividade notarial pressupõe o preenchimentos de condições e a realização do concurso público. Assim vê-se que normas de direito público regem o serviço notarial.

Em suma, o serviço notarial é um serviço de utilidade pública ou de relevância pública que é aquele que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. (Hely Lopes Meirelles, idem).

2. A situação jurídica do usuário.

Algumas teses tentam explicar a situação do usuário do serviço público, mas a mais adequada é àquela considerada por Bénoit (a situação legal e regulamentar do usuário).

A tese da situação legal e regulamentar do usuário potencial e do efetivo, mostra que todos os direitos, deveres, vantagens e benefícios dos usuários estão previstos e regulados por normas legais (p.ex. art.6° do CDC) e regulamentares, nada podendo ser criado ou modificado por acordo entre usuário e prestador do serviço.

Para Hely Lopes, constitui direito público subjetivo do usuário o de exigir não só a simples prestação do serviço, mas

também o de exigir prestação adequada, seja da Administração Pública, seja de seu delegado. Para tanto pode recorrer ao Poder Judiciário, inclusive por via de mandado de segurança. José Cretella Júnior ensina que a natureza jurídica do o vínculo existente entre o usuário e o concessionário do serviço público é de direito público.

Em apertada síntese vemos que a relação que une os usuários do serviço notarial e o prestador do serviço é de natureza pública.

B) O funcionamento do serviço.

A lei nº 8.935/94 disciplinou o funcionamento do serviço prevendo no art. 6º e 30, os deveres dos notários e oficiais de registro conforme previsão constitucional do art. 236, § 1º.

O serviço tem como escopo, segundo o art.4º da lei federal a prestação eficiente e adequada do serviço notarial.

Sendo um serviço prestado para o público, deve ele cumprir em primeiro lugar a sua tarefa, qual seja, realizar o bem comum. Somente de maneira secundária busca-se o lucro. A remuneração do serviço é feito por meio de tarifas (preço público). O princípio da modicidade é característica do serviço notarial.

1. A fiscalização do serviço.

A fiscalização do serviço notarial foi atribuída pela Constituição no art. 236 , § 1º da CF/88 ao Poder Judiciário.

A lei federal previu no art. 37 a fiscalização pelos juízes competentes dos atos previstos nos art. 6º à 13 da mesma lei assegurando-se direito de representação aos interessados. Vejamos o dispositivo em tela :

Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo

juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou **mediante representação de qualquer interessado**, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos. (g.n)

Parágrafo único. Quando, em autos ou papéis de que conhecer, o Juiz verificar a existência de crime de ação pública, remeterá ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Observa-se que a lei fala em fiscalização dos atos notariais e de registro. Portanto cumpre aos juízes competentes examinar, vigiar e velar para que os atos praticados pelos notários e oficiais sejam cumpridos na forma da lei.

Na verdade trata-se de uma fiscalização interna do serviço, mais precisamente, dos atos praticados no interior do cartório.

A lei atribuiu, privativamente, ao Poder Judiciário a tarefa de fiscalização dos atos praticados pelos agentes delegados.

No entanto a lei assegurou a qualquer interessado o direito de representar e provocar a fiscalização do Poder Judiciário que é o responsável pela fiscalização do serviço em seu aspecto interno.

2. A responsabilidade do agente delegado.

Antes de analisarmos os tipos de responsabilidades é bom lembrarmos que os servidores públicos, no desempenho de suas funções podem cometer infrações de três ordens: administrativa, criminal e civil (Lei federal nº 8.027/90).

Hely Lopes ensina que a responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação aos seus subordinados. O dever de responsabilizar o servidor desidioso ou faltoso foi erigido a obrigação legal.

2.1. A responsabilidade administrativa.

É a que resulta da violação de normas interna da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública.

Na hipótese do serviço notarial é a própria lei que fixa as disposições que devem ser obedecidas pelo agente delegado.

O art.30 da lei federal elenca os deveres dos notários e oficiais na prestação do serviço.

Vejamos alguns deles :

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

VII - afixar em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos em vigor;

VIII - observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício;

IX - dar recibo dos emolumentos percebidos;

A inobservância dos deveres funcionais acarreta infração disciplinar prevista em lei, sujeitando o infrator as penas disciplinares previstas no art. 32 e 33 da lei nº 8.935/94.

As penas disciplinares são : repreensão, multa, suspensão por noventa dias , prorrogável por mais trinta e a perda da delegação.

As sanções administrativas serão aplicadas pelo órgão competente que segundo a lei é o juiz, art.34.

O Ministério Público acha-se legitimidado pelo art.129, II da CF/88 e art.37 da lei nº 8.939/94 a receber reclamações dos usuários do serviço e oferecer representação ao juiz competente contra o oficial ou notário que pratica infração disciplinar.

2.2. A responsabilidade civil.

É a obrigação que se impõe ao servidor de reparar dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções.

Os notários e oficiais de registro são responsáveis pelos danos que eles ou seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia.

A lei assegurou o direito de regresso contra os oficiais e notários na hipótese de *dolo ou culpa* dos prepostos.

Em relação aos usuários do serviço, portanto os notários e oficiais serão os responsáveis pelos eventuais danos causados durante a prestação do serviço e não a serventia.

A lei tentou afastou a responsabilidade subsidiária do Estado(Poder Concedente) face a prestação do serviço notarial prevendo no dispositivo a responsabilidade pessoal dos notários e oficiais.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que *para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (*

sociedades mistas e empresas do Estado em geral.

Finaliza o autor afirmando que *não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente - ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural - se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.*

Diante do exposto, entendemos apesar de alguns acordãos (p.ex., JM 107/216) considerarem ser irresponsável o Estado por atos notariais, que o Estado pode ser responsabilizado subsidiariamente pelos atos dos notários quando estes vierem a causar danos à terceiros, durante a prestação do serviço. Essa responsabilidade subsidiária seria devida uma vez esgotadas as forças do agente delegado.

2.3. A responsabilidade criminal.

A responsabilidade criminal será individualizada conforme preceitua o art. 24 da lei federal que disciplina o serviço de cartórios.

Manda a lei seja aplicado no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública. Os crimes contra a administração pública acham-se previstos no Título XI, Capítulo I, art. 312 a 359 do CP.

Com isso demonstrou o legislador querer tratar os integrantes do serviço como funcionários públicos.

Estabelece a lei no art. 30 , inciso VIII, que os notários e oficiais enquanto responsáveis pela prestação do serviço devem observar os emolumentos fixados para a prática dos atos de ofício.

A cobrança de emolumentos acima da tabela é considerado crime previsto **na Lei nº 8.137/90** (Crime contra a Ordem Tributária), que assim dispõe :

Art. 6º. Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou **oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão** ou entidade governamental, e **ao estabelecido em regime legal de controle**; *(gn)*

pena - 2 (dois anos) à 5 (cinco anos) ou multa.

Os emolumentos devidos pela utilização do serviço notarial são fixados por lei estadual. Esses valores são corrigidos anualmente ou semestralmente por índices de inflação.

Há, portanto *a priori* uma tabela de preços, a qual, o agente delegado deve obedecer sob pena de cometer crime e infração disciplinar.

Uma vez cobrado emolumentos, acima da tabela vigente, presente estará a tipicidade do fato.

O fato do usuário "concordar " em pagar emolumento acima do legalmente estabelecido, não afasta a tipicidade da conduta do prestador do serviço, pois o usuário encontra-se em uma situação legal e regulamentar, vale dizer, que os direitos, deveres, vantagens e benefícios dos usuários estando previstos e regulados por normas legais e regulamentares, **não podem ser *criados*** ou ***modificados* por acordo entre usuário e prestador do serviço**. Há na hipótese manifesta indisponibilidade de direito.

Assim o Ministério Público pode e deve, utilizar-se do arsenal penal, para responsabilizar criminalmente os notários e oficiais que cobrarem emolumentos acima da tabela.

2.4. Jurisprudência.

Alguns julgados vêm sendo proferidos acerca do assunto, alguns dos quais, *data venia*, consideramos não terem

abordado o assunto de maneira correta.

O tema ainda não foi devidamente estudado e este é o desafio que lançamos sobretudo quando sabemos que existem número expressivo de pessoas que não estão registradas em todo nosso país(vide anexo)

Citaremos então algumas decisões que poderão nos orientar acerca do tema.

Vejamos: **101598 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO** - Ato praticado por notário. Art. 236, § 1°, da CF. Por força de norma constitucional específica - art. 236, § 1°, da CF/88 - **não responde o Estado por atos notariais**, em face da caracterização dessa modalidade de serviço, que é exercido em caráter privado, por delegação do Poder Público. (TJMG - AC 78.159-1 - 1ª C. - Rel. Des. Lúcio Urbano - J. em 30.03.89) (JM 107/216). (**g.n**)

101603 - SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA – Tabelião. Ação proposta contra este. Condenação. Execução do julgado. Aposentadoria do notário. Irrelevância. **Responsabilidade pessoal do tabelião e não da serventia na qual exercia sua atividade**. Art. 28 da LRP. Ilegitimidade afastada. Recurso não provido. (TJSP – AI 205.745-1 – 6ª C. – Rel. Des. Ernani de Paiva – J 26.05.94) (RJTJESP 161/224) (**g.n**). Ainda : RJTJSP 12/248; 124/405.

II - O Ministério Público deve zelar e intervir pelo respeito dos Serviços Notariais aos direitos na Constituição federal e estadual diante da relevância pública do serviço.

A) A legitimidade do *parquet*.

1. A Carta Magna é fonte direta.

A Constituição atribuiu ao Ministério Público certas

tarefas tais como: **promover a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais dentre outras (art.127).**

A carta magna prosseguindo na tarefa de delinear a atuação do *parquet,* instituição representativa do Estado-Sociedade, elencou no art.129 e seus incisos as funções do órgão.

São funções institucionais do Ministério Público:

> ...*II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e* ***dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;***

Prossegue a norma indicando o instrumental jurídico, já existente na legislação, particularizando as hipóteses de ação.

> 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;**

Vemos que o legislador constituinte no inciso II, foi enfático ao afirmar que o Ministério Público cuida e zela pelo respeito dos direitos constitucionais assegurados na carta magna, ou seja, o *parquet* é comparado a um guardião dos direitos constitucionais diante do funcionamento do serviço de relevância pública.

Em suma, o Ministério Público cuida para que os serviços de relevância pública não violem, durante o seu funcionamento, os direitos constitucionais dos usuários desses serviços.

O texto constitucional prevê a adoção de todas as medidas necessárias para garantia dos direitos constitucionais.

Assim tanto medidas de natureza judicial ou

extrajudicial podem e devem ser adotadas pelo *parquet* no exercício de seu mister.

A legitimidade do Ministério Público prevista na Constituição Federal vem sendo repetida em leis federais, pormenorizando assim a ação ministerial.

2. A legislação exemplifica as hipóteses de atuação.

Podemos começar indicando que a Lei de Registros Públicos em artigos esparsos consagra um tipo de fiscalização interna e concorrente com o Poder Judiciário, nas hipóteses de habilitação de casamento (art.67, e parágrafos), na dispensa de proclamas (art.69, § 2°), na fiscalização da averbação do regime de separação de bens nos casamentos (art.245), em outros dispositivos da mesma lei (arts.57, 76, § 3°, 97, v.g).

A lei n° 8.624/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) atribui ao Ministério Público no art. 25 que :

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

IV- promover o inquérito civil e **a ação civil pública**, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, **coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; (gn)**

A lei atribui ao *parquet* tarefa de extrema relevância prevista no artigo abaixo transcrito.

Art. 27 - Cabe ao Ministério Público **exercer a defesa dos**

direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I - pelos poderes estaduais ou municipais; pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

III - pelos concessionários e permissionários de **serviço público estadual** ou municipal;

IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Parágrafo único - No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

A Lei complementar estadual nº 34/95 (Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais) prevê as atribuições do *parquet* afirmando:

art. 66 - Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e **dos serviços de relevância pública** aos direitos assegurados na Constituição Federal e em outras leis, **promovendo as medidas judiciais e administrativas necessárias à sua garantia;** (art.129, II CF/88; art.120, II, CE; art.27. Lei n.8.625/93)

VI - promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da

lei, para

a) proteção....e a outros interesses difusos, **coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;**

Vemos portanto que o Ministério Público encontra fundamento tanto na legislação federal como na estadual para agir diante dos serviços notariais.

A Lei federal nº 7.347/85 permitia ao *parquet,* antes mesmo da Constituição de 1988, a defesa de diversos tipos de interesse. Interesses esses considerados de relevância para a sociedade, considerando-se como tal o adequado funcionamento dos serviços públicos ou de utilidade pública.

Assim, a LACP passou a ser o instrumento jurídico primordial no exercício das funções ministeriais.

O Código do Consumidor também atribui ao Ministério Público legitimidade no art. 81 c/c art. 110 CDC. Nesse sentido a lição da Ada P. Grinover e outros *também o Ministério Público protege os interesses indidividuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inciso III do § único do art.81 CDC, Comentários ao CDC, pag.510.*

Conforme dito no tópico anterior o *parquet* zela para que direitos constitucionais sejam respeitados pelos prestadores de serviços de relevância pública.

Podemos conceituar serviço de relevância pública, termo já bastante utilizado neste trabalho, como sendo aquele serviço prestado por pessoa dos quadros da Administração ou não e que por sua importância, se inscreve entre as atividades essenciais do Estado.

Ante o exposto vemos que o Ministério Público encontra legitimidade para agir tanto na Constituição como na legislação.

3. Os direitos defendidos e sua natureza.

Devemos, primeiramente, indagarmos quem são os titulares desses direitos defendidos pelo *parquet* ? A resposta deve ser dada considerando-se que estamos diante de uma relação administrativa, ou seja, de um lado há o prestador do serviço notarial e de outro os usuários deste serviço.

Os direitos dos usuários são direitos cívicos, de conteúdo positivo, consistentes no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários conforme ensina Gabino Fraga, *in Derecho Admnistrativo, México, 1948.*

Os usuários do serviço notarial são detentores de direitos públicos subjetivos de exercício pessoal quando se tratar de serviço *uti singuli.* Trata-se do direito de poder exigir em juízo a prestação do serviço ou a reparação de dano sofrido.

Os usuários formam uma categoria, uma classe. Eles passam a ser visualizados como um grupo, como uma coletividade enquanto usuários em potencial e efetivo do serviço notarial.

Esses direitos são transindividuais ou metaindividuais e de natureza indivisível enquanto considerados como uma categoria.

Eles são no dizer de Hugo Mazzilli a*queles que atingem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como a dos associados de uma entidade de classe, a dos consumidores lesados no uso de algum produto.* (A defesa dos interesses difusos,pag.18, 2ª ed, RT.)

Eles acham-se ligados por um vínculo jurídico que os liga a parte contrária. ***in*** *Código Brasileiro do Consumidor, pag.506, Ada Pellegrinni Grinover e outros, Ed. Forense Universitária, ano 93.*

O *parquet* esta legitimado a defender tal grupo sob o argumento dos usuários do serviço serem titulares de direitos transindividuais ou meta-individuais, de natureza indivisível, tratando-se de portanto de direito coletivo.

Oportuno fazer-se uma breve distinção entre interesse difuso e coletivo. A diferença entre aquele e este reside no grau de determinabilidade dos titulares de direitos. Podemos ainda dizer que a diferença é apenas de **grau**.

Exemplificando, podemos dizer que os usuários do serviço notarial em um determinado período são identificáveis, pois pelos atos praticados será perfeitamente possível identificar que foram as pessoas de faleceram, nasceram ou casaram-se.

Já no que diz respeito a uma propaganda enganosa veiculada pela televisão impossível será identificar-se os telespectadores da emissão.

Concluímos, assim, que existe uma categoria de pessoas que são os usuários em potenciais e os efetivos, posto que o serviço notarial esta a sua disposição dos mesmos e ainda é usufruído, existindo-se assim a categoria dos usuários do serviço público notarial.

O *parquet* defende direito de "classe", de toda categoria de usuários (ou consumidores efetivos e potenciais) do serviço notarial contra os abusos cometidos pelo agente delegado.

O Ministério Público surge, naturalmente, como instituição eleita pelo constituinte para defender o cidadão de violações às regras normativas vigentes sendo até encarregado de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos* ***serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art.129, II CF/88).***

O Ministério Público também estaria legitimado à agir em função da presença do interesse social (art. 127 da CF/88) que existe na atividade notarial.

Interesse Social, no sentido amplo, *é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil; o interesse que reflete o que esta sociedade entende por "bem comum"; o anseio de proteção à res pública; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu, como sendo os mais relevantes.* Rodolfo de Camargo Mancuso, pag.21, Interesses Difusos, 2ª ed, RT)

Assim estaríamos diante de **interesses ou direitos individuais homogêneos** decorrentes de origem comum, permitindo assim, a tutela deles a título coletivo e merecedores de defesa do *parquet* por tratar-se especialmente de direitos individuais indisponíveis.

A doutrina ensina que *ao definir o perfil institucional do Ministério Público, o art. 127, da CF diz ser o parquet instituição que tem por finalidade a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A categoria jurídica dos direitos e interesses individuais homogêneos foi delineada no CDC posteriormente à Constituição Federal. Convém salientar que ao Ministério Público foi conferida legitimidade para propor ação coletiva para a defesa de direitos individuais tratados coletivamente (art.81, § único, III CDC*, Ada Prelegrini Grinover, idem)

A tese é interessante e vem sendo encampada pelo STJ e Tribunais da federação em vários acordãos no que tange ao julgamento da cobrança inconstitucional de "taxa"de iluminação pública.

Vejamos algumas ementas. :

STJ - Ação Civil Pública - Legitimidade " ad causam " do MP - referente a Taxa de Iluminação - Interesse individual homogêneo. Possibilidade.(Recurso Especial nº 49.272-6/ RS (94.0016322-3) STJ - Relator Ministro Demócrito Reinaldo - j. 21.09.94). Ainda : **TJSP;** RT 868/53; RJTJESP 175/92 .

B) Mecanismos de atuação.

1. Os meios judiciais.

1.1. Ação Civil Pública.

Por excelência a Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 em interação com Código do Consumidor (art. 90 e 110, usque 117) são os meios adequados de atuação do *parquet* face ao serviço notarial.

Interessante observar que o MP esta autorizado a utilizar todos os tipos de ações, art.83, CDC, para propiciar o efetivo respeito dos serviços notariais face aos direitos constitucionais assegurados aos usuários do serviço tais como, gratuidade do registro civil, art. 5º, LXXVI, e o princípio da legalidade, art.5º II da CF/88.

O Ministério Público pode portanto p. ex., ajuizar ação civil, fundada no art. 129, III, com preceito cominatório, contra o oficial ou notário titular da serventia que se recusa à cumprir as normas regulamentares do serviço previstas na lei. Em situações semelhantes acordãos foram proferidos. TJPR REO 26.919-4 - 2ª C. Cível - Rel Des. Negi Calixto - J 10-05-95. TJSC - AC 43.009 - rel Des. Napoleão Amarante - J-28.6.95.

1.2. O Mandado de Segurança.

O remédio heróico foi introduzido em nosso sistema para que o cidadão pudesse defender-se das investidas do Poder Público.

A LACP já prévia de maneira implícita a utilização do remédio heróico pelo MP. O CDC ao falar que poderão ser utilizados todas as ações necessárias a tutelar os direitos assegurados naquele diploma reafirmou a idéia de que o mandado de segurança tendo natureza jurídica de ação civil pode ser manejado pelo MP no exercícios de suas atribuições, pois

afinal ele é parte !!

A LONMP diz competir aos promotores de justiça no art.32, impetrar mandado de segurança. A autorização é expressa. Superada qualquer dúvida.

É bom não confundirmos *mandado de segurança coletivo*, art. 5°, LXX, previsto na CF/88, com o mandado de segurança ajuizado pelo MP, pois se o fizermos chegaremos a conclusão de que o *parquet* não se acha legitimado.

A utilização do remédio heróico mostra-se adequado p.ex., na hipótese de magistrado que entendendo estar defasada tabela oficial de emolumentos (Lei de Custas e Emolumentos) autoriza o oficial do cartório cobrar valores, acima dos legalmente fixados. A impugnação dirigi-se contra ato judicial de conteúdo normativo que pode ser atacado pela via do mandamus.

Por fim, vale lembrar que os agentes delegados são considerados, no exercício de suas funções, autoridade pública, tendo portanto legitimidade passiva para figurarem em mandado de segurança.

1.3. A Ação Penal.

Os notários ou oficiais, enquanto prestadores do serviço notarial, tem responsabilidade criminal pelos atos que praticarem. Os oficiais podem praticar crimes contra a administração pública. Podem também cometer crime contra a ordem econômica na hipótese de cobrança acima da tabela oficial.

A conduta uma vez tipificada poderá ensejar o ajuizamento de ação penal com suas conseqüências, p.ex., perda da delegação, art.35, Lei n° 8.935/94 e os efeitos secundários da condenação, art.91e 92 do CP.

2. Os meios extrajudiciais.

O Ministério Público detém uma vasto arsenal

administrativo que lhe permite atuar com eficiência.

2.1. O Inquérito Civil e o procedimento investigatório.

Podemos citar por exemplo o inquérito civil público. Instrumento criado pela LACP e reafirmado pela CF/88 como meio extra-judicial para defesa dos interesses da sociedade.

O órgão ministerial muitas vezes não tem elementos suficientes para instauração do inquérito civil, pode ele, nesta hipótese, instaurar um procedimento investigatório valendo-se dos dispositivos constitucionais previstos no art 129, VI e VIII c/c art. 26, I, letra "a", IV e V da LONMP.

A terminologia não deve nos assustar. O procedimento investigatório tanto pode ser de natureza criminal, ambiental, do consumidor, do patrimônio público, enfim de qualquer tipo. O adjetivo pouco importa. O que importa é que o objeto da investigação esteja no rol das atribuições do *parquet*.

O Ministério Público apesar de deficiências materiais, deve agir, buscar provas dos fatos, na defesa judicial dos interesses considerados relevantes da sociedade através de procedimento administrativo-investigatório, mostrando-se ativo, diligente e dinâmico.

Deve ele agir com rigor e cautela quando ocorrerem denúncias de irregularidades a fim de colher com rapidez e precisão as provas necessárias para a adoção de providências.

Assim, nós que somos o Ministério Público, estaremos sendo verdadeiros defensores da sociedade e não espectadores omissos que por comodismo aguardam provocação oficial para agir.

2.2. O recebimento de notícias de irregularidades.

O MP tomando conhecimento de irregularidades seja através de reclamações de pessoas do povo, seja através de jornais, seja através de representação, tais como cobrança de

emolumentos pelos notários ou oficiais acima da tabela deve investigar os fatos para adoção de providências, **art. 27, § único, inciso I da LONMP (gn).**

A investigação desses fatos não se confunde com a fiscalização disciplinar exercida pelo juiz competente. Cabe ao *parquet* a tarefa de zelar pelo respeito do serviço aos direitos constitucionais e também de certa forma do adequado funcionamento do serviço notarial.

2.3. A oitiva do povo e o recebimento de reclamações.

A Lei Orgânica Estadual do Ministério Público mineiro(LC nº 34/94) no seu art. 74 diz que compete aos promotores de justiça atender a qualquer do povo, **tomando as providências cabíveis, cientificando o interessado das medidas efetivadas(gn).** A lei nacional do Ministério Público prevê a mesma regra no art. 32.

A investigação pode e deve começar com a oitiva do reclamante e prosseguir com a oitiva de outras pessoas, reduzindo-se a termo todas declarações. Esse depoimentos podem ser gravados. É oportuno seja feita as advertências de praxe para a testemunha e que a mesma seja compromissada. O aspecto formal pode ajudar na investigação.

2.4. O exercício do direito de representação.

O *parquet* exercendo o seu *munus* preventivo de fiscal da lei, pode e deve requerer ao juiz de direito competente a instauração de procedimento administrativo ou sindicância para apuração de irregularidades ou infrações disciplinares cometidas pelos notários ou oficiais, na prestação do serviço de cartório.

Esse faculdade acha-se prevista no art. 26, III da LONMP. A lei federal nº 8.935/94 que regulamentou o art. 236 da CF/88 assegurou a todos o direito de representação, art. 37.

III - Conclusão :

1. O Ministério Público zela pelo correta prestação do serviço notarial ou de cartórios dada a relevância pública do serviço podendo para tanto utilizar-se das medidas necessárias.

2A lei federal disciplina em linhas gerais o funcionamento do serviço pelo que pode e deve o Ministério Público fiscalizar a sua observância (art. 127, caput, c/c 129, II da CF/88).

3.O promotor de justiça pode e deve receber reclamações acerca do mal funcionamento do serviço notarial na qualidade de defensor dos usuários (povo) promovendo em seguida as medidas cabíveis.

4. O Poder Judiciário fiscaliza, internamente, os atos notariais o que não impede a atividade ministerial de velar pelo adequado funcionamento do serviço e o respeito aos direitos constitucionais.

5.A relação existente entre prestador de serviço e o usuário é de direito público, apesar dos serviços notariais e de registro serem exercidos em caráter privado.

6.O *parquet* deve investigar e adotar providências eficazes diante de irregularidades envolvendo o serviço notarial, tal como a cobrança abusiva de emolumentos, por tratar-se de assunto de extrema gravidade para a sociedade.

IV - Bibliografia.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 5°ed., Malheiros, 1994.

Chapus, René. Droit Administratif Géneral, Tome 1 et 2. Montechrestien, 7° ed.

Cretella Júnior. Dicionário de Direito Administrativo, Forense, 3° ed. 1978.

Freyesleben, Márcio Luiz Chila. A improbidade Administrativa. Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Jus ano 94, vol. 17, AMMP.

Grinover e outros, Ada Pellegrinni. Comentários ao Código Brasileiro do Consumidor, Forense Universitária. 3° ed., 1993.

Juris Síntese, CD ROM.

Mancuso, Rodolfo Camargo. Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir. RT. 2° ed. 1991.

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros. 17° ed. 1992.

Mello Júnior, João Câncio. O conceito polêmico do interesse público. Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Jus ano 94, vol. 17, AMMP.

Mazzilli, Hugo Nigro.

_____A defesa dos interesses difusos em juízo. 2ª ed. RT. 1990

_____Manual do Promotor de Justiça. 2ª ed. Saraiva. 1991.

Oliveira, Odília Ferreira da Luz. A situação jurídica do usuário, pág. 45, RDP 69/84.

Orlando Soares, Comentários a Constituição Federal. Forense. 1988.

Vedel, George. Droit Administratif, Tome 1 et 2. PUF, 1990.

Mário Antônio Conceição (Promotor de Justiça da Comarca de Elói Mendes – MG)

PAGAMENTO AOS HERDEIROS DE PEQUENOS VALORES

A presente abordagem decorre do desmembramento de artigo doutrinário nosso anterior, o qual recebeu o título de "Pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares".

O ponto de partida desta análise tem sede no artigo 1.773 do Código Civil, o qual trata da partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

A rigor, em se tratando de verbas que não tenham natureza essencialmente alimentar, a teor da Lei nº 6.858, de 24/11/1980, elas não poderão ser levantadas diretamente junto ao empregador ou estabelecimento bancário pertinente. Elas não poderão sequer ser arrecadadas mediante simples alvará judicial. O mesmo raciocínio deve ser aplicado nos pedidos de alienação e de partilha tácita de ações de companhias telefônicas, por exemplo.

De fato, o artigo 1.037 do Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 11/01/1973 - dispõe claramente que somente se dispensará o procedimento de partilha prévia dos bens, produto de herança, quando a hipótese se enquadrar no regime jurídico da Lei nº 6.858/80 e em seu Regulamento (Decreto nº 85.845, de 26/03/1981).

Com efeito, conforme anotado no artigo doutrinário supra-referido, que em sua versão primitiva foi publicado na Revista Jurídica Trimestral TRABALHO & DOUTRINA[1], cuidando-se de depósitos bancários e de aplicações financeiras, por exemplo, superiores a 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN), esses não poderão ser levantados mediante simples alvará judicial ou mesmo através de pedido junto ao detentor do crédito do titular, pouco importando a existência ou não de outros bens sujeitos a inventário.

Esta é a dicção que se extrai do inciso V do parágrafo único do artigo 1° do supra-referido decreto.

Daí a imposição legal, como regra, de que o pagamento aos sucessores do titular se dê no bojo de um processo de inventário ou de arrolamento.

Todavia, este procedimento em alguns casos acaba por se revelar altamente dispendioso e nada prático, sujeitando o interessado ao cumprimento de uma série quase que interminável de exigências, tais como: descrição dos bens inventariados; relação de herdeiros; plano de partilha; nomeação de inventariante; assinatura do respectivo termo de compromisso, conforme o caso; certidões negativas das Fazendas Públicas da União, do Estado e do Município; certidão negativa do Cartório de Imóveis quanto à inexistência de bens imóveis, em algumas hipóteses, consoante a maneira de ver da autoridade judiciária ou do órgão do Ministério Público *etc.*

Ora, se a situação concreta é daquelas em que o titular não tenha deixado bens imóveis, por exemplo, mas apenas uma determinada quantia em dinheiro, depositada em estabelecimento bancário, ou ainda direitos de acionista que ultrapassem o limite legal de até 500 (quinhentas) OTN, como conceber que os seus sucessores tenham que se submeter ao procedimento formal do arrolamento sumário, que se encontra previsto no artigo 1.032 do estatuto processual civil?

A propósito, a OTN - Obrigação do Tesouro Nacional - foi extinta no mês de janeiro de 1989 através da Lei n° 7.730/89, valendo Cz$6.170,19 (seis mil cento e setenta cruzados (velhos) e dezenove centavos): feitas a atualização monetária e a conversão para o Real (R$), teremos que uma OTN corresponderia em **08/05/1997** a R$5,83 (cinco reais e oitenta e três centavos). Isto multiplicado por 500 dá como produto o valor de **R$2.915,00** (dois mil novecentos e quinze reais). Basta, pois, a partir daí, ser feita a atualização monetária deste valor, de acordo com o índice oficial que mede a inflação mês a mês, para se precisar, a cada instante, o limite legal.

Portanto, surge a solução exposta aqui, que aliás tem a sua razão de ser no próprio Código Civil. Só que muitas vezes ficamos desorientados diante do caso concreto. Isso é o que se constata com facilidade no dia-a-dia dos operadores do direito.

Pois bem, o artigo 1.773 nos dá o caminho deveras pragmático, ao permitir que os herdeiros, sendo todos maiores e capazes, possam celebrar partilha amigável, através de escritura pública ou por escrito particular, a ser homologado pelo Juiz na forma do artigo 1.031 do estatuto processual civil.

Deste modo, sendo a quantia que será arrecadada superior a R$2.915,00 (dois mil novecentos e quinze reais), e mesmo que o falecido não tenha deixado outros bens sujeitos a inventário, cabe ao advogado peticionar ao Juiz - o que se equivalerá ao escrito particular - apresentando normalmente ao magistrado como requerentes todos os sucessores do titular, precisando na petição inicial a quota-parte de cada um deles, seguindo-se, pois, o pedido de homologação desta partilha. O alvará judicial constituirá assim uma espécie de formal de partilha, sendo também objeto do pedido inicial.

Essa também será a opção mais apropriada, simples, célere e relativamente barata, nos casos de herdeiros menores e/ou incapazes. Isto porque ela demandará necessariamente a fiscalização e a tutela do interesse destes, tanto por parte do magistrado, quanto por parte do Ministério Público (art. 1.105 do Cód. de Proc. Civil).

Conseqüentemente, a sua adoção poderá verificar-se até mesmo quando se tratar de menores e/ou incapazes, em que pese o texto legal referir-se apenas a interessados maiores e capazes.

Todavia, é bastante compreensível a restrição feita pelo legislador, no mencionado artigo 1.773 do direito material civil, porquanto ali fora contemplada uma outra forma consensual de se promover a partilha, isto é, por meio de escritura pública. Essa não implica participação do Juiz e do órgão do Ministério

Público, o que poderá propiciar prejuízo aos menores e/ou incapazes.

Por conseguinte, se os sucessores do titular forem todos maiores e capazes, poderão optar pela escritura pública ao escrito particular a ser homologado judicialmente. E com aquela deliberando-se sobre a quota-parte de cada um deles, eis que se afigurará totalmente impertinente o requerimento da expedição de alvará judicial, para o recebimento do respectivo crédito. Tanto que não há esta previsão legal nem no Código Civil, nem tampouco no Código de Processo Civil, no Título dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária.

É certo poder-se objetar aqui, dizendo que se trata de relação apenas exemplificativa, quanto aos chamados procedimentos de jurisdição voluntária, embora exista corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário. Só que o problema em estudo é daqueles considerados corriqueiros, que envolvem matéria de ordem pública (direito sucessório), e muito bem poderia ter sido objeto de atenção especial do legislador, o que não ocorreu (cf. art. 1.112, *idem*).

De outra parte, a alienação judicial ou a administração de coisa comum (art. 1.112, incisos V e VI), quando os interessados são plenamente capazes, tem como condição imanente a ela que não haja consenso, segundo o que deflui do enunciado contido no § 2º do artigo 1.113 do já citado Código de Processo Civil.

Efetivamente, só se poderá concluir aqui a total dispensa do alvará judicial, desde que os herdeiros sejam maiores e capazes e optem pela escritura pública; mas, havendo entre eles menor e/ou incapaz, adotar-se-á o procedimento de arrolamento sumário ou o da apresentação ao magistrado do escrito particular alhures mencionado. Isto implicará que seja determinado o depósito em conta bancária remunerada e à disposição da Justiça da quota-parte que for atribuída aos menores e/ou incapazes. Na mesma oportunidade, aí, sim, expedir-se-á o alvará judicial - a equivaler-se ao formal de partilha

-, em favor dos sucessores remanescentes.

Queremos, agora, abordar outra questão interessante e que ocorre freqüentemente: alguém morre deixando certa quantia em dinheiro para a esposa e filhos (e nada mais); estes, então, resolvem abrir mão de seu direito em favor da mãe. O que fazer?

Primeiramente, eles deverão proceder à cessão do direito hereditário a título gratuito, fazendo-o em prol de sua mãe ou de quem quer que seja. Fá-lo-ão através da lavratura de escritura pública no respectivo Cartório ou mediante termo nos autos do processo veiculador do pedido de homologação do escrito particular, se for o caso (art. 1.581 do Cód. Civil). A hipótese encerra renúncia à herança e, simultaneamente, a doação graciosa!

O eminente doutrinador Maximilianus Cláudio Américo Führer, em sua importante obra intitulada Resumo de Direito Civil, preconiza a possibilidade dessa cessão veicular-se pela chamada "renúncia translativa", ou seja, em favor de alguém. E acrescenta que, "Neste caso, o herdeiro, ao renunciar, aceita implicitamente a herança, cedendo-a, ao mesmo tempo, à pessoa designada, num só ato (RT 693/131)"[2].

Não obstante, preferimos a fórmula da escritura pública de cessão do direito hereditário à via apontada pelo citado doutrinador, reputando-a de melhor técnica jurídica, sobretudo se considerarmos que o instituto da cessão de direito figura na Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015, de 31/12/1973 (arts. 129, nº 9; e 220, XI e XII). E a renúncia pura e simples à herança implica devolução da respectiva quota-parte ao monte, para a sua divisão entre os herdeiros remanescentes.

Superada esta primeira fase, e, desde que aquela escritura pública não cuide também da própria partilha de bens, teremos a etapa subseqüente, consistente no pedido de homologação judicial dessa partilha, formulada através de petição endereçada ao Poder Judiciário.

A petição inicial que objetivará tal resultado há de estar instruída com a certidão de casamento do cônjuge supérstite (prova do casamento/regime de bens/meação), bem como da escritura pública da aludida cessão de direito. E, se houver renúncia pura e simples ("abdicativa") ao direito hereditário, mediante termo judicial, necessária se torna a informação, na petição inicial, se o titular deixou ou não ascendente vivo e se os renunciantes possuem filhos. A estes caberia o direito sucessório na condição de herdeiros necessários, se não houver nenhum outro herdeiro da classe do renunciante, ressalvado apenas ao cônjuge sobrevivente o direito à meação, conforme o regime de bens (arts. 1.588; 1.589 e 1.611 do Cód. Civil).

A propósito, o artigo 5° do citado Decreto n° 85.845/81 estatui que, na falta de dependentes do dono do crédito, este será pago aos seus sucessores previstos na lei civil. Porém, melhor meditando sobre este texto de lei, chegamos à conclusão de que a norma legal em testilha não tem o condão de excluir o eventual direito à meação relativo ao cônjuge supérstite, se o permitir o regime de bens adotado pelo casal.

Realmente, o legislador, ao cuidar da ordem de vocação hereditária, de igual modo, nenhuma referência fez à meação, e nem por isto, no momento do deferimento da partilha de bens aos herdeiros, o cônjuge sobrevivente ficará com o seu direito prejudicado.

Por outro lado, temos por dispensáveis as certidões que comumente são apresentadas no procedimento de arrolamento ou de inventário, a saber, de quitações junto às Fazendas Públicas da União, do Estado e do Município. Mas apenas quando se tratar da partilha de bens móveis.

De fato, a Lei n° 7.433, de 18/12/1985 - que "Dispõe sobre os Requisitos para a lavratura de Escrituras Públicas e dá outras Providências" - cogita um rol restrito de documentos a serem exigidos do interessado, limitando-se o seu alcance a atos relativos a bens imóveis. Para esses, são exigidos a comprovação do pagamento do Imposto de Transmissão Inter-

vivos; certidões fiscais; certidões de feitos ajuizados; e certidões de ônus reais (art. 1°, § 2°).

Assim é que, no Estado de Minas Gerais, a INSTRUÇÃO N° 157/86 da Egrégia Corregedoria de Justiça, publicada no Diário Oficial dos Poderes do Estado, Parte II, em 19/02/1986, assenta o seguinte:

> *"Considerando que a apresentação dos documentos enumerados no referido § 2°, do artigo 1°, da Lei 7.433 só tem cabimento em atos notariais relativos a imóveis, por se submeterem também ao propósito desburocratizante da lei como está dito em seu artigo 1°, e porque a apresentação de tais documentos seria de total inutilidade na lavratura de atos notariais não constitutivos de direito real ou de direito pessoal sobre imóvel. E, por ser assim, a certidão de feito ajuizado haverá de ser relativa a ação fundada em direito real ou em direito pessoal sobre o imóvel objeto do ato notarial...".*

A conclusão inelutável é, pois, a de que não tem sentido pretender-se de igual modo a apresentação dos documentos em comento, por ocasião do pedido de homologação judicial da partilha consensual, se ela se restringir a bens que originariamente se classifiquem como sendo móveis. Isto porque, se a partilha se realizar através de escritura pública, tais documentos tornar-se-ão dispensáveis, nos precisos termos da citada lei.

De mais a mais, a Fazenda Pública estadual deverá ter vista dos autos, para dizer se existem ou não tributos a ser recolhidos (art. 1.031, § 2°, do Cód. de Proc. Civil, por analogia), fiscalizando, sobretudo, a cobrança do Imposto de Transmissão Causa Mortis (art. 155, I, da Constituição Federal). A sua participação no feito se justifica, tendo em vista a similitude

ontológica deste procedimento homologatório da partilha com o de arrolamento sumário.

Conclusões:

1- Fora do regime jurídico da Lei nº 6.858/80, a arrecadação de créditos deixados pelo titular submeter-se-á ao processo de arrolamento ou de inventário, ou ainda, de forma mais prática, célere e relativamente barata, aos ditames do artigo 1.773 do Código Civil. Daí a possibilidade da formulação do pedido de homologação judicial da proposta de partilha consensual daquele crédito, seguindo-se então a expedição do competente alvará judicial, que será uma espécie de formal de partilha. Este procedimento poderá ser adotado ainda que dentre os herdeiros figurem menor e/ou incapaz, cuja quota-parte deverá ficar então depositada em conta bancária remunerada e à disposição do Juízo, salvo autorização do magistrado em sentido contrário.

2- O artigo 5º do citado Decreto nº 85.845/81 estatui que, na falta de dependentes do titular, o crédito será pago aos seus herdeiros previstos na lei civil. Porém, a norma legal em debate não tem o condão de excluir o eventual direito à meação relativo ao cônjuge supérstite, se o permitir o regime de bens adotado pelo casal.

BIBLIOGRAFIA

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Civil. 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 1989.

GOMES, Orlando. Sucessões. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família – 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1982.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 28. ed. atualizada até 5 de janeiro de 1997. São Paulo: Saraiva, 1989.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. Concubinato e União Estável. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito de Família - Volume 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

Araguari, 17 de março de 1998.

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

1 - São Paulo: Saraiva (Processo – Jurisprudência), n. 13, de junho de 1997, pp. 73/80.

2 - FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Civil. 16. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, pp. 134/135.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

Pedro Sérgio Steil
Procurador de Justiça - Santa Catarina

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Atuação do Ministério Público na Justiça Eleitoral. 3. Atividade extrajudicial do Ministério Público na defesa da democracia. 4. Prevalência da atividade postulatória do Ministério Público na área cível. 5. A ação penal em face dos princípios democráticos. 6. Considerações finais. 7. Conclusão.*

1.INTRODUÇÃO

O preâmbulo da Constituição de 1988 esclarece o objetivo dos representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, ao promulgá-la: "*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 e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*".

É da essência, portanto, do Estado Democrático o respeito às liberdades públicas e aos direitos individuais garantidos constitucionalmente.

Sem pretender aprofundar a análise sobre a definição de "Estado Democrático de Direito", mencionado no

artigo primeiro da Constituição, porquanto refoge ao âmbito deste trabalho, conveniente nos parece, entretanto, ter presente a noção sobre tal expressão, colhida na lúcida lição de Pinto Ferreira:

> "A expressão Estado Democrático de Direito significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição votada livremente pelo povo. ... Significa o Estado subordinado ou submetido à legalidade constitucional, ao regime constitucional".[1]

Mais adiante, prossegue o eminente constitucionalista:

> 'Legalidade não significa a mesma coisa que legitimidade. A legalidade repousa na força e no poder. A legitimidade tem o seu fundamento no consenso e na aceitação das regras de conduta pelo povo. Em grau mais elevado, a legitimidade deve fundamentar-se ainda no sentimento da justiça, no ideário da justiça social e de bem-estar da comunidade."[2]

A atuação do Ministério Público, em face da construção deste Estado Democrático de Direito, vem delineada já a partir da definição da Instituição, a teor do disposto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal: "*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*".

Tal conceituação constitucional — repetida na Lei Complementar federal nº 75, de 20 de maio de 1995 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), na Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério

Público), e nas leis orgânicas do Ministério Público dos Estados, editadas após a vigência da Carta Magna — tem origem basicamente da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 (antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). A exceção a essa origem é constatada em relação à atribuição de *defesa do regime democrático*, novidade no ordenamento jurídico pátrio que nasceu com a *Carta de Curitiba*, aprovada no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público, realizado em junho de 1986 na Capital paranaense.

Com efeito, sobre o assunto, assim escreve o ilustre Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli:

> "Ao reconhecer-se o papel da instituição em defesa do regime democrático, retomou-se a idéia que já vinha do Anteprojeto Afonso Arinos e da Carta de Curitiba, inspiração haurida da Constituição portuguesa de 1976, que atribui ao Ministério Público a defesa da 'legalidade democrática' (art. 224, 1). Noutras Constituições, ao órgão correspondente do Ministério Público se incumbiu a defesa da 'legalidade socialista' (República Democrática Alemã, art. 97; Angola, art. 77), ou a própria 'defesa do Estado socialista' (Checoslováquia, art. 97) ou do 'regime socialista' (Romênia, art. 112), ou da 'legalidade popular" (Polônia, art. 64).[3]

Além disso, em consulta a estudo desenvolvido pelo prof. José Damião Pinheiro Machado Cogan sobre o Ministério Público nas Constituições estrangeiras,[4] não encontramos atribuições institucionais similares à que estamos tratando, embora existam algumas com perfil aproximado — *defender a regularidade da administração federal* (Áustria, art. 148); *controle sobre a estrita e igual aplicação das leis* (Bulgária, art.

133); *supervisão da aplicação das leis* (China, art. 129); *defessa da legalidade, dos direitos do cidadão e do interesse público tutelado pela lei* (Espanha, art. 124; e Peru, art. 250); *zelar pelo respeito dos direitos e garantias constitucionais* (Venezuela, art. 220).

É importante salientar, pois, que a incumbência constitucional da *defesa do regime democrático* é fruto de estudos, aspirações e ideais concebidos no seio do Ministério Público brasileiro. A evolução da Instituição, a partir da transferência de experiências e de comprometida defesa social, ensejou o momento histórico em que se incluiu entre as funções institucionais a defesa da democracia.

Não se pode negar, é verdade, que a definição atual de Ministério Público, abrangente e revolucionária, se deve ao Constituinte de 1988. Mas é importante considerar, também, que a Instituição produziu a essência e a base do perfil constitucional que convenceu, obteve o apoio e o definitivo acatamento pelos ilustres membros da Assembléia Nacional Constituinte, por fim consolidado na Carta Magna.[5]

Nesse contexto, sendo a instituição de um Estado Democrático o objetivo primordial do Constituinte de 1988, como vimos, evidentes resultam a relevância e a imprescindibilidade da atividade do Ministério Público na defesa do regime democrático, especialmente no atual momento vivido pela Nação, quando se constata que, passada quase uma década da promulgação, ainda é muito grande a distância entre o texto da Constituição e a realidade social do País.

Feitas estas considerações, trataremos da efetivação da defesa do regime democrático, sem a pretensão de esgotar a matéria, discorrendo brevemente sobre alguns aspectos das atividades institucionais que se consubstanciam, a nosso ver, em instrumentos viáveis e necessários para o bom desempenho dessa imprescindível incumbência constitucional na realização do ideal democrático.

2.ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA JUSTIÇA ELEITORAL

O funcionamento do Ministério Público perante a Justiça Eleitoral é, inegavelmente, valioso instrumento institucional de defesa do regime democrático. Talvez seja, até mesmo, o mais importante instrumento, posto que a essência da democracia está fundamentada no poder que emana do povo, que o deve exercer por meio de representantes legitimamente eleitos.

O sufrágio popular é, essencialmente, um dos fundamentos inarredáveis da democracia. Sobre sua importância, assim doutrina o mestre Fávila Ribeiro:

> "Releva acentuar a magnitude que vem assumindo o poder de sufrágio na vida democrática contemporânea, exemplo confirmado na ordem constitucional brasileira de 1988, consorciando-o à idéia mesma de soberania, que assim fica liberdade de impalpável correlação metafísica e de pressuposições hipotéticas ou fictas, confirmando a titularidade do povo, e tendo o corpo de cidadãos em seu núcleo existencial, a ser acionado nos procedimentos em que deve ser apurada a sua vontade, sempre mediante o sufrágio universal".[6]

Entretanto, ainda que seja evidente a relevância do Ministério Público para a consolidação do sistema democrático brasileiro, o exercício funcional junto à Justiça Eleitoral tem sido, via de regra, relegado a plano secundário no âmbito das atribuições institucionais.

Se nos afigura imperiosa, diante disso, uma postura consciente, responsável e eficaz também nessa área. A atuação ministerial não pode se resumir à intervenção provocada pelo

Juiz, nos procedimentos afetos à Justiça Eleitoral, ou à provocação de partes interessadas. Na qualidade de legitimado suprapartidário, agindo no limite das atribuições e prerrogativas funcionais, deve o órgão do Ministério Público agir com competência e eficiência, objetivando sempre a regularidade de todo o processo eleitoral, coibindo infrações e fraudes que possam vulnerar as eleições e, em conseqüência, a própria democracia.

A propósito, com propriedade, asseverou o ilustre jurista Pedro Roberto Decomain, discorrendo sobre as funções do Ministério Público perante a Justiça Eleitoral:

> "Nessa tarefa de defensor da ordem democrática em Juízo, não se limita o Ministério Público, contudo, a oficiar, na condição de *custos legis*, ou seja, opinando sobre a melhor solução, a seu ver, para controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Terá também legitimidade ativa para determinados pleitos perante a Justiça Eleitoral. Caber-lhe-á, em virtude dessa sua tarefa constitucional, por exemplo, impugnar inscrições eleitorais, candidaturas e indicações de auxiliares da Justiça para as funções de membros de mesas receptoras de votos, ou de mesas apuradoras, ou das próprias Juntas de Apuração. Da mesma forma pode, em sendo caso, pleitear afastamento momentâneo ou definitivo de auxiliares permanentes da Justiça Eleitoral e do próprio Juiz Eleitoral, quando o entenda inabilitado para presidir o pleito, por qualquer motivo não espontaneamente manifestado."[7]

Prosseguindo, Decomain afirma:

> "Do mesmo modo poderá o MP, observados os pressupostos legais inerentes, impugnar resultados de eleições e, de um modo geral, todas as decisões do Juiz Eleitoral e das Juntas Apuradoras, interpondo os recursos eventualmente previstos em lei". *E, por fim, assevera:* "Em todas essas situações, ainda quando a lei não preveja a legitimidade ativa do *parquet* de modo expresso, decorre tal legitimidade, inarredavelmente, de sua tarefa de defensor da ordem democrática em Juízo".[8]

Esta posição, no sentido de que o Ministério Público está constitucionalmente legitimado a atuar em todo o processo eleitoral, tem também o abalizado apoio do eminente doutrinador Hugo Nigro Mazzili, nestes termos:

> "Considerando-se a destinação institucional do Ministério Público, de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sustentamos o imediato cabimento de sua atuação fiscalizadora *em todo o procedimento eleitoral*".[9]

Inquestionável, ante o aduzido, a legitimidade da atuação do Ministério Público em toda a atividade pública, partidária ou judicial, relacionada com a realização de eleições, uma última ponderação nos parece oportuno registrar, qual seja, a conveniência e relevância dessa atividade institucional, motivada sobretudo pela especial circunstância de que temos em curso um processo eleitoral do qual participam alguns chefes do Poder Executivo pretendentes à reeleição.

Ora, por razões culturais ou quaisquer outras, cuja análise é impertinente neste trabalho, tradicionalmente têm ocorrido, no curso de períodos pré-eleitorais, abuso do poder econômico e veiculação de publicidade de atos de órgãos

públicos, fazendo acintosamente promoção pessoal de autoridades e candidatos a cargos eletivos — flagrante ofensa aos princípios que regem a administração pública, insculpidos no artigo 37, especialmente em seu parágrafo primeiro, da Constituição Federal. E esta prática, lamentavelmente, tende a se repetir, ante o que se constata diariamente nos meios de comunicação.

A essa realidade da vida nacional, o Ministério Público não pode fechar os olhos, sob pena de desmerecer a confiança e a incumbência que a Nação lhe outorgou, quando à Instituição atribuiu a defesa do regime democrático.

3. ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA DEMOCRACIA

Para o bom desempenho da incumbência constitucional de defender o regime democrático, os órgãos do Ministério Público devem aprimorar a atuação extrajudicial, especialmente sob dois aspectos: colaboração com o processo de organização da sociedade civil e implementação do contato com a comunidade.

Quanto ao primeiro, na qualidade de defensor do regime democrático, o Ministério Público, através de seus órgãos de execução, deve estimular e colaborar na conscientização e organização da sociedade civil.

É importante observar que a democracia participativa, de que trata o artigo primeiro da Carta Magna de 1988, prevê que o povo exerce o seu poder, não só através de seus representantes eleitos, mas também diretamente nos termos da Constituição. Daí conclui-se que a organização popular é imprescindível para a concretização do ideal democrático.

Devemos considerar, também, que o pluralismo político é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo primeiro, inciso quinto, da Constituição,

valendo observar sobre isso o comentário dos professores Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra Martins:

> "Por pluralismo político não se deve entender tão-somente a multiplicidade de partidos políticos. Há que se entender também o pluralismo dos sindicatos, das igrejas, das escolas e das universidades, das empresas, das organizações culturais e, enfim, de todas aquelas organizações que podem ser sempre de interesses específicos dentro do Estado e conseqüentemente servir para opor-se-lhe e controlá-lo."[10]

Diante disso, é conveniente que o Ministério Público mantenha estreita relação com entidades que tenham objetivos relacionados com suas funções institucionais, especialmente os conselhos dos direitos da criança e do adolescente, os conselhos do meio ambiente, do consumidor, da saúde, da educação, da assistência social e outros que possam, de qualquer forma, fornecer ao Ministério Público informações, subsídios e orientação técnica necessários ao aprimoramento da atuação institucional.

Sob outro prisma, viabilizando a aproximação com a sociedade, da qual lhe incumbe a defesa, o órgão do Ministério Público deve, preferencialmente cumprindo política e diretriz institucionais, manter contatos com associações de moradores, sindicatos, comunidades de base e, enfim, com qualquer agrupamento organizado de cidadãos que busque a defesa de direitos ou a realização de um fim social. Mediante esta relação permanente, os integrantes do Ministério Público poderão colher subsídios e informações para agir em face de problemas sociais, bem como prestarão esclarecimentos e orientação sobre os valores democráticos, especialmente os relacionados com os direitos humanos e sociais.

Quanto à relação com a comunidade, ou comunicação com o público, é preciso ponderar que o Ministério Público não realizará efetiva e satisfatoriamente a defesa da democracia, sem que o povo tenha acesso fácil à Instituição. Seria um contra-senso pretender um desempenho adequado e eficaz do mandato constitucional para defender os postulados democráticos, sem viabilizar e aprimorar o contato do cidadão com o Promotor de Justiça.

Merece destaque, aqui, a experiência institucional verificada em alguns Estados da federação onde foram instaladas, respeitando as peculiaridades regionais, "promotorias da comunidade", "promotorias de defesa comunitária", "promotorias da coletividade" e outras similares, as quais têm realizado convenientemente a aproximação do Promotor de Justiça com a comunidade da qual é o defensor.

A importância dessas promotorias sociais reside na democrática oportunidade que se oferece à população em geral, e de modo especial aos excluídos — assim entendidos aqueles que são privados involuntariamente do pleno exercício da cidadania — para a defesa de direitos e solução de problemas afetos às atribuições do Ministério Público. O público alvo dessas promotorias, via de regra, são os sem-teto, os sem-terra, os sem-saúde, os sem-educação, os sem-emprego, enfim, os sem-cidadania plena ...

Sob outro aspecto, o contato do Ministério Público com a comunidade pode ser implementado através da realização de audiências públicas (previstas no artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93), as quais funcionam como mecanismos úteis e eficientes para o conhecimento e solução de questões relativas a direitos e interesses difusos e coletivos; e, ainda, possibilitam ao órgão do Ministério Público zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

4.PREVALÊNCIA DA ATIVIDADE POSTULATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CÍVEL

A defesa da democracia, outorga constitucional à Instituição, constitui uma importante razão para determinar a prevalência da atividade postulatória dos órgãos do Ministério Público, na concorrência com a atividade interventiva tradicional, como *custos legis*.

A propósito do funcionamento do Ministério Público na área cível, em documento distribuído ao Ministério Público catarinense, elaborado em conjunto com os ilustres Procuradores de Justiça, doutores José Galvani Alberton e Odil José Cota, registramos:

> "Com o advento da Lei 7.347/85, da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Proteção aos Deficientes, entre outros diplomas, não mais se justifica que, no pólo ativo do processo civil, a presença do Ministério Público continue tímida e desestimulada. O poder político da Instituição se fortalece e se renova na razão direta do exercício de sua atividade postulatória, seja no juízo criminal, seja no cível. A função de **fiscal da lei** é importante, sem dúvida. Precisa, contudo, ser reduzida ao nível do necessário à salvaguarda do interesse público, sem incorrer em redundância com a atividade das partes e sem impor retardos ao processo de prestação jurisdicional. Enquanto **custos legis**, o Ministério Público, muitas vezes, é visto como um mero adereço que gravita à margem da atuação processual das partes ou, o que é pior, como simples assessor do juiz. É comum lhe

> faltar ou lhe ser negada até legitimidade para recorrer. Em contrapartida, atuando como legitimado ativo, responsavelmente, a ação do Ministério Público chega a ser quase imprescindível. E dela não raro depende a sociedade, para ver garantida a eficácia da própria lei".[11]

De fato, sendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana, entre outros, fundamentos do Estado democrático de Direito, a teor do disposto no artigo primeiro da Constituição, o Ministério Público deve **promover** a defesa dos interesses e direitos inerentes àqueles fundamentos, a fim de contribuir para a plenitude democrática na vida da Nação.

A ação civil pública e o inquérito civil têm, portanto, destacada utilidade instrumental na tutela dos direitos essenciais à cidadania plena, sendo oportuno aqui mencionar a doutrina do ilustre jurista Paulo de Tarso Brandão, quando disserta sobre a *ação civil pública como instrumento da política*:

> *"A partir do momento em que o Estado muda, tanto do ponto de vista de sua estrutura constitucional, como do prisma da concepção dos Cientistas e Teóricos Políticos e se torna não mais somente um centro de poder que se mantém em função e em razão do próprio poder, mas passa a ser a promessa de realização de direitos sociais que reconhece e abre, através desses direitos, a via de acesso a ele da Sociedade Civil, o que gera modificação em sua estrutura, necessária se faz a criação de instrumentos que possam facilitar essa comunicação. Entre estes, como já ficou demonstrado, está a ação civil pública.*

> É relevante observar que o fato de estar a ação civil pública inserida entre as ações de ordem constitucional é uma evidência segura de sua característica de instrumento de defesa da cidadania e, portanto, de instrumento da política".[12]

Também a impetração de mandado de injunção, conforme ensinamento de Mazzilli,[13] nos casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, é recomendável ao Ministério Público que, neste caso, está legitimado pela incumbência de promover a defesa do regime democrático.

Da mesma forma, é relevante, também, a atuação do Ministério Público no controle da constitucionalidade das leis, especialmente das que possam eventualmente afrontar os princípios democráticos positivamente previstos na Constituição.

Merece destaque, aqui, o registro de que algumas Constituições estaduais, entre as quais a do Estado de Santa Catarina (art. 85, inciso VII), atribuem legitimidade aos Promotores de Justiça para a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal.

Por último, mas essencialmente importante, é a atividade positiva e implacável da Instituição no controle dos atos da administração pública, promovendo medidas judiciais ou extrajudiciais para assegurar o respeito aos direitos constitucionais e aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Enfim, na área cível, o Ministério Público deve potencializar a legitimação ativa, para propositura de medidas judiciais que tenham relevância na consolidação democrática, ou a instauração de inquéritos civis nos quais sejam viáveis inclusive composições amigáveis, mediante ajustamento de conduta, nos termos da Lei da Ação Civil.

5. A AÇÃO PENAL EM FACE DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS

Na área criminal, o Ministério Público é impulsionado, em regra, por inquéritos ou peças informativas que lhe são encaminhadas. Os fatos que formalmente são levados ao conhecimento dos órgãos da Instituição são "filtrados" pela atuação da polícia ou por aqueles que fazem o encaminhamento, agindo por qualquer interesse particularizado. Através de tais "filtros", os fatos informados tanto podem representar a realidade, quanto podem ser falsos, induzindo o órgão do Ministério Público a aceitá-los como verdadeiros porque estão nos autos, embora, bem o sabemos, nem sempre a "verdade dos autos" é a verdade real.

Esta distorção verificada na sistemática da jurisdição penal tem sido motivo de repetido, porém sempre oportuno, discurso de que a Justiça criminal trata, quase exclusivamente, da criminalidade convencional, cujos autores são os marginalizados sociais.

É flagrante, pois, a ofensa ao secular princípio democrático da igualdade, previsto na Constituição de 1988, em seu fundamental artigo quinto: *'Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."*

Além disso, não se deve esquecer que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Magna (art. 1°, III), é a *dignidade da pessoa humana*, que tem relação direta com o *princípio da humanidade* do Direito Penal.[14]

Diante desse quadro, brevemente referido, entendemos que, na defesa do regime democrático, o Ministério Público, atuando na área criminal, deve romper, definitivamente, com a *seletividade* do processo de criminalização. Isso porque, esta *seletividade* alcança a criminalidade comum — visível no dia-a-dia do brasileiro e nos meios de comunicação social — e

deixa impune a criminalidade difusa, os autores dos delitos de lesão múltipla, ou que maiores danos causam à coletividade, e, em conseqüência, à democracia. Exemplos disso são os crimes contra o sistema financeiro, contra o patrimônio público, contra o meio ambiente, contra o consumidor, contra a ordem tributária, contra a segurança no trabalho, etc., cujos agentes rara e excepcionalmente freqüentam o banco dos réus.

Um outro aspecto que também devemos ter em consideração, a propósito da criminalidade difusa, especialmente da criminalidade organizada, é o fato de que tal criminalidade tem tido razoável participação no processo eleitoral brasileiro, maculando as eleições e atentando contra a soberania democrática da vontade popular. Ou alguém tem dúvidas de que alguns ocupantes de cargos eletivos (senadores, deputados, vereadores, governadores e prefeitos) são eleitos com apoio financeiro do crime organizado ou dos criminosos de *colarinho branco*?

Imperativa nos parece, diante disso, a atuação competente, vigorosa e independente do Ministério Público na área criminal, a partir da definição de políticas institucionais de atuação prioritária, para o combate à criminalidade que maiores danos causa ao corpo social, vulnerando seriamente os postulados democráticos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atribuição de defesa do regime democrático exige profunda conscientização sobre a realidade social brasileira e deve ser prioridade no contexto das funções do Ministério Público, de forma que cada um dos integrantes da Instituição atue como verdadeiro agente político de transformação social, em cumprimento do mandato constitucional outorgado pela Nação.

A Instituição precisa atentar para a realidade social, caracterizada pelo notório contraste entre a existência de um país inegavelmente rico e uma nação lamentavelmente pobre.

Certo é que o Ministério Público não é o único organismo estatal que há de buscar a superação da distância entre o discurso democrático positivado na Constituição e a cruel realidade social experimentada pelo povo brasileiro. Mas, na repartição das atribuições constitucionais, seguramente, é o único detentor de especial mandato, recebido na qualidade de instituição permanente, com o objetivo claro e insofismável de defender a democracia.

O compromisso com a Nação impõe aos integrantes do Ministério Público séria reflexão, para viabilizar a concretização do perfil constitucional da Instituição, tendo sempre presente a missão de realizar plenamente os princípios democráticos.

Sob outro enfoque, devemos salientar, por fim, que para a consecução de profícua atividade em defesa da democracia, além da necessária estrutura material, é imprescindível que o Ministério Público tenha efetivamente independência funcional, compreendida nestes termos:

> "A **independência** do Ministério Público, afinal, não é algo que se deva traduzir só na faculdade do livre pensar jurídico, constitucionalmente conferida a cada um dos integrantes da Instituição. Antes de tudo, ela pressupõe a liberdade para fazer aquilo que deve e precisa ser feito, e não apenas o que o "sistema", de forma sutil e, não raro, perversa, nos induz a fazer. Para os integrantes do Ministério Público, seja qual for o seu cargo ou função, o viço da independência se desvanece desde a hora em que, no processo de realização da Justiça, eles se permitem operar como mera engrenagem de

uma máquina cujo comando lhe seja desconhecido ou cujo controle não esteja ao alcance de suas mãos."[15]

7. CONCLUSÃO

A defesa do regime democrático é atividade relevante e exclusiva do Ministério Público, devendo motivar a definição de políticas prioritárias de atuação institucional, entre as quais consideradas:

a)a atuação perante a Justiça Eleitoral, postulando ou intervindo em todo o processo eleitoral;

b)a intensificação da atividade extrajudicial, devendo os órgãos do Ministério Público colaborar com o processo de organização e conscientização da sociedade civil e aprimorar o contato com o cidadão, através da implantação de promotorias sociais e realização de audiências públicas;

c)a potencialização da atividade do Ministério Público como legitimado ativo para propor medidas judiciais, visando assegurar a regularidade da administração pública e o exercício dos direitos inerentes à cidadania e aos demais princípios democráticos;

d)atuação na área criminal que viabilize o rompimento da *seletividade* do processo de criminalização e possibilite o combate à criminalidade que causa maiores danos à coletividade, vulnerando os postulados democráticos.

[1] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989, 1° vol., pp. 32.

[2] FERREIRA, Pinto. Op. cit., p.33,

[3] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público.* São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1995, p. 75.

[4] COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público.* São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 193 a

221.

[5] Do 1° Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público resultou um anteprojeto de texto constitucional referente à Instituição, posteriormente encaminhado à Assembléia Nacional Constituinte, que assim definira o Ministério Público: "O Ministério Público, instituição permanente do Estado, é responsável pela **defesa do regime democrático** e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica".

[6] RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral.* São Paulo: Forense, 4ª edição, p. 4.

[7] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.* FLORIANÓPOLIS: Ed. Obra Jurídica, 1996, p. 15.

[8] DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit., p.15.

[9] MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 378.

[10] BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988, 1° vol., p. 426.

[11] ALBERTON, José Galvani; COTA, Odil José; e STEIL, Pedro Sérgio. *Ministério Público - Participação e Justiça* (documento distribuído ao Ministério Público catarinense). Florianópolis, 1997, pp. 7 e 8.

[12] BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública.* Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1996, p. 40.

[13] *"Ora, para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa do regime democrático, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor mandado de injunção..."* E, exemplificando, menciona *"a falta de regulamentação da participação popular nas decisões políticas, quer pelo plebiscito, quer pelo referendo, quer pela iniciativa do processo legislativo..."* (MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 76).

[14] Sobre tal assunto, parece-nos oportuna a referência ao entendimento do ilustre integrante do Ministério Público paulista, doutor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, em monografia que trata dos *princípios constitucionais politicamente conformadores do Direito Penal*: *"Constituindo, o delito, o mais grave ataque desfechado contra bens jurídicos que o estado quis proteger, a sanção social, como reação estatal, represente a sua pronta e forte intervenção no domínio da individualidade do infrator. Existe, todavia, nisto, todo um perigo de tentação de abuso político, de autoritarismo, além do necessário, a ser evitado pelos próprios limites constitucionais, traçados para o Direito Penal, e pela sua própria exigência de eticidade. A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode*

deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal." (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição*. São Paulo: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 3, 1997, pp. 160 e 161).

[15] ALBERTON, José Galvani; COTA, Odil José; e STEIL, Pedro Sérgio. Doc. cit., p. 4.

UM NOVO MODELO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Antônio Herman V. Benjamin[1]

1. O modelo original de proteção do meio ambiente pelo Ministério Público

Só na primeira metade da década de 80 o Ministério Público brasileiro começa a intervir, de maneira direta, na proteção do meio ambiente. Até então, a instituição nessa área atuava de forma indireta (= enfoque nos componentes e não na totalidade do meio ambiente) e fragmentária (= destituída de visão sistemática). Para tanto, fazia-se uso, basicamente, da persecução criminal, conquanto alguns tipos penais tutelavam, pela via transversa, também ecossistemas e *habitats*[2].

A Lei n. 6.938/81, ao conferir ao Ministério Público legitimidade "para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente"[3], incluiu, de vez, o *Parquet* no centro da problemática ambiental, conferindo-lhe a base legal que lhe faltava, em particular na esfera cível.

Contudo, o arcabouço original de organização institucional só vai mesmo começar a tomar forma a partir das novas Leis Orgânicas Estaduais que seriam promulgadas na esteira da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

De maneira muito simplificada, esse modelo nacional, espelhado na iniciativa pioneira de São Paulo[4] e ainda em vigor em vários de seus aspectos, apresentava as algumas características principais, como melhor veremos em seguida.

1.1 Centralismo executório

No topo da estrutura de atuação estava uma

"Coordenação", de abrangência estadual. A ela cabia não só orientar os Promotores de Justiça do Meio Ambiente (à época denominados "Curadores", refletindo o claro matiz civilístico da atividade), mas também instaurar inquéritos civis e propôr, ela própria, ações civis públicas, como regra em conjunto com o Promotor ou Promotora de Justiça do local do dano.

Num primeiro momento, bem que se justificavam, diante da novidade do tema, as "Coordenadorias das Curadorias de Proteção do Meio Ambiente" dotadas de amplos poderes[5]. À época era mesmo a solução que permitia atuação imediata e coordenada entre os vários representantes do Ministério Público espalhados por todo o Estado.

1.2 **Cumulatividade**

Com raras exceções, notadamente em algumas capitais (São Paulo, Manaus, Belo Horizonte e Belém, p. ex.), o Promotor ou Promotora de Justiça do Meio Ambiente exercia (e, infelizmente, ainda exerce) suas atribuições sem prejuízo de outras tantas que a Lei Orgânica lhe atribua.

1.3 **Dualismo cível-criminal**

Como consequência do caráter estritamente administrativo-civil da Lei n. 6.938/81 (na sua versão original, antes da inclusão do crime do art. 15[6]) e da inexistência de tipos penais que protegessem o meio ambiente como bem jurídico autônomo, a estruturação dos órgãos de atuação ambiental nos Ministérios Públicos deu-se em bases estritamente civilistas. Isso sem falar da pequena importância que, até recentemente, emprestava-se à tutela penal dos ecossistemas, não obstante a referência expressa do art. 225, par. 3, da Constituição Federal de 1988.

Refletindo essa visão civilística, os órgãos de atuação foram denominados "Curadorias", nomeclatura própria da

intervenção processual civil do *Parquet*. O resultado, que persiste até hoje em várias partes do País, inclusive em São Paulo, foi um esboço de especialização no plano cível, largando-se, entretanto, a persecução penal na vala comum das Promotorias de Justiça criminais.

1.4 **Fragmentação recursal**

A incipiente especialização que se conseguia na primeira instância, desaparecia (e ainda desaparece) na segunda instância, com enormes prejuízos para o funcionamento harmônico do sistema.

Difícil de entender que assim seja, quando, no terreno lógico pelo menos, a mesma dificuldade técnico-jurídica (e adequação psicológica) que está presente na base - a comarca - também aparece na segunda instância.

1.5 **Generalismo**

Negando-se ao Promotor ou Promotora de Justiça do Meio Ambiente a possibilidade de dedicação exclusiva ao tema, transforma-se ela ou ele, com freqüência, num "especialista em generalidades".

Ora, um dos fundamentos para a identificação, na estrutura orgânica da instituição, de Promotorias de Justiça do Meio Ambiente é exatamente assegurar um conhecimento mais aprofundado do tema ambiental, reconhecidamente vasto e complexo. Sem essa especialização, o Promotor de Justiça estará em posição de desvantagem perante seus adversários, prejudicado, então, o próprio interesse público.

1.6 **Isolacionismo**

É comum que as atribuições institucionais sejam

exercidas no plano restrito de cada Promotoria ou comarca. Falta, pois, como regra, cooperação entre os vários membros de um mesmo Ministério Público.

Olvida-se, aqui, o fato de que, por vezes, o tratamento - local, ilhado e casuístico - de um conflito ambiental está, em verdade, passando ao largo de um problema mais amplo e mais complexo do que aquele que se tem perante os olhos.

1.7 **Espontaneismo**

A atuação do Ministério Público na área ambiental caracteriza-se pela falta de planejamento, exatamente porque, sendo a especialização uma ficção, inexiste mapeamento adequado da problemática a ser enfrentada e dos recursos disponíveis.

Também pesa o fato de que raramente o *Parquet* ouve, de maneira organizada, a sociedade civil, quando se propõe a traçar suas prioridades e estratégias.

1.8 **Atecnicismo**

Por falta de suporte técnico especializado, observa-se que certas iniciativas do Ministério Público são inseguras, incompletas, tardias ou simplesmente equivocadas.

Investe-se na criação de cargos de Promotor de Justiça do Meio Ambiente, mas olvida-se a necessidade de apoiá-los com estrutura técnico-científica apropriada.

1.9 **Judicialismo**

A atuação do Ministério Público sofre de um apego exagerado a soluções judiciais, sob a equivocada idéia de que o mandamento constitucional que obriga a intervenção institucional cumpre-se em grande medida no momento da

propositura da ação civil pública.

Na verdade, tão ou mais relevante que a utilização de ação civil pública é a formulação e acompanhamento de projetos legislativos (ordinários ou regulamentares), o controle do exercício do poder de polícia pelos órgãos ambientais (em especial a expedição de licenças) e a própria atividade de prevenção como um todo.

1.10 **Comarquismo**

Por força da tradição, a comarca exerce um enorme fascínio na divisão das atribuições ambientais entre os vários Promotores de Justiça. Só que, como veremos abaixo, os problemas ambientais não reconhecem nem a força histórica do critério de administração da prestação jurisdicional que orienta a divisão do Estado em comarcas, nem o parcelamento político do território.

1.11 **Estadualismo**

Por derradeiro, cabe mencionar a carência de coordenação a nível nacional entre os vários Ministérios Públicos estaduais.

Nada pior para um Promotor ou Promotora de Justiça que esteja funcionando num caso concreto do que ver juntado, nos autos do inquérito civil ou mesmo de eventual ação civil pública, manifestação contrária à sua pretensão emitida, em hipótese semelhante, por representante do Ministério Público de outro Estado.

2. **Crítica ao modelo tradicional**

Todos os traços acima apontados afetam, negativamente, o funcionamento do Ministério Público quando

se propõe a proteger o meio ambiente. Vejamos.

O *centralismo executório* atinge o funcionamento do sistema de várias formas. Primeiro, porque, a pretexto de auxiliar e apoiar o Promotor ou Promotora, traz a si a condução da intervenção institucional. Não é suporte, mas atuação direta e supervisão. Com isso, retira-se do Promotor ou Promotora parcela de suas responsabilidades, resultando no enfraquecimento dos incentivos ao estudo e progresso profissional que com estas vêm.

Segundo, a Coordenação, por estar na cúpula da organização institucional, está mais vulnerável à "captura" ou cooptação, fenômeno bem estudado em outras disciplinas. Finalmente, um tal modelo verticalizado é antidemocrático, já que, além de distanciar o exercício da atribuição da comunidade onde a degradação ocorre, investe contra a figura do Promotor natural[7].

A Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) procurou atacar o pecado da centralização, transformando as Coordenadorias em "Centros de Apoio Operacionais", a estes "vedado o exercício de qualquer atividade de órgão de execução, bem como a expedição de atos normativos a estes dirigidos"[8]. De um extremo passou-se ao outro!

A *cumulatividade* nega, na prática, o próprio sentido da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. Estabelece a ficção da sua existência, descaracterizando e descumprindo o mandamento constitucional e legal, que determina a atuação (efetiva e não simplesmente cosmética) do Ministério Público nessa área. Aqui, vale a pena lembrar, a título de exemplo, que "inquéritos civis, principalmente nas comarcas do interior, são relegados a segundo plano, em consequência do acúmulo de serviço em áreas tradicionais, como a criminal e a de família"[9].

Por sua vez, o *dualismo cível-criminal*, mais ainda após a reforma da Lei n. 6.938/81 (com a inclusão do tipo do art.

15) e a recente promulgação da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98), esfacela o monismo da atividade de implementação, que pressupõe ação concomitante nos campos administrativo, civil e penal.

Na mesma linha, a *fragmentação recursal* traz prejuízos enormes à intervenção do Ministério Público na proteção do meio ambiente. Os casos multiplicam-se em todo o País. Como já escrevi anteriormente, "célebre, pelo que há de surpreendente, o caso de uma dedicada Procuradora de Justiça de São Paulo que, por falta de especialização, deu parecer favorável ao pleito de condenação do Ministério Público no ônus da sucumbência (totalmente acatado pelo Tribunal, desnecessário dizer), contrariando todo o pensamento vigente na área ambiental"[10].

Não é diferente com o *generalismo*, que impede a especialização necessária do membro do Ministério Público, prejudicando a implementação da legislação ambiental e propiciando um inadequado serviço aos nossos consumidores, a comunidade e as gerações futuras.

O *isolacionismo* entrava o aproveitamento eficiente das energias da instituição, conduzindo a uma implementação míope, quando não destituída de resultados práticos reais, por lhe faltar a visão de conjunto. Pense-se, p. ex., numa ação civil pública destinada a combater o despejo de esgoto doméstico *in natura* num curso d'água que corta vários municípios, todos igualmente poluidores. Além disso, a atuação isolada desperdiça recursos (várias perícias ou pesquisas de jurisprudência para casos assemelhados) que bem poderiam ser partilhados.

Já o *espontaneismo* impede a atuação proativa e prospectiva do Ministério Público, pois seu agir é reativo e retrospectivo. A intervenção ministerial fica sempre na refém da degradação já ocorrida ou na iminência de ocorrer, subjugando a instituição à ditadura do *fait acompli*.

O *atecnicismo* restringe, profundamente, a atuação da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, na medida em que, por carência de meios técnico-científicos, dificultada resta a identificação de problemas ambientais complexos e o acompanhamento eficaz daqueles já identificados. Em adição, exige-se do Promotor ou Promotora atenção redobrada, dele se cobrando providências em áreas onde lhe falta o conhecimento não-jurídico.

O *judicialismo* leva o Promotor ou Promotora ao equívoco de imaginar que o processo judicial é a melhor e a mais eficiente forma de solução de conflitos ambientais. De outra parte, corre-se o risco de construir-se um modelo em que o Promotor de Justiça restringe sua atuação aos autos, transformando a Promotoria em casulo, protetor num sentido, mas profundamente limitante num outro.

Com o *comarquismo* imagina-se ser possível proteger o meio ambiente através de sua subsunção aos limites territoriais da comarca.

Finalmente, o *estadualismo*, tal qual se dá com o comarquismo, fragiliza a atuação do Promotor ou Promotora de Justiça do Meio Ambiente, conquanto dá ensejo a posicionamentos díspares, em temas fundamentais.

3. **Conclusões articuladas: as bases do novo modelo**

Diante dos defeitos acima apontados, é de mister a formulação de um novo modelo de Ministério Público ambiental, que teria, como pressupostos o seguinte:

3.1 Instituição de "Centros de Apoio Operacional do Meio Ambiente" naqueles Estados que ainda não os tenham[11] ;

3.2 Criação de cargos verdadeiramente especializados, com Promotorias de Justiça Regionais por Ecossistemas ou por

Bacias Hidrográficas[12], atuando o Promotor ou Promotora somente na área ambiental, vedada a acumulação de funções e mantidas as Promotorias Justiça Ambientais em cada comarca (tratando de conflitos estritamente locais e, nas comarcas de menor demanda ambiental, com possibilidade de acumulação de atribuições);

3.3 Estruturação, nos maiores Estados, de Grupos Especiais (GEs), compostos de Promotoras e Promotores com vocação para certos temas mais específicos[13], permitindo-se, assim, uma especialização na especialização e o trabalho por "projetos-piloto"[14], inclusive com a elaboração de modelos de ações civis públicas, em novas áreas;

3.4 Cumulação das atribuições civis e criminais na Promotoria de Justiça do Meio Ambiente[15];

3.5 Realização de "inquéritos civis guarda-chuva", presididos por um grupo de Promotores de Justiça de comarcas distintas e destinados a apurar fatos ambientais de interesse de todos as outras Promotorias de Justiça do Meio Ambiente. Encerrado o inquérito, as informações coligidas e a prova técnica mínima poderão ser utilizadas, de imediato, por todos os autores potenciais espalhados pelo Estado, em suporte de suas ações. Sem repetições, sem desperdício de tempo e com máxima eficiência;

3.6 Criação de um quadro pericial mínimo próprio, sem prejuízo da constituição de um "Fundo de Perícias do Ministério Público e ONGs";

3.7 Aproximação do CAO com os Promotores de Justiça do interior, com programas do tipo "O CAO vai ao Promotor de Justiça", onde o coordenador, acompanhado de uma equipe de técnicos, visita regiões do Estado e lá permanece por alguns

dias, *in loco* atendendo e orientando os Promotores de Justiça do Meio Ambiente;

3.8 Aperfeiçoamento permanente, através da realização de cursos de teoria geral do Direito Ambiental e outros em áreas específicas (fauna, flora, EIA, agrotóxicos, mineração, ação civil pública e crimes contra o meio ambiente, p. ex.).

3.9 Uniformização da atuação entre os vários Ministérios Públicos estaduais, por via do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, procedendo-se, se for o caso, à alteração legislativa.

O meio ambiente, afirma-se, com razão, não mede fronteiras - políticas, geográficas, econômicas ou sociais - interferindo com cada um de nós, coletivamente, e cada um de nós, particularmente. Da mesma forma, cada um de nós, individual ou coletivamente, interfere com o meio ambiente. Compreende-se, então, que a "Declaração de Estocolmo de 1972"[16] afirme, já no seu preâmbulo, que a proteção do meio ambiente é um tema importante "que afeta o bem estar de pessoas e o desenvolvimento em todo o mundo".

1. Evolução da Intervenção do MP
1.1 Pioneirismo Institucional: primeiro na AL a buscar uma certa especialização
1.2 Pioneirismo legislativo: não só aplicar a lei, mas fazer a lei
1.3 Pioneirismo Instrumental: primeiros a usar a ACP; o quase monopólio que ainda temos
1.4 Pioneirismo Doutrinário: Paulo Affonso e Édis Milaré

2. Preparação para o 3 Milênio
2.1 Diagnóstico da Atuação Ambiental institucional na proteção do m.a.
a) insuficiente especialização funcional (amb + família +

registro + crime); separação cível e crime

b) deficiente capacitação técnica na matéria: EIA

c) incapacidade de identificar prioridades e planejar atividades

d) descoordenação das atividades e irracionalidade na repartição de recursos escassos: trabalho pulverizado; repetição de rotinas e providências comuns

e) dependência exagerada em outras instituições: a crise do Estado e este como nosso réu; Volkswagen e SMA

f) descaso com a formulação e acompanhamento legislativos: Lei de Recursos Hídricos, Código de Mineração, etc

g) falta de comunicação interna e externa

2.2 Propostas Concretas: a Experiência de São Paulo

a) especialização funcional: PJ por Ecossistemas

b) coordenação de atuação: GEs + Procuradores de Justiça + inquérito civil guarda-chuva

c) Atividade Legislativa: Equipe de Apoio Legislativo; Medida Provisória da Amazônia, Recursos Hídricos, ITR; Estado: Lei das APPs, cobrança pelo uso da água

d) Planejamento: prioridade anual. ACP das RLs e APPs; discussão coletiva e crítica externa

e) apoio técnico: Fundo de Perícias para ONGs e MP; cobrança por perícias feitas com planilha de custos (plena internalização das externalidades ambientais)

f) comunicação: MP Ambiental

2.3 Um Novo Papel para o CAO: do CAO tira dúvida para um CAO facilitador, que congrega, motiva e fortalece o trabalho dos PJs

Grupo Especial: visa ação integrada; não tratar de questões micro, mas do macro;

3. Momento de aperfeiçoamento e sofisticação da atuação do MP; novos caminhos para que alcancemos os objetivos ambientais que almejamos:

a) novas formas jurídicas: responsabilidade civil objetiva pelos danos causados - à saúde e segurança, mas também danos econômicos (morte, agravamento dos males respiratórios, aumento do consumo de água - 30% de aumento em Ribeirão Preto -, despesas com reparos de pintura, acidentes com redes e transporte rodoviário); causa e concausa: responsabilidade civil solidária; desnecessidade de causação exclusiva: tal prova não se requer do MP; ademais, inversão da prova da causalidade com base no princípio da precaução

b) presença ativa nos tribunais superiores, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília

c) no plano nacional, atuar no campo dos incentivos fiscais e creditícios, fazendo com que os órgãos financiadores, especialmente o Banco do Brasil, neguem recursos subsidiados pelo contribuinte aos degradadores

d) no plano internacional, denunciar, mediante articulação com os implementadores dos países importadores, os degradadores, estimulando, se necessário, boycott às exportações de usineiros degradadores identificados: competitividade internacional implica não só menores custos maior preocupação com o meio ambiente

e) novas formas de atuação política: CAO analisa a viabilidade de, em algumas cidades, fazermos plebiscitos informais sobre a queimada da palha da cana

4. ampliar o leque das preocupações e da intervenção do MP; não estamos apenas preocupados com a queimada da pal ha da cana: nosso objetivo maior - e recente - é a sustentabilidade agrícola. Transformar o Estado de São Paulo ao primeiro mundo do desenvolvimento, só que sustentável; atacar o uso inadequado de agrotóxicos, recompor a reserva legal e as áreas de proteção permanente, impedir a erosão

5. Preocupação com o desenvolvimento: cidades ricas e bem

cuidadas, emprego assegurado, mas desenvolvimento com proteção do meio ambiente; não acreditamos que tais valores sejam incompatíveis, que se excluam mutualmente; ética da casa e a ética da rua

- poluição sonora: acórdãos negando legitimidade ao MP; temos que dar uma impactação adversa à saúde; o tribunal tem entendido que devemos fazer uma distinção entre direito de vizinhança e poluição; ainda que ninguém tenha reclamado, o MP pode intervir; a questão é se existe dano ambiental; toda agressão ao meio ambiente legitima o MP; pode ser um, mil ou nenhum reclamante; prisma constitucional: legitimação do MP
- Edson: é uma contradição em si o Estado licitar obra que, posteriormente, pode não ser aprovada, no momento do licenciamento ambiental; ou, então, o que é pior, o Estado usar, como forma de pressão, exatamente o fato de um caríssimo processo de licitação já ter sido elaborado, com adjudicação da obra, vindo, daí, na eventualidade de não aprovação pelo Poder Público, dever de indenizar o licitante.

Demais disso, é importante que ao Poder Público sejam aplicadas as mesmas regras do empreendedor privado.
Pode-se prever no edital que as despesas serão cobertas pelo empreendedor vencedor.

b) O RAP e instrumentos assemelhados são cabíveis somente para empreendimentos não listados pela Resolução n. 001/86.
Silvia: as Resoluções do CONAMA são atos normativos com força de lie; a própria Lei n. 6938/81 estabelece os poderes normativos do CONAMA
O art. 2, da Resolução 001/86, estabelece hipóteses de atos administrativos vinculados; não há qualquer discricionariedade do administrador.
3.1 Reestruturação do CAO: facilitador e de apoio efetivo; caixa

de ressonância dos PJs ambientais (inclusive quanto à designação)
3.2 Promotorias Regionais por Ecossistema ou Bacias Hidrográficas
3.3 Grupos Especiais
3.4 Atuação legislativo:

a) Acompanhamento Legislativo: Projeto de Recursos Hídricos, Código de Mineração, Medida Provisória da Reserva Legal na Amazônia, Anteprojeto de Lei de Cobrança pelo Uso da Água; Anteprojeto de Lei de Proteção da Biodiversidade

b) elaboração legislativa: Projeto de Lei do Fundo de Perícias; Projeto de Lei do Fundo Estadual dos Interesses Difusos

3.5 Perícias: calcanhar de Aquiles; importância; convênios, contratações e apoio Internacional; planilha de custos
3.6 Consema: participação dos PJs das comarcas onde estão localizados os Projetos
3.7 Desapropriações: ato + levantamento + eventos (OAB e ministros)
3.8 Segunda Instância: acompanhamento (antes e depois do parecer), reuniões com os 4 Procuradores, elaboração de peças, sustentação oral e embasamento doutrinário
3.6 Internet

CONCLUSÕES DO I CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL PARA PROMOTORES DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os Promotores de Justiça do Meio Ambiente, reunidos na Floresta Nacional "Fazenda Ipanema", por ocasião do "Curso de Direito Ambiental", realizado de 10 a 13 de abril de 1997,

8. As hipóteses expressamente elencadas no art. 2, da Resolução CONAMA n. 001/86, encerram presunção absoluta de significância do impacto ambiental, não podendo

haver dispensa do EIA-RIMA, pena de nulidade e responsabilização administrativa, civil e criminal do agente público, do empreendedor e da equipe multidisciplinar.

9. A Resolução SMA-42, de 29.12.94, contém incontornável ilegalidade e inconstitucionalidade, ao prever a dispensa da exigência de EIA-RIMA, nas hipóteses de atividades modificadoras do meio ambiente, relacionadas, de modo expresso, no art. 2, da Resolução CONAMA n. 001/86, sugerindo-se, respeitosamente, ao Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça a adoção das medidas legais cabíveis no sentido de expurgar do ato regulamentar estadual o disposto no seu Anexo, Parte I (Procedimentos Iniciais), n. 3, alínea b), in fine.

11. As hipóteses expressamente elencadas no art. 2, da Resolução CONAMA n. 001/86, mais ainda diante do princípio da precaução, encerram presunção absoluta de significância do impacto ambiental, com vinculação plena do órgão ambiental, que não pode dispensar o EIA-RIMA, sob pena de nulidade e responsabilização administrativa, civil e criminal do agente público, do empreendedor e da equipe multidisciplinar que recomendar a dispensa.

12. A Resolução SMA-42, de 29.12.94, contém incontornável ilegalidade e inconstitucionalidade, ao prever a dispensa da exigência de EIA-RIMA, nas hipóteses de atividades modificadoras do meio ambiente, relacionadas, de modo expresso, no art. 2, da Resolução CONAMA n. 001/86, sugerindo-se, respeitosamente, ao Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça a adoção das medidas legais cabíveis no sentido de expurgar do ato regulamentar estadual o disposto no seu Anexo, Parte I (Procedimentos Iniciais), n. 3, alínea b), in fine.

[1] Procurador de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, Professor de Direito Ambiental da University of Texas School of Law e Presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde".

2 É o caso do art. ....., do Código Penal. Assegurando-se a potabilidade da água para fins humanos, resguardava-se, pela mesma via, sua função essencial no ecossistema.

3 Art. 14, par. 1, *in fine*.

4 Com base na Lei n. 6.938/81, ainda antes da Lei n. 7.347/85, foram criadas, em todo o Estado de São Paulo, "Curadorias de Proteção ao Meio Ambiente" e uma Coordenadoria para essas Curadorias (Édis Milaré, Hugo Nigro Mazzilli e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, *O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição, in Anais do 6 Congresso Nacional do Ministério Público (Justiça e Constituinte)*, São Paulo, APMP/CONAMP, 1985, p. 49).

Sobre a evolução da proteção ambiental pelo Ministério Público, destacando-se o pioneirismo paulista, em grande medida produto da visão inovadora de Paulo Salvador Frontini e Édis Milaré, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, in* Édis Milaré, *Ação Civil Pública - Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 144-148.

5 Poderes que, em certa medida, sobrepunham-se aos ínsitos às Promotorias de Justiça do Meio Ambiente. Nesse sentido, a Resolução n. 11/85, da Procuradoria Geral da Justiça de São Paulo (26.11.85), a pretexto de "desenvolver uma ação integrada das Promotorias de Justiça encarregadas da Curadoria especializada em proteção ao meio ambiente e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico no Estado, com vistas ao aumento da eficiência da atuação do Ministério Público", conferiu à Coordenação das Curadorias de Proteção do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural e Natural "atribuições em todas as Comarcas do Estado" (art. 1).

À Coordenação cabia, entre tantas outras atribuições, "instaurar inquérito civil, de ofício, e presidi-lo sempre que instaurado por determinação do Procurador Geral de Justiça, por deliberação do Conselho Superior do Ministério Público ou na hipótese em que mais de um procedimento tenha sido instaurado sobre o mesmo fato" (art. 2, inciso VI). Também era sua prerrogativa "propor as medidas judiciais cabíveis, cíveis ou criminais, principais, acessórias ou cautelares, para as quais o Ministério Público tenha legitimidade processual, sem prejuízo das atribuições dos órgãos locais" (art. 2, inciso IX).

6 O crime do art. 15 foi incorporado à Lei n. 6.938/81 pela Lei n. 7.804/89.

7 Os riscos de uma tal Coordenadoria - centralizadora e com atribuições de execução próprias de Promotoria de Justiça, sem, contudo, dispôr das garantias decorrentes do cargo-fixo, conquanto constituída sob bases administrativas da confiança - não passaram despercebidos a Mazzilli, o melhor e mais atento doutrinador do Ministério Público. À época, antes da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que modificou o

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

É cumprindo responsabilidade não só profissional, mas também política e ética, que trago ao 12° Congresso Nacional do Ministério Público tema pertinente ao trabalho infantil, significando retirá-lo do terreno baldio das políticas públicas e debaixo do tapete das ações governamentais, para levá-lo aos gabinetes dos defensores da sociedade, transformando-o em objeto da reflexão e, no que é mais importante, da pauta diária dos que querem ver instalada uma sociedade progressivamente melhor e mais justa.

Discutir trabalho infantil - e intervir significativamente para a sua erradicação - consiste tarefa indispensável na nossa atual quadra histórica para se alcançar, o quanto antes, as soluções esperadas pela nação brasileira, que não quer ver seus filhos vítimas da exploração e opressão.

É necessário implantar projetos que assegurem à nossa população infanto-juvenil a possibilidade de exercício dos direitos elementares da pessoa humana, garantam às crianças e adolescentes brasileiros a materialização da situação jurídica de cidadania prometida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo exigível, portanto e com urgência, interferência positiva em relação a esta chaga social.

Pensando nisto, lembrei-me de episódio ocorrido cerca de um ano e meio atrás, na Vila Pinto em Curitiba, em seminário organizado pelo Movimento de Defesa do Favelado que objetivava discutir o Estatuto da Criança e do Adolescente na perspectiva de utilizá-lo como instrumento para efetivação de direitos, pois a maioria da população - aliás, exatamente quem mais se encontra socialmente marginalizado e excluído - não conhece suas previsões ou delas recebeu informações equivocadas. Daí, restarem reproduzidos, inclusive pelos meios de comunicação social, comentários como, por exemplo, de que

"o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei inadequada para nossa realidade social", determinou "a permanência de crianças e adolescente nas ruas cheirando cola, mendigando, praticando furtos, já que não permite o trabalho", significa "porteira aberta para a impunidade dos adolescentes, que praticam crimes e estão imunes a qualquer resposta da Justiça", e assim por diante. E é frente ao desconhecimento ou desinformação sobre o ECA que passam - como eu disse os que dele mais poderiam fazer uso para de defesa dos seus direitos - a desenvolver incompreensíveis sentimentos de aversão e antagonismo ao texto da lei, inviabilizando-o dessa forma como o instrumento possível de cidadania. Pensando então em propiciar acesso à informação, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente e o Movimento de Defesa dos Favelados organizaram mencionado seminário. Após quatro horas de debate sobre o ECA, com a participação da comunidade, no final da seção, uma senhora já de certa idade (destas que caminham pelas ruas de Curitiba empurrando carrinhos de papel e de desilusão, na demonstração indisputável que o "primeiro mundo" ainda não é para todos os curitibanos), aproximou-se de mim e disse: *"Doutor, agora eu acho que entendi este tal de Estatuto da Criança e do Adolescente, ele diz que é para gente querer para os filhos dos outros o mesmo bem que a gente quer para os nossos filhos"*.

Os membros do Ministério Público Brasileiro, bem sei, conseguem enxergar nos filhos dos outros os próprios filhos, tratam-se de pessoas que possuem sensibilidade e sentimento de solidariedade capaz de dedicar o melhor dos seus esforços no sentido de assegurar para o filho dos outros aquilo que nossos filhos já podem exercitar em termos de direito, que fazem da luta por dias melhores para a infância e juventude motivo a embalar com fraternidade suas existências.

O importante neste momento histórico, antes de mais nada, é reconhecer o Estatuto da Criança e do Adolescente como legislação destinada ao resgate da cidadania de milhões

e milhões de infantes e jovens brasileiros. Uma das mais freqüentes e reiteradas críticas que se faz ao Estatuto é a de que seria ele uma lei inadequada à nossa realidade social. Dizem: "criaram uma lei para país desenvolvido, de 1° mundo, e querem que dê certo aqui no Brasil. É uma lei inadequada para a nossa situação de país subdesenvolvido". Há de se ter em mente então, no primeiro momento, que nós vivemos no país dos "sem teto", dos "sem terra", dos "sem educação", dos "sem saúde", do "sem cultura", enfim "dos sem oportunidade de vida digna". O jurista e cientista político Norberto Bobbio, no livro a "Era dos Direitos", apresenta tese que serve para reflexão da sociedade brasileira, hoje vivendo em situação de insegurança. O raciocínio desenvolvido por Bobbio é no sentido de que o asseguramento dos direitos da pessoa humana, democracia e paz social são três momentos de um mesmo movimento histórico: sem a inscrição e efetivação dos direitos humanos não é possível ver instalado um Estado genuinamente democrático e sem a existência de em Estado Democrático de Direito não se criam as condições indispensáveis à superação pacífica dos conflitos sociais.

Este pensamento é fundamental para que possamos entender porque, quando menos se espera, acabam em confronto armado os "sem terra" e a polícia; porque se estabelece - de maneira inaceitável, diga-se - conflitos entre segmentos sociais e as crianças e adolescentes; porque o homem comum, em desespero, torna-se cada vez mais violento no seio de sua família ou da própria sociedade; ou seja, para compreender os motivos determinantes do aprofundamento dos conflitos sociais e a dificuldade da superação pacífica dos mesmos, é necessário ter claro que o elemento primeiro para a garantia da paz social se traduz na efetivação dos direitos elementares da pessoa humana, que nos países desenvolvidos já atinge os chamados direitos de quarta geração.

Nos países de primeiro mundo, a bandeira da materialização dos direitos encontra já o seu espaço objetivando

assegurar à população o meio ambiente sadio, o acesso a medicamentos sofisticados, o acesso à engenharia genética, etc., enquanto que nossa luta, no Brasil subdesenvolvido, é para assegurar a todos a possibilidade de exercício dos direitos mais elementares, como de saúde, educação, alimentação, habitação, trabalho e remuneração dignos; sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente caminha exatamente nessa trilha de busca da cidadania, portanto absolutamente adequado à realidade de desassistência e abandono da infância e juventude, ao tempo em que o Estado Brasileiro não tem cumprido com o seu papel institucional e indelegável de atuar concretamente na área da promoção dos direitos de todos os brasileiros. Alguns dizem que o ECA "só estabelece direitos", querendo aí indicar crítica negativa. O ECA está, sim, estabelecendo os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, à saúde, à educação, à profissionalização, etc., encontrando-se exatamente nesse aspecto o seu ponto mais positivo, coerente com a proposta de mudar a história das nossas crianças e adolescentes.

Participei certa feita de Simpósio sobre Direito Penal e Processual Penal no qual um dos expositores era Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Em dado momento, sabe-se lá porque, passou ele a tecer comentários desairosos acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmando, como ponto culminante, que gostaria de "rasgar algumas páginas" do mesmo. Terminada a exposição, iniciados os debates, observei que, como todo produto da razão humana, o ECA por certo estaria sujeito a revisões direcionadas a mantê-lo sempre próximo à realidade onde quer positivamente intervir. Citei Bachelard quando afirma que todo avanço científico implica na retificação dos erros do passado e concluí que o ECA, nessa perspectiva, deveria conter erros carentes de retificação, mas quando ele se referia a "rasgar páginas", eu, apreensivo, esperava que a pretensão manifestada não se dirigisse a destruir exatamente

aquelas asseguradoras dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que certamente ele não pretendia eliminar do texto legal os direitos a educação, saúde, profissionalização e liberdade. Desejava saber então, precisamente, quais as referidas páginas ou, para facilitar, quais os artigos do ECA que deveriam ser alterados e porque motivo. Ao fim, um artigo sequer foi indicado como de modificação necessária, demonstrando e assumindo o desconhecimento da lei que criticara. Sem intenção, acabei por submetê-lo a desagradável constrangimento, determinado pelo fato de, levianamente e inobstante sua grande cultura jurídica, naquele momento reproduzira a palavra do ignorante. A voz do repórter policial de quinta categoria se utilizando da figura (nesse momento triste) do Ministro de Tribunal Superior, que acabou reconhecendo ser incapaz de apresentar proposta concreta de alteração das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo finalizado afirmando que não suprimiria os artigos que objetivam a garantia da cidadania da infância e da juventude brasileira.

Eu insisto que se trata de uma lei adequada à nossa realidade social porque seria absolutamente desnecessária, por exemplo, a atuação de um parlamentar francês no sentido de apresentar projeto de lei destinado a assegurar às crianças francesas o direito a saúde, como seria inadequado um parlamentar suíço apresentar projeto de lei para assegurar à criança e ao adolescente do seus país o direito a educação. O raciocínio é elementar: nos países desenvolvidos o Estado intervém para concretizar os seus deveres institucionais, exsurgindo uma lei, com o conteúdo do ECA, realmente desnecessária. É necessária e adequada para uma realidade social como a brasileira, onde a grande maioria da população não tem condições para o exercício desses direitos corolários da cidadania.

O ECA é, assim, um instrumento para a desejada superação das desigualdades sociais, pois sabemos ser o Brasil o país que apresenta, em termos mundiais, o mais alto índice de

concentração de riquezas nas mãos de poucas pessoas. Dados comparativo do Banco Mundial indica o Brasil em primeiro lugar, seguido de Botswana, da África, sendo que aqui 10% dos mais ricos detém 56% do nosso produto interno bruto e 5% dos mais ricos detém 37% do nosso PIB. Isto significa concretamente que as riquezas produzidas por todos os brasileiros não são distribuídas entre todos os brasileiros e acabam concentradas em mãos de grupos minoritários, que se beneficiam da estrutura social injusta estabelecida no país. Se de um lado da moeda se tem concentração de riqueza, de outro, inevitavelmente, estará a marginalidade, ou seja a grande maioria da população à margem dos benefícios produzidos pela sociedade.

E se falamos na efetivação de políticas sociais públicas, se estamos querendo garantia de educação, saúde etc., é necessário partir do raciocínio de que historicamente o Estado Brasileiro manteve-se comprometido, em aliança, exatamente com esses detentores do poder econômico. Os processos eleitorais, não raras vezes marcados pelo abuso do poder econômico e administrativo (do uso da máquina administrativa), têm determinado a escolha de governantes que, no (des)cumprimento de seu papel, acabam privilegiando os interesses desses mesmos detentores do poder econômico. As candidaturas bancadas pelo poder econômico, não se tenha dúvida, vinculam-se à contrapartida da atividade parlamentar ou do chefe do Poder Executivo e, como disse, muitas vezes em detrimento dos interesses da grande maioria da população, conforme constatável, aliás, tão só pela política econômica, concentradora de riquezas, que vem de há muito sendo desenvolvida no país.

E é este quadro social no qual temos que trabalhar em prol das crianças e adolescentes, de modo a ultrapassar trágica realidade.

Há que se pensar nas crianças e adolescentes trabalhando precocemente ou naquelas que são vítimas de exploração marcada pela prostituição infantil ou, também, nas

que se encontram nas ruas em busca da sobrevivência. Temos que reconhecer qual a atuação necessária quando a marca mais significativa de nossa realidade social se perfaz com o contraste estabelecido entre a existência de um país extremamente rico e de uma nação absolutamente pobre; de um país que deseja ser a 7ª economia do mundo, mas cuja população se encontra em 74° lugar quando se trata de qualidade de vida; de um país que é o 5° maior produtor de alimentos do mundo, mas cuja população é desnutrida, passa fome, morre de fome.

Portanto, para se saber a reposta do porque há trabalho precoce, crianças esmolando nas ruas, crianças e adolescentes entregues à prostituição, indispensável considerar o fato de que o trabalhador brasileiro recebe, hoje, um salário mínimo que não garante a satisfação de suas necessidades básicas e de sua família. Um salário mínimo que corresponde a 17,45° do seu valor real quando instituído em 1940, aduzindo-se a isto que, sabemos, 52% dos brasileiros integram famílias cuja renda per capita é inferior a meio salário mínimo.

As crianças e adolescentes que estão trabalhando precocemente, esmolando ou se prostituindo, não são, como se vê, produto da "natureza das coisas", não são produto do "acaso". Se vamos enfrentar referida situação, é necessário considerar essa realidade social de concentração de riquezas, que produz 40 milhões de crianças e adolescentes carentes abandonados e estabelece uma taxa de mortalidade infantil que instala no país um holocausto permanente: são 500 mil crianças que morrem todos os anos no país. É o equivalente a duas vezes os efeitos mortais da bomba de Hiroshima, nove vezes o número de americanos que morreram no Guerra do Vietnã, e isto ocorre todos os anos no Brasil e nós convivemos com esta amarga perversidade. Ainda nesse campo das tragédias, cabe anotar que o Brasil, segundo a OIT (Organização Internacional do Trabalho), encontra-se em 3° lugar do mundo pelo número de acidentes de trabalho e 1° lugar em acidentes de trabalho com morte.

Quero então consignar que, com o ECA, conseguiu-se trazer para o cenário brasileiro uma lei capaz de servir de instrumento para transformação social, uma lei que pode ser instrumento de modificação desse lamentável estado de coisas.

Observando historicamente a importância da interferência da Inglaterra na abolição da escravatura no Brasil, decorrente do fato de que à competitividade dos mercados não interessava o baixo custo dos produtos brasileiros e colocava em risco os interesses econômicos da Inglaterra, o que determinou o conhecido posicionamento abolicionista, registro que vivemos hoje um momento parecido em relação ao trabalho infantil. O processo advindo dos ventos neoliberais no sentido de globalização da economia significa, nada mais nada menos, a transferência do foro das decisões políticas, econômicas e sociais dos espaços da soberania estatal para as sedes das entidades multinacionais e transnacionais.

Durante muito tempo reclamamos da falta de "vontade política" dos governantes, que fazem discursos a favor da educação, são fotografados no período de campanha eleitoral com crianças no colo, visitam creches, etc. e, quando assumem, não concretizam as ações indispensáveis a favor das crianças e adolescentes.

A grande preocupação hoje é que, diante da mencionada proposta de globalização da economia, a idéia de competitividade entre os mercados internacionais leve a uma situação que - mesmo havendo vontade política - não seja possível intervir de forma decisiva nesta questão social. Verifique-se, como exemplo disto, que já estamos a viver um processo de desconstitucionalização de direitos sociais que são produtos de lutas genuinamente democráticas, como direito à assistência social, à paridade dos proventos de aposentadoria, etc.. Assim, num primeiro momento, realiza-se a desconstitucionalização de direitos para, no segundo, proceder-se à deslegalização dos mesmos. Retirar do ordenamento jurídico, sob o argumento da necessidade de diminuir o "custo Brasil", determinados direitos

sociais que foram inscritos através de lutas históricas representa emblematicamente o momento de crise que se aproxima.

Na China ou em Taiwan, vamos encontrar trabalhadores que não possuem os mesmos direitos estabelecidos na legislação trabalhista brasileira (não obstante tenham pelo Estado assegurado a satisfação de suas necessidades básicas) e o propósito de manter a competitividade se dirige à diminuição do custo Brasil através da supressão dos encargos sociais nas relações de trabalho ou dos próprios direitos trabalhistas, como já se acena com o denominado "contrato de trabalho temporário". Outra proposta agregada a esta falácia chamada de "modernidade econômica" consiste em ampliar a produção sem, entretanto, aumentar o número de empregos, aliás, ao contrário, apostando na diminuição da mão-de-obra. Daí viver o país um processo recessivo e de desemprego.

Hoje internacionalmente se combate a exploração do trabalho infantil, como em tempos passados combateu-se a escravidão. O móvel, não há que se iludir, vai desde a preocupação competitiva dos grupos multinacionais com o baixo custo dessa mão-de-obra até a necessidade dos governos dos países "globalizados" de manter o mínimo de empregos - para os adultos - nas suas economias "modernizadas", pois, como se sabe, uma das faces perversas do trabalho infanto-juvenil é a exatamente o de tirar postos dos adultos, mantendo o sistema de exploração da mão-de-obra das crianças e adolescentes em detrimento da renda média relativa das famílias.

Assim, poderemos encontrar aliados contextuais, aproveitando portanto essa força internacional que chega ao Brasil com o discurso de se ver erradicado o trabalho infantil (não estou me referindo, por óbvio, à Marcha Global Contra o Trabalho Infantil, movimento da sociedade civil que congrega 27 entidades das Américas, Europa, Ásia e África (entre elas, a CMT - Confederação Mundial do Trabalho) e que apresenta genuíno objetivo de "combater a exploração econômica de

crianças, lutando para lhes garantir o acesso à educação e à proteção contra qualquer atividade que comprometa seu desenvolvimento físico, intelectual, espiritual, moral e social).

Por outro lado, precisamos ter a consciência de que, conforme restou permanentemente assentado durante a mobilização para o surgimento do ECA, não basta a inscrição dos direitos, não basta a lei estar prevendo os direitos fundamentais da pessoa humana; mais que isso é necessário fazer com que as normas legais não permaneçam como meras declarações retóricas ou exortações morais, não sejam tratadas como singelo programa indicado pelos legisladores aos governantes. É que a lei, por si só, não tem o condão de alterar a realidade social. O exercício daquilo que está previsto na lei - e o correlato enfrentamento dos problemas cotidianos - é que vão produzir as transformações sociais desejadas. Mas para exercitar os direitos é necessário, por óbvio, conhecê-los. A difusão do ECA para a população é fragmentada, quando não inteiramente equivoca. Os meios de comunicação social, de maneira geral e infelizmente, desinformam a população acerca das suas previsões. Um possível grande aliado seria o sistema educacional, que também está mal informado sobre a lei.

A Ordem dos Advogados do Brasil - Secção do Paraná fez recente levantamento quanto ao conhecimento de várias categorias sobre o ECA. Ouviu juízes, promotores de justiça, policiais militares e civis, professores, donas-de-casa, acadêmicos de direito e prefeitos municipais. E, por incrível que pareça, o conhecimento dos professores sobre a multicitada lei era inferior ao de todas as demais categorias. Havia rejeição ao ECA porque também no sistema educacional a sua difusão foi equivocada, assentando-se erroneamente que as suas normas significariam proposta de "violação das relações de autoridade no sistema educacional" já que "agora, com esse tal de Estatuto da Criança e do Adolescente, o aluno pode fazer o que bem quer e nós, os educadores, não temos capacidade de manter a disciplina dentro do sistema". Há, sem dúvida, absoluto

desconhecimento da lei, vez que o ECA prevê como regra geral e inafastável tão só o dever do educador em tratar o educando com dignidade e respeito, o que todo bom educador já vinha fazendo, independentemente do agora vigente texto de lei. Quanto à questão do autoritarismo, conhecida dentro do sistema educacional, o ECA pode, sim, ser uma arma para combatê-lo e superá-lo, na ampla perspectiva de que a educação é, antes de mais nada, preparo para o exercício da cidadania.

Os Conselhos de Direito, Municipal e Tutelar, são os instrumentos de que dispomos para trabalhar em nossas comunidades a difusão adequada do ECA, pois a população precisa ter conhecimento, como no exemplo da Vila Pinto de Curitiba, dos direitos que, embora inscritos, ainda se encontram distantes da vida cotidiana das crianças e adolescentes.

A proposta é de ampliarmos o número de pessoas a fazerem a defesa do ECA, exercitando os seus direitos e das demais crianças e adolescentes. Divulgadores do conhecimento de que o ECA consiste, concretamente, no detalhamento do comando do art. 227, da Constituição Federal, que prevê ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." O ECA além de especificar, de detalhar, de pormenorizar, essas promessas genéricas de cidadania, cria mecanismos para efetivação de tais direitos, estabelece atribuições e competências para as instituições que intervêm na área da infância e juventude, objetivando o asseguramento dos direitos da criança e do adolescente.

Para a população, isso significa a possibilidade de assegurar e materializar os direitos contidos no ordenamento jurídico através da via gratuita - sem pagamento de honorários advocatícios ou custas processuais - do Ministério Público e do

Poder Judiciário, quando administrativamente não se alcança a solução desejada.

O ECA cria o caminho de utilização das ações civis públicas para a proteção aos interesses individuais, coletivos e difusos relativos à infância e a juventude. Por exemplo, a falta de creche para atender a demanda das crianças de 0 a 6 anos da comunidade enseja a propositura de uma ação civil pública de caráter coletivo objetivando o cumprimento desta norma do ECA. Assim, como se sabe, não é necessário que cada pessoa individualmente ingresse com o pedido judicial, pois com uma única ação - proposta pelo Ministério Público ou até por entidades da sociedade civil que atuam na defesa de crianças e adolescentes - é possível a obtenção de determinação judicial, de alcance coletivo, no sentido do cumprimento da lei.

No efetivo engajamento do Ministério Público, temos visto a interposição de ações civis públicas objetivando a instalação e funcionamento adequado dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente e Tutelar, a garantia de acesso ao sistema educacional, a instituição de programas oficiais de auxílio a famílias carentes, a criação de casas de abrigo, postos de saúde, etc., de modo a encaminhar a implementação do ECA.

Em Curitiba, iniciamos a execução do projeto das Promotorias da Comunidade, cuja proposta essencial é aproximar o membro do Ministério Público, o Promotor de Justiça, da população a que deve servir. Assim, dividimos Curitiba em oito regiões e, uma vez por semana, no período noturno, o Promotor de Justiça, juntamente com Estagiários Acadêmicos de Direitos, deslocam-se para um bairro periférico do Município de Curitiba, onde em espaços comunitários, como escolas, creches, sede de associações de moradores, igrejas, atende a população.

Antes de iniciar a execução do mencionado projeto, fizemos reuniões com Presidentes de Associações de Moradores, líderes comunitários e sindicais, pessoas enfim ligadas à comunidade, para ouvir a opinião dos mesmos sobre

o assunto. Informamos que o objetivo fundamental era atuar na materialização dos direitos já prometidos no ordenamento jurídico para toda a população. Com a presença do Promotor de Justiça na comunidade, anotamos, poderiam ser verificadas questões específicas que acarretam graves problemas locais. O Promotor de Justiça poderia verificar as condições de funcionamento de indústrias e fábricas no que tange ao cumprimento das normas de segurança do trabalho, ao invés de esperar no seu gabinete a chegada do trabalhador mutilado em razão de um acidente ou de familiares de um trabalhador vítima de um acidente de trabalho fatal. Em defesa do consumidor, poderia verificar dentro da comunidade a situação jurídica dos lotes colocados a venda, evitando que o trabalhador adquira um imóvel de alguém que sequer seja seu proprietário ou que integre um loteamento clandestino ou irregular. Na área da infância e juventude - que aqui também deve ter prioridade absoluta - indiquei que seriam múltiplas as atividades a se desenvolver, arrolando vários direitos previstos no ECA..

Ao término de uma das reuniões, ao tempo em que recebíamos apoio integral para o projeto, ouviu-se a manifestação de um Presidente de Associação de Moradores com, mais ou menos, o seguinte teor: *"Doutor, a Promotoria de Comunidade vai ter todo o nosso apoio. Vai ser bom contar com o apoio de um Promotor de Justiça para garantir nossos direitos. É o que queremos, mas fiquei preocupado quando o senhor falou de ter acesso à Justiça, porque o povo, aqui do bairro, **não gosta** da Justiça"*.

A partir disto, tenho dito aos Promotores de Justiça que o nosso grande desafio, o desafio da Instituição incumbida da defesa da sociedade, é de fazer uma **Justiça da qual o povo possa gostar**, que seja o espaço não da manutenção dos privilégios estabelecidos em favor de poucos, mas sim de asseguramento e efetivação dos direitos da grande maioria da população brasileira. Recentemente divulgou-se que cerca de 80% (oitenta por cento) do povo brasileiro não tem acesso à

Justiça para garantir seus direitos, embora mantenha relações com ela enquanto réus pobres do direito penal, enquanto réus nas ações possessórias, de despejo ou de execução. Portanto, essa bandeira da Justiça como espaço de luta para transformação da sociedade, como espaço para garantia de **cidadania**, também pode - e deve - ser desfraldada na área da infância e juventude.

Todos sabemos que a creche é o campo inicial para o adequado ingresso - e sucesso - no ensino fundamental, pois é neste momento da vida que a criança forma a sua personalidade, passa a ter percepção e introjeta os valores sociais mais significativos. No entanto, vemos crianças com idade inferior a quatro anos esmolando nas esquinas, no abandono das ruas e aprendendo regras e códigos distantes de um processo educativo preparatório à inserção no sistema educacional. O resultado, quando chega a ocorrer o ingresso, acaba sendo o abandono da escola logo no primeiro ou segundo ano do primeiro gau.

Durante mais de três anos fui Promotor de Justiça da então Vara de Menores da Comarca de Curitiba-Setor Infratores. Ouvia todos os adolescentes autores de ato infracional e sempre perguntava quanto à escolaridade, recebendo freqüentes respostas no sentido de que: *"Estudei até o 1º ano, daí a tia disse que eu não tinha cabeça para acompanhar a turma"*. Ou *"Estudei até a metade do 1º ano e a tia me chamou para dizer que não adiantava eu continuar indo para a aula, porque eu não ia mesmotirar nota para passar no final do ano". Ou, ainda,"Estudei até o 1º ano porque daí a tia me mandava sentar no final da sala porque ela dizia que eu cheirava mal"*.

Infelizmente, nosso sistema educacional faz por excluir exatamente aquelas crianças e adolescentes que mais dele precisariam; aqueles que não recebem educação em casa e precisam da escola para apreender as regras sociais e de relacionamento interpessoal mais elementares, até as de higiene. Na escola eles deveriam receber as informações

necessárias quanto aos seus direito, vez que a Constituição Federal assevera que o processo educacional, antes de qualquer coisa, deve cumprir o objetivo de preparo para o futuro exercício da cidadania.

A crítica não é apenas ao professor e sim, especialmente, ao sucateamento do ensino público, desencadeado ao longo dos anos pelos governantes e que agora se tenta reverter. Eu mesmo fui aluno do Grupo Escolar Professor Brandão, do Colégio Estadual do Paraná e da Universidade Federal do Paraná, portanto, formado no sistema público de ensino e, ressalte-se, da melhor qualidade.

Na perspectiva do cumprimento das normas constitucionais e do ECA, considerado, no Paraná, até a existência de vagas compatíveis com a demanda, faz-se necessário acompanhar as questões pertinentes aos elevados índices de repetência e à evasão escolar. Essa preocupação é de tal ordem que a lei estabeleceu expressamente competir ao Conselho Tutelar apreciar hipóteses de reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, uma vez esgotados os recursos do próprio sistema educacional. Ainda, incumbe ao Conselho Tutelar analisar os casos de elevados níveis de repetência. . O ECA estabelece a obrigatoriedade dos dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental em comunicar ao Conselho Tutelar os elevados níveis de repetência e a evasão escolar exatamente para diagnosticar, por exemplo, porque motivo a criança que deveria estar integrada ao sistema educacional se encontra dele afastado e cortando cana, inviabilizando a proposta de permanência e sucesso na escola. Para o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, enquanto formulador das políticas de atendimento à infância e juventude, bem como controlador das ações governamentais em todos níveis, o diagnóstico desta ordem é instrumental técnico indispensável para fundamentar o estabelecimento de programas e ações adequadas à realidade de cada comunidade.

Pelas suas características de cidade de pequeno

porte, de zona rural, não se vai tratar em Bocaiúva do Sul de tema como o de meninos de rua, mas sim o da criança que precocemente se afasta da escola para se dedicar ao trabalho. Diversamente, em Curitiba há que se superar a situação de centenas de crianças e adolescentes que, por falta de opção, fazem da rua o espaço de moradia e sobrevivência. O trabalho do educador de rua e outros programas correlatos, objetivam então identificar quem é essa população de crianças e adolescentes que estão nas ruas, analisá-los não como seres que pairam isolados na realidade social, mas que integram (ou menos deveriam integrar) uma família e pertencem a uma comunidade.

O diagnóstico da situação familiar e social é indispensável como base para a formulação das políticas sociais públicas. É através dele que resta identificada a existência de crianças de rua, entregues à prostituição ou ao trabalho precoce; que se vai estabelecer o perfil das famílias de onde são eles oriundos; ou seja situa no tempo e no espaço a população infanto-juvenil de cada localidade.

Vale reafirmar o raciocínio de que a garantia do direito à educação, de permanência na escola, é o melhor remédio para todas as crianças e adolescentes que se encontram indevidamente no trabalho ou nas ruas. Aliás, há que se superar aquela estratégia estabelecida nos anos 80, quando se considerava bom mesmo que as crianças e adolescentes estivessem vivendo nas ruas, denunciadores que eram da inexistência de políticas sociais públicas e das injustiças sociais. Estamos em quadra histórica onde não se admite mais a perda de gerações e gerações de crianças brasileiras, transformadas nos adultos da subcidadania, até porque, diferentemente do Código de Menores, o ECA estabelece agora o dever do Estado, da sociedade e da família intervirem para o devido cumprimento dos direitos de nossa infância e juventude. Devemos afastar nossas crianças da trilha da marginalidade, que muitas vezes leva à delinqüência, estabelecendo uma ponte de ouro no sentido

da cidadania.

Falando-se especificamente do trabalho infantil, há que se registrar de plano que a primeira mobilização deve ter como meta a conscientização da sociedade quanto aos malefícios, aos prejuízos para o desenvolvimento de uma criança que se agregam ao trabalho precoce, vez que não raras vezes, menos por má-fé e mais por ignorância, deparamo-nos com discursos inflamados a favor do trabalho infantil - depois reproduzidos com a mesma ou maior intensidade pelo senso comum - tendo como argumento a realidade econômica e social das famílias brasileiras. "É melhor estar desde cedo trabalhando, ajudando a sobrevivência da família, do que nas ruas esmolando ou roubando", dizem.

Nessa linha de pensamento, vale lembrar fato ocorrido aqui mesmo no Paraná, mais ou menos cinco atrás, quando houve denúncia de que numa determinada fazenda em Laranjeiras do Sul trabalhadores estavam sendo submetidos a trabalho escravo, viviam em condição análoga a de escravo. Chegando-se ao local indicado, a televisão entrevistou uma senhora que vivia, com um filho de três anos de idade, numa pocilga. Isto mesmo, a trabalhadora e seu filho moravam numa baia de um grande chiqueiro. A surpresa se deu quando ela respondeu que se encontrava muito bem ali, que o dono da fazenda era muito bom, pois lhe dera onde morar e garantia sua alimentação, isto em troca do seu trabalho.

Quer dizer, a miséria era tão grande que a situação análoga a de escravo para ela gerava agradecimentos. Com certeza a referida senhora deve ter se revoltado contra ação do Promotor de Justiça, que acabou interferindo numa relação aparente de segurança, porquanto era desde logo possível prever o futuro de infortúnios que lhe esperava.

A questão do trabalho infantil, creio, passa por contornos análogos aos experimentados pelos trabalhadores escravos e miseráveis.

Lembro-me de ter lido certa vez um romance que tratava do momento em que, na Inglaterra, proibiu-se que crianças com menos de oito anos de idade viessem a trabalhar nas minas de carvão. Houve então revolta dos patrões e as notícias eram de que essa proibição absurda prejudicaria a produção industrial e que as famílias estariam prestes a passar fome. Por certo que hoje, na Inglaterra, não há uma criança sequer - com menos ou com mais de oito anos de idade - trabalhando em mina de carvão ou em qualquer outra atividade.

Infelizmente, o mesmo não pode ser dito da realidade brasileira.

A falsa compreensão de que o trabalho é certo e bom para as crianças está impregnada no pensamento da sociedade brasileira, inobstante, por óbvio, tal proposta seja exclusivamente dirigida aos filhos das classes empobrecidas e despossuídas. Agora há que se atuar no sentido de convencer a sociedade e as famílias vítimas concretas de tais situações que não é bom para o desenvolvimento de uma criança o trabalho precoce, seja pelo aspecto físico (são mais vulneráveis aos elementos agressivos, que podem acarretar sérias debilidades, prejudiciais à saúde, crescimento e desenvolvimento), psíquico (virar adulto antes do tempo implica desgaste, atenção contínua e redobrada, alterando o desenvolvimento da identidade e personalidade, podendo produzir ruptura entre o nível de responsabilidade e de maturidade) ou, principalmente, educacional, pois enquanto está trabalhando deixa de adquirir - ou adquire mal - os conhecimentos necessários para formá-lo cidadão de melhor categoria, isso sem contar com os riscos das atividades insalubres e perigosas, inadequadas e desumanas, que estão a vitimar - com doença e morte - milhares de crianças e adolescentes.

Durante a realização de um seminário sobre o tema, ouviu-se o testemunho de um Juiz de Direito afirmando que trabalhara desde os dez anos de idade e tivera sucesso na vida e, sendo assim, por que outras crianças não poderiam fazer o mesmo ?, indagou.

Fiz então questão de ressaltar a excepcionalidade da sua trajetória de vida porquanto, como não é difícil de constatar, a regra geral encaminha as crianças do trabalho precoce para o futuro de integrar o contingente dos cerca de 22 milhões de indigentes que existem no país. Ou seja, ao contrário da exceção, os hoje vítimas do desemprego e dos subempregos - ou mesmo do salário mínimo aviltante - certamente são aqueles que iniciaram as atividades laborais por volta dos dez anos de idade e não possuem hoje a qualificação necessária para disputar uma vaga no mercado de trabalho, que se torna, sabemos, cada vez mais selvagem e competitivo.

Portanto, o raciocínio correto a ser desenvolvido é que as crianças que se encontram trabalhando, aparentemente resolvendo situação imediata, serão no futuro aqueles que não contaram com inserção adequada no mercado de trabalho, não significando a precocidade qualquer ponto positivo no seu projeto de vida.

No Globo Rural, outro dia passou uma reportagem que abordava a situação de crianças que trabalhavam em canaviais. Levantavam às quatro horas da madrugada para, num caminhão de bóias-frias, deslocarem-se ao canavial. Mostrou meninos de 12 e 13 anos - e de aspecto de 20 anos - que não estudavam e, por isso mesmo, não tinham qualquer projeto de vida, sendo que um deles, mesmo diante do contexto de miséria vivido, manifestou seu desejo de ser "cortador de cana como meu pai". Concomitantemente, foram apresentados casos referentes a outros adolescentes que se encontravam participando de projetos de iniciação profissional, inclusive com um deles, de forma otimista, contando de sua perspectiva de ser advogado.

Estas diferenças patentes significam igualdade de oportunidade para ascensão social, para realização pessoal e participação comunitária?

Num Estado de Direito efetivamente democrático seria aceitável essa desigualdade que marca desde cedo para

um futuro de infelicidade ?

A criança fora da escola, no trabalho precoce, com certeza não terá chances de, como resultado da democracia, exercitar os direitos elementares da pessoa humana, ou de realização pessoal ou profissional, quanto mais de participação comunitária.

É sob esta ótica que devemos discutir com a sociedade brasileira a chaga do trabalho infantil.

Já falei que o Brasil, infelizmente, acaba assumindo posto de destaque mundial naquilo que é ruim. Em relação ao trabalho infantil, os dados da OIT apontam o Brasil com maior índice de crianças e adolescentes trabalhando precocemente. Freqüentemente, nesse tema, faz-se referência ao México, mas nem este país tem índices tão elevados quanto o nosso de crianças entre 10 e 14 anos trabalhando. No Brasil são dois milhões e oitocentos mil crianças e adolescentes já inseridos no mercado de trabalho. 18,3% da população na faixa etária de 10 a 14 anos encontra-se já economicamente ativa e dedicada ao trabalho, sendo que na Inglaterra, EUA, Japão, Espanha, Rússia e Itália este índice é nulo. Já na faixa etária de 14 à 19 anos, nós temos 57,1%, ou seja, 8 milhões e 100 mil adolescentes inseridos no mercado de trabalho.

Quando analisamos estas estatísticas, como a da taxa de mortalidade infantil e de desnutrição, do índice de analfabetismo, do número de crianças de rua ou exploradas na prostituição infantil, da falta de assistência à saúde etc., pensa-se logo na participação do Nordeste, região que estaria a determinar a tragédia constatada. Entretanto, como está a situação do Brasil no que tange ao trabalho da criança e do adolescente? É a seguinte: o maior índice é do Piauí, mas em segundo lugar está o Paraná, com 37% de crianças e adolescentes inseridas no mercado de trabalho, ou seja 13% da população economicamente ativa do Estado do Paraná é formada de crianças e adolescentes. Este índice é do IBGE e da OIT do ano de 1992.

Estatística recente do IBGE aponta que o percentual de crianças e adolescentes paranaenses, na faixa etária de 10 à 13 anos e economicamente ativos, é de 20%, quando a média nacional está em 14%.

Enfrentar tal situação do Paraná e do Brasil, portanto, surge como emergencial e impostergável, carecendo estabelecer mecanismos políticos e jurídicos eficazes, além da participação, integrada, de segmentos da sociedade civil e governamentais.

Não resta dúvida de que o ideal seria um contexto de pleno emprego para os adultos, de salário justo e digno, de garantia de renda mínima para as famílias, de programas oficiais de auxílio a famílias carentes e de assistência social a quem dela necessitar. Entretanto, desde logo, ressalte-se algumas ações possíveis: a) estabelecer canais de denúncia e de fiscalização dos casos de descumprimento da lei; b) definir e implementar programas para a eliminação do trabalho infantil em áreas reconhecidas como de risco; c) investir contra a evasão escolar, garantindo-se não só o direito de acesso mas, principalmente, de permanência no sistema escolar, contando com a participação do Conselho Tutelar e da Justiça da Infância e Juventude para tal propósito; d) atuar objetivando a conscientização popular no sentido de que o trabalho de criança é proibido por lei e que entre a idade de 14 a 18 anos se deve buscar formação técnico-profissional, observados a freqüência obrigatória ao ensino regular, a atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e o horário especial para o exercício das atividades; e) instituir programas da espécie do de renda mínima, de auxílio a famílias carentes ou outros que garantam a subsistência da criança ou adolescente que, abandonando o trabalho, seja matriculado no sistema educacional; f) como efetivos defensores dos direitos das crianças e adolescentes, intervir o Ministério Público, Estadual, Federal e do Trabalho, de modo a restarem cumpridos os comandos da Constituição Federal, do ECA, da legislação

trabalhista e penal, observando-se que o trabalho precoce, de regra, contempla a prática do delito de abandono intelectual, previsto no Código Penal Brasileiro.

Aliás, o Código Penal trata como crime tanto o abandono intelectual quanto o abandono material, este último, como se sabe, quando os pais deixam de prover o necessário para manutenção da criança, adolescente e família. Embora a omissão dos pais no sentido de matricular os filhos no sistema educacional seja crime, não pode ser esquecido que muitas crianças e adolescentes deixaram de ser inseridas na escola por fatores alheios à vontade dos pais, não por opção voluntária e sim por falta de condições socio-econômicas.

Na realidade brasileira, o raciocínio perverso que se faz é de responsabilizar os marginalizados pela própria marginalidade, como se eles tivessem optado pela não integração social, optado por não exercitarem os direitos previstos no ordenamento jurídico, como se preferissem viver à margem dos benefícios produzidos pela sociedade. Portanto, um raciocínio que parte de premissa falsa, aquela de se imaginar que vivemos numa sociedade que oferece oportunidades iguais para todos de ascensão social e, a partir daí, conclui-se, por exemplo, que o trabalhador poderia adquirir sua casa própria pelo Sistema Financeiro de Habitação mas que prefere invadir propriedade alheia e viver com sua família em condições sub-humanas, fazendo cabanas de lona sua residência. O fundamental, então, é reconhecer que ninguém opta voluntariamente pela exclusão social.

Quando da formulação do ECA, atuou-se para superar o mito jurídico de que a igualdade se garante ao tempo em que todos são tratados de forma igual perante a lei. Na verdade, se a realidade social está a apresentar desigualdades, tratar todos de forma igual perante a lei jamais importará no estabelecimento da isonomia, ao contrário a tendência será de se dar legalidade, de se cristalizar as desigualdades sociais.

O ECA tem como base teórica a **doutrina da**

proteção integral, com a tese fundamental no sentido de que a lei deve assegurar a crianças e adolescentes a possibilidade do exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana, ao tempo em que não devem ser eles tratados como meros objetos de intervenção do Estado e sim como sujeitos de direito. A lei deve então tratar de forma desigual, privilegiada, aqueles que são marginalizados, vitimizados, perseguidos na realidade social.

Devemos então combater o trabalho infantil com a efetivação dos direitos da cidadania, no reconhecimento de que vivemos num país miserável e que, não raras vezes, a subsistência da família se dá como a atividade laboral de suas crianças. Assim, a conscientização dos prejuízos do trabalho não basta, porquanto se mostra ele necessário para a sobrevivência da família. O discurso deverá vir então acompanhado de programas oficiais suplementares, garantidores de renda para manutenção da família.

O governo do Estado do Paraná, através da Secretaria da Criança e Assuntos da Família, desenvolve o programa denominado "Da Rua para a Escola", cujo objetivo é retirar a criança da rua, do trabalho ou da prostituição para ingresso no sistema educacional, sendo que sua família passa a receber cesta básica, desincumbindo a criança da responsabilidade de gerar a subsistência familiar. Por outro lado, a Secretaria de Educação implantou, graças a proposta da professora Clhoris Justem, então do Conselho Estadual de Educação, a chamada **matrícula extraordinária**, que permite a qualquer época do ano o ingresso da criança ou do adolescente no sistema educacional, suplantando aquelas barreiras que as impediam de ter imediatamente acesso à escola

O ECA prevê a obrigatoriedade do poder público em implantar programas oficiais de auxílio a famílias carentes, atuando-se na promoção social da criança via promoção social da sua família que, muitas vezes, por desestruturada, necessita de atendimento prioritário através dos recursos do Estado.

Estima-se que 81% das crianças e adolescentes inseridos no mercado de trabalho não tenham carteira profissional assinada, fazendo portanto parte do contigente cuja mão-de-obra é extremamente barata, além de afastado dos direitos previdenciários e trabalhistas.

Fundamental que se exija, então, paralelamente aos projetos que retiram as crianças das ruas (através dos educadores sociais e não, por certo, da polícia), a implementação de programas de subsistência familiar, para garantir a manutenção da criança no seio da sua família, afora a ampliação da rede de escolas integrais, garantidndo à criança e adolescente uma **formação integral**, com ensino de qualidade, iniciação ao trabalho, profissionalização etc., significando projetá-lo para uma atividade laboral futura revestida de dignidade.

Dá-se ênfase à profissionalização na perspectiva de se evitar tarefas que não servem para iniciação em trabalho algum, que não auxiliam em nada quando da busca de inserção do indivíduo no mercado de trabalho, como por exemplo, o menino empacotador do supermercado, carregador de pacotes nas feiras, guardião de veículos, etc. São propostas de "profissionalização" sem qualquer exigência pedagógica e que deixam de apresentar conteúdos de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada; produzindo no futuro os desempregados que buscam na criminalidade a forma de subsistência. Não é por acaso que mais de 80% dos integrantes do sistema penitenciário são pobres, foram condenados por crimes contra o patrimônio e vão permanecer nos cárceres também sem possibilidade de profissionalização, distanciados de qualquer projeto de vida futura e retornando à sociedade como cidadãos de pior categoria.

O Ministro do Trabalho anunciou em recente seminário que está sendo encaminhado ao Congresso Nacional mensagem legislativa que institui o programa de trabalho educativo para adolescentes de 14 à 18 anos e dá outras providências. Nesta reunião estava ao meu lado um integrante

do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que confessou não ter conhecimento do referido projeto de lei. Assim, o CONANDA, que é responsável pela formulação das políticas de atendimento a infância e a juventude, que discute o trabalho como aprendizado, dando prevalência ao caráter pedagógico e não produtivo, não foi sequer ouvido sobre a matéria. Aliás, o Ministro da Justiça esteve lá abrindo a reunião e fez seu discurso sem mencionar a existência do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do qual ele é inclusive presidente.

Diante de tantas dificuldades, indispensável o desenvolvimento de ações integradas envolvendo as áreas da educação, do trabalho, da promoção social e da justiça.

Neste processo, é desejável que haja integração entre os órgãos envolvidos, evitando-se conflitos como os que ocorriam na época do Programa Bom Menino, em 1989, quando o Ministério do Trabalho autuava as empresas que tinham adolescentes trabalhando sem garantia dos direitos previdenciários e trabalhistas e o Ministério da Previdência autuava porque a empresa não possuía o número de adolescentes correspondente a 5% do quadro funcional, deixando a todos perplexos.

O que se mostra necessário é abrir espaço para participação de todos os segmentos da sociedade no sentido de se investir contra o trabalho infantil, sempre na perspectiva de integração, de esforços conjuntos de todos os órgãos com atuação na área.

Além de sensibilização da sociedade (que não pode aceitar, por exemplo que na frente da sua casa trabalhe uma criança como "guardador de carros"; que o açougue vizinho tenha uma criança empregada que trabalha desde as quatro horas da madrugada; que o caminhão de bóias-frias passe repleto de crianças encaminhadas ao corte de cana ou à colheita de algodão), devemos criar canais de orientação e denúncia, onde a população se informe quanto ao direito das crianças de não

trabalhar e as condições em que a lei permite o trabalho do adolescente.

Temos que estabelecer linhas de comunicação com a sociedade e os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, que são espaços de participação democrática e deverão ser referência nesse processo. Quando da criação dos Conselhos de Direito o legislador teve em mente dar concretude à proposta de democracia participativa contida no parágrafo único, do artigo 1°, da Constituição Federal, que pela primeira vez na nossa história constitucional estabeleceu a possibilidade do **exercício direto do poder pelo povo**, donde a composição paritária e o caráter deliberativo dos mesmos, permitindo aos representantes das entidades da sociedade civil organizada a co-gestão das ações governamentais relativas à infância e juventude, além do controle delas em todos os níveis.

Por outro lado - e já finalizando - insisto que todo cidadão brasileiro tem o dever de colaborar com o processo já desencadeado de organização popular, vez que somente com a sociedade civil organizada - e por isso mesmo politizada - é que se realizarão as reformas estruturais aguardadas pela nação brasileira, como a reforma agrária, a educacional, a tributária, etc., criando-se as condições para atendimento dos milhões e milhões de brasileiros que vivem hoje distantes das promessas de cidadania. Digo isso porque, por mais competente e dedicado que seja o profissional atuante na área da infância e juventude, ele atende adequadamente uma criança e o sistema está produzindo, naquele exato momento, outras mil com idênticas carências. Ou seja, nós atendemos no varejo e o sistema injusto estabelecido no país produz no atacado. O importante é que cada um de nós, em razão do nosso conhecimento e compromisso, possa ser instrumento para organização da sociedade. Os cidadãos organizados politicamente deixam de ser meros objetos da história para se constituir em sujeitos da mesma e, assim, construtores de uma nova ordem social.

Por pensar assim, termino esta minha tese fazendo

o registro de um poema de autoria de um grupo de meninos de rua, de uma comunidade pobre de Curitiba, Profeta Elias. O poema representa a consciência destes meninos, integrados ao Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, politizados e reconhecendo-se como cidadãos, agentes de transformação e não mais meras vítimas do sistema injusto que experimentam. Que o poema fique como emblema da minha participação no 12 Congresso Nacional do Ministério Público e objeto de reflexão para todos:

Nós também queremos viver,
Nós também amamos a vida

Para vocês escola - para nós pedir esmola.
Para vocês academia - para nós delegacia.
Para vocês forró - para nós mocó.
Para vocês coca-cola - para nós cheirar cola.
Para vocês avião - para nós camburão.
Para vocês vida bela - para nós morar na favela.
Para vocês televisão - para nós valetão.
Para vocês piscina - para nós chacina.
Para vocês emoção - para nós catar papelão.
Para vocês conhecer a lua - para nós morar na rua.
Para vocês, está bom, felicidade - mas, para nós, igualdade.

Nós também queremos viver,
Nós também amamos a vida.

CONCLUSÕES :

1) O trabalho infantil, situação concreta de violação das regras constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, restaria erradicado num contexto de pleno emprego para os trabalhadores adultos, de salário justo e digno, de garantia de renda mínima às famílias, de

programas oficiais de auxílio a famílias carentes e de assistência social para quem dela necessite.

2) Entretanto, desde logo, ressalta-se algumas ações possíveis: a) estabelecer canais de denúncia e de fiscalização dos casos de descumprimento da lei; b) emergencialmente, definir e implementar programas para a eliminação do trabalho infantil em áreas reconhecidas como de risco; c) investir contra a evasão escolar, garantindo-se não só o direito de acesso mas, principalmente, de permanência e sucesso no sistema de ensino, contando com a participação do Conselho Tutelar e da Justiça da Infância e Juventude para tal propósito; d) atuar objetivando a conscientização popular no sentido de que o trabalho de criança é proibido por lei e que entre a idade de 14 a 18 anos se deve buscar formação técnico-profissional, observados a freqüência obrigatória ao ensino regular, a atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e o horário especial para o exercício das atividades; e) instituir programas da espécie do de renda mínima, de auxílio a famílias carentes ou outros que garantam a subsistência da criança ou adolescente que, abandonando o trabalho, seja matriculado no sistema educacional; f) como efetivos defensores dos direitos das crianças e adolescentes, e estabelecendo políticas institucionais atendendo ao princípio da *prioridade absoluta* para a infância e juventude (art. 227, da Constituição Federal), intervir o Ministério Público, Estadual, Federal e do Trabalho, de modo a restarem cumpridos os comandos da Constituição Federal, do ECA, da legislação trabalhista e penal.

12.o Congresso Nacional do Ministério Público - Fortaleza/CE - 26 a 29/05/98.

I - DO TÍTULO.

DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LUTA PELO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DO ESTADO COMO FORMA DE DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS FRENTE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

II. DA EXPOSIÇÃO E SUAS JUSTIFICATIVAS.

Autor: ROBERTO LIVIANU
8.o PROMOTOR DE JUSTIÇA DO III TRIBUNAL DO JÚRI DE SÃO PAULO - CAPITAL - ASSESSOR DESIGNADO PELA P.G.J. DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE.

Tema III:

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA NORMA CONSTITUCIONAL E DAS LEIS - DEZ ANOS DA CONSTRUÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Sub-tema V:

O PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DOS INTERESSES SOCIAIS.

A Constituição-cidadã, que em breve completará dez anos de vigência, esculpiu singular e avançado modelo de Ministério Público no Brasil. Consagrando a nível constitucional um novo desenho projetado em parte na Lei de Ação Civil

Pública(n. 7.347/85), a Constituição de 1988 atribuiu à Instituição tarefas importantíssimas.

O artigo 127 traz as linhas gerais de definição do M.P., já anunciando incumbir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O artigo 129, logo a seguir, preocupa-se em arrolar funções institucionais de forma mais especificada, e, no inciso II, encarrega-lhe de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Parece simples a compreensão de ter querido o constituinte resguardar a nível constitucional direitos e garantias, e, concomitantemente, de ter-se preocupado em atribuir ao M.P. o encargo de lutar para fazer valer tais direitos e garantias, ou seja, para que o Poder Público e os serviços de relevância pública os respeitem, sob pena de, em os desrespeitando, sofrerem as conseqüências das medidas adotadas pelo M.P. para que o Direito prevaleça.

No desempenho de seus misteres, o Ministério Público de nosso Estado, na defesa de diversas espécies de interesses da sociedade, além da própria ordem jurídica e do regime democrático, defronta-se, diversas vezes, com condutas inadequadas por parte do Poder Público - estadual e municipal. Ou seja, comumente, direitos assegurados pela Constituição são objeto de violações por parte do Poder Público, o que tem demandado providências judiciais e extra-judiciais pelo M.P. em face do mesmo.

E tais providências, no esteio das melhores lições de Processo Civil, devem sempre ser pautadas pela utilidade. No campo das condições da ação, inclusive, a falta do binômio necessidade-adequação, determinante da utilidade processual, enseja a extinção do processo por ausência de interesse de agir, uma das três condições da ação.

Nesta linha, conjugando-se simultaneamente os lineamentos originados da Lei n. 7.347/85, freqüentemente são deduzidas, no cumprimento da atribuição constitucional do artigo 129, II, pretensões no sentido de condenar o Poder Público às mais diversas obrigações de fazer ou não fazer, instrumentos estes vitais para viabilizar a defesa plena dos interesses da sociedade em Juízo, quer difusos, quer coletivos.

E para se ter noção da abrangência de tais situações, podem-se citar alguns exemplos de direitos constitucionais que têm ensejado atuação do M.P., em ordem seqüencial de aparição no texto constitucional, sem qualquer pretensão de enumerá-los exaustivamente.

A Saúde. Os artigos 196 e 197 trazem as regras definidoras do assunto, segundo as quais a mesma consiste em dever do Estado, que deve prestar os serviços de saúde(definidos como de relevância pública) diretamente ou por terceiros, assegurado o acesso universal e igualitário a tais serviços.

A Educação. Nos termos do artigo 205, a mesma também é dever do Estado. Explicita o artigo 208 quais as garantias para efetivação do dever do Estado. A título ilustrativo, vê-se no inciso I que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria. O artigo 212 fixa patamares percentuais mínimos da receita de impostos a serem aplicados na Educação, para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Meio Ambiente. O artigo 225 disciplina constitucionalmente a matéria. No caput se traçam as linhas gerais do instituto, onde se atribui ao Poder Público o dever de defesa e preservação do mesmo. No parágrafo 1.o do mesmo artigo, são descritos de forma pormenorizada os deveres a ser cumpridos pelo Poder Público nos diversos perfis do assunto, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Criança e Adolescente. No artigo 227, ficam bem claros os deveres do Estado neste campo. Vê-se ali a adoção da teoria da proteção integral à pessoa da criança e do adolescente, chegando-se a se classificar tais deveres como de absoluta prioridade.

Idoso. No artigo 230, esculpem-se os deveres do Poder Público em relação à pessoa idosa, assegurando-se aos idosos a participação na comunidade, defesa de sua dignidade e bem-estar e garantia do direito à vida.

Índio. Enuncia o artigo 231 o dever da União de proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, salientando-se no mesmo dispositivo os direitos dos mesmos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a competência da União para a demarcação de tais áreas, sendo que nesta matéria, eventuais violações poderão ensejar medidas por parte do Ministério Público Federal.

Estes apenas alguns exemplos de deveres do Poder Público explicitados cristalinamente no texto da Constituição. Deveres cujo zelo ao cumprimento cabe, como já se mencionou, ao Ministério Público.

No sistema jurídico como um todo, nas normas infra-constitucionais poderão ser encontradas definições de outros deveres do Poder Público, cujo descumprimento pode ensejar medidas por parte do Ministério Público, como por exemplo, a Lei n. 7.210/84 - Lei de Execuções Penais. Também na Constituição, no artigo 129, III fica nítido ter querido o constituinte outorgar ao M.P. a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Impõem-se aqui algumas asseverações acerca da natureza das normas constitucionais fixadoras de tais deveres ao Poder Público e das inerentes posturas, quer por parte da Administração, quer por parte do Ministério Público.

A simples leitura das regras constitucionais em questão mostra rol de valores sociais primordiais que o

constituinte fez questão de proteger através da criação de deveres concretos inarredáveis por parte do Poder Público.

Tais normas são de eficácia plena, cumprindo ao Poder Público cumprir o teor de seus comandos.

Se o Poder Público não cumpre seus deveres, a própria Constituição, repita-se, legitimou o Ministério Público a adotar todas as medidas necessárias para o adimplemento de tais obrigações.

Imaginando, como é freqüente, que o Ministério Público tenha de lançar mão do instrumento processual da ação civil pública para compelir o Poder Público a cumprir seus deveres, na maior parte das vezes, como é óbvio, ante sua inércia, pedirá o Ministério Público provimento jurisdicional condenatório consistente em obrigação de fazer.

É mais que natural que isto ocorra. É, aliás, da essência do espírito da defesa dos interesses difusos e coletivos em Juízo que se peça condenação à obrigação de fazer algo. Se não houvesse tal instrumento à disposição, com certeza não se poderia adequadamente lutar pela tutela de interesses que dependam de ações não realizadas ou que exijam abstenções de comportamentos nocivos ao interesse da sociedade.

Parece-me ser absolutamente igual a posição ocupada pela pessoa jurídica de direito público ou pela pessoa jurídica de direito privado(ou pessoa física) no polo passivo de tais ações civis públicas. Tanto um como outro ali ocupará lugar de quem agride interesse difuso ou coletivo.

Se qualquer deles descumpriu deveres perante a sociedade, por ação ou por omissão, poderá ter em face de si deduzida pretensão no sentido de se constituir obrigação civil de fazer ou de não fazer.

No que atine ao particular, praticamente nenhuma dificuldade tem encontrado o Ministério Público em obter condenações judiciais em face dos mesmos, obrigando-os a fazer ou a não fazer.

No que tange ao Poder Público, entretanto, bastante significativos(e igualmente infundados) entraves têm sido colocados pelo Poder Judiciário para o acolhimento de tais postulações condenatórias a obrigações de fazer e de não fazer em desfavor dos entes públicos.

E o argumento costumeiramente utilizado é o do poder discricionário da Administração.

Diz-se que o Judiciário não pode invadir área de poder própria do Poder Executivo, sob pena de quebra do equilíbrio entre os três Poderes.

E são vários, infelizmente, os julgados neste sentido. O Acórdão do T.J.S.P. proferido na apelação cível n. 260.369-1/4(da Comarca de Bragança Paulista) é emblemático neste sentido, sendo relator o Desembargador Viana Santos, aliás, presidente da APAMAGIS. Ali se afirma:

"—

As obras públicas, no caso a reforma do prédio da cadeia, estão adstritas aos princípios administrativos da conveniência e oportunidade, ambos subordinados ao maior da discricionariedade estatal.

As obras públicas, portanto, são direcionadas pelo Poder Executivo.

Ademais, obras públicas, quer aquelas de caráter amplo, como também as de natureza específica, envolvem atividades de planejamento e destinação dos recursos públicos, em relação às quais não pode ocorrer a interferência judicial.

Se assim não fosse, mediante ações civis públicas, o governo seria exercido pelo Ministério Público, subtraindo-se do Executivo o Poder de Administrar, que lhe é inerente,

pelas normas e princípios Constitucionais."(grifo nosso)

Esta, decisão proferida em ação civil pública em que se pedia a condenação do Poder Público à obrigação de fazer, consistente em reformar o prédio da Cadeia Pública Municipal de Bragança Paulista, ante o disposto na Lei n. 7.210/84(Lei de Execuções Penais).

Em matéria também relacionada à Lei de Execuções Penais, em que se pedia condenação a diversas obrigações, consistentes em não transferir ou encarcerar na Cadeia Pública de Santa Rosa do Viterbo qualquer condenado em caráter definitivo, além de se pedir remoção para local adequado dos já condenados e a condenação à construção de Casa de Albergado, para viabilizar o regime prisional aberto, na apelação n. 275.785-1/7, também do T.J.S.P. onde foi relator o Desembargador Clímaco de Godoy, igualmente se afastou a pretensão do M.P. sob o mesmo argumento da discricionariedade administrativa.

Em matéria ambiental, em julgado pouco mais antigo, mas igualmente atual, o Ministério Público, em defesa da fauna, postulou condenação a obrigações de fazer concernentes ao zoológico local, mantido pelo Poder Público Municipal, consistentes em registro no IBAMA, contratação de biólogo, veterinário e tratador de animais, além de reformas das instalações do local para torná-las adequadas. Pelo Acórdão proferido na apelação n. 177.477-1, do T.J.S.P. sendo relator o Desembargador P. Costa Manso, decidiu-se também contra a pretensão do M.P., com base na discricionariedade da Administração.

Chama também a atenção certa passagem de tal julgado, ora transcrita:

"—

4. Se as condições em que vivem os animais são insatisfatórias; se por falta de técnicos o

Zoológico não cumpre com a eficiência seria de se esperar suas funções educativas e de lazer; se a falta de alambrados pode por em perigo freqüentadores do Zoológico ou até mesmo outros munícipes - o remédio seria exigir compulsoriamente o fechamento dele e não a obrigação de realizar obras e contratar pessoal em prazo curto, sob pena de multa diária, se ***nem ao mesmo se sabe se o orçamento municipal prevê verbas para tais finalidades ou se verbas outras estejam sendo dispendidas para a consecução de objetivos outros, que o executivo entende prioritários."(grifo nosso).***

Ainda um outro julgado do T.J.S.P.(apelação n. 273.974-1/5-00 - Tatuí), sendo relator o Desembargador William Marinho, enfocando matéria da área da Infância e Juventude, entendeu ser impossível condenar o Poder Público à obrigação de organizar e manter os programas de proteção e sócio-educativos a que aludem os arts. 90, 101 e 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive citando o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Repetiu o entendimento de que acolher a pretensão do M.P. representaria ferir o princípio constitucional da independência de poderes, ainda mais que o Poder Público está sujeito a planejamento orçamentário para realização de seus projetos, sendo inaceitável a intromissão do Judiciário em assuntos inerentes ao exercício de poder discricionário por parte do Poder Executivo.

Ora, os fundamentos desta linha de decidir não resistem a uma análise mais aprofundada.

Foi-se o tempo em que o exercício do poder discricionário poderia ser confundido com o exercício do poder arbitrário, autoritário, obviamente ilegítimo. Foi-se também o tempo em que o Direito se preocupava unicamente com a

existência dos conflitos nitidamente individualizados entre particulares ou entre particulares e o Poder Público.

O mundo passou por profundas transformações das quais não se viu nem pode se ver isento o campo jurídico.

No Direito, passou-se a enxergar com nitidez a importância dos conflitos coletivos e a necessidade de se ter instrumentos para atender a nova e diferenciada demanda de Justiça que incluía naturalmente um importante ator da cena jurídica e política, incumbido da defesa do povo - o Promotor de Justiça.

E por isto, em 1985, nasceu a Lei 7.347 - Lei da Ação Civil Pública, esculpindo as formas de defesa dos interesses difusos e coletivos, pelos instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública, sendo que a Constituição de 1988 consolidou tal caminho, ampliando o alcance da Lei aludida.

E neste novo quadro, as superadas conceituações individualistas sofreram drástica transformação. Inclusive em outros ramos do Direito. O poder discricionário da Administração sob a ótica moderna tem outro perfil.

L. Lopes Kodó (1), Professor da Faculdade de Direito de Santiago de Compostela - Espanha, em 1954 assinalava:

> *"O século XIX foi, aos poucos, tornando jurídica a atividade administrativa. Esse mesmo século "jurisdicionalizou" a Administração, isto é, transformou-a em juiz, incumbido de defender o direito por ela própria violado, para criar mais tarde verdadeiras jurisdições ou tribunais independentes que julgariam os atos da Administração e os retificariam quando a mesma infringisse o Direito estabelecido.*
> *Examinemos essa evolução que se realiza sob a égide da distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário o que condiciona o*

processus de formação do Direito administrativo."

Os conceitos clássicos acerca da dicotomia poder vinculado-poder discricionário são sempre lembrados. Como o de Michoud (2):

"Il y a pouvoir discrétionnaire toutes le fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit."(Há poder discricionário sempre que uma autoridade age livremente, sem que a conduta a adotar seja-lhe imposta previamente por uma regra jurídica).

Bem como o de Giraud(3):

"Il y a pouvoir discrétionnaire pour l'Administration lorsque celle-ci n'est pas obligée par la loi d'adopter une attitude déterminée. Elle a le choix entre l'action et l'abstention, ou si elle agit, elle a le choix entre diverses décisions... Le pouvoir discrétionnaire est une certaine liberté de décision laissée à l'Administration"(Há poder discricionário para a Administração quando esta não é obrigada pela lei a adotar uma atitude determinada. Ela tem opção entre a ação e a abstenção, ou se ela age, ela tem opção entre diversas decisões... O poder discricionário é uma certa liberdade de escolha permitida à Administração).

E, de fato, hoje se conceitua a vinculação da Administração como como a característica do agir obrigatório em face da lei. A conduta é necessária. Tal perfil de atribuição é

detectável pela fórmula adotada pela Lei para a definir. Ilustrando, sempre que a lei usa expressões características de vinculação, como simplesmente FARÁ, FORNECERÁ, INVESTIRÁ, APLICARÁ, SERÁ ou DEVERÁ, ou SERÁ EXPEDIDO, É DEVER DA ADMINISTRAÇÃO, INCUMBE À ADMINISTRAÇÃO, SERÁ CONCEDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO, onde decorre do comando a impossibilidade absoluta de optar por ação ou ou abstenção diversa, temos obviamente regras que vinculam comportamentos administrativos.

Por outro lado, o aspecto discricionário do ato administrativo existe sempre que se permita ao administrador fazer opção entre ações possíveis ou mesmo a escolha entre ação e inação. Também há aqui as expressões características. Como: PODERÁ A ADMINISTRAÇÃO, FACULTAR-SE-Á AO PODER PÚBLICO, etc.

É uma intencional e inequívoca concessão legal do poder de escolha, que se tem chamado(4) "poder de eleição da conseqüência ou do efeito jurídico(Rechtsfolge)".

A escolha será feita conforme a conveniência e oportunidade da Administração(mérito do ato administrativo), no entanto, conforme será desenvolvido logo a seguir, há princípios que norteiam a escolha, como o interesse público, razoabiliadade, moralidade, entre outros, que sempre devem inspirar a prática de atos administrativos em geral.

Além disto, é possível que determinada atribuição da Administração deva ser desempenhada obrigatoriamente(vinculação), mas, podendo este cumprimento de dever acontecer de várias formas.

Assim, parece-me cristalino que a Constituição vincula a Administração Municipal no sentido de investir, no mínimo, 25% da receita de impostos na Educação(manutenção e desenvolvimento do ensino - art. 212 *caput*).

Disse o texto constitucional aplicará, ou seja, determinou um fazer, de forma absoluta. Não há como não

aplicar(vinculação do investimento), não há como aplicar menos do que 25%(vinculação da quantificação), mas quanto, do total, investir-se-á em manutenção e quanto se aplicará desenvolvimento é alvo de discricionaridade.

No artigo seguinte(213) são relacionados os entes potencialmente destinatários de tais recursos públicos e nesta regra já há opção, permitindo-se que além de destiná-los a escolas públicas, o Administrador dos recursos destine-os também a escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais, definidas em lei, desde que sejam atendidos certos requisitos. Assim, há discricionariedade, mas também vinculação acerca dos requisitos e do limite de opções. Ou seja, a discricionariedade pode e deve ser exercida, mas nos limites traçados pela própria lei.

Já o parágrafo 2.o do artigo 213 é puramente discricionário, já que se diz que as atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do poder público.

Importante também tecer alguns comentários, acerca dos limites da discricionariedade administrativa.

Como bem assinala o magistrado Diomar Ackel Filho (5) em percuciente estudo sobre o tema,

> *"Na jurisprudência brasileira, p.ex., houve uma decisão marcante, que alterou toda a orientação acerca da questão. No Tribunal potiguar, o Des. Seabra Fagundes proclamou naquele ensejo que a "competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela", que a discricionariedade se traduzia apenas em maior mobilidade do Administrador, não o liberando das exigências de competência, finalidade e forma(RDA 14/52)."*

Na realidade, a discricionariedade não pode jamais ser vista como forma arbitrária de exercício de poder. Há limites para sua manifestação. Eles advém principalmente da lei e quando a própria lei confere poderes discricionários, o uso deles deve ocorrer de acordo com "princípios de natureza ética, tais como a justiça(bem comum) e a moralidade, igualdade e a proporcionalidade, traduzindo o ideal do bem comum"(6), já que é impossível a lei conter regras para todas e quaisquer situações.

E, além disto, discricionariedade administrativa somente existe quando não exista inequívoca vinculação ditada pela norma.

Com o brilho que lhe é comum, Celso Antônio Bandeira de Mello(7) enfatiza que:

> *"A discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito.*
>
> —-
>
> *em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderá ser validamente adotada, nada importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, pois se a lei exige a adoção da providência ótima, não basta que seja apenas uma dentre as abstratamente comportadas nela. Disto decorrerá então, evidentemente o reconhecimento de que o administrado pode buscar provar tal ato."*

Ora, se a lei vincula, impõe deveres, incogitável a discricionariedade quanto a cumprir ou não tal dever legal.

Impossível exercer escolha que recaia sobre opção não ofertada pela lei, quer o não fazer quando ela determina o fazer, quer o escolher um fazer diferente dos que a lei propõe.

Afonso Rodrigues Queiró(8), Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, define o vício de **violação de lei**:

> "Se a autoridade administrativa viola as normas que limitam o número ou a série dos comportamentos entre os quais ela pode escolher; se contraria a norma que anuncia as circunstâncias em que o seu poder discricionário deve ser exercido, interpretando mal a previsão legislativa, qualificando mal as circunstâncias verificadas ou dando como existentes circunstâncias que se não verificam; se, no exercício de um poder discricionário, finalmente, se apóia em circunstâncias que não têm correspondência com o interesse público específico a prosseguir ou que, tendo-a efetivamente se não verificam os atos assim praticados dizem-se afetados do vício de ***violação de lei***(ou de regulamento)."

Sempre que a lei imponha ônus ao Executivo, se este não executa de ofício a tarefa a que está obrigado, pode e deve o Judiciário, se provocado, exigir-lhe o pronto cumprimento da lei, para o que a ação civil pública é instrumento perfeitamente idôneo.

Nesta trilha é que Diomar Ackel Filho (9) desenvolveu seu brilhante trabalho, estabelecendo importantíssima interface entre a discricionariedade administrativa e a ação civil pública, mostrando a importância de tal instrumento processual frente às novas formas de demanda por Justiça, abordando as obrigações de fazer do Poder Público que possam advir de sentenças

proferidas em ações civis públicas e principalmente afirmando a plena possibilidade de funcionar o judiciário como árbitro do poder público, até mesmo podendo condenar a Administração, "em casos singulares, como p. ex., a construção de obras públicas, altamente necessárias e justificadas pela realidade social."

Afirma ele:

> *"Postas tais considerações, é inevitável a afirmação de que o consumidor(cidadão, contribuinte, usuário da coisa pública) situado diante da Administração pode ter seus direitos reivindicados por meio da ação civil pública, inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária, como na hipótese singular de fazer algum melhoramento público, tal como, v.g. uma passarela em local onde existem muitos atropelamentos, o que se traduz em carência de bem público e obrigação do Poder Público, realidade social, assentada em dados objetivos, que pode ser avaliada pelo Poder Judiciário, sem que se constitua tal ação intromissão indébita em outro Poder, como já se viu, mas apenas controle externo da ação da Administração e da sua consoante à moralidade, bem comum, igualdade, justiça, racionalidade e proporcionalidade, princípios basilares de Direito Público."*

É importante lembrar também que a afirmação por vezes lançada em decisões emitidas em dissintonia com o primado da lei e prevalência do bem comum e interesses sociais que a condenação à obrigação de fazer atenta contra o direito

do administrador de planejar seus gastos, impondo-lhe deveres não incluídos no orçamento é, na verdade, no mínimo, ingênua.

As despesas do Estado para cumprir seus deveres ou gastos permitidos(desde que o administrador opte, no caso de gasto permitido) necessariamente hão de constar da lei orçamentária - que funciona como previsão formal de despesas. Se o administrador não os inclui no orçamento, cujo projeto é de sua iniciativa, é óbvio, não se revoga a lei impositiva dos deveres absolutos, mas sim, vê-se o gestor da coisa pública agindo de forma desidiosa em relação a seus encargos previsíveis.

Representa verdadeira heresia imaginar que a simples exclusão de verba no orçamento impede a responsabilização do Poder Público, já que é sabido ser o orçamento peça que legitima, a princípio, um dispêndio de dinheiro pelo administrador. Mas, naturalmente, a sentença judicial é outra forma de se legitimar o gasto. E ainda poderia o administrador obter suplementações orçamentárias.

Por isto, como bem lembra Celso Ribeiro Bastos(10), ao apreciar a disciplina jurídica do orçamento: "Na medida em que os países repudiam o totalitarismo econômico , tendem também a relativizar o palnejamento."

Relevante lembrar que, além das regras constitucionais que impõem a observância do orçamento, há outras tantas que impõem(conforme já exemplificado) deveres ao Poder Público, sendo imprescindível interpretação sistemática do ordenamento jurídico para não ser o mesmo distorcido.

A jurisprudência começa a se sensibilizar com tal linha de argumentação, acolhendo tal tese, da possibilidade de condenar o Poder Público a realizar obras públicas sem enquadrar tal situação no círculo do poder discricionário, sempre que a Administração tenha deveres e os descumpra.

Assim decidiu-se em histórica e pioneira ação proposta pela Promotoria da Infância e Juventude de São Paulo, que obteve a condenação do Poder Público a realizar obra

pública consistente em reformar unidade da FEBEM, para adequá-la ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Julgou favoravelmente à pretensão do Ministério Público o ven. Acórdão constante da RJTJESP 114/38-41, de 28/03/88, histórico, que entendeu possível pretender obrigação de não fazer no sentido de preservar construção de edifício de valor histórico e arquitetônico, em Ribeirão Preto/SP.

Neste sentido também o julgado proferido no ven. Acórdão da apelação n. 112.282-1 - Casa Branca/SP, que, em matéria ambiental, entendeu ser possível ação civil pública para obrigar o Poder Público Municipal a preservar praça pública, ante seu valor histórico e paisagístico.

Também o julgado contido no ven. Acórdão da apelação n. 251.161-1/4, da Capital/SP, em que a Municipalidade é obrigada à obrigação de fazer consistente em regularizar loteamento, afastando-se o argumento da discricionariedade administrativa.

É pioneiro também o julgado constante da RT 721/207-213, de 27/06/95, do T.J. de Goiás.

Parte tal julgado de lições mais conservadoras, criticando-as e chegando à conclusão do cabimento da ação civil pública para obrigar o Poder Público Municipal a manter praças públicas e áreas verdes.

Chama atenção o senso de justiça social que transpira do julgado, afirmando-se que a utilização da ação civil pública, longe de inviabilizar a Administração, é exercício de seu aprimoramento. E que **"É a única maneira de transcendermos da sociedade mistificada à sociedade necessária, sem mancharmos de sangue as nossas mãos e de guerra a nossa História."**

E conclui: "...na atualidade, não há um gesto, qualquer que seja e de onde quer que parte, violador de direito - individual, coletivo, difuso, público ou privado - que esteja isento de apreciação do Poder Judiciário. Não há impunidade legal para

quem infringe direito. O poder discricionário não está situado além das fronteiras dos princípios legais norteadores de toda iniciativa da administração e sujeita-se à regular apreciação pela autoridade judicante."

É daqueles julgados que mostram uma nova face dos fenômenos jurídicos, distanciando o julgamento dos moldes tradicionalmente individualistas, aproximando-o de formato moderno, atento ao bem comum e aos interesses sociais.

Magistral também é a lição que se colhe do julgado contido no ven. Acórdão proferido na apelação n. 596.017.897 de Santo Angelo, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre pioneiro no desfraldar das bandeiras mais novas da Justiça de nosso país.

Ali, em matéria de Infância e Juventude, afastou-se o argumento da discricionariedade bem como da impossibilidade de condenar o Poder Público pela falta de previsão de gasto pelo orçamento.

Contrasta violentamente da lição contida no julgado de São Paulo cujo relator foi o Desembargador Viana Santos, que afirmara, como já dito, que acolher a pretensão contida em ação civil pública no sentido de condenar o Poder Público a obrigação de fazer importaria em transferir o governo ao Ministério Público e intromissão indevida do Judiciário na esfera do executivo.

Proclama o julgado do tribunal gaúcho:

> *"Assim, quando o judiciário vem a ser provocado por qualquer do povo(mediante ações populares, ações civis públicas e mandados de segurança coletivos, dentre outros remédios processuais, de perfil constitucional, cabíveis), ou pelo Ministério Público(a quem foi atribuída institucionalmente,*

pelo legislador constituinte, a tarefa de defender os interesses públicos em geral, bem como os interesses coletivos e difusos), para analisar a possibilidade de ter havido algum erro por parte dos agentes dos demais poderes, tal fato deve ser encarado com a maior naturalidade, pois é esta a forma de funcionar um sistema realmente democrático.

—-

O que deve acabar, isto sim, é a caolha perspectiva de que há um confronto entre os poderes cada vez que há uma ação judicial envolvendo atos dos demais poderes. Isso deve ser visto com naturalidade, repito, pois se todas as manifestações do Poder - que em si é uno, não se olvide - necessariamente devem, buscar o bem comum, as eventuais demandas judiciais que forem propostas, colocando em dúvida a preservação de tal finalidade, nada mais representam do que uma oportunidade que o sistema oferece para uma última e detida análise da questão, buscando garantir a efetiva consecução do interesse público."

Pode-se dizer com tranqüilidade que a ação civil pública, ao lado da ação popular, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção são instrumentos processuais civis de garantia da cidadania no Brasil.

São frutos amadurecidos ao sopro da evolução do Estado de Direito Democrático, e, mais do que protetores do primado da lei e dos princípios de direito, são guardiões do bem comum.

A ação civil pública é, antes de mais nada, arma do povo para, por meio da instituição pública que o defende, buscar

a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações, como dita o artigo 3, IV da Constituição Federal, ao listar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, ao invés de consistir em intromissão indevida do Poder Judiciário na esfera de ação do Poder Executivo, a condenação do Poder Público a fazer o que não fez e deveria ter feito ou a não fazer o que venha fazendo indevidamente, em defesa do bem comum, é controle imprescindível para a sobrevivência do regime democrático e manifestação natural do sistema de freios e contra-pesos(*checks and balances*), que existe inclusive quando se está diante da discricionariedade administrativa, que não impede que os atos praticados com base nela sejam observados à luz dos princípios que devem inspirar sua edição.

É esta uma realidade de um novo tempo, por cuja prevalência o Ministério Público vem lutando de forma legítima, escudado nos princípios mais sagrados da República Democrática do Brasil.

NOTAS:

(1) L. Lopes Kodó - "O Poder Discricionário da Administração - Evolução Doutrinária e Jurisprudencial" - RDA 35/40-47 - 1954.
(2) e (3) citações feitas por Caio Tácito - "Poder Vinculado e Poder Discricionário" - Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara 19/1-7 - 1968
(4) Almiro do Couto e Silva - "Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro". RDA 179/51-67.
(5) e (6) Diomar Ackel Filho - "Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública" - RT 657/51-59.
(7)Celso Antônio Bandeira de Mello - "Discricionariedade e Controle Jurisdicional" - Ed. Malheiros - 2.a Ed. - 2. tir. - 1996 - pág. 43/4.
(8) Afonso Rodrigues Queiró - "Os Limites do Poder

Discricionário das Autoridades Administrativas" - RDA 97/1-8.
(9) idem a notas (5) e (6).
(10) Celso Ribeiro Bastos - "Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário" - Ed. Saraiva - 3.a Ed. - 1994 - pág. 81.

III - DAS CONCLUSÕES.

1) É totalmente admissível ser a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, pedindo condenação do Poder Público a obrigações de fazer ou de não fazer, que poderá ser postulada em face do não cumprimento de deveres por parte do mesmo, no que pertine a qualquer das espécies de interesses sociais ou individuais indisponíveis.

2) A invocação do princípio da discricionariedade pela Administração não exclui os atos administrativos da apreciação pelo Poder Judiciário, que os poderá invalidar ante a ocorrência de violação a princípios ou requisitos de validade dos mesmos, especialmente o do bem comum e razoabilidade.

3) A falta de inclusão de despesa no Orçamento não impede que se postule o cumprimento dos deveres do Poder Público decorrentes de normas e princípios, sobrevivendo estes mesmo que despesas a eles relacionados não constem do orçamento.

XII Congresso Nacional do Ministério Público

TEMA: Atuação do Ministério Público na defesa da norma constitucional e das leis. Dez anos de construção político jurídica do Estado Democrático de Direito.

SUB-TEMA: Os princípios fundamentais do Ministério Público.

TÍTULO: Da atuação do Ministério Público na defesa do Regime Democrático

---

AUTOR: Márcio Etienne Arreguy
Promotor de Justiça em Minas Gerais

1. Introdução.

O Estado de Direito se constrói mediante o cumprimento das leis, estabelecendo-se a prevalência da norma geral e abstrata, contida em mandamento firmado pela representação popular legítima, cujo caráter cogente determina um **imperativo** que deve moldar o comportamento dos indivíduos.

Os Iluministas, no século XVIII, retomando a corrente de pensamento da Grécia Antiga (sec. IV, A C), pugnavam por um governo de Leis, e não de pessoas. Na vontade abstrata da lei, que reconhece a Cidadania; e na igualdade jurídica entre os homens, residiriam as garantias conferidas aos indivíduos.

Essa consagrada igualdade se constitue no fundamento do regime democrático, que assegura o exercício do voto universal e secreto, para garantir que o poder seja exercido de acordo com a vontade da maioria dos cidadãos, de forma a conferir legitimidade aos atos de Governo.

Entretanto, há pouco mais de cem anos, a escravidão ainda existia nas Américas. Mesmo neste século, as mulheres ainda não votavam.Nos idos dos anos sessenta, nos Estados Unidos da América, os defensores dos direitos civis **ainda** se batiam pela máxima **"one man, one vote"** (um homem, um voto), visando à participação dos negros na vida política nacional.

A grande e decantada democracia americana, fundada sob os alicerces da liberdade e da igualdade, estabeleceu-se, assim, em sua plenitude há **apenas** trinta e quatro anos, quando entrou em vigor a aclamada "lei dos direitos civis". O Pastor Martin Luther King Jr. ganhou o Prêmio Nobel da Paz.

Antes disso, os negros não votavam, nem tinham acesso à educação pública; em condições incompatíveis com a idéia de democracia, onde o voto e a educação são direitos universais inalienáveis. Havia, sim, a manifesta inobservância de princípios elementares do Direito, diante de um imenso contingente populacional formado pelos descendentes dos antigos escravos, absorvidos pela cultura americana (dentre os quais os ícones Louis Armstrong, Joe Louis e Jesse Owens)

A antiga democracia grega, por sua vez, também se compatibilizava com a escravidão, e com a exclusão das mulheres (e, evidentemente, dos escravos) da participação na vida política e da discussão dos assuntos públicos.

A idéia do "regime democrático", tal como hoje o concebemos, vale dizer, em face da Ordem Política, estabelecida com a Declaração dos Direitos Universais do Homem, é assustadoramente recente e inovadora. (Neste contexto, a queda do Muro de Berlin é mero fato conjuntural, de interesse imediato, com repercussões políticas, militares e econômicas, que não toca as relações internacionais no âmbito de sua estrutura).

A igualdade entre homens e mulheres; assim como a igualdade entre as raças deixou de ser apenas um ideal, para

se transformar em norma, fato e direito.

O regime democrático apresenta, sim, o imenso inconveniente de estabelecer a igualdade política entre os individuos. O votos dados pelo físico Albert Einstein, e pelo Santo Francisco de Assis teriam o mesmo valor, e seriam apurados com a garantia do sigilo, equiparados aos votos das pessoas comuns, e incomuns, dentre os quais os ignorantes, os vadios, e os vândalos.

Contudo, o estabelecimento de categorias de eleitores possibilitaria a manipulação do resultado eleitoral - a aferição da vontade geral. Como seria possível estabelecer o exato valor de cada voto, considerando-se os méritos do eleitor? E, o que é pior, **quem** o faria?

Assim, diante do impasse, tornou-se preferível estabelecer-se a igualdade, apesar da distorção que a idéia representa, a procurar-se outro tipo de solução, que, diante das peculiaridades, poderia servir de pretexto para violações de maior gravidade, resultando, por fim, na subversão do regime.

Como poderia, de outra forma, um homem livre, tolerar que o poder político fosse exercido por seus pares?

Longe do ideal da perfeição, a Democracia representa a única alternativa viável para tornar legítimo o exercício do poder, posto que inexistem meios para se estabelecer, de forma válida e justa, os limites das desigualdades entre os homens.

A defesa do regime democrático exige, antes de tudo, o reconhecimento de que nos deparamos diante de concepções novas e revolucionárias, construídas lenta e progressivamente, no decorrer da História.

Não estamos à procura de algo que nos foi tirado. Nossa posição é a mesma da de Moisés, em busca da Terra Prometida. Estamos, sim, lutando por aquilo que nunca nos pertenceu!

2. O Brasil e o Regime Democrático

A história brasileira, a partir do momento em que nos separamos de Portugal, ou seja, desde os instantes primordiais da nacionalidade, tem se notabilizado pela intermitente ruptura da ordem jurídica, e pelo exercício ilegítimo do Poder.

Não nos cabe, aqui, dissecar os detalhes do processo histórico, posto que a obra seria por demais extensa, mas que não se deixe de levar em consideração, de início, a dissolução da Assembléia Constituinte, por Dom Pedro IV e da "carta" (1824) que nos foi outorgada pelo imperador, sem a indispensável participação popular. A Cidadania, ao invés de ser reconhecida como direito, tornou-se mera noção, como que um ideal conceitual inatingível. A Pátria nasceu sem filhos, e repleta de senhores e de escravos.

Com o advento da primeira República (1889), não houve, igualmente, o respeito ao princípio do voto secreto e universal. E, quarenta anos depois, em 1930, Getúlio Vargas instituiu o regime militarista, com o "governo provisório", acompanhando o movimento histórico das ditaduras personalistas, de Benito Mussolini, na Itália, Francisco Franco, na Espanha, e Adolf Hitler na Alemanha (as **medidas de emergência**, após o incêndio do Reichstag, foram reeditadas sucessivamente, ao longo dos anos).

Os bravos heróis da Pátria, contudo, se aquartelaram em 1932, em São Paulo, e apesar de derrotados nas armas, venceram na história, com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição de 1934. . Houve, pela primeira vez, o estabelecimento de regime constitucional legítimo, ungindo-nos com a causa da Liberdade. Tornamo-nos, finalmente, dignos e senhores de nosso destino.

Entretanto, apenas três anos depois, antes que fosse eleito o Presidente da República, o "Estado Novo", comandado por "Herr" Getúlio, pôs fim à legalidade, mergulhando-nos, nas

trevas da ditadura.

Iniciada a segunda guerra mundial, finda quando, finalmente, o "fueher" cometeu suicídio (a guerra no Pacífico já havia sido vencida, na batalha de Midway, quando os japoneses perderam os quatro grandes porta-aviões, incluindo naves e pilotos), a América do Sul ficou sob a zona de influência dos Estados Unidos, nos termos dos acordos de Potsdam e Yalta, e da velha doutrina Monroe. Era, sim, a "nova ordem mundial".

Logo após, foi convocada, então, no Brasil, uma nova assembléia nacional constituinte, reestabelecendo-se a ordem interna.

(E aqui, abra-se um parêntesis. O uso das bombas atômicas teve como finalidade obter a rendição incondicional do Japão, antes que os soviéticos adentrassem o front, e não representou meio de defesa contra agressão injusta, em face do ataque a Pearl Harbour. Em agosto de 1945, os americanos já haviam vencido a batalha de Okinawa, invadindo o território japonês, e detinham domínio aéreo total e superioridade absoluta em armamentos. Trata-se, portanto, de um ato desnecessário e criminoso, que atenta contra toda a Humanidade. É inadmissível que uma nação se valha de tal meio sem o legítimo propósito militar, mas, como instrumento de política internacional. A História ainda haverá de exigir uma prestação de contas. Três dias depois, a vítima foi Nagazaki. Os nazistas, pelo menos, foram julgados em Nuremberg, e, ainda, em julgamentos posteriores. Eichmann foi sequestrado na Argentina e executado em Israel. Do alto escalão, só Martin Borman desapareceu. "Quod delicta, tot poenae")

Retomamos, portanto, em 1946, o caminho democrático e constitucional, fato que deveria ter se consistido na afirmação definitiva do Estado de Direito na vida nacional, em face da vitória dos países democráticos ocidentais. O contexto político internacional não nos poderia ser, inicialmente, mais favorável.

Porém, a "Guerra Fria" (e só quem não sabe do que se passou na Coréia e no Vietnam pode supor que tal adjetivo é aceitável), iniciada naquele ano, foi progressivamente se acirrando, e, menos de vinte anos depois da redemocratização, houve o golpe militar, em 1964, com nova ruptura da ordem. Voltamos, assim, à tirania e à barbárie, em nome da "doutrina de segurança nacional", permanecendo em tal situação por outros vinte anos.

Finalmente, chegamos à Constituição de 1988. Nos instantes finais do regime militar, três anos antes, quando Tancredo Neves foi hospitalizado, o fato se constituiu em impedimento para a posse do presidente indicado pelo colégio eleitoral. O presidente da Câmara dos Deputados deveria, então, convocar novas eleições, segundo a regra da constituição outorgada pelo regime militar, então vigente.

A posse de José Sarney, assim, jamais deveria ter acontecido. É certo que transmissão da posse do cargo de Presidente da República é ato solene e complexo, que somente se aperfeiçoa com o cumprimento das formalidades e requisitos legalmente estabelecidos, envolvendo mais de uma instância da Administração. Somente poderia ter tomado posse aquele que fora escolhido como presidente, e, no impedimento desse, convocar-se-iam novas eleições. O vice-presidente eleito não poderia, em hipótese nenhuma, ter tomado posse no cargo de Presidente, **antes** que o presidente eleito o fizesse! Contudo, diante de conveniências de políticos, e de interesses particulares, vivemos a "era Ribamar".

O casamento, como contrato civil, também é ato solene, sendo a forma de sua essência. Suponha-se que Ribamar fosse a noiva, e que o pretendente não tivesse aparecido na cerimônia. Quando falecido Tancredo, a donzela poderia ter se tornado viúva, mesmo sem ter conhecido o leito conjugal.

A posse do Presidente da República, contudo, por estar completamente inserida no âmbito do Direito Administrativo;

e, ao contrário, do casamento, não era prevista (e ainda não o é) sob a forma nuncupativa, no leito de morte. Sarney só poderia ter tomado posse como Vice-Presidente, e, ainda assim, se Tancredo tivesse se tornado Presidente. Há uma relação necessária de dependência entre os dois mandatos, cuja inobsevância se constituiu em flagrante arbitrariedade.

A Nação assistiu, quase que completamente passiva, à mais esdrúxula aberração jurídica de nossa história recente.

O primeiro ato do novo regime culminou por afrontar acintosamente a idéia do "governo das Leis", que deveria ter se estabelecido.

3. Conclusão

O regime democrático tem sido, assim, meus caros amigos, infelizmente, excepcional, ao longo desses longos anos. Sua defesa haverá de ser permanente, e imensa é a responsabilidade do Ministério Público nessa gloriosa missão.

A Constituição Federal estabelece que incumbe ao Ministério Público a defesa do regime democrático (artigo 127, "caput").

Deve haver, consoante o dispositivo constitucional, a mobilização do Ministério Público Nacional, cuja atuação deve ser positiva e direta, no sentido de promover as medidas necessárias à defesa do Regime.

A Procuradoria Geral da República deve implementar um projeto nacional de defesa do regime democrático, acompanhada das Procuradorias-Gerais de Justiça dos Estados Federados, envolvendo toda a Instituição do Ministério Público.

Parece-nos, assim, necessário formular a presente conclusão, a ser submetida à apreciação deste Congresso.

Os dez anos de democracia, que hoje podemos

comemorar, representam nossos primeiros passos, e muito deve ser feito no sentido de impregnar o sentimento nacional com o ar da Liberdade.

Se o preço pago pela França foi a revolução, e pelos Estados Unidos a guerra, nós pagamos com duzentos anos de atraso, miséria, e tirania.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A REFORMA DA SEGURIDADE SOCIAL

Vicente Elisio de Oliveira Neto
Promotor de Justiça Substituto

1. INTRODUÇÃO

O tema desse estudo é a Reforma da Seguridade Social consoante o projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo Governo Federal. Seu objeto é investigar a repercussão das propostas que integram o referido projeto em face dos fundamentos e objetivos do Estado Social proclamado pelo constituinte de 1988, por ele denominado Estado Democrático de Direito.

Para isso, esclarecemos desde logo, não cuidaremos dos limites impostos ao poder constituinte derivado em razão do resguardo dos direitos adquiridos, questão sempre tratada pelos que analisam o tema.

Na persecução de nosso objetivo, dividimos o estudo em cinco partes, excluída esta introdução.

Inicialmente, procuramos apresentar de forma sistemática o conteúdo do projeto de emenda.

Em seguida, expomos os argumento favoráveis (3) e contrários (4) às alterações constitucionais.

Estado liberal (Estado de Direito), sua superação pelo Estado Social, Estado que se caracteriza pela declaração e garantia dos direitos sociais, por meio da prestação de serviços públicos e interferência na esfera das relações privadas.

Segue-se à investigação do ordenamento constitucional vigente destinada a evidenciar o caráter social do Estado Democrático de Direito, seus fundamentos e objetivos fundamentais, bem como inserir a Seguridade Social no quadro

dos direitos sociais. Isto posto, apontamos as restrições aos objetivos do Estado Democrático em razão das propostas de reforma.

Por fim, expomos nossas conclusões.

2. AS ALTERAÇÕES NA CARTA DE 1988 QUE RESULTARIA DA APROVAÇÃO INTEGRAL DO PROJETO DE EMENDA APRESENTADO PELO GOVERNO FEDERAL.

No item que se inicia, elencamos as mudanças constantes do Projeto de Emenda Constitucional referente à Reforma Previdenciária ou, melhor dizendo, reforma da Seguridade Social, tendo por base o texto publicado no Jornal Folha de São Paulo em 17 de março de 1995.

A ordem de apresentação das modificações é a mesma em que elas aparecem no texto da Emenda.

Por fim, esclarecemos que efetuamos breves comentários a respeito do sentido e/ou do alcance da alteração exposta somente nas hipóteses, por nós consideradas, imprescindíveis, tendo em vista que a discussão crítica da reforma será objeto dos capítulos subseqüentes.

2.1.- Restrição ao Salário-Família

Com a nova redação proposta, o inciso XII do artigo 7°, assim disporia: **"XII – Salário – família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda".**

Atualmente, o salário – família é direito conferido a todos os trabalhadores urbanos e rurais, sem que para fazer jus a este direito se exija qualquer condição. Aprovada a inovação, faz-se mister que, além de trabalhador urbano ou rural, o cidadão perceba remuneração aviltante.

É público e notório que o valor pecuniário pago a título de salário – família é, na atualidade, inexpressivo, com o

que se poderia argumentar que a restrição, ou mesmo extinção do benefício, não acarretaria repercussões de monta no plano social. Contudo, acreditamos que a mudança em tela é de relevante importância para evidenciar o caráter e os objetivos da proposta de reforma previdenciária, para quem a investiga globalmente, como veremos a breve trecho.

2.2- Competência Legislativa em Matéria Previdenciária

Com a alteração do prescrito no inciso XII do artigo 24, retira-se dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 30, inciso II), a competência de que dispõem para legislar concorrentemente sobre Previdência Social. O objetivo é impedir que tais pessoas jurídicas de Direito Público criem seus próprios institutos de previdência.

Além disso, com a inclusão de mais uma alínea (f), ao inciso II, parágrafo 1°, do artigo 61, a iniciativa de lei versando a respeito do custeio da Seguridade Social passaria a ser de competência privativa do Presidente da República.

2.3 – Proibição do Recebimento Simultâneo de Proventos da Aposentadoria com a Remuneração de Cargo, Emprego ou Função Pública

Ao artigo 37 seria acrescido o seguinte parágrafo, *verbis*: **"Artigo 7° - É vedada a percepção simultânea de rendimentos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos mencionados no inciso XVI deste artigo."**

O inciso XVI trata da cumulação remunerada de cargos, que só poderá ocorrer nas hipóteses previstas em suas alíneas a, b e c, a saber:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou

científico;

c) a de dois cargos privativos de médico.

A respeito do tema dispõe ainda a proposta de emenda em seu artigo 16, *verbis*. **"Artigo 16 – o disposto no artigo 37, parágrafo 7 , em relação aos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, somente entrará em vigor dois anos após a promulgação desta Emenda".** (Grifamos)

2.4. – Proibição de Instituir, Manter ou Contribuir para o Custeio de Regime Previdenciário pelo Exercício de Mandato Eletivo

Há a previsão de acréscimo de um outro parágrafo ao artigo 37, em que ficaria estabelecido ser vedado à união, aos Estado, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir ou manter Regime de Previdência pelo exercício de mandato eletivo, bem como contribuir direta ou indiretamente, a qualquer título, para o seu custeio.

A respeito, preceitua o artigo 13 da Emenda, *verbis:* **"Artigo 13. A extinção dos regimes de previdência relativos ao exercício de mandato eletivo não prejudica os direitos à aposentadoria e pensão, nas condições previstas na legislação vigente à data da promulgação desta Emenda, daqueles que estejam em gozo do benefício ou que nessa data tenham implementado os requisitos para obtê-lo.**

Parágrafo único - Lei Complementar disciplinará a responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal, dos Municípios e dos respectivos institutos referente à manutenção dos benefícios mencionados nesse artigo, devendo, igualmente, dispor sobre a situação dos que, tendo contribuído, não fizeram jus a qualquer benefício."

2.5. – O Regime Previdenciário dos Servidores Públicos Civis

A Emenda inova a redação do artigo 40 e seus parágrafos, estabelecendo em síntese, o seguinte:

a) ao servidor das pessoas jurídicas, de Direito Público (Fundações, inclusive), é assegurado regime previdenciário próprio, na forma da lei complementar prevista no artigo 201, que observará os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social definirá regras de cálculo do valor do benefício d(artigo 40, *caput*);

b) o custeio do regime será feito mediante contribuições dos servidores públicos ativos e inativos, bem como dos pensionistas e do respectivo órgão estatal (parágrafo 1°);

c) lei ordinária estabelecerá a regra de reajuste dos benefícios para preservar o seu valor real (parágrafo 2°);

d) ressalvados os cargos previstos no artigo 37, inciso XVI, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime próprio dos servidores, bem como percebê-la cumulativamente com aposentadoria do regime geral (parágrafo 3°);

e) via lei complementar poderão ser estabelecidos requisitos relativos a tempo mínimo de exercício no serviço público e no cargo ocupado pelo servidor, para fins de aposentadoria (parágrafo 4°);

f) os dispositivos supracitados aplicam-se aos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União (parágrafo 5°).

2.6 – Regime Previdenciário dos Servidores Públicos Militares.

Com relação aos integrantes das Forças Armadas e

seus pensionistas, prescreve o texto inovado do parágrafo 9° do artigo 42, um regime previdenciário próprio, custeado por contribuições dos servidores ativos e inativos, pensionistas e da união, na forma da lei complementar prevista no artigo 201, que deverá refletir as peculiaridades da profissão militar, bem como definir limites de idade e regras de cálculo do valor do benefício.

No que diz respeito aos policiais e bombeiros militares suas aposentadorias obedecerão ao disposto no artigo 40, bem como aos preceitos da lei complementar prevista no artigo 201, que deverá refletir as peculiaridades destas profissões.

2.7 – Aposentadoria dos Ministros do Tribunal de Contas da União

A Emenda altera a redação do parágrafo 3° do artigo 73, suprimindo sua parte final, que garantia aposentadoria com as vantagens do cargo, desde que o Ministro o tivesse exercido efetivamente por mais de cinco anos.

Com a alteração, assim estabelecerá o referido parágrafo, *in verbis:* **"Parágrafo 3 – Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça."**

2.8. – Aposentadoria dos Magistrados e Membros do Ministério Público

Conforme já indicamos (2.5), propõe a Emenda a aplicação do Regime Previdenciário dos servidores públicos civis aos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da união.

Aqui apontaremos apenas a supressão do inciso VI, do artigo 93, bem como da alteração do parágrafo 4°, do artigo 129, efetivada para adaptá-lo à supressão indicada.

O inciso VI do artigo 93 assegura aos Magistrados a aposentadoria com proventos integrais, compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, ou facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura.

Como a Emenda estabelece a supressão do inciso acima e do parágrafo 4° do artigo 120 manda aplicá-lo aos membros do Ministério Público, faz-se necessário alterá-lo, retirando a remissão.

2.9 – Acordos e Execuções Trabalhistas

Ao artigo 114, que trata da Justiça do Trabalho, o Projeto de Emenda quer incluir um novo parágrafo, *verbis:* **"Parágrafo 3° – Nenhum pagamento decorrente de acordo ou de execução de sentença será efetuado sem o prévio recolhimento das contribuições sociais incidentes."**

2.10. – Requisição e Acesso, pela Fiscalização Previdenciária, a Informações Relativas ao Patrimônio e Operações Financeiras dos Contribuintes.

Altera a Emenda o texto do parágrafo 1° do artigo 145, que passaria a dispor: **"Parágrafo 1° – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, sendo facultado à fiscalização tributária e previdenciária, nos termos da lei, a requisição e acesso a informações sobre o patrimônio, os rendimentos e as operações financeiras e bancárias dos contribuintes, ficando responsável civil, criminal e administrativamente pela garantia de sigilo dos dados que obtiver e atendido o disposto no artigo 5°, XII".**

2.11 – Alterações nas Competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios Relativas à Instituição de Contribuições Sociais

Duas são as alterações na matéria:

a) propõe a Emenda excluir da competência da União a instituição das contribuições sindicais que, desta forma, não mais figurariam entre as contribuições parafiscais e, por conseguinte, perderiam os privilégios decorrentes deste *status* (artigo 149, caput);

b) com a nova redação do parágrafo único do artigo 149, levada a efeito para adequá-lo ao que passaria a dispor o inciso XII do artigo 24 (ver 2.2), os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não mais poderão instituir contribuições destinadas ao custeio de seus sistemas de previdência.

2.12 – Fim da Imunidade Tributária Específica Prevista no Artigo 153, Parágrafo 2º Inciso II.

Pretende a Emenda suprimir o preceito insculpido no inciso II, parágrafo 2º, do artigo 153. Trata-se de uma imunidade tributária específica do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) em relação aos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pelos institutos de Previdência Pública, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

2.13 – O Financiamento da Seguridade Social

Segundo o projeto, a seguridade terá seu financiamento garantido por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos das pessoas jurídicas políticas, bem como das

seguintes contribuições (artigo 195):

a) do empregador, que poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas em razão da natureza da atividade incidentes sobre: a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados; a qualquer título; à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, a receita ou faturamento; o lucro;

b) do trabalhador e dos demais segurados da Previdência (inciso I, "a", "b" e "c", II, c/c parágrafo 1°).

Além destas contribuições, outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social poderão ser instituídas por lei complementar (artigo 3).

Será definida por Lei Federal os critérios de transferência de recursos para o Sistema Único de Saúde e Ações de Assistência Social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (parágrafo 6°).

Por fim, pretende a Emenda suprimir o privilégio atualmente previsto no parágrafo 7° do artigo 195, que isenta de contribuição à Seguridade Social as entidades beneficentes de assistência social.

2.14- O Direito à Saúde "Nos Termos da Lei"

A nova redação proposta ao artigo 196, insere em seu texto a expressão "nos termos da lei", passando o dispositivo a preceituar: **"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido, nos termos da lei, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".**

2.15. – As Novas Regras do Regime Geral de Previdência Social

A disciplina do novo Regime Geral de Previdência Social que o projeto visa estabelecer altera prescrições do artigo 201 e parágrafos, e pode ser assim sintetizada:

a) a previdência social será organizada, sob a forma de regime geral, de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (artigo 201, *caput*);

b) serão especificados em lei complementar os segurados, as prestações, os prazos de carência e o valor máximo para os benefícios (parágrafo 1°);

c) é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria e pensão aos beneficiários do RGPS, ressalvados os casos de trabalho exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou à integridade física (parágrafo 3°);

d) lei ordinária definirá critérios que assegurem o reajustamento dos benefícios, de modo a preservar-lhes o valor real (parágrafo 4°);

e) nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao do salário mínimo (parágrafo 5°);

f) é vedada percepção de mais de uma aposentadoria a cargo do RGPS, assim como a acumulação de aposentadoria do RGPS com proventos de aposentadoria ou remuneração de cargo, emprego ou função pública (parágrafo 6°).

2.16. – A Previdência Complementar

Com relação ao Regime de Previdência Complementar pretende o projeto firmar o seguinte:

a) será organizado, conforme critérios estabelecidos em lei complementar, sendo facultativa a adesão do segurado vinculado ao RGPS (compulsório), com o fim de complementar as prestações deste regime (artigo 202, *caput*);

b) a participação, a qualquer título, das pessoas integrantes da administração direta ou indireta, dos três níveis, no custeio dos respectivos planos de previdência complementar, não poderá exceder a participação dos segurados (parágrafo 1°);

c) as entidades de previdência privada com fins lucrativos não gozarão de subvenção ou auxílio do Poder Público (parágrafo 2°).

2.17.- A Indeterminação do Valor Mínimo do Benefício Conferido aos Deficientes e Idosos

Com a modificação prevista na Emenda, o inciso V, do artigo 203, passaria a estabelecer, *verbis*: **"V – a garantia de auxílio mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".**

A alteração consiste na supressão de garantia de que tal benefício não seria inferior ao mínimo, consoante dispõe o texto em vigor.

2.18. – Aposentadorias Proporcional e Especial

Consoante prescreve o artigo 10 do projeto, *"ficam extintas a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, bem como a aposentadoria especial de Professor".*

2.19. – Regras de Transição

O projeto de Emenda estabelece uma série de disposições destinadas a disciplinar a fase de transição, ou seja, o tempo que decorrerá entre a promulgação das reformas e a elaboração da legislação complementar e ordinária necessárias, bem como procura determinar critérios que deverão ser observados para o enquadramento das relações jurídicas em curso.

Destas questões tratam particularmente os artigos 7°, 8°, 9° e 11 a 16. De tais preceitos não trataremos, tendo em vista que não interessam ao objeto de nosso estudo.

3 – A DEFESA DA REFORMA

Ao investigarmos os argumentos expendidos pelos defensores da reforma previdenciária constatamos inicialmente que, em regra, não buscam eles justificar as mudanças partindo de uma análise global, na qual se apontaria o sentido e o alcance, os objetivos fundamentais das alterações propostas. Ao contrário, o enfoque prioriza um ou alguns aspectos, uma ou outra proposta, exceção feita ao artigo da lavra do atual Ministro da Previdência Reinhold Stephanes, embora omisso quanto a alguns pontos[1].

Na exposição dos argumentos reformistas que iniciaremos, procuramos apresentá-los em ordem decrescente de generalidade, consoante nossa avaliação.

3.1 – Os Problemas do Sistema Previdenciário Decorrem do Ordenamento Constitucional em Vigor

Embora normalmente não explicitado pelos analistas, na base da maior parte dos raciocínios mudancistas, provavelmente na totalidade deles, encontra-se subentendida a

idéia segundo a qual a disciplina constitucional da previdência social brasileira é a causa primeira dos inegáveis problemas que a afligem. Trata-se afinal, de um imperativo lógico sem o qual não se vislumbraria a necessidade de alterar a Carta Magna.

De modo implícito manifesta-se a idéia quando se afirma, *verbi gratia*, a falência do sistema previdenciário, o expressivo número de benefícios, os "privilégios" dos servidores públicos e magistrados.

Por outro lado, há quem não vacile em expor diretamente o argumento: *o constituinte de 88 instituiu um modelo previdenciário inaplicável em nossa realidade social*"[2].

3.2. – Desproporção entre Benefícios e Custeio

A questão central para muitos é a enorme variedade de benefícios, aliada a escassez de fontes de custeio, formulação que também aparece nas observações dos que percebem a falência da previdência social.

Focalizando o assunto, doutrina Eduardo Gabriel Saad: *"criaram-se benefícios sem qualquer preocupação com o respectivo custeio (...). Basta dizer que países do primeiro mundo (...) não possuem um elenco de benefícios tão extenso e variado como o nosso"*.[3]

3.3 – A Falência do Sistema Previdenciário

Para uns, a previdência social faliu; para outros tantos, o sistema encontra-se às vésperas do colapso. De uma forma ou de outra, é inadiável a reforma salvadora.

Nesse ponto surgem dados estatísticos e valores numéricos dotados de baixa credibilidade, quer pela falta de transparência e controle social dos recursos públicos em nosso

país, quer pela contestação baseada em outros dados e valores apresentados por vozes contrárias ao diagnóstico da quebra do sistema.

Argumenta Stephanes que no período 1980-94, o número de benefícios rurais triplicou e, de maneira geral, o crescimento excessivo de benefícios sem a efetiva contribuição fez com a previdência não disponha de recursos em caixa para melhor remunerar os segurados[4].

A situação é grave, a solução urgente e as propostas do governo apontam no rumo certo, argumenta Nelson Jobim, *verbis: "as alterações propugnadas no âmbito da seguridade social buscam atingir o difícil equilíbrio entre a urgência de se redefinir os planos de custeio e benefício, para prevenir o cada vez mais previsível colapso do sistema previdenciário, tanto do setor público quanto do privado, e a necessidade de se dar aos cidadãos o máximo de visibilidade quanto ao seu futuro, evitando cortes drásticos e abruptos nas relações anteriormente estabelecidas entre cada indivíduo e o seu regime previdenciário"*[5].

3.4. – Aposentadoria por Tempo de Serviço

Um dos principais alvos das críticas reformistas é a aposentadoria por tempo de serviço, particularmente sua modalidade proporcional.

Argumenta-se que os seus beneficiários são das classes mais favorecidas, somente existe no Brasil e em uns poucos países árabes, e, ainda, que os aposentados por tempo de serviço passam a usufruir dos proventos da inatividade em plena forma física do que decorrem dois problemas: o longo tempo de gozo de benefício e seu *status* de não contribuinte, problema este que a reforma busca resolver ao estabelecer que os inativos irão contribuir.

Alega Stephanes *que "as pessoas estão se*

aposentando cedo demais, 64,5% com menos de 54 anos e vivendo em média 18/20 anos com a aposentadoria"[6].

3.5 – Os Benefícios dos Servidores Públicos

Enquanto os segurados do Regime Geral de Previdência Social percebem benefícios de pequeno valor e que não podem ultrapassar o teto previsto em lei, Magistrados, membros do Ministério Público e servidores públicos em geral gozam de "privilégios" em razão de perceberem na inatividade proventos até 20% mais elevados que a remuneração dos ativos, dentre outros.

Tal situação, nas esferas nacional, estadual e municipal, deve ser alterada de imediato, sob pena de comprometer ou inviabilizar as atividades públicas, afirmam os defensores da reforma. *"Na União, os pagamentos com os aposentados e pensionistas se aproximam aos dos trabalhadores ativos. Há Estados e Municípios em que a folha dos inativos supera a dos ativos"*[7].

3.6. – A Previdência Complementar

O Sistema de Previdência complementar, que vem funcionando bem em todo o mundo, pregam os reformadores, é a solução para assegurar a sobrevivência digna dos inativos.

Estabelecido um teto a ser observado em todos os regimes de previdência pública (geral, dos servidores civis, dos militares), será facultado aos segurados complementar seus benefícios através da filiação voluntária ao novo sistema.

Além disso, argumenta-se que a previdência complementar será decisiva para o incremento da poupança nacional, instrumento decisivo para o desenvolvimento pátrio[8].

3.7. – Fim da Isenção às Entidades Filantrópicas

Por fim, a seriedade do projeto de reforma é justificado com o fim da isenção, atualmente existente, usufruída pelas entidades assistenciais, estabelecido na Emenda e muito lembrado pelos meios de comunicação, em face dos escândalos em que tais entidades já figuraram no passado recente.

Ademais, justifica-se a medida afirmando que a isenção em exame prejudica o princípio contributivo do sistema[9].

4 – AS OPINIÕES CONTRÁRIAS

Os opositores da reforma envidam seus maiores esforços para demolir o argumento central dos reformistas, consistente na identificação do ordenamento constitucional em vigor como a fonte dos problemas do sistema previdenciário brasileiro.

Para tanto, iniciam suas análises reconhecendo a existência de problemas e distorções na Previdência Social. No entanto, para eles a solução das dificuldades não decorrerá de alterações no plano constitucional, posto que lá não se encontram suas causas, de ordem administrativa e política, essencialmente.

Por outro lado, buscam reafirmar a imprescindibilidade da atuação estatal no campo de seguridade social, contrapondo-se, por conseguinte, aos ideais privatizantes prestigiados pelos defensores da reforma.

Por fim, articulado a tais pressupostos, formulam duras críticas e aspectos específicos. Do projeto de emenda, como veremos a seguir.

4.1 – Os Reais Problemas do Sistema

As dificuldades enfrentadas pela Previdência Social,

esclarecem os analistas anti reforma, relacionam-se a questões que podem ser solucionadas sem que se faça mister emenda a Carta Magna, quais sejam.

a) desvio de recursos – as receitas da previdência foram empregadas, v.g., na construção de Brasília, volta redonda e Itaipu[10];

b) falhas na organização administrativa;

c) sonegação e apropriação indébita das contribuições previdenciárias, possibilitadas pela fragilidade e deficiência na fiscalização;

d) má-gestão dos recursos financeiros;

e) favoritismo e fraude na concessão de benefícios.

Após analisar tais questões, por ele denominadas pontos de estrangulamento do sistema, o Professor Dalmo Dallari[11] conclui pela desnecessidade e ineficácia da reforma proposta tendo em vista que tais vícios *"devem ser urgentemente combatidos com objetividade, coragem e o Código Penal nas mãos, sem a fantasia da modernidade e a falácia da necessidade de remover obstáculos constitucionais"*.

4.2 – A Importância da Atuação Estatal no Campo Revidenciário

Em verdade, com a reforma previdenciária, o que se busca é estabelecer as bases para a privatização da previdência, concluem os críticos.

Assim sendo, procura-se afirmar a importância da atuação estatal no campo previdenciário, argumentando-se com a insegurança das relações econômicas no mundo atual.

Nesse sentido, ensina o festejado Wladimir Novaes Martinez *que "a instabilidade econômico-financeira própria da artualidade não aponta investimentos como seguros a longo prazo. Inexiste garantia do retorno de aplicações fora de*

instituições, estáveis, como o Estado, e, mesmo com este, o risco é previsível. Poupar por 40 anos, mediante regimes financeiros como capitalização, é aventura arriscada, diante de percalços naturais à rentabilidade de qualquer sistema produtivo ou social".[12]

Tendo em vista as experiências ocorridas em outros países, particularmente no Chile, percebe-se que a privatização dos sistemas previdenciários não é total, no sentido de incorporar todos os segurados do regime público anterior. Normalmente, os benefícios do contingente mais pobre da população são assumidos pelo Estado.[13]

4.3- Aposentadoria por Tempo de Serviço

Como já noticiamos, um dos benefícios mais atacados pelos defensores da reforma é o da aposentadoria por tempo de serviço. Em sua defesa são apresentados dois argumentos, a saber:

a) sua pequena repercussão financeira: as aposentadorias por tempo de serviço somadas as especiais não chegam a representar 8% das despesas do INSS com o pagamento dos benefícios[14];

b) a aposentadoria por tempo de serviço deve ser vista como um fator de atenuação da questão do desemprego, na medida em que contribui para a abertura de vagas no mercado de trabalho[15].

Ainda com relação à aposentadoria por tempo de serviço, há quem indague por qual razão o benefício vem sendo objeto de tantas críticas[16]. Acreditamos ser plausível afirmar que o interesse em suprimir o benefício visa tornar mais vantajoso o sistema previdenciário privado, que os promotores da reforma tentam instituir. Isto porque, extinta tal modalidade de aposentadoria, os segurados seriam obrigados a contribuir por um período mais longo.

4.4 – A Previdência Complementar

Com relação a previdência complementar prevista no projeto de Emenda, apresentada como solução apta a assegurar benefícios equivalentes à remuneração a que faziam jus os segurados no período ativo, bem como fator de incremento da poupança nacional, seus críticos formulam argumentos de peso.

Ampara-se a defesa do regime complementar em sua adoção em diversos países. A fragilidade do argumento é demonstrada por Celso Barroso Leite, que pontifica, ao traçar um panorama da situação dos sistemas previdenciários estrangeiros: *"A previdência complementar também enfrenta dificuldades. Nos Estados Unidos, por exemplo, onde ela é garantida pelo Estado até certo limite, o Presidente Clinton está preparando projeto de reforço dessa garantia. Ou seja, enquanto nós aqui estamos discutindo essa bobagem de privatização da Previdência Social, como se isso fosse possível, os Estados Unidos estão estatizando a previdência complementar, os fundos de pensão"*[17].

Além disso, significativa parcela da população brasileira estaria excluída do regime complementar por não dispor de recursos a aplicar neste sistema de poupança. Investigando o problema concluiu Milton Vasques: *"No sistema de capitalização não há espaço para solidariedade e Justiça Distributiva. Dele estão excluídos os cidadãos cujos rendimentos situam-se na linha de pobreza ou abaixo dela, onde a luta pela sobrevivência se trava no presente, impedindo-os, racional e materialmente, de pensar em poupança para sobrevivência futura. Esses são os maiores clientes da previdência social: os que menos podem contribuir para financiá-la"*[18].

5 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEGURIDADE SOCIAL

5.1. – O Estado Social

Transformação social, política e cultural, decorrente de profundas alterações no campo econômico, e de grande repercussão no mundo jurídico, de capital importância para a compreensão da história das sociedades ocidentais, deu-se em fins do século XVIII e tem por fato histórico emblemático e decisivo a Revolução Francesa de 1789: Cuida-se do fim das monarquias absolutistas, cujo poder tinha por fundamento a vontade divina, com a ascensão da burguesia ao comando do Estado, com a justificativa da fonte popular do Poder Político.

Em substituição ao antigo regime (Estado Absolutista, Despótico), instaura-se o Estado de Direito. A caracterização das estruturas e relações do poder estatal sob a forma do Estado de Direito, consoante a melhor doutrina[19], é efetuada com a indicação dos seguintes traços: a submissão da atividade estatal ao império da lei (Princípio da Legalidade); a adoção da técnica de divisão dos poderes do Estado proposta por Mostesquieu; e, a declaração e garantia dos direitos individuais.

Interessa, para os fins do nosso estudo, ressaltar que dentre os direitos individuais fundamentais reconhecidos no Estado de Direito encontram-se a liberdade e a igualdade. Com relação a liberdade, sua afirmação categórica encontra lugar no âmbito das relações econômicas: os cidadãos são livres para estipularem entre si as condições e bases das relações de trabalho, produção, distribuição e consumo de bens, sem qualquer interferência do Estado, que não deve imiscuir-se na seara das relações privadas. A liberdade é, dessa forma, a liberdade de produzir, de trabalhar, de consumir, em síntese: a liberdade afirmada no Estado de Direito é a liberdade econômica.

A igualdade, por sua vez, é a igualdade formal, jurídica.

Todos são iguais e livres, podendo assim os cidadãos atuarem na sociedade civil, esfera das relações privadas, em condições de igualdade, sem que o Estado possa, ao legislar, criar distinções entre os indivíduos, vez que é da essência da lei a generalidade. A respeito, doutrina José Afonso da Silva: *"a igualdade no Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta"*.[20]

Tais concepções de liberdade e igualdade têm por fundamento a doutrina do liberalismo, político e econômico. O Estado preconizado pelos liberais é o Estado que deve pautar sua atuação pela neutralidade na seara econômica. Visto que os cidadãos são livres e iguais, e que tais direitos devem ser reconhecidos e assegurados pelo Estado, tem-se por conseqüência que não pode ele interferir nas relações intersubjetivas próprias da sociedade civil, ou seja, na órbita das relações privadas.

As proposições do Estado de Direito Liberal serão superadas a partir do início do século XX com a doutrina do Estado Social.

Dentre os fatores apontados como ensejadores do abandono da concepção liberal de Estado destacam-se as lutas dos trabalhadores, particularmente no continente europeu, que exigiam a interferência do Estado na esfera econômica, via legislação disciplinadora das relações de trabalho, bem como a prestação de serviços públicos na área da saúde, educação, habitação, assistência social, etc., e, ainda, a crítica formulada pelo pensamento socialista às relações de produção e apropriação do resultado do trabalho humano típicas do regime capitalista.

No Direito Constitucional comparado, são indicadas as Constituições do México (1917), de Weimar (1926) e a Carta de Bonn (1949), as duas últimas da Alemanha, como as primeiras

a elencar uma nova modalidade de direitos, os direitos sociais, em um capítulo relativo à ordem econômica e social.

A doutrina do Estado Social não é pacífica. Questiona-se desde a propriedade da expressão "Estado Social"ou "Estado Social de direito", até o caráter e os verdadeiros objetivos e ideologia a que serve a teoria do Estado Social. Para uns, trata-se de uma formulação revolucionária cuja aplicação resultaria em alteração do *status quo,* com a supressão do sistema capitalista e consequente instituição do regime socialista; para outros, não passaria de um paliativo destinado a amenizar as condições sociais do sistema vigente; outros ainda entendem ser fórmula apta a, mantido no sistema econômico, tornar concretos os direitos de igualdade liberdade. De nossa parte, preferimos o último entendimento.

Segundo Elías Diaz, na expressão Estado Social de Direito *"o qualitativo social refere à correção do individualismo clássico liberal para afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social".*[21]

A atuação do Poder Público no Estado Social visa a realização da igualdade material entre os cidadãos. Nesse sentido ensina o Mestre Paulo Bonavides que *"o centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade".*[22]

Visto que historicamente a teoria do Estado Social ocupou o espaço aberto com a superação do Estado Liberal de Direito, poderia-se indagar de sua atualidade no momento em que ganha força a retomada dos postulados liberais com a corrente denominada neoliberalismo. A respeito, não vacila Paulo Bonavides: *"O Estado Social é hoje a única alternativa flexível que a democracia ocidental, a nosso ver, ainda possui".*[23]

Sinteticamente, podemos caracterizar o Estado Social apontando os seguintes traços:

a) assim como no Estado de Direito, a atuação estatal encontra-se submetida ao princípio da legalidade, o poder é

exercido por órgãos com atribuições típicas (divisão funcional do poder), e aos cidadãos são assegurados direitos individuais fundamentais;

b) por outro lado, ao contrário do Estado liberal, o Estado Social interfere na atividade econômica, disciplinando-a via legislação, ou atuando diretamente em face de interesse público relevante ou em razão de imperativos da segurança nacional (intervencionismo estatal);

c) a igualdade e a liberdade assumem caráter de direitos materiais, que devem ser concretizados no plano social;

d) assume o Estado Social a responsabilidade de assegurar os direitos sociais de modo a realizar o bem estar social.

5.2 – O Estado Social da Carta de 1988: Estado Democrático de Direito

A realização do Estado Social é afirmação presente, explícita ou implicitamente, no texto das Constituições do Mundo Ocidental[24]. Para tanto, normalmente é dedicado um capítulo da Lei Maior aos direitos econômicos e sociais.

No entanto, não há uniformidade quanto à denominação do Estado. A Carta Alemã, em seu artigo 20, inciso I, firma que a República Federal da Alemanha é um Estado Federal, Democratico e Social. Na lei das leis espanhola prescreve o seu artigo 1° ,inciso I, que a Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito. Por sua vez, a Constituição Portuguesa adota a expressão Estado de Direito Democrático.

Seguindo a terminologia da Lei Fundamental Lusa, com pequena inversão na ordem de seus termos, asseverou o constituinte pátrio que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (artigo 1°). Não há que se levantar dúvidas a respeito da filiação da Lei Maior em vigor ao

grupo das Constituições ocidentais que proclamam o Estado Social. Muito embora a doutrina brasileira do Estado Democrático de Direito ainda esteja por ser escrita, não obstante a riqueza de contornos estabelecidos pelo legislador constituinte, não tergiversam aqueles que, de passagem cuidaram do assunto, quanto ao caráter social do Estado Brasileiro.

O festejado Celso Ribeiro bastos é categórico: *"No entendimento de Estado Democrático de Direito devem ser levados em conta o perseguir certos fins, principalmente sociais, guiando-se por certos valores"*.[25]

No mesmo sentido, e ainda mais incisiva, é a lição de José Afonso da Silva, *verbis*: *"A Constituição de 1988, ao indicar o Estado Democrático de direito, abre às perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana"*.[26]

Tendo-se em vista a caracterização do Estado Social que propomos anteriormente (5.1), as lições acima referidas e a investigação dos dispositivos constitucionais levada a efeito no próximo item, restará afastada qualquer dúvida porventura existente, quanto à essência social de nosso Estado Democrático de direito.

5.3- Fundamentos e Objetivos Fundamentais do Estado Democrático de Direito

Devemos aqui indicar os princípios e valores eleitos pelo constituinte, por ele denominados fundamentos e objetivos fundamentais, para fixar os contornos do Estado Democrático de Direito, que interessam diretamente ao desenvolvimento de nosso estudo.

Já no pórtico constitucional, em seu preânbulo,

encontramos expresso que o Estado Democrático, dentre outras tarefas, destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a Justiça.

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito encontram-se elencados no artigo 1° da Carta Política. Dentre eles, faz-se mister referir a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

O conceito de cidadania, enquanto fundamento do Estado Social, não se restringe a titularidade e exercício dos direitos políticos. A determinação de seu conteúdo só adquire precisão em conexão com o de dignidade da pessoa humana[27].

Por outro lado, a compreensão da dignidade da pessoa humana aludida na Lei Suprema deve afastar a conotação moral que muitas vezes assume a expressão[28]. Deve ser entendido como princípio constitucional fundamental, *"um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"*[29].

É contudo, na doutrina Portuguesa, nas lições de Canotilho e Vital Moreira, que se apreende a acepção e o alcance da dignidade humana enquanto fundamento do Estado Social, consoante os mestres do constitucionalismo português *"o conceito de dignidade humana obriga a densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais"*[30].

Proclamado o Estado Democrático de Direito, definidos os seus fundamentos, optou o constituinte por estabelecer, em sede constitucional (certamente preocupado em orientar o intérprete, o aplicador, o administrador e o legislador ordinário), as balizas da atividade estatal, os alvos que devem ser perseguidos para que se materializem os princípios do Estado Social. Para tanto, o artigo 3° da Constituição

assinala os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro.

Segundo a melhor doutrina[31], os objetivos fundamentais *"são tarefas, metas, que visam a tornar concretas as mesmas idéias ou propósitos assegurados em forma de princípios pela Constituição"*.

Chamamos a atenção para dois deles:

a) construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3° , inciso I);

b) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3° , inciso III).

Com relação à liberdade e a justiça social, já demonstramos a importância que assumem para o Estado Social. Quanto ao objetivo da solidariedade, veremos a breve trecho a relevância que possui em matéria de Seguridade Social.

Quanto aos objetivos atinentes à erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais, cumpre anotar que se fundam no princípio maior do Estado Social que o da realização da igualdade no plano social. Cabe aqui citar a propósito os ensinamentos de Paulo Bonavides: *"O Estado Social é Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas: a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia"*.[32]

5.4. – A Seguridade Social no Quadro dos Direitos Sociais

Posto a claro ser da essência do Estado Social declarar a envidar todos os esforços para a realização dos direitos sociais, é tarefa inafastável determinar quais direitos se incluem nessa categoria por força do ordenamento constitucional vigente, destacando o direito à Seguridade Social.

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e 'infância e a assistência aos desamparados, conforme prescreve o artigo 6° da *Lex Legum.*

Já ensinava o saudoso constitucionalista Meirelles Teixeira que *"no Estado Social, os direitos sociais constituem-se em prestações positivas do Estado destinadas a organizar a assistência econômica, cultural, jurídica etc., para a massa de sus habitantes, especialmente para os mais necessitados e desprotegidos"*.[33]

No mesmo sentido, e chamando a atenção para a necessidade histórica dos direitos sociais, constata-se que *"as modernas constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-los pelo seu trabalho"*.[34]

Dentre os direitos sociais, a saúde, a previdência e a assistência social são reunidos, em nosso Direito Constitucional, em um conceito mais amplo, qual seja o de Seguridade Social. Prescreve o artigo 194, *verbis:* **"Artigo 194. A seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".**

Estabelecida a natureza de direito social de que goza a seguridade social, sua importância é ainda mais ressaltada quando se leva em conta que a seguridade social também se enquadra entre os Direitos Humanos Fundamentais[35].

Retornando à análise do texto constitucional, percebemos que o constituinte dedicou todo um capítulo da Ordem Social (Título VIII) à disciplina da matéria (Capítulo II, artigos 194 a 204). Relembramos que em outros dispositivos

encartados no curso do Texto Magno, a matéria da Seguridade, particularmente a previdenciária, foi objeto da atenção do constituinte.

Para os fins que buscamos, interessa aqui deixar expressos os objetivos ou princípios que devem ser observados pelo Poder Público na realização da atividade de Seguridade Social, previstos nos incisos I a VII, parágrafo único do artigo 194, a saber:

a) universalidade da cobertura e do atendimento;

b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

c) seletividade e distribuividade das prestações;

d) irredutibilidade dos benefícios;

e) equidade na forma de participação no custeio;

f) diversidade da base de financiamento;

g)gestão administrativa democrática e descentralizada.

Por fim, faz-se mister ressaltar o princípio fundamental da Seguridade Social que a doutrina formula, tendo por base a disciplina jurídica da matéria, e que se nos afigura de capital importância para o entendimento das implicações da reforma proposta pelo governo. Trata-se do princípio da solidariedade, assim definido por Wladimir Novaes Martinez, respeitado estudioso do Direito Previdenciário: *"O Principio da Solidariedade Social significa a contribuição pecuniária de uns em favor de outros beneficiários, no espaço e no tempo, conforme a capacidade contributiva dos diferentes níveis da clientela de protegidos, de oferecerem e a necessidade de receberem"*.[36]

5.5 – A Proposta de Reforma da Seguridade Social Implica em Restrições ao Estado Democrático de Direito

"Poderosas forças coligadas numa conspiração

política, contra o regime constitucional de 1988, intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na Lei Maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim inevitável um antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade. Não resta dúvida que em determinados círculos das elites vinculadas a lideranças reacionárias está sendo programada a destruição do Estado Social brasileiro". (Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 366)

A contundente formulação do combativo constitucionalista tem em vista o conjunto das reformas a que se pretende submeter a Lei Maior. Daí porque conclui o Mestre afirmando o objetivo da destruição do Estado Democrático de Direito. Entretanto, como o objeto de nosso trabalho restringe-se à análise da reforma da seguridade, preferimos falar em restrições ao Estado Social.

Em que medida e com que argumentos pode-se afirmar que a reforma da seguridade social restringirá os objetivos do Estado Social nos termos propostos e estabelecidos pelo constituinte de 1988? Na medida que:

a) a proposta busca extinguir e reduzir benefícios como, v.g., a aposentadoria por tempo de serviço e o benefício dos deficientes e idosos. Tais objetivos contrariam indiscutivelmente os fins do Estado Social em razão do agravamento das condições sociais;

b) o projeto aponta para o incremento da previdência complemental facultativa privada. Assim sendo, o Estado transfere ao setor privado, que muito lucrará com tal medida, recursos que irão ingressar em um sistema financeiro de capitalização individualista, em detrimento da Previdência Social, mantida em sistema de repartição baseada na solidariedade;

c) a proposta busca aumentar a arrecadação quer do sistema público, incluindo na categoria dos contribuintes os beneficiários, quer do sistema privado que estimula, posto que impõe teto aos benefícios de categorias que atualmente

percebem proventos equivalentes à remuneração ativa, obrigados deste modo a ingressar no sitema complementar, decorrendo daí um injustificável sacrifício dimensional a repercussão social do conjunto das alterações previstas na Emenda Governista é tarefa impossível no momento. Todavia, é possível desde já concluir que a aprovação da reforma significará um retrocesso em face dos objetivos de construção de uma sociedade justa e solidária que em 1988 despontava no texto constitucional como aspiração dos cidadãos do Estado Social Brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Propõe o atual Governo da Nação uma série de alterações no texto constitucional. Em termos gerais, argumenta ser necessário redefinir o papel do Estado e viabilizar o desenvolvimento e o futuro do país, adaptando-o à realidade mundial, distinta radicalmente da então posta em 1988. Dentre elas, a reforma da seguridade social ocupa posição de destaque.

Em síntese, a reforma da seguridade, aprovada nos termos proposto, implicará em extinção e redução de benefícios, através de mecanismos diversos, transferência ao setor privado da parcela mais lucrativa da seguridade, em detrimento do princípio da solidariedade, e aumento da arrecadação de contribuições, no setor público e no privado principalmente, por meio de inclusão de novos contribuintes e estabelecimento de teto para o pagamento de benefícios.

A defesa de reforma argumenta que a disciplina constitucional na matéria é irreal, os benefícios são excessivos e o custeio reduzido; o sistema encontra-se falido e muitos são os privilégios. Ademais, a previdência complementar estimulada em muito contribuiria para o desenvolvimento nacional ao incrementar a poupança.

Em sentido contrário, argumentam os opositores que

os reais problemas da seguridade estão relacionados particularmente com os desvios dos recursos do sistema, sua péssima administração, fraudes e interferências do fisiologismo político; que não pode o Estado deixar de atuar no ramo; que não se pode desconsiderar as repercussões sociais das mudanças e que a previdência complementar excluirá expressivo contigente social, que não dispõe de recursos para ingressar no sistema.

Acreditamos que uma tomada de posição acerca da reforma deve levar em consideração o Estado social proclamado pelo constituinte de 1988. Não obstante, manifestamos nossa adesão às críticas que não partem diretamente desse pressuposto.

A característica fundamental do Estado Social, denominado em nosso ordenamento constitucional, Estado Democrático de Direito, é Ter por fim a concretização dos direitos sociais.

A investigação do texto constitucional permite que os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado nele proclamado prendem-se à materialização dos direitos sociais, apontando na construção de uma de uma sociedade do bem-estar e Justiça Social. Para tanto, a atividade estatal é encarada como fator imprescindível.

Argumenta-se, ademais, que no período histórico em que vivemos não conseguem os indivíduos isoladamente, sem a colaboração do Poder Público, assegurar uma vida digna para si e para os seus, o que torna essencial a seguridade social garantida e efetivada pelo Estado.

Assim sendo, só uma melhoria substancial nas condições de vida da população como um todo tornaria plausível afastar-se o Estado das responsabilidades e deveres que atualmente lhe incumbem. Considerando-se que, de 1988 até hoje, as condições sociais do povo brasileiro têm se agravado em escala crescente, concluímos inexistir razões que justifiquem

as mudanças propostas.

Por todo o exposto, afirmamos ser necessário, urgente e inadiável que se cumpra a Constituição, ao mesmo tempo em que se leve a efeito as mudanças indispensáveis à construção do Estado Democrático de Direito, mudanças que independem de reforma na Lei Maior.

Em sendo o Ministério Público, por força de imperativo constitucional, responsável pela defesa do Estado Democrático de Direito, não podem os integrantes da instituição, reunidos em Congresso, deixar sem registro que a reforma da seguridade social contraria de modo flagrante os princípios e fundamentos do Estado estampado pelo texto constitucional vigente, inviabilizando a concretização da sociedade de bem-estar e Justiça Social.

Março de 1998.

BIBLIOGRAFIA

. ALMEIDA, Milton Vasques T. de. "O Lobby e a Reforma da Previdência". Folha de São Paulo, 08 de novembro de 1995.

. "Aposentados Festejam Decisão do Supremo". Diário de Natal, 24 de setembro de 1993.

. Associação Paulista de Magistrados. Previdência Social – Uma Análise Compromissada com a Verdade. São Paulo, 03 de fevereiro de 1995.

. BASTOS, Celso Ribeiro & Martins, Ives Gandra da Silva. "Comentários à Constituição do Brasil". São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

. BICUDO, Hélio. "É hora de Cumprir a Constituição". Folha de São Paulo, 27 de abril de 1994.

. BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

. ____. "Teoria do Estado". 3ª edição. São Paulo: Malheiros

Editores, 1995.
. Conheça a Proposta que Muda a Previdência. Folha de São Paulo, 17 de março de 1995.
. CRETELLA JR, José. "Comentários à Constituição de 1988". Rio de Janeiro: Forence, 1988, v. 1.
. DALLARI, Dalmo de Abreu. "Crime de Aposentadoria". Folha de São Paulo, 28 de março de 1995.
. ____. "Moralização da Previdência". Folha de São Paulo.
. FERNANDES, Aníbal. "Uma História de Saques". Folha de São Paulo, 11 de março de 1995.
. FERREIRA, Pinto. "Comentários à Constituição Brasileira". São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.
. GOMES, Orlando & GOTTSCHALK. "Curso de Direito do Trabalho". 14ª edição. Rio de Janeiro: Forence, 1995.
GUSHIKEN, Luiz. "A previdência no seu Devido Lugar". Folha de São Paulo, 03 de março de 1995.
. LEITE, Celso Barroso. Atualidade e Perspectivas da Previdência Social. RPS 172/173.
. ____. "Reforma da Seguridade Social no Brasil". RPS 171/92.
. LOPES FILHO, Osiris. "É Hora de se Administrar a Previdência. Folha de São Paulo, 05 de março de 1995.
. MAGANO, Octávio Bueno. "Reestruturação da Previdência". Folha de São Paulo, 24 de março de 1995.
. MARQUES, Rosa Maria & MEDICI, André Cezar. "A Previdência Social e a Poupança Nacional". Folha de São Paulo, 01 de março de 1995.
. MARTINEZ, Wladimir Novaes. "Macrotendências da Previdência Social". Folha de São Paulo, 16 de outubro de 1995.
. ____. "Os Grandes Problemas da Previdência Social". RPS 178/621.
. ____. "Princípios de Direito Previdenciário". 3ª edição, São Paulo: Ltr, 1995.
. MENDONÇA, Antônio Penteado. "A Reforma da Previdência

e o Seguro". Folha de São Paulo, 27 de março de 1995.
. "Mexendo com o Gigante". Veja, 22 de fevereiro de 1995.
. MURAD, Sérgio Antônio. "Nem Freud Explica". Folha de São Paulo, 25 de novembro de 1995.
. NÓBREGA, Mailson da. "Dramas da Seguridade Social (na França)". Folha de São Paulo, 24 de novembro de 1995.
. OLIVEIRA, Juarez de (org.). "Constituição da República sem Escrúpulos". RPS 172/183.
. SÁ, Thomás Tosta de. "Previdência e Cidadania". Folha de São Paulo, 23 de novembro de 1995.
. SÁ, Xico. "Na Zona da Mata, Aposentadoria é Ficção". Folha de São Paulo, 19 de março de 1995.
. SAAD, José Afonso da. "Curso de Direito Tumultuada da Previdência Social". RPS 174/315.
. SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
. STEPHANES, Reinhold. "O que é Preciso Saber Sobre a Reforma da previdência". Folha de São Paulo, 13 de março de 1995.
. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. "Curso de Direito Constitucional". Rio de Janeiro: Forence, 1991.
."Veja o que Pode Mudar na Previdência". Folha de São Paulo, 19 de fevereiro de 1995.
. VIDAL NETO, Pedro, Princípios da Seguridade Social. RPS 171/106.

[1] - O que é preciso saber sobre a Reforma Previdenciária, FSP, 03/03/95.

[2] - Octávio Bueno Magano, Reestruturação da Previdência, FSP, 24/03/95.

[3] - Reforma tumultuada da Previdência Social, RPS, 174/315.

[4] - O que é preciso saber sobre a Reforma Previdência Social, FSP, 12/02/95.

[5] - Apud, Teresinha Lorena P. Saad, O Ceticismo com a Previdência Social, FSP, 12/02/95.

[6] - O que é preciso saber sobre a Reforma Previdenciária, FSP, 03/03/95.

[7] - Stephanes, artigo citado.

[8] - Thomás Tosta de Sá, Previdência e Cidadania, FSP, 23/11/95; no mesmo sentido: Antonio Penteado Mendonça, a Reforma da Previdência e o Seguro, FSP, 27/03/95.

[9] - Stephanes, O que é preciso Saber sobre a Reforma Previdenciária, FSP, 03/03/95; Celso Barroso Leite, Atualidade e Perspectivas da Previdência Social, RPS 172/175.

[10] - Mexendo com o gigante, Veja, 22/02/95. Segundo o Mestre Anníbal Fernandes, "desde o tempo dos caixas e institutos até o INPS e o INSS, a história da Previdência no Brasil é também a história do saque dos recursos obtidos pelas contribuições, efetuados por sucessivos governos" (Uma História de Saques, FSP, 11/03/1995).

[11] - Moralização da Previdência, FSP.

[12] - Macrotendências da Previdência Social, FSP, 16/10/95.

[13] - Nesse sentido, esclarece Celso Barroso Leite: "... a idéia consiste em privatizar apenas a previdência social da faixa salarial mais elevada, deixando a cargo do Estado, como atualmente, a grande massa de trabalhadores de baixo salário (...) Aqui a contradição é com o princípio da solidariedade, inseparável da Previdência Social" (RPS, 171/94).

[14] - Segundo Raul Portanova, RPS 172/183.

[15] - Celso Barroso Leite, RPS 172/175.

[16] - O Deputado Luiz Gushiken chama a atenção: "Não deixa de ser curioso observar que a aposentadoria por tempo de serviço parece Ter se transformado no vilão da previdência, pois é sabido que esse tipo de benefício tem pequena repercussão financeira nos encargos do sistema", FSP, 03/03/95.

[17] - RPS 172/173.

[18] - O Lobby e a Reforma da Previdência, FSP, 08/11/95.

[19] - José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, pp. 99 e 100.

[20] - Op. Cit., p. 105. Grifamos.

[21] - Apud José Afonso da Silva, op. Cit., p. 103. Em outra passagem citada, propõe o referido autor que o Estado Social "caracteriza-se no propósito de contabilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State"(p. 102).

[22] - Curso de Direito Constitucional, p. 340. Mais adiante, a maior autoridade

pátria em matéria de Estado Social, reafirma a relevância contemporânea, graças ao princípio da igualdade, os direitos sociais fundamentais, conforme perpicazmente assinalou Leibholz, pertenciam à esfera dos direitos que o Estado o concede mas não garante (p. 342).

[23] - Teoria do Estado, p. 225. Assim é porque o Estado Social é uma "opção jurídico-constitucional em proveito de uma ordem econômica e social mais justa e mais humana, indissociavelmente atada a dois princípios que ninguém pode derrogar sem fazer infeliz e cruel o destino de uma nação: a liberdade e a igualdade". (p. 226).

[24] - Cf. José Fonso da Silva. Curso de direito Constitucional Positivo, p. 102.

[25] - Curso de Direito Constitucional, p. 147. Grifamos.

[26] - Curso de direito Constitucional Positivo, pp. 106/7. Grifamos.

[27] - Nesse sentido: José Afonso da silva, op. Cit., p. 93.

[28] - Celso Bastos, Curso de Direito Constitucional.

[29] - José Afonso da Silva, op. Cit., p. 93.

[30] - Apud José Fonso da Silva, op. Cit., p. 93.

[31] - Celso Bastos & Iinves Grandra, Comentários à Constituição do Brasil. V. 1., p. 444.

[32] - Curso de Direito Constitucional, p. 343.

[33] - Curso de direito Constitucional, p. 714. Grifamos.

[34] - Celso Bastos, Curso de Direito Constitucional". P. 227.

[35] - Nesse sentido Pedro Vidal Neto, RPS 1'71/107. Cita artigo 85 da Declaração dos Direitos do Homem, verbis: "Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle".

[36] - Princípios de Direito Previdenciário, p. 93.

Hélvio Simões Vidal

A Privatização das Rodovias Federais
(Regime jurídico do pedágio)

SUMÁRIO: 1. Pedágio: origem histórica e conceituação 2. Concessão de serviço público e a nova Lei n. 8.987\95 3. Preços públicos, tarifas e pedágio 4. Condições para cobrança do pedágio e a atuação do Ministério Público em juízo 5. O conceito de "via alternativa". 6. Conclusões.

1. Pedágio: origem histórica e conceituação

A palavra "pedágio" provém do termo latim "*pedacticum*" - onde se põe os pés - , com origem remota em Roma (HELY LOPES MEIRELLES, "*Pedágio - Condições para sua cobrança*" , RT 430\34), expandindo-se o instituto posteriormente para a Inglaterra, ali utilizado largamente até o século XVIII, sendo aí cobrado daqueles que transitavam com carruagens pelas estradas sujeitas à conservação pela Real Coroa, isentos os doutores e o clero (SIDNEY WEBB, "*The Story of King's Highway*", Londres, 1.922).

Noticia Hely Lopes Meirelles, *ob. e pg. cit.* que o instituto ressurgiu, com foros de modernidade, nos Estados Unidos da América do Norte, quando, em 1940, inauguraram-se as primeiras "*vias expressas*", sob administração de particulares ou de autarquias adrede criadas e que passaram a cobrar pedágio *("toll")* pelos que por elas circulavam e com o objetivo de angariar recursos para a manutenção das vias-expressas.

Investimentos altíssimos foram despendidos em extensos quilômetros das rodovias submetidas ao pagamento do pedágio, noticiando o A. citado que este veio a propiciar recursos para a nova era do desenvolvimento rodoviário, depois da guerra e do aumento do número, peso e velocidade dos veículos motorizados (cf. WILFRED OWEN e CHARLES DEARING, "*Toll Roads and Problem of Highway Modernization*",

Washington, 1951).

Sensível a este posicionamento esclarecedor, podemos afirmar que a origem moderna do instituto está ligada ao período entre e pós 2ª guerra, quando o Estado Americano, para financiar o desenvolvimento e facilitar o intercâmbio e troca de valores, pelo meio de transporte mais utilizado e vulgarizado, passou a demandar sempre maiores investimentos na conservação das rodovias tarefa que não podia, evidentemente, ser finalizada a contento pelo poder público.

Dali, então, espalhou-se pelo mundo, como são exemplos as "*autoroutes*" francesas ou as autovias italianas, hoje privatizadas, porém submetidas a rigoroso controle estatal, mas com progressos notáveis, sendo marcantes as referidas estradas, pela limpeza, conservação, conforto, comodidade, atendimento médico-mecânico gratuito, polícia de tráfego, enfim, por todos os benefícios que a arrecadação das tarifas proporciona, quando aplicadas não só na amortização do capital investido, mas, também e principalmente, na melhoria geral dos serviços prestados a milhões de usuários no continente europeu.

No Brasil, surgiu com a Constituição Federal de 1.946, prevendo o art. 26 que a cobrança do pedágio (facultada tanto à União como aos Estados e Municípios) far-se-ia mediante "*taxa*" *para indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas*"; sendo a matéria, posteriormente, regulamentada pelo Decreto-lei n. 791 de 27.10.1969, adequando esta legislação o regime de cobrança do pedágio, sistematizando-o juridicamente como "*tarifa*" e não "*taxa*" para amortização dos custos de manutenção, atendimento, reparação e amortização de capital investido nas rodovias federais.

O pedágio, não obstante a definição legal, continuava a ser considerado como taxa e não tarifa, do que é exemplo o conceito dado por PEDRO NUNES, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, II, p. 238.: "*Taxa* paga por pedestres, gado ou veículos,

por trânsito ou passagem em pontes, estradas de rodagem, também chamada pedagem ou portagem. Da mesma natureza, mas fins algo diversos o ingresso nas estações de estrada de ferro, ou outros pontos de embarque de passageiros, *taxa* de que são isentos estes e mais pessoa do serviço" (igualmente, *in Dicionário enciclopédico do direito brasileiro*, J.M. CARVALHO SANTOS, vol. XXXVI, Borsoi, Rio de Janeiro, pg. 275).

Modernamente, pode ser definido, com HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 1.993, 6ª ed., pg. 147 como a modalidade de **preço público** cobrado pela utilização de *obras viárias* com características especiais que facilitem o trânsito e o tráfego de veículos ou pedestres.

Estando regulamentado legislativamente pelas Leis n°s. 8.987 e 9.074, ambas de 1.995, dispondo a primeira sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos e a segunda sobre outorga e prorrogações das mesmas, rezando, expressamente, o art. 1° da Lei n. 9.074\1.995 que sujeitam-se ao regime de concessão ou permissão, quando couber, os serviços e obras de competência da União sobre "*vias federais, precedidas ou não de obras públicas*" (inciso IV).

Extrai-se, pois, do conceito, os elementos que constituem o instituto.: a) **preço público** b) cobrado como remuneração pelos **serviços efetivamente prestados ao usuário** c) **caráter facultativo** da utilização e) para **remuneração e amortização de investimentos** em quaisquer **obras de interesse público.**

A notória e crônica incapacidade manifestada pelo Estado em gerir as suas rodovias suscitou a oportunidade de reviver o instituto em comento, estando em curso processos de "*privatização*" em duas importantes rodovias federais, quais sejam, a BR- 040 (no trecho Rio-Juiz de Fora) e "Via Dutra", hoje quase inteiramente submetidas ao regime de concessão

de serviço público, havendo por parte do Poder Público franca obstinação em levar a cabo o projeto, inclusive para outras tantas rodovias sujeitas à jurisdição do DNER.

2. Concessão de serviço público e a nova Lei n. 8.987\95

Anota MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* 8ª ed., 1997, atlas, pg. 241 que a concessão de serviço público foi a primeira forma que o poder público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu, comenta a A., a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e, com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.

Em sua obra fundamental, *Curso de Direito Administrativo*, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO acresce e informa que as concessões tiveram grande preeminência na vida administrativa do país quando os capitais à disposição do Governo eram reduzidos e a tendência liberal imperava, sendo a concessão utilizada para atendimento dos mais importantes e dispendiosos serviços públicos, como água, luz, gás, telefone, esgotos, transportes urbanos e ferroviários, interessando, de regra, ao capital externo (Forense, Rio de Janeiro, 1990, pg. 376).

Posteriormente, em virtude de uma notória e histórica mudança da concepção política e à uma excessiva preocupação com a segurança nacional, as concessões, informa ainda o A., perderam importância sendo que, agora, retorna com bom

fôlego, entregando o Estado, mediante concessão, serviços que a iniciativa privada parece melhor executar, com criatividade, eficiência e economia, liberando-se o Estado de preocupações menores de modo a liberá-lo para concentrar-se em problemas de maior envergadura, como os sociais (ob. cit. pg. 377).

Como visto, a exploração das rodovias (no âmbito federal, estadual e municipal) sujeita-se ao regime de concessão de serviços públicos, facultado ao Estado delegar a particular a exploração de determinados serviços, denominados "*serviços concedidos*" que podem ser outorgados à iniciativa privada através de concessionários, permissionários ou autorizatários, CF, art. 21, XII e 175 (cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Do direito privado na administração pública*, Atlas, 1989), transferindo-se ao particular apenas e tão somente a titularidade da execução do serviço (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., 1992, Malheiros, pg. 337).

Esta chamada "*delegação contratual*" da execução do serviço, feita "*intuitu personae*" submete-se, hoje, ao que dispõe as Leis nºs. 8.987 e 9.074 ambas de 1.995, ficando a elas sujeito, evidentemente, a exploração das rodovias (no âmbito federal, estadual e municipal, parágrafo único, art. 1º da Lei n. 8.987\95), bem como, o regime jurídico da cobrança do pedágio, valendo dizer que trata-se de norma inquestionavelmente de âmbito público e de aplicação compulsória aos demais componentes da Federação, que não podem produzir legislação conflitante com aquela (cf. ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Concessão de serviço público*, Malheiros, 1.996, pg. 15).

Os diplomas legais citados prevêem os elementos básicos para a formalização do ajuste, cumprimento do contrato, período de concessão, obrigação de prestação de serviço adequado pela concessionária, direitos e obrigações dos usuários, política tarifária, licitação, encargos do poder concedente e da concessionária, intervenção na concessão

bem como sua extinção.

Dentre os dispositivos que especificamente tratam da concessão de serviço público e rodovias federais o mais importante, para o tema em debate e discussão, sem dúvida alguma é o que dispõe o art. 7º da Lei n. 8.987\95, onde ampara-se, ao final, a tese apresentada, pois, para o dispositivo legal, inserido no Capítulo III - **Dos Direitos e Obrigações dos Usuários** - "Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, são **DIREITOS** e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesse individuais ou coletivos; III- **OBTER E UTILIZAR O SERVIÇO COM LIBERDADE DE ESCOLHA**, observadas as normas do poder concedente; (...)."

Em boa hora este importante dispositivo legal, porque informa todo o regime jurídico do pedágio em rodovias e auto-estradas, quando não, disciplina especificamente um direito universalmente reconhecido ao particular.: o de utilizar-se, **APENAS SE QUISER**, dos serviços concedidos e explorados pela iniciativa privada, através de remuneração que, a toda prova, somente é devida em caso de utilização **EFETIVA** e **VOLUNTÁRIA** do serviço posto à sua disposição.

Com isto vem o ordenamento atender a um antigo reclame doutrinário, de vozes abalizadas que clamavam por cláusulas e regras legais em favor do usuário dos serviços públicos (concedidos ou não), porque a prática vinha mostrando que a míngua de cláusulas favoráveis à parte economicamente mais fraca, estimulavam os abusos de toda ordem pelas poderosas empresas concessionárias, "*mais preocupadas com a obtenção de lucros que com a eficiente e pronta prestação dos serviços a que se obrigaram*" (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit. pg. 347).

Criou-se, assim, um importante mecanismo jurídico que visa a coibir a "*prestação compulsória*" do serviço, ainda

que disfarçada, porque a **LIBERDADE DE ESCOLHA** não pode ser entendida, hoje, senão como a facultatividade do serviço que pode **LIVREMENTE** ser utilizado; ou seja, tratando-se especificamente sobre a concessão de rodovias **O USUÁRIO NÃO PODE SER COMPELIDO A DELAS UTILIZAR-SE**, sendo-lhe **GARANTIDO** o direito de circular (com todas as comodidades ou conveniências) *ou não*, através da rodovia submetida ao regime de pedágio. No primeiro caso, deverá pagar pelos serviços efetivamente usufruídos, mediante tarifa (art. 9° da Lei n. 8.987\95).

Esta criação legal forja um paralelo direito para o utente.: se o serviço é prestado pode o usuário dele utilizar-se, **INCLUSIVE COMPELINDO O PRESTADOR A FAZÊ-LO ADEQUADAMENTE**, pois, como doutrina Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pg. 347 "*O usuário de serviço público concedido tem ação para fazer valer os seus direitos quando relegados*", mencionando, mais, haver jurisprudência sedimentada "*no sentido de que o pretendente à utilização de serviço concedido pode demandar diretamente o concessionário para constrangê-lo a prestar o serviço, sob pena de lhe pagar perdas e danos ou a multa correspondente, cominada na sentença*" (ob. cit. pg. 348).

De outro lado, não tem o prestador do serviço direito de impor, unilateralmente, a **utilização coativa** pelo usuário da via entregue a sua conta e risco. Se, evidentemente, a prestação do serviço faz-se mediante o pagamento do valor tarifado, não estando o concessionário obrigado a prestar serviços graciosos, esta mesma tarifa somente poderá ser exigida **AO USUÁRIO** que voluntariamente aquiesceu, aderiu ou usufruiu dos serviços. Outro raciocínio seria desvirtuar direito basilar do utente.

Com efeito, sendo direito do prestador do serviço a arrecadação da tarifa regulamentar, este direito somente se impõe e exerce sobre o consumidor daquela modalidade de serviço (utilização de uma rodovia "*privatizada*", v.g.), ou seja

o usuário **DAQUELE SERVIÇO** e não sobre outrem. O utente, se utilizar, com liberdade de escolha, o serviço concedido, estará obrigado a pagar por aquela utilização.

Como leciona DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1.995, pg. 243 "*O trespasse da execução e exploração dos serviços públicos traz implícito o direito do outorgado de exigir* **dos usuários** *o valor tarifado pelo serviço que presta. Desse modo, não está obrigado a prestar o serviço ao usuário que não satisfaça as obrigações que lhe cabem*".

Entenda-se, a exigência legal e regulamentar somente poderá ser feita, **PELO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ESCOLHA**, face **AO USUÁRIO** do serviço. Se não está o concessionário obrigado a dar serviços graciosos a quem seja, não se lhe pode garantir o direito de cobrar tarifa de quem não pretenda ou não utiliza-se dos serviços, porque tal conduta importaria em **PRESTAÇÃO COMPULSÓRIA DO SERVIÇO**, instituto banido da nossa sociedade e do regime das concessões.

3. Preços públicos, tarifas e pedágio

Sustenta o tributarista ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 8ª ed., Malheiros, pg. 300, com base no que dispõe o art. 150, V da Constituição Federal que o pedágio, não obstante o seu "*nomen juris*", constitui-se em verdadeira TAXA DE SERVIÇO "Sempre dentro do assunto ora em estudo, o pedágio, a nosso ver, tipifica verdadeira taxa de serviço, por força do que prescreve o art. 150, V da CF.: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.: (...) estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, *ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público*"

(grifamos). É, portanto, o serviço público de conservação das rodovias que autoriza a instituição do pedágio, verdadeira taxa de serviço, inobstante o seu *nomen iuris*".

Informando, ainda, o mesmo A. que, segundo doutrina tranqüila, a instituição das "*taxas*" tem por hipótese de incidência uma atuação estatal, diretamente referida ao contribuinte, consubstanciando-se ou num serviço público ou num ato de polícia (e daí a distinção feita entre taxas de serviço, pela realização de serviços públicos e taxas de polícia, emergentes de atos de polícia estatal) - ob. cit. pg. 288\289 - finaliza sentenciando que "*A lei, todavia, não pode compelir os administrados que forem proprietários de veículos automotores, a pagarem pedágio (taxa de serviço), exatamente porque a Constituição não permite obrigá-los à "utilização de vias conservadas pelo Poder Público". **Só quem efetivamente utilizar a rodovia conservada pelo Poder Público poderá ser obrigado a pagar o pedágio***" - Curso cit. pg. 293 (g.n.).

Não obstante a posição do eminente tributarista (que insere a cobrança do pedágio entre as taxas e não como tarifa), informa ele com todas as letras, categoricamente, que o pagamento do "pedágio" somente deve ser feito pelo utente do serviço, NÃO PODENDO A LEI OBRIGÁ-LO AO RECOLHIMENTO daquilo que denomina "*taxa*".

Porém, embora deixe profundas implicações quanto à impossibilidade de utilização compulsória do serviço, a posição do Autor citado acima não merece acolhida, no que toca à natureza jurídica da remuneração do serviço. Com efeito, preleciona CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *in Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, Saraiva, 1.996, pg. 76 que.: "Como a remuneração da concessionária faz-se, basicamente, pela cobrança de tarifas cobradas dos usuários, e como delas, então se necessita porque pela concessão o serviço público é prestado por conta e risco daquela entidade colaboradora da entidade pública, é certo

que se tem como fundamental a questão relativa à **política tarifária**" (g.n).

Como, entrementes, lembra a Autora, parte considerável da doutrina tributarista nacional da qual se pode destacar, dentre outros, por exemplo, ALIOMAR BALEEIRO, entende que.: "...a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Privado, seja de Direito Público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este" (*Direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 330).

No mesmo sentido, BILAC PINTO, para quem " o preço é uma receita pública de natureza contratual, não obrigatória, e que, como o seu próprio nome indica, somente pode ser instituído como remuneração de um serviço ou de um bem vendido pelo Estado, atenda sempre a equivalência das prestações recíprocas. Inexistindo, na espécie, qualquer prestação por parte do Estado, em retribuição do pagamento, preço não poder ser" (*Estudos de direito público*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pg. 167).

Não se confundem, pois, taxa e tarifa, sendo, inquestionavelmente, esta última a natureza jurídica da remuneração paga ao concessionário, pela utilização livre, espontânea e EFETIVA dos serviços postos à disposição do usuário. Como conclui, então, CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, ob. cit. pg. 78.: "*Não obstante as opiniões contrárias à espécie tarifa (preço público) a definirem a natureza jurídica do pagamento pelo usuário de serviço público concedido, conforme acima mencionado, a legislação infraconstitucional adotou o modelo tradicionalmente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias em sua maioria*", podendo-se, ainda, acrescentar, com a **Súmula n. 545 do S.T.F.** "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas,

diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

Ou seja, esta COMPULSORIEDADE inexiste, realmente, na cobrança do pedágio, remuneração paga à concessionária do serviço público, posto que é a lei, o regime jurídico que informa ser a utilização deste mesmo serviço apenas facultativa, resultante da conveniência do usuário. Este QUE NÃO PODE SER OBRIGADO A UTILIZAR-SE DO SERVIÇO, quando paga o pedágio, está, então, recolhendo uma TARIFA.

É HUGO DE BRITO MACHADO, *in Curso de Direito Tributário*, Malheiros, 1.996, pg. 330\331 quem esclarece, com precisão.: "Se a ordem jurídica obriga à utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição. Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga à utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois o seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço" (g.n).

Concluindo, a remuneração paga pelo usuário QUE DESEJA LIVREMENTE E SEGUNDO SUA PRÓPRIA CONVENIÊNCIA utilizar-se do serviço concedido é feita mediante **TARIFA**, modalidade de preço público e não por taxa. O pedágio, pois, paga-se mediante preço público, mais precisamente, através das tarifas fixadas pelo contrato e revistas a todo tempo, durante a concessão, pelo Poder Público.

4. Condições para cobrança do pedágio e a atuação do Ministério Público em juízo

Em memorável ensaio que veio à lume no ano de 1.971, e, com base na melhor doutrina nacional e estrangeira existente à época, o inexcedível administrativista HELY LOPES MEIRELLES, "*primus inter pares*" nesta seara do direito, gizava todos os contornos e ângulos que serviriam de supedâneo para a possibilidade de cobrança de pedágio nas rodovias públicas.

Informa o Autor, em parecer também contido *na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, "*Pedágio - condições para sua cobrança*", 1:11-22, 1971, magistralmente, que, sendo o pedágio uma tarifa, portanto preço público, tanto pode ser cobrado pelo Poder Público como por seus concessionários incumbidos da construção e conservação de obras rodoviárias. "*No caso particular do pedágio de rodovia, exige-se que a estrada apresente condições especiais de tráfego (via expressa de alta velocidade e segurança), seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino) embora em condições menos vantajosa de tráfego*".

Estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional (cf. WILFRED OWEN e CHARLES DEARING "*Toll Roads and the Problem of Highway Modernization*" 1.951; DANIEL BOUTET, "*Les Problèmes Routiers aux Êtats Unis*", 1949; M. RUMPLER, "*Situation du Réseau Routier Français*", 1.948; *U.S. Public Roads Administration*, "*Highway Development Administration and Finance*", 1948; Relatório do Congresso Norte-Americano, "*Toll Roads and Free Roads*", 1938. *No Brasil*, vejam-se.: Eng. FRANCISCO SATURNINO BRAGA, "*A propósito de Pedágio*" in Revista do Serviço Público, 1954, vols. I, II e II - Eng. EDUARDO CELESTINO RODRIGUES "*Pedágio*" *in* "*Rodovia*", setembro de 1.952, p. 13, e, também, Recursos

para o Sistema Rodoviário" in "*Boletim Técnico da ARB*", 1968, n. 11; EDMUNDO RÉGIS BITTENCOURT, MAURÍCIO JOPERT DA SILVA, CLÓVIS PESTANA, MOACYR M. A. DA SILVA e MANOEL PACHECO DE CARVALHO, *in* "*Rodovia*" números de março a julho de 1952; "*Anais da III Reunião de Administrações Rodoviárias, Salvador, 1949*)".

Mais, menciona o A. conclusão da III Reunião de Administrações Rodoviárias Brasileiras, realizada em Salvador - Bahia, 1948, assim expressa.: "*É admissível a adoção de pedágio, para amortização dos investimentos de capital, em grandes realizações rodoviárias, tais como pontes, túneis e viadutos e especialmente no caso de auto-estrada,* **desde que o utente possa fazer uso livre de estrada paralela**; - *a arrecadação dessa taxa (preço) constituirá renda própria dos órgãos rodoviários que as constituírem*" (RT 430-37-38).

Analisava o eminente Autor consulta formulada pela DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S\A - empresa ligada ao Estado de S. Paulo bem como ao DER daquele mesmo estado, sobre a possibilidade de cobrança de pedágio na "*Via Anchieta*" e na "*Rodovia dos Imigrantes*" e o parecer ali contido informava sobre a admissibilidade da cobrança pretendida porque.: "*No caso em exame, a DERSA pode cobrar pedágio na "Via Anchieta" e na futura "Rodovia dos Imigrantes", porque estas estradas constituem-se o objeto da sua concessão, e se apresentam com os requisitos técnicos que justificam o pagamento de tarifas pelos usuários que as utilizarem, a saber: são auto-estradas ou vias expressas pavimentadas; são rodovias especiais, com obras de alto custo; são vias de grande segurança de tráfego; são vias bloqueadas;* **são vias que oferecem alternativa para o usuário, visto que, ao seu lado existe outra estrada ASFALTADA, de livre trânsito - a antiga estrada São Paulo - Santos - para os que demandam o mesmo destino** (...)" - g.n. -

Hoje, esta exigência fundamental, antes profligada

pela mais abalizada doutrina nacional e estrangeira, está ancorada em lei, justamente no que dispõe o art. 7°, inciso III da Lei n.8.987\95, ou seja, no Capítulo III - Dos Direitos e Obrigações dos Usuários - que dispõe.: "*Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (...) III - obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente*" (g.n).

Com efeito não se tratando o pedágio de um tributo, como acima suficientemente demonstrado, e não podendo o Poder Público impor, coativa e unilateralmente, a utilização do serviço, mas somente podendo cobrar a remuneração ao usuário que livremente ingressa pela via submetida a regime de concessão, não há outro entendimento razoável para o dispositivo legal supra-apontado, senão aquele já antevisto, há mais de 5 lustros, pelo maior administrativista pátrio, consubstanciando-se a doutrina então preconizada em disposição legal, de caráter público.

Neste ponto, a novel Lei de Concessões é, realmente, inovadora, pois o dispositivo traz salutar comando legal, cuja inobservância fere mortalmente qualquer pretensão a cobrança de pedágio, que, à ausência da reclamada "*liberdade de escolha*" (*rectius* via alternativa livre e desimpedida) desfiguraria o caráter jurídico do instituto, transformando-o em indisfarçável tributo, sem que a tanto estivessem tanto o Poder Concedente quanto o concessionário autorizados.

Por evidente, para haver coexistência entre o direito de ir e vir e a possibilidade de impor-se limitação ao tráfego de pessoas ou bens, mediante a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, direitos com foro constitucional (art. 5°, XV e 150, V CF-88), a síntese da "*quaestio*" somente poderá ser representada pela possibilidade dada ao particular de utilizar-se, de acordo com sua conveniência, da reclamada "via alternativa", independente do

pagamento da tarifa, e desde que aquela possa levá-lo ao mesmo destino, embora em condições menos vantajosas.

Liberdade de escolha e direito à rota alternativa ou via alternativa são conceitos equivalentes, não havendo outra interpretação razoável e lógica para o inciso III do art. 7° da Lei n. 8.987\95, senão aquela sustentada no presente texto.

Com efeito, em obra mais recente (*Direito Municipal Brasileiro, Malheiros*, 6ª ed., 1.993 pg. 147), tratando especificamente do pedágio, HELY LOPES MEIRELLES volve ao mesmo tema em debate, sustentando a tese outrora afirmada, ou seja, da absoluta necessidade de oferecimento ao usuário de uma alternativa viável para que a cobrança da tarifa de pedágio seja legitimamente efetuada.

Discorrendo sobre o tema, enfaticamente, ministra o seguinte.: "*O pedágio é modalidade de preço público (não confundir com taxa) cobrado pela utilização de obras viárias com características especiais que facilitem o trânsito e o tráfego de veículos ou pedestres. A vigente Constituição da República suprimiu a referência que a de 1967 fazia a esse preço público (art. 20, II), por desnecessária. Com efeito, aquela Constituição, depois de vedar as limitações ao tráfego por meio de tributos, excepcionou o "pedágio para atender ao custo das vias de transporte", o que era ocioso ressalvar, porque pedágio não é tributo. Assim, a supressão da ressalva não significou proibição da cobrança de pedágio por qualquer das entidades estatais e seus delegados, desde que justificado pelas características especiais da obra. O pedágio pode, pois ser exigido pela utilização de rodovias, pontes, viadutos, túneis, elevadores e outros equipamentos viários que apresentem vantagens específicas para o usuário, tais como desenvolvimento de alta velocidade, encurtamento de distâncias, maior segurança, diversificando-se de obras semelhantes que se ofereçam como alternativas para o utente. Na doutrina corrente, dois são os requisitos que legitimam a cobrança desse preço público.:*

condição especial da obra, mais vantajosa para o usuário, e a existência de outra, e uso comum, sem remuneração. Sem esses requisitos, torna-se indevida a cobrança do pedágio, como já demonstramos em estudo anterior" (g.n., refere-se o A. a estudo publicado in RDA 104\374 e RDP 16\343).

Extensa bibliografia pode ser citada, especificamente sobre a necessidade de oferecimento de via diversificada ou alternativa para o usuário que não queira valer-se dos serviços ou vantagens trazidas pela rodovia sujeita a regime especial de concessão como vimos acima.

Importante observação também faz HELY LOPES MEIRELLES, na obra *Licitação e Contrato Administrativo* (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes), Malheiros, 1996, pg. 269, ao tratar sobre o contrato de concessão de serviço público, advertindo que a Lei n. 8.987\95 veio preencher uma lacuna em nosso sistema jurídico, visto que o instituto das concessões se ressentia da sistematização da matéria, apoiando-se quase que inteiramente nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes. No que diz respeito, precipuamente, aos DIREITOS DO USUÁRIO, adverte, ainda, o Autor que a míngua de cláusulas em favor do usuário vem dificultando o reconhecimento de seus direitos e estimulando abusos de toda ordem pelas poderosas empresas concessionárias, mais preocupadas com a obtenção de lucros que com a eficiente e pronta prestação dos serviços a que se obrigaram (*Licitação e Contrato Administrativo*, pg. 279).

À falta, então, de dispositivo expresso, antes da vigência da Lei 8.987\95, entendeu o TJSP, em julgado de 25.09.1975, Ap. Civ. n. 244.842, Rel. *Sydney Sanches*, que a cobrança de pedágio não estaria sujeita à prévia existência de alternativa viária desimpedida, em mandado de segurança impetrado face ao Diretor Presidente da DERSA S\A.

A ementa está vazada nos seguintes termos.: "PEDÁGIO - Cobrança - Interdição da Estrada Velha do Mar,

obrigando usuário desta a se utilizar da Via Anchieta - Pretendida ilegalidade do pedágio - Preço público, e não taxa - Tarifa criada por legislação ordinária, quando em recesso a Assembléia Legislativa - Rejeição da tese de que a cobrança estaria condicionada à existência de alternativa viária desimpedida - Denegação da segurança mantida."

Tese esta, se de duvidosa legitimidade, já quando do julgamento da apelação cível supra, face ao que então preconizava a melhor doutrina, encontra-se, hoje, totalmente ultrapassada, e, se admitida, constituir-se-ia em verdadeira aberração, resquício do primitivismo jurídico em que encontrava-se a matéria, agora já diversamente regulamentada e com previsão expressa do direito à "via alternativa" ("*by pass*") para o usuário que não queira utilizar-se dos serviços prestados na rodovia "privatizada".

Com efeito, em recente julgado, o TRF 1ª Região, Rel. *Tourinho Netto*, decidindo Agravo de Instrumento n. 1997 - 01.00.000274-9-MG, em data de 15.04.1997, sendo Agravantes o DNER e a concessionária CONCER Cia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio S\A (que goza dos direitos de concessão para cobrança de pedágio na BR-040 - trecho Rio\Juiz de Fora\MG -), à unanimidade, decidiu que à inexistência da chamada "*via alternativa*" viciada é a cobrança que somente pode alcançar aos usuários e não a terceiros que eventualmente não desejarem utilizar-se dos serviços postos à disposição, em razão do que ratificou-se liminar então expedida em **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, obstando-se, por tempo indeterminado, e, até que a concessionária facultasse ao usuário a escolha mediante a possibilidade de utilização da via secundária, art. 7°, III da Lei n. 8.987\95, no caso específico inexistente.

Por este posicionamento, o TRF-1ª Região, ratificou entendimento anteriormente manifestado pela mesma 3ª Turma quando do julgamento de dois Agravos Regimentais interpostos

em agravo de instrumento (n. 96.01.48552-0-DF e 96.01.49354-9-MG), sendo Relator o Juiz Tourinho Neto, com a seguinte Ementa: "Processo Civil - Ação Civil Pública - Cobrança de Pedágio - Localização da Praça de Pedágio - Finalidade de Impedir a Utilização de Via Alternativa. I - Inocorrência do fumus boni iuris, tendo em vista que a localização da praça do pedágio teve o objetivo de obrigar o uso da estrada federal. Pagamento de pedágio pelos usuários de via alternativa, sem que sejam beneficiados com as vantagens provenientes do contrato de concessão celebrado entre o DNER e a empresa concessionária. II - Se o DNER e a concessionária impõem o pedágio a quem não se beneficia dos resultados do mesmo, para estes é que existe o periculum in mora." (Decisão por unanimidade, J. 10.12.1996).

Este "referendum" à atuação ministerial, na defesa dos interesses dos usuários do serviço público, constitui-se em importante norte jurisprudencial, e o mesmo somente veio à lume face à atuação intransigente do Ministério Público, na defesa de direitos transindividuais em juízo, o que deve ser uma constante em se tratando de "privatização" do Estado, quando a lei deve sobrepairar ante interesses de grupos econômicos neste importante e nodal setor da vida pública.

Com efeito, comentando a Lei de Concessões e Permissões do Serviço Público, DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1996, pg. 612, preleciona, a propósito da reclamada "*liberdade de escolha*", a que refere-se o art. 7°, III da "lex".: "*Também resultou garantido o direito do usuário de obter e utilizar, com liberdade de escolha, o serviço público de seu interesse. O SERVIÇO NÃO PODE SER IMPOSTO; o usuário pode escolher entre os vários que são postos à sua disposição. Uma vez obtido, pode utilizá-lo livremente*" (g.n.).

Poderão alguns dizer que o art. 7°, III da Lei de Concessões, ao dizer que constitui-se direito do usuário a utilização do serviço com liberdade de escolha, não se trata ou

preanuncia a institucionalização do direito à *"via alternativa"*, mas, sim, da inocorrência da exclusividade na prestação do serviço.

Esta interpretação, ao par de equívoca, pretende dar ao dispositivo um entendimento que dele não dimana. Ora, em se tratando de concessão, de uma forma geral, a outorga embora feita *"intuitu personae"* não tem caráter de exclusividade (art. 16 Lei n. 8.987\95) justamente para que seja sempre possível a competição entre os interessados, favorecendo aos próprios usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas (HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 1996, cit. pg. 271), porém, entenda-se, nas hipóteses em que tal é possível, pois, *especificamente no caso do pedágio, a exploração do segmento concedido somente far-se-á pela titular da concessão, sem qualquer competição* que inviabilizaria a exploração.

Ora, para compatibilizar o direito constitucional de ir e vir com a possibilidade de estabelecer limitação ao tráfego de pessoas ou bens, através de cobrança de pedágio (art. 150, V, CF-88) pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, somente atribuindo ao usuário a liberdade de escolha: se for de sua conveniência valer-se dos serviços concedidos (e estes podem não ser exclusivos, art. 16 Lei n. 8.987\95), PODE deles utilizar-se, mediante o pagamento do pedágio; caso contrário DEVE o poder público facultar-lhe o uso de uma via secundária que leve ao mesmo destino, pena de impor-se pelo direito de ir e vir uma retribuição compulsória.

Liberdade de escolha, no que toca à matéria e ao regime jurídico do pedágio, não pode significar outra coisa senão a **OBRIGAÇÃO** do Poder Público em dar ao usuário uma opção, uma alternativa viária que o leve ao mesmo destino daquela outra via sujeita a regime especial de pedágio.

É por isto que tendo o usuário cumprido as exigências regulamentares (no caso específico do pedágio através do

pagamento da tarifa) o concessionário está constituído na obrigação de oferecer, de modo contínuo e regular, o serviço (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1993, pg. 337), porém não apenas em benefício da coletividade, concebida em abstrato, mas **DOS USUÁRIOS**, *individualmente considerados*, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das taxas ou tarifas a fim de serem servidos. A este usuário, e tão somente a este, que livremente quis utilizar-se do serviço, é que o direito faculta exigir, em seu favor, o cumprimento da obrigação, exercitando um direito subjetivo próprio, decorrente da ampla liberdade de escolha na obtenção ou não do serviço (BANDEIRA DE MELLO, ob. e pg. cit.).

5. O conceito de *"via alternativa"*

Matéria conexa com a apontada *"liberdade de escolha"* que consubstancia-se, como visto, na exigência legal de oferecimento pelo Poder Público de uma via alternativa livre e desimpedida que leve ao mesmo destino, situa-se a indagação sobre o conceito de *"via alternativa"*.

Evidentemente que o conceito de *"via alternativa"* não encontra-se na lei, mas, por motivos lógicos, a apuração dos seus requisitos não pode ser feita de modo a possibilitar-se o absurdo. Em se tratando de trânsito de automóveis e veículos não é qualquer via que poderia assumir as vestes de *"alternativa"*. Com isto afasta-se, de logo, a possibilidade de entender-se como via alternativa aquela que não apresente mínimas condições de trânsito, assim considerada a estrada que não ofereça passagem para certos tipos de veículos ou a que somente admite trânsito leve, piso de terra etc.

Sendo a alternativa viária uma faculdade atribuível a qualquer cidadão, a via que permita o *"by pass"* deve possibilitar o trânsito de todo e qualquer automóvel, com mínimas condições

de trafegabilidade, segurança, conforto, embora em condições menos vantajosas do que a auto-estrada submetida a regime de pedágio.

Exclui-se, então, possa ser considerada alternativa uma estrada de chão, de terra batida, em precárias condições de trânsito, porque, assim, não se estaria garantindo a qualquer pessoa a possibilidade de por ali transitar. Hely Lopes Meirelles, *in Pedágio - condições para sua cobrança* (RT 430\39), ao emitir parecer sobre a possibilidade de "*privatização*" na "Via Anchieta" e na "Rodovia dos Imigrantes", informava que tal somente seria possível por existir uma outra alternativa paralela, levando ao mesmo destino daquelas, sendo que esta alternativa estava representada por uma estrada **ASFALTADA** - a antiga estrada São Paulo\Santos - para os que demandavam o mesmo destino.

Isto é o mínimo que se pode exigir de uma estrada para que seja considerada alternativa viária. Não se compadece com o seu conceito, *verbi gratia*, a utilização de estrada sem piso asfáltico, desprovida de segurança mínima, sinalização ou pavimentação e demais requisitos viários, ou seja um "*caminho da roça*", porque, então, não se estaria dando liberdade de escolha alguma ao transeunte, ou esta "liberdade" estaria sendo apenas formal mas camuflada numa impossibilidade factual de trânsito. Ao par destes elementos, pode-se acrescentar que será alternativa a estrada que, levando ao mesmo destino preceda, temporal e cronologicamente, aquela sujeita a regime jurídico de pedágio ou, então, posteriormente, seja posta à disposição do usuário, com os mesmos requisitos.

6. Conclusões

Do exposto, pode-se retirar as seguintes conclusões:

1. O pedágio em rodovias é modalidade de execução delegada de serviço público, sujeitando-se, hoje, inteiramente ao que dispõem as Leis n. 8.987 e 9.074 ambas de 1995;

2.A remuneração paga pelo usuário constitui-se numa tarifa pública e não numa taxa, podendo ser alterada durante a execução do serviço, sem submissão ao princípio da anterioridade;

3.São elementos do instituto "sub comento": a) preço público b) cobrado como remuneração pelos serviços efetivamente prestados ao usuário c) caráter facultativo da utilização e) para remuneração e amortização de investimentos em quaisquer obras de interesse público;

4.Somente legitima-se a cobrança da tarifa existindo alternativa viária que leve ao mesmo destino da via sujeita ao regime especial do pedágio;

5.Constitui abuso de poder a execução do serviço quando ao usuário não é dada a possibilidade de utilização de via alternativa que o leve ao mesmo destino daquela sujeita à cobrança de tarifa pública;

6.Inexistindo rota alternativa desimpedida torna-se ilegal e inconstitucional a cobrança de pedágio;

7.Denomina-se rota alternativa aquela que, sendo asfaltada e com condições mínimas de trafegabilidade e segurança, propicie ao usuário livre escolha na sua utilização, levando ao mesmo destino da rodovia sujeita ao regime jurídico do pedágio.

8.A exigência apontada, qual seja, da obrigatoriedade para o Poder Público em oferecer ao usuário uma alternativa viária, hoje, consta expressamente de texto de lei, sendo o que dispõe o art. 7°, inciso III da Lei n. 8.987\95.

9.O respeito a este basilar direito do consumidor deve ser agasalhado pelo Ministério Público e, quando necessário, tutelado em juízo, através dos mecanismos que a ordem jurídica lhe outorga.

Hélvio Simões Vidal
Promotor de Justiça
Comarca de Matias Barbosa-MG
Fórum local CEP 3620000 Fone 032 273 1144

A POLÍTICA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DO MP NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL

JUSTIFICATIVA

A Constituição Brasileira de 1.988, utiliza-se da expressão "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", em seu Título II, disciplinando um conjunto de direitos e garantias individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e direitos relativos aos partidos políticos. Entretanto, é preciso se estabelecer um paralelo entre os direitos humanos (construção da civilização ocidental, buscando uma dimensão universal), e os direitos fundamentais (positivação por um determinado ordenamento constitucional de diversas espécies de direitos, entre os quais se encontram, e em posição de destaque, os direitos humanos). Assim, embora o termo direitos humanos somente apareça na Carta Magna no artigo referente as relações do Brasil na esfera internacional, no contexto dos Direitos Fundamentais pode-se encontrar um enorme elenco de Direitos Humanos, tais como: do cidadão, do nacional, do trabalhador, direitos coletivos e difusos, à seguridade social, à organização sindical, ao meio ambiente, à cultura, à informação, etc.

A igualdade é o primeiro e um dos principais direitos humanos, garantido pela Constituição. O art. 5o., "caput", CF, fala em igualdade duas vezes, na primeira refere-se a uma igualdade frente a lei, chamada igualdade formal. Por este preceito a Constituição veda, a princípio, a possibilidade de se discriminar em função de qualquer natureza, como sexo ou raça, religião, ou de se privilegiar, afastando assim, para alguns, os rigores da lei. O princípio da igualdade, entretanto, é muito mais complexo, mormente quando enfocado sobre o aspecto da segunda parte do art. 5o. "caput", CF, que fala na garantia à

igualdade, ou seja, no direito a uma igualdade substancial, relativa às condições materiais de vida. Assim, para uma efetiva interpretação da vontade do legislador constituinte, mister se faz a aferição do princípio sob o aspecto formal (impedimento de tratamento desigual entre os cidadãos), e sob o aspecto material (imposição ao Estado de uma ação positiva no sentido de criar condições de igualdade, o que pressupõe o permissivo para o tratamento desigual dos cidadãos, justamente para se buscar aquela igualdade). Exemplo disso é a reserva de um número de vagas aos portadores de deficiência, por ocasião da prestação dos concursos públicos (art. 37, VIII, CF), a progressividade na cobrança dos impostos (art. 145, parágrafo 1o, CF). Portanto, visando a igualdade, não é vedado ao legislador, discriminar positivamente, com o único propósito de se criar melhores condições para um determinado grupo humano, considerado hiposuficiente na relação social **(Cf, Relatório do Núcleo de Estudos de Violência da USP, pg. 13).**

A POLÍTICA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL

Pode-se dizer que na esfera da proteção internacional dos direitos humanos, em suas variadas modalidades, o Brasil deu sempre seu apoio integral aos instrumentos e iniciativas das Nações Unidas, desde o seu início. O Brasil deu apoio às Declarações das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, proclamada pela XVIII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas (1.963, Resolução 1904) e sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, proclamada pela XXII Sessão da Assembléia das Nações Unidas **(1967, Resolução 2263).**

Ainda no âmbito dos tratados internacionais, registre-se a adesão recente do Brasil à Convenção Americana sobre

Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificados em 1992. Ressalte-se que o artigo 26 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos determina expressamente:

"Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito sem discriminação a uma igual proteção da lei. Por este fato, a lei deve interditar toda discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda discriminação, especialmente de raça, sexo, lingua, religião, opinião política ou de qualquer índole, origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação" (cf, 10o. Relatório Periódico Relativo à Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores, 1996, pg. 11/12).

Já no âmbito interno, a sociedade brasileira, mais especificamente, o próprio Governo Federal, vêm admitindo que o país, asssolado pela violência, sujeita-se a graves violações de direitos humanos, a exigir-se de todas as autoridades, nas mais variadas esferas de governo, a promoção de planos de ação de proteção aos direitos humanos, seguindo-se, inclusive recomendação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1.993.

E foi dentro deste contexto, que no ano de 1.996, foi feito o lançamento do Programa Nacional de Direitos Humanos - P.N.D.H. - pelo atual Presidente Fernando Henrique Cardoso, definindo, finalmente, um quadro de referência para uma verdadeira política pública na área de direitos humanos **(in, Mobilização Social - José Bernardo Toro A. Nísia Maria Duarte Werneck - Apresentação, pg. 04).**

Ao instituir o Programa, o Governo Brasileiro reserva importância impar à matéria direitos humanos, sendo um dos primeiros países a conceder status de política pública ao assunto, considerado de significativa importância política e social,

em nível mundial, por se tratar de verdadeiro corolário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto assim que por ocasião de sua instituição arremata o Chefe do Estado e da Nação:

"Não há como conciliar democracia com as sérias injustiças sociais, as formas variadas de exclusão eas violações aos direitos humanos que ocorrem em nosso pais. A sociedade brasileira está empenhada em promover uma verdadeira democracia. O Governo tem um compromisso real com a promoção dos direitos humanos" (in, Direitos Humanos, Um compromisso de todos - Instituto Teotônio Vilela - Apresentação, pg. 04).

Inobstante o esforço demonstrado pelo Governo Federal, mister tornar digno de nota que a realidade brasileira ofusca o discurso governamental. É cediço que o Brasil se encontra na posição de um dos países mais desiguais do mundo, bem como um dos mais violentos. A realidade brasileira vem nos apontando que crime organizado, o tráfico de entorpecentes, o extermínio de crianças e adolescentes, bem como a formação e atuação de grupos neo-nazistas, começam a ser incorporadas na relação social como acontecimentos naturais das grandes metrópoles, como se nada pudesse ser feito para alterar-se esta constatação.

Estudo recentemente realizado pela Organização Panamericana de Saúde, envolvendo pesquisas em 08 (oito) cidades da America Latina, inclusive o Rio de Janeiro, revela que a maior ameaça à sociedade é a sua própria agressividade, bem como passividade diante da dissseminação das violações dos direitos humanos. O trabalho, intitulado Atitudes e Normas Culturais Frente à Violência em Cidades Selecionadas da Região das Américas, foi apresentado no mês de fevereiro de 1.998 em Washington e serviu para debates promovido pela Universidade de Havard. A conclusão mais constrangedora para o Brasil é a de que o Estudo prova que a violência civil é tida

como uma epidemia em nosso país **(in, O Estado de São Paulo, 08.03.98, pg. B-02).**

E ilustrando a realidade, conferida por estudiosos no exterior, veja-se o **CASO DO INDIO PATAXÓ GALDINO**, de repercussão e acompanhamento internacional, contendo, agora, orientação jurisprudencial do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que analisando recurso interposto pela brilhante colega de "Parquet" da Capital da República, proferiu decisão consistente no fato de um dos Desembargadores componente da Câmara Julgadora, sustentar em sede do v. Acórdão que: **"O fogo queima mas não mata" (Cf, Programa JÔ SOARES - 11:30, de 11. 03.98).**

Tendo em vista a onda do festejado "neoliberalismo econômico", simbolizando uma perigosa tendência dos direitos sociais, é urgente clamar pela indivisibilidade e universalidade dos Direitos Humanos. A onda neoliberal, fruto do processo de globalização econômica, pode levar à internacionalização da miséria, mediante a negação de relevantes direitos sociais, econômicos e culturais. Através desse processo, estaria rompida a indivisibilidade dos Direitos Humanos, e, consequentemente, violado o próprio valor da prevalência destes direitos. Sem a prevalência dos Direitos Humanos não há democracia possível. Por isso, mais do que nunca é hora de resgatar a indivisibilidade de nossos direitos **(Flávia Piovesan, in, Panorama da Justiça, pg. 36).**

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL

A importância do Ministério Público no debate em questão se vincula à constatação de sua visibilidade como agente político imprescindível às transformações que se faz necessária impor no conjunto social, de modo a fazer valer a indivisibilidade dos Direitos Humanos, bem como a satisfação dos interesses

indisponíveis da própria sociedade.

Anoto que o constituinte de 1.988 erigiu a dogmas constitucionais os princípios da não submissão à tortura e do combate a todas as formas de discriminação racial (art. 5o, III e XLI, da Constituição Federal), impingindo ao legislador infra-constitucional a incumbência do estabelecimento do fato considerado criminoso e a sanção penal correspondente.

Somente no ano de 1.997, em obediência ao comando constitucional, advém a lei tratando da Tortura (Lei 9.455/97), enquanto que a lei que trata da discriminação racial, embora de 1.989 (Lei n. 7.716), é alterada somente no ano de 1.997 (Lei 9.459/97), apresentando entre outras modificações, o crime de injúria, através da utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, conferindo legitimidade ao ofendido para a propositura da ação penal, ofuscando a atuação do órgão ministerial em infração penal deste jaez, ensejando, em razão de sua impropriedade, a elaboração de novo projeto de lei, tornando o crime de ação penal pública, condicionada à representação do ofendido (Projeto de Lei n. 3.540/97, de autoria do Dep. Luis Alberto Silva, ainda em trâmite perante a Comissão de Constituição e Justiça).

Por outro lado, é inegável que a Carta Magna de 5 de outubro de 1.988 também conferiu ao órgão do Ministério impar conformação constitucional, no conserto das instituições democráticas, não somente acomodando-o em capítulo a parte dos demais poderes estatais, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional (art. 127, CF), mas também erigindo a dogmas constitucionais seus princípios e atribuições (arts. 128 e 129, CF), até então encartados em legislação infra-constitucional.

Entendo, assim, que a participação do Ministério Público Brasileiro no combate a todas as formas de discriminação racial, como órgão imprescindível, não agora na consecução de um mero plano de governo, mas sim, precipuamente na defesa

dos interesses indisponíveis da sociedade, deva se dar em dois níveis distintos: o político e o institucional.

No plano político, acredito que o fortalecimento de nossa entidade de classe a nível nacional, no caso a Confederação Nacional do Ministério Público - CONAMP -, é passo inicial para uma maior e efetiva participação do Ministério Público no processo de elaboração legislativa, impedindo-se o ingresso no ordenamento jurídico de dispositivos e normas legais que não venham de encontro às necessidades e satisfação dos interesses da sociedade

Veja-se, à guisa de exemplo, o **CASO LEDA**, ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, no final do ano de 1.997, oportunidade em que um determinado comerciante, inconformado com a não concretização de uma relação comercial, dispara impropérios contra a cliente, Sra. Leda Francisco, Professora, em razão de sua cor de pele, mas também, sujeita-se à prisão em flagrante (lavrado perante a 32a. Delegacia de Polícia do Jacarepaguá) quando declara publicamente as suas considerações sobre toda uma comunidade negra, e, posteriormente, à ofendida, assacando que:

"Por isso que não gosto de fazer negócio com negro. Quando não caga na entrada, caga na saída". "Você é uma negra safada, uma negra suja". (in, Revista RAÇA, n. 19, pg. 62).

Nem se diga que a decisão judicial (inobstante o respeito que se deva devotar à figura do membro do Poder Judiciário, mormente porque promove um silogismo jurídico correto), se mostra preconceituosa no tocante à fundamentação, quando argumenta que:

"Não havia motivo para manter o comerciante preso. Não houve negativa ao atendimento nem impedimento de acesso da ofendida à loja do réu, como prevê o artigo 5o da Lei 7.716/89. Por outro lado, a questão racial e o racismo devem ser ignorados em favor de uma suposta convivência pacífica das

raças. Num país tolerante como o nosso, é interesse que se passe uma borracha por cima, para que a sociedade caminhe de forma harmônica. Ninguém quer o racismo. Nossa baliza é a lei" (in, Rev. cit., pág. 63).

São decisões desta magnitude, de repercussões imprevisíveis no conjunto social que podem ensejar a repulsa daqueles que se colocam como hiposuficientes na relação social, tal qual na Revolta de Wats, próximo a Los Angeles, que redundou em confronto com policiais, com 4.000 pessoas presas, 32 mortes e 800 feridos (1.965). Mais recentemente, a absolvição de um policial norte-americano, agressor de um negro, dando causa a uma verdadeira guerra civil, também na Califórnia (1.996).

Por derradeiro, no plano institucional, quer nos parecer que a participação dos órgãos de administração superior do Ministério Público se mostra necessária ao encaminhamento da questão. A possibilidade da criação, pelos Ministério Público Estaduais das Promotorias dos Direitos Humanos se faz imperiosa.

É que, a seguir-se da forma assistemática com que os direitos são incorporados no conjunto social, as Promotorias chegarão, em momento oportuno, em situação de descompasso na aferição das atribuições conferidas aos Promotores para a atuação no caso concreto.

Observe-se que a discriminação racial, como forma de violação dos direitos humanos, pode ser enfrentada por vários ângulos, por Promotores com atribuições diferentes, ou pelo próprio ofendido, conforme a destruição, dano ou ameaça de lesão que possa provocar no tecido social. Caberá ação civil pública, ação penal pública, ação penal privada, ação de indenização, ação de danos morais, entre outros instrumentos, para a proteção de um mesmo direito.

No Estado de São Paulo, louva-se a iniciativa do reconduzido Procurador Geral de Justiça, que dando um primeiro passo, cria mediante Ato a Assessoria Especial de Direitos

Humanos. Entretanto, o passo, ao meu humilde ver, se mostra tímido. No uso de suas atribuições legais, especialmente a que lhe é conferida pelo parágrafo 1o, do art. 299 da Lei Complementar n. 734, de 26 de novembro de 1.993, considerando a necessidade de se atender, em caráter isolado, situação de desiquilíbrio não contemplada anteriormente, garantindo similitude às Promotorias de Justiça em condições de trabalho equitativas poderá, no âmbito de sua discricionariedade, destinar entre os remanescentes cargos criados pelo artigo 13, da Lei Complementar de n. 667, de 26 de novembro de 1.991, classificados nas respectivas entrâncias, eventuais cargos à Promotoria de Justiça dos Direitos Humanos, atribuindo-se-lhes nomenclatura, bem como, definindo-lhes as funções.

Se reconhece que a iniciativa é da alçada privativa do Procurador Geral de Justiça, mas ressalta-se que, certamente, o atual Chefe da Instituição do Ministério Público em nosso Estado, vem se mostrando sensível à presente tese, mesmo porque ostentou como plataforma de política institucional, a visualização do Ministério Público não tão somente como órgão independente, mas essencialmente voltado aos reclamos sociais.

CONCLUSÕES

1-Os direitos e garantias se mostram gênero do qual direitos humanos se mostram espécies detectáveis no conserto dos direitos assegurados pelo legislador constituinte de 1.988;

2-A igualdade dos cidadãos se elenca entre um dos principais dos direitos humanos, devendo, no entanto, ser encarada sob dois aspectos: formal e material, sendo possível, quando aferida sob este último aspecto, o tratamento desigual da lei, visando, justamente, a isonomia no tratamento dos destinatários da norma jurídica;

3-Cooptado pela adesão a Convenções e Tratados

Internacionais, o Governo Brasileiro, nos seus variados níveis, começa a caminhar no sentido da proteção dos direitos humanos e criar instrumentos de combate a todas as formas de discriminação racial, sem conferir, no entanto, a importância que merece o órgão do Ministério Público, como agente político indispensável às transformações que se fazem necessárias no conjunto social;

4-Merece reflexões e eventual apoio do Ministério Público Brasileiro a proposta contida no Projeto de Lei n. 3.540/97, de autoria do Deputado Luis Alberto Silva, transformando a injúria racista (art. 140, parágrafo 3o, CP) em crime de ação penal pública condicionada à representação, transferindo-se ao Ministério Público a iniciativa da ação penal para a proteção do ofendido, em regra, parte hiposuficiente na relação social;

5-O fortalecimento da Confederação Nacional do Ministério Público deve ser visto como ponto de partida para uma maior e efetiva participação da Instituição no processo de elaboração das normas legislativas anti-discriminatórias;

6-Torna-se necessária uma maior sensibilidade das autoridades judiciárias e do próprio órgão do "Parquet" para a questão da discriminação racial, recomendando-se, no âmbito de nossa instituição, maior bom senso e prudência para o fim de impedir-se que do exercício da função ministerial, ocorram repercussões negativas no conjunto social;

7-Na seara institucional, mister se faz a criação das Promotorias dos Direitos Humanos, com a respectiva nomenclatura, conferindo-se aos respectivos cargos as atribuições necessárias à proteção dos direitos humanos dos cidadãos.

NADIR DE CAMPOS JÚNIOR
13o. P.J. do I Tribunal do Júri
São Paulo/Capital

LIMITES JURÍDICOS e ÉTICOS À EXPERIMENTAÇÃO GENÉTICA EM SERES HUMANOS: A IMPOSSIBILIDADE DA CLONAGEM HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paulo José Leite Farias
Promotor de Justiça do MPDFT
Diretor de Ensino e Professor da FESMPDFT
Professor de Direito Tributário da AEUDF
Mestrando em Direito e Estado na UnB

I - Sumário da Tese.

Nas últimas décadas, a comunidade internacional tomou conhecimento de espetaculares avanços no campo da biologia molecular, centrados, substancialmente na engenharia genética. O que até então parecia território vedado ao conhecimento do homem – a chave do próprio mistério da vida – começou a ser desvendado. Estes promissores avanços das ciências biológicas pegaram desprevenidas as ciências do "dever ser", a saber, a Ética e o Direito. Surge, com as inovações, uma série de indagações a respeito de novas formulações ao antigo dilema dos limites da atuação do ser humano na engenharia genética.

Em especial, nessa tese, discutem-se, particularmente, os limites éticos e jurídicos da pesquisa genética em seres humanos: se devem existir e quais seriam estes limites. O certo, entretanto, é que a resposta ética necessária à elucidação dessa questão – até o presente – não logrou a profundidade, a amplitude e a riqueza que o tema em estudo requer, não obstante esteja, em franco desenvolvimento, a ciência bioética.[1]

Nesse sentido, NO ÂMBITO DA ÉTICA, em especial da BIOÉTICA,[2] importante ressaltar que o *Relatório*

Belmont[3] *The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects.* Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978), publicado em 1978, utilizou, como referencial para as suas considerações éticas, a respeito da adequação das pesquisas realizadas em seres humanos, três princípios básicos:

> · *o respeito às pessoas (relacionado ao conceito de dignidade humana);*
> · *a beneficência (maximizar o bem e minimizar o mal – no contexto da atuação do profissional médico é agir sempre em favor do paciente); e*
> · *a justiça (isonomia).*

No que se refere ao respeito às pessoas **(também chamado princípio da autonomia), o *Relatório Belmont* afirma que ele "incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: a primeira que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas". Desta forma, divide-se em duas exigências morais separadas:** a exigência do reconhecimento da autonomia e a exigência de proteger aqueles com autonomia reduzida.

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto.

Por outro lado, relaciona-se com o princípio da beneficiência **a proposição de Hipócrates, ao redor do ano 430 AC, aos médicos, no parágrafo 12 do primeiro livro da sua obra *Epidemia*: "Pratique duas coisas ao lidar com as doenças: auxilie ou não prejudique o paciente."**[4]

Nesse diapasão, o juramento do médico contém, implicitamente, este princípio ao indicar: "Usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele".

No que se refere ao princípio da justiça, **este se** aproxima do conceito que o profissional jurídico tem de isonomia. **Assim, o padrão de injustiça existiria, se em um caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro. O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir.**

Nesse sentido, interessante citar o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello,[5] que exemplifica a questão com a maestria que lhe é peculiar ao assinalar:

> *Poderia a lei estabelecer (...) que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho?*
> *Por sem dúvida, qualquer intérprete, fosse ele doutor da maior suposição ou leigo de escassas luzes, responderia pela negativa. Qual a razão empecedora do discrimen, no caso excogitado, se é certo que uns e outros diferem incontestavelmente? Seria, porventura, a*

circunstância de que a estatura é fator em si mesmo inidôneo juridicamente para servir com critério de desiquiparação?

Ainda aqui a resposta correta, ao parecer, deverá ser negativa. Para demonstrá-lo é suficiente construir outro exemplo. Suponha-se lei que estabeleça: só poderão fazer parte de "guardas de honra", nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. Haveria, porventura, algum vício, de direito, nesta hipotética norma? Ofenderia o princípio da igualdade?

NO ÂMBITO JURÍDICO, visto sob o prisma da legislação positivada, a questão, também, não se define a contento, não obstante não se neguem os inúmeros avanços da matéria tratada no âmbito constitucional interno e no âmbito de avançadas normas como as previstas na Lei de Biossegurança Nacional (Lei nº 8.974/91). Exige-se, muitas vezes, a adequada interpretação dos dispositivos pelos operadores jurídicos.

Outro ponto importante a ser considerado é a íntima correlação das disciplinas ética e legal. Nesse sentido, colaciona-se a recente Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480 **de 8 de agosto de 1997, que estabelece "*Critérios para a Caracterização de Morte Encefálica*", em face da** Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, **que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Ocorre que esta lei determina, em seu artigo 3º,** que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica, atribuindo, à entidade corporativa médica, o estabelecimento de um conceito de conteúdo ético com reflexos legais.

A mesma simbiose entre a ética ("definida" ou "declarada" muitas vezes pelo Conselho de Classe dos Médicos) e a legislação ocorre na já mencionada Lei de Biossegurança Nacional que dispõe sobre a autorização do Poder Executivo criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).[6]

Outro aspecto relevante, relaciona-se ao fato de inovações como a "clonagem" e o "projeto genoma" requerem a formação de uma consciência comunitária científica dos valores pertinentes a ramos do conhecimento científico como a engenharia genética. O cidadão comum recebe somente notícias incompletas formuladas pelos meios de comunicação de massa, que se constroem em extremos conceituais, tal como, o milagre da técnica **e o** seu risco apocalíptico, **sem deixar muito espaço para uma abordagem racional do tema.**

Constitui-se, pois, objetivo neste momento a análise racional de um tema com profundos reflexos em valores éticos e jurídicos: a clonagem do ser humano. Refere-se à demonstração da impossibilidade da manipulação genética humana intitulada "clonagem", no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, entre eles, o direito à vida **(artigo 5º,** ***caput*** **)** e a dignidade humana[7] **(art. 1º, inciso III), bem como, a norma do art. 225, § 1º da Constituição Federal, que trata da "preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético" e do** "emprego de técnicas, **métodos e substâncias** que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente".

Além disso, ressaltam-se aspectos bioéticos do tema sobre o ponto de vista dos três princípios éticos estudados

anteriormente, conforme foram previstos no *Relatório Belmont.*

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes ao ser e ao corpo humano envolvem-se com questões técnicas, decorrentes da evolução da Biologia, não podendo as ciências do "dever ser" ficarem alheias às novas necessidades de regulamentação de novos fatos sociais.

Assim, analisa-se tema atual e polêmico intimamente relacionado com o desenvolvimento científico, que não pode ficar à margem de análise legal e doutrinária de cunho jurídico e ético, tendo em vista a tutela dos direitos fundamentais e interesses difusos correlacionados com a técnica de manipulação genética determinada "clonagem", também chamada multiplicação vegetativa.[8]

II - Relevância do TEMA.

Está em debate o assunto mais importante que até hoje a humanidade já enfrentou, o segredo mais íntimo do homem, que a ciência está revelando: seu código genético, seu destino. A recente notícia da clonagem da ovelha Dolly, que alvoroçou a comunidade científica e a opinião pública, deu ensejo a reacender a discussão da manipulação do patrimônio genético. Neste breve ensaio, procuramos analisar sucintamente esta relevante questão no contexto do ordenamento jurídico vigente e dos princípios fundamentais da bioética.

Em julho de 1996, em Roslin, na Escócia, nasce Dolly, uma ovelha da raça Finn Dorset. A equipe do embriologista Ian Wilmut, do Instituto Roslin, na Escócia, conseguiu realizar algo que muitos pensavam ser impossível: uma cópia idêntica de um mamífero adulto, produzida artificialmente e de forma assexuada, isto é, sem a participação do gameta masculino. O código genético das duas ovelhas não tem qualquer diferença; foi duplicado, por um procedimento intitulado "clonagem".

No reino animal, espécies inferiores como

os protozoários reproduzem-se de uma maneira "clônica" por autodivisão de suas células. A clonagem fundamenta-se no fato de que cada célula de um organismo contém todos os cromossomos com as informações codificadas para o indivíduo completo. Conseqüentemente, o animal clônico é uma verdadeira cópia de outro indivíduo, que se produz com a informação genética proporcionada por uma única célula. Assim, "clones" são, etimologicamente, "indivíduos geneticamente iguais", porque provêm de um organismo único de reprodução.

Surge, pois, a discussão acerca da "clonagem" de genes humanos. A ovelha replicante Dolly provocou uma febre legal nos Parlamentos de todo o mundo, que preparam comissões e projetos de lei para evitar que sejam criadas réplicas de seres humanos. Para Wilmut, "pai" de Dolly, é possível a clonagem de seres humanos. Entretanto, ele afirmou que nunca o fará. Não encontra "razões de ordem clínica" para clonar seres humanos e, em última análise, seria "inaceitável do ponto de vista ético". E do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, como poderia ser tratado esse tema?

III - LIMITES À MANIPULAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO VIGENTE – A VEDAÇÃO JURÍDICA DA CLONAGEM HUMANA

A ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade. Assim, nesse contexto, deve-se indagar se a clonagem coaduna-se com valores constitucionais com elas relacionados.

No Brasil, a pesquisa genética obteve assento na Constituição Federal de 1988, a qual, no Título VII – Da Ordem Social e no Capítulo VI, que trata do Meio Ambiente, compreendido como "complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, as quais influem na vida e comportamento de

tais seres", dispôs no art. 225, *verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dispõe, ainda, no § 1º que, para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público:

a) inciso II – "preservar a **diversidade** e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético";

b) inciso V – "controlar a produção, a comercialização **e o emprego de técnicas**, métodos e substâncias **que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente**" (negrito nosso).

Ademais, convém lembrar que a Carta Magna estabelece uma gama de direitos individuais e coletivos que resguardam, entre eles, o **direito à vida** (artigo 5º, *caput*), a **dignidade humana** (art. 1º, inciso III), bem como, a **saúde**[9] como direito de todos e dever do Estado (artigo 196).

A vigente Lei nº 8.974/91 (Lei Nacional de Biossegurança), concretizando o texto constitucional, estabelece normas para o uso de técnicas de Engenharia Genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM)[10] e, expressamente, veda a **Manipulação**

Genética de Células Germinais Humanas, bem como autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

Assim, logo em seu artigo 1º, esta importante legislação, dispõe:

> *Art. 1º Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.*

Ademais, restringe ao âmbito de entidades de direito público ou privado as atividades e projetos, incluindo os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que cultivam OGM no território brasileiro (artigo 2º). Ficam vedados, assim, às pessoas físicas, como agentes autônomos independentes, as atividades e projetos mencionados na Lei (artigo 2º, parágrafo 2º). Assim, pelo ponto de vista legal, um cientista, isoladamente, não pode trabalhar com as técnicas de manipulação genética.

Em face da relevância da matéria, a lei estabelece, além da responsabilização civil, penas privativas de liberdade de 3 meses de detenção a 20 anos de reclusão, consoante o disposto no artigo 13 da legislação referida, abaixo parcialmente reproduzido:

> *Art. 13. Constituem crimes:*
> *I – a manipulação genética de **células germinais**[11] humanas;*

> *II – **a intervenção em material genético humano** in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio.*

Entretanto, o art. 4º da mesma lei assinala:

> *Art. 4º **Esta lei não se aplica quando a modificação genética for obtida através das seguintes técnicas**, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:*
> *I – mutagênese;*
> *II – **formação e utilização de células somáticas[12] de hibridoma animal;***
> *III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;*
> *IV – autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural.*

Assim, a lei brasileira autoriza a manipulação genética de células somáticas de hibridoma animal. Pergunta-se se a expressão legal "*animal*" comportaria no seu domínio interpretativo o "*ser humano*", classificado filosoficamente como "animal" racional?

A par dessas normas, o Código de Ética Médica estabelece (artigo 7º) que

> *o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus*

conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ***ou para permitir ou acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.***

Claramente, percebe-se, nestas normas, a preocupação incipiente no âmbito legislativo sobre o tema, a fim de que o Direito possa disciplinar e ordenar a conduta com vistas na harmonização dos bens constitucionais relevantes à discussão em comento: a "preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético", expressão do respeito ao Meio Ambiente , e "o direito à vida e à dignidade humana".

Segundo Konrad Hesse[13], "A Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando é entendida, nesse sentido, como unidade".

Assim, as normas encontram-se numa relação de interdependência no ordenamento jurídico. Subjaz a esta interdependência a idéia de sistema formal que obriga a não compreender "em nenhum caso somente a Norma isolada senão sempre no conjunto em que deve ser situada: todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais."[14]

Deve, pois, o termo "animal" ser interpretado no contexto do ordenamento jurídico como um todo, não comportando antinomias entre normas definitivas. Assim, a contradição entre conteúdos de normas abertas a valoração não importa na eliminação de uma delas do texto da Constituição, mas apenas uma harmonização de interesses num determinado caso concreto.

Consoante ensinamento de Canotilho:[15] "Não há normas só formais". Nessa perspectiva, a solução de um problema constitucional, **como o da clonagem**, deve guardar

coerência com o princípio da unidade, de modo a harmonizar a possível divergência entre os preceitos.

No mesmo sentido aplica-se o princípio da **interpretação das leis em conformidade com a constituição.** Tal princípio, segundo Canotilho:[16]

> *(...) é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, entre as várias possibilidades de interpretação,* ***só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais*** *(negrito nosso).*

A partir da "idéias do igual valor dos bens constitucionais" e do princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, segue-se a necessidade de harmonização dos bens constitucionais tutelados com a legislação vigente. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Esse princípio de hermenêutica constitucional,

também conhecido como princípio da harmonização, consoante assinala Canotilho,[17] embora divulgado por Hesse, "há muito constitui um *canon of constitucional construction* da jurisprudência americana".

Fornece-nos um indicativo de que cada valor constitucional deve ser ponderado na circunstância específica; portanto, com tal metodologia, cada valor constitucional variará conforme a necessidade fática da solução do problema. A solução de conflito de direitos ou de valores deve passar sempre por um juízo de ponderação, procurando ajustá-los à unidade da Constituição. Pode-se caracterizar, dependendo do caso concreto, em uma interpretação restritiva que deve ser verificada para que não valha para dois bens constitucionais a regra do tudo ou nada.

É o que ocorre na espécie, pois, uma vez que a Lei Magna de 1988 estabelece que o valor "*dignidade humana*" (diretamente ligado, também, ao valor "*vida*") constitui valor fundamental, há que existir uma distinção fundamental no ordenamento quando se tratar da manipulação de células humanas e de células animais até em razão do princípio da isonomia, o qual procura tratar de forma diferente os diferentes. **Assim, a palavra "animal", prevista no enunciado "*hibridoma animal*", não abarca o "ser humano", havendo nítida distinção entre ambos, quando se trata da manipulação genética.**

Por outro lado, a própria essência da técnica de clonagem, duplicação de material genético já existente sem modificação, opõe-se a "diversidade do patrimônio genético" a que faz menção, o art. 225, § 1º, inciso II da Carta Magna. Exemplificando, quando uma família se reúne em volta de um recém-nascido e discute se o nariz é parecido com o do pai ou se os olhos se parecem com os da mãe, está, na verdade, tentando avaliar a contribuição relativa do genoma paterno e materno na constituição do recém-nascido. O genoma contém

as informações passadas de pai para filho por intermédio do processo de reprodução. Assim, o genoma de cada um de nós é constituído de duas metades, uma proveniente de nosso pai (via espermatozóide), outra, de nossa mãe (via óvulo); esta é, pois, uma das razões da nossa diversidade genética.

Para o Estado de Direito, o direito de disposição personalíssima de determinados bens não é uma mera força social; é um poder jurídico, um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade, da ordem jurídica natural. Logo, o poder que tem o Estado de impedir a clonagem humana não é um poder de fato e, sim, um poder de direito, tutelando, quiçá, um dos maiores interesses difusos da humanidade o seu patrimônio genético. Nesse sentido, interessante lembrar a tutela desse bem jurídico no âmbito penal, administrativo e civil pela legislação já referida (Lei nº 8.974/95).

IV - LIMITES BIOÉTICOS À CLONAGEM HUMANA.

Nesta parte do trabalho, procura-se analisar a clonagem humana à luz dos princípios norteadores da bioética (respeito a pessoas, beneficiência e justiça) consagrados no *Relatório Belmont* que trata especificamente da adequação de pesquisas realizadas em seres humanos.

Deve-se observar, entretanto, que há íntima relação entre a análise jurídica efetuada e a análise ética em especial em matéria que se relaciona intimamente com o maior valor humano: a vida.

No que se refere ao primeiro princípio ético – o do respeito às pessoas – (também chamado princípio da autonomia), o *Relatório Belmont* propõe, entre outras proposições, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas.

Assim, há uma exigência moral de se proteger aqueles com autonomia reduzida. Uma pessoa com autonomia é um

indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir na direção desta deliberação. Todo ser humano deve ser amparado, no que se refere ao seu direito de existir. Nesse sentido, boa parte da doutrina a qual me filio defende que a personalidade civil começa na concepção, até no interesse de que se proteja os que têm sua autonomia reduzida. Para essa concepção, o "nascituro", já existe como pessoa, sendo sujeito de direitos (conforme assegurado no Código Civil[18]), tendo como direito constitucional prioritário, até para o exercício dos outros, o de nascer com vida.

Indo mais além, entretanto, defendo que o respeito às pessoas, primeiro dos princípios bioéticos, abarca a peculiaridade que caracteriza o ser humano: o de ser concebido no seio da família, por meio da união sexuada de um homem e de uma mulher.

Mediante este ato fundamental da concepção amparado pelo art. 226 da Constituição Federal, que define a família como base da sociedade[19] ("célula mater"), a procriação da espécie humana tem um lugar único e insubstituível que lhe garante a maior riqueza do indivíduo: ser diferente e único em relação aos outros, uma vez que seu patrimônio genético é fruto das infinitas combinações possíveis entre a carga genética do seu pai e a carga genética de sua mãe. Desse modo, a clonagem vai de encontro, conforme já comentado, à possibilidade da enriquecedora atuação do ambiente familiar que começa no ato conceptivo e se estende ao longo da vida do indivíduo.

Ademais, a clonagem humana também fere o princípio da beneficência, verificando-se que o indivíduo oriundo do processo de clonagem possui uma qualidade de vida inferior ao gerado pelo ato sexuado natural. A própria ovelha, DOLLY, apresenta, consoante boletins médicos, problemas de gigantismo (tendo nascido em proporções consideravelmente maiores que uma ovelha comum) e de duração de vida menor.

Dos três princípios, objetivamente, a maior ofensa

ocorre ao terceiro princípio da bioética, o da justiça, aquele intimamente relacionado com o princípio da isonomia. Observa-se que a utilização da clonagem iria criar uma distinção absurda entre seres humanos: aqueles com carga genética própria e aqueles "xerocopiados" destes. Haveria, implicitamente, uma idéia de ser primário e ser secundário, não existente na concepção natural que, sabiamente, torna, cada um, único. Tal diferenciação não se coaduna com o preceito valorativo de igual respeito a todos os seres humanos.

Nesse sentido, chega-se ao cúmulo, de se sugerir no meio médico, que um indivíduo clônico poderia ser fonte permanente de reposição de órgãos para outro, o que fere, sobremaneira, a dignidade humana, diferenciando, de forma injusta, seres humanos que, independentemente da sua origem, não perderiam sua intangível natureza humana.

V -CONCLUSÃO.

A análise do que foi dito permite-nos perfilhar a tese da IMPOSSIBILIDADE DE CLONAGEM HUMANA, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista ético, isto porque, a topologia dos direitos fundamentais relacionados a essa técnica de manipulação genética impede a interpretação da norma ordinária em desrespeito aos valores constitucionais por ela concretizados. Desse modo, harmoniza-se de forma efetiva o progresso científico com "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e com "a garantia de um meio ambiente equilibrado que preserva a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País" (art. 225, § 1º).

Ademais, os princípios bioéticos de **respeito às pessoas, da beneficiência e de justiça** são, visceralmente violados, conforme visto, o que condena, eticamente, o uso de qualquer modalidade de clonagem com seres humanos.

1 Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas – das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar. Nesse sentido, importante ressaltar que no Rio Grande do Sul existe o Núcleo Interinstitucional de Bioética composto por profissionais, alunos e bolsistas vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) ou ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) que desenvolvem atividades em Bioética, mantendo, até mesmo, na INTERNET, uma preciosa HOME PAGE(http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/bioetica.htm).

2 O Prof. Joaquim Clotet em interessante artigo intitulado "A Bioética: uma ética aplicada em destaque" afirma que: "Partindo do conceito de ética aplicada, como aproximação dos princípios da ética num caso ou problema específico, a Bioética poderia ser definida, brevemente, como a abordagem dos problemas éticos ocasionada pelo avanço extraordinário das ciências biológicas, bioquímicas e médicas. (...)" (Clotet, J. "A bioética: uma ética aplicada em destaque" *in A saúde como desafio ético*, Anais do I Seminário Internacional de Filosofia e Saúde, Florianópolis 1994, p. 115 a 129).

3 No *Belmont Report* foi, pela primeira vez, estabelecido o uso sistemático de princípios (a saber, "respeito às pessoas", "beneficência" e "justiça") na abordagem de dilemas bioéticos.

4 Hippocrates. *Hippocratic writings*, Penguin, London, 1983, p. 94.

5 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 16/17.

6 Importante ressaltar que a CTNBio baixou recentemente uma instrução governamental sobre a manipulação genética e clonagem em seres humanos (Instrução Normativa nº 08/97), que, em seu art. 2º, veda experimentos de **clonagem radical** por meio de qualquer técnica de clonagem.

7 Uma das normas morais mais importante que surgiram na história da humanidade é chamada Lei de Ouro *Golden Rule.* Esta norma surge em diferentes épocas e culturas, e não apenas na tradição judaico-cristã, como muitas vezes é afirmado. A sua redação algumas vezes tem uma abordagem beneficente, de fazer o bem, outras vezes não-maleficente, de evitar o mal. Todas, contudo, têm o mesmo objetivo: **preservar a dignidade do ser humano**, consoante Küng (*Projeto de Ética Mundial*, Paulinas, São Paulo, 1993, p. 88 a 89), que exemplifica com ensinamentos de:

a) Confúcio (551 AC – 489 AC)
"Aquilo que não desejas para ti, também não o faças às outras pessoas."

b) Rabi Hillel (60 AC – 10 DC)
"Não faças aos outros o que não queres que te façam."
c) Jesus Cristo (0 – 33 DC)
"Tudo o que vocês quiserem que as pessoas façam a vocês, façam-no também a elas."
"Mateus 7, 12 e Lucas 6, 31".

8 A palavra "clone" procede do grego *Klon*, equivalente a broto, galho ou ramo. E muitas pessoas, sem alardes científicos, já terão clonado, em suas vidas, roseiras ao enxertar galhos e produzir outras roseiras. Dessa origem etimológica, surge a sinonímia com "multiplicação vegetativa".

9 O preâmbulo do documento que regulamenta a Organização Mundial de Saúde, compreende que a saúde **é um estado de completo bem-estar físico, mental e social**, não consistindo em apenas a ausência da doença ou da enfermidade.

10 A Lei nº 8.974/91 (Lei de Biossegurança) define em seu artigo 3º, *verbis*:

"Art. 3º Para os efeitos desta lei, define-se:
I – organismo – toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de transferir material genético, incluindo vírus, príons e outras classes que venham a ser conhecidas;
.....
IV – Organismo Geneticamente Modificado (OGM) – organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética."

11 Células germinais são as que dão origem ao embrião. Ao se multiplicar, estas células dão origem a células especializadas, chamadas somáticas, que vão originar às diferentes partes do organismo.

12 Atente-se para o fato de que a técnica usada na Escócia para clonar a ovelha Dolly instrumentalizou-se de uma célula somática da glândula mamaria do animal, que se multiplicou graças à substituição do núcleo

de um óvulo pelo núcleo da célula mamária proveniente de uma ovelha adulta.

13 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección).* Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1983, p. 18.

14 Idem, p. 48.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 5a ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 197.

16 CANOTILHO, op. cit., p. 229.

17 CANOTILHO, op. cit., p. 234.

18 O art. 4o do Código Civil (Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916) afirma, *verbis*:

"A personalidade civil do homem começa dos nascimento com vida, **mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro**" (negrito nosso).

19 O art. 226 da Constituição de 1988 assinala, *verbis*:

"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA- POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JUDICIAL VIA INJUNÇÃO EX OFICIO-PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE CONSTITUCIONAL DA JURISDIÇÃO.

Pode o Poder Executivo inviabilizar o exercício de um direito fundamental da pessoa humana, de natural procedência, por ausência de lei ou norma regulamentadora do preceito, cuja iniciativa de lei dependa, exclusivamente, do próprio Executivo? Pode -ou deve- o Poder Judiciário negar a satisfação da pretensão de direito, em tais casos, sob o mesmo fundamento da ausência de lei escrita?

Com essas indagações, propõe-se à reflexão duas situações: a primeira versando hipotética questão criminal, em que um indivíduo, por não pagar as despesas do hospital onde estava internado, foi mantido preso no nosocômio e requereu um *habeas corpus;* a segunda questão é a do funcionário público que executa as mesmas funções do colega pertencente a outra categoria, do mesmo poder, da mesma secretaria onde trabalha e que, por não ter sido beneficiado nos últimos anos com aumentos iguais de salário, postula a isonomia de tratamento, a fim de ter seus vencimentos equiparados aos do paradigma.

No caso criminal exemplificado, qualquer um de nós, por menos dogmático que formos, identificaremos, facilmente, que o *habeas corpus*, a teor do que prescreve o art. 5° LXVIII da CF, a rigor não é cabível contra ato de particular e, nem por isso, se permitiria que o paciente permanecesse "preso" no hospital. Qualquer juiz, tomando conhecimento de fatos dessa natureza, jamais negará a restituição da liberdade do indivíduo, quase sempre liminarmente!

No caso civil, no entanto, quase sempre temos uma postura menos altruística em favor do autor. Isso ocorre em parte porque, diante dos casos concretos, evocamos uma escala

de valores prévia e naturalmente internalizados em nossas consciências que nos remete sempre a um processo natural de seleção, priorizando a liberdade do ser humano como regra de direito natural. E tal é a pressão que os valores da liberdade humana exerce sobre nós que alguns, mais sensíveis, sofrem tanto quanto o preso..., por isso, às vezes, solta-se para não sofrer... Na jurisdição civil, salvo nas cautelares e de mandado de segurança, em que há *periculum in mora*, há uma tendência natural de protelamento das decisões, como se o tipo de procedimento legal ditasse e condicionasse a importância dos direitos materiais em jogo. O autor, quem sofre em regra a lesão de direito, muitas vezes irremediável, pode sempre esperar, e não raro sua pretensão é negada sob argumentos técnico-formais.

A experiência forense permite concluir, portanto, que a natureza da pretensão condiciona os operadores do Direito a uma postura mais, ou menos célere, no exercício e na própria efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Se se está diante da possibilidade de lesão ao direito de liberdade de um indivíduo, não se vai discutir se o remédio é ou não é formalmente cabível; expede-se o alvará de soltura e relega-se a discussão sobre filigranas jurídicas para a doutrina, pois se afirma "é direito fundamental da pessoa humana". Mas se se trata de outros direitos da pessoa humana, como os sociais e os coletivos, também fundamentais, nem sempre se é tão expedito ou prestativo.

A questão que se propõe, pois, é saber qual deveria ser a postura dos operadores do Direito no caso civil supra exemplificado, que versa sobre equiparação salarial, portanto direito pertencente à categoria de direitos sociais, uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, visto a ausência de lei regulamentadora do preceito constitucional do art. 39, § 1° da CF. Verbis:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e fundações públicas.

§ 1º A lei assegurará, aos servidores da Administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho."

Trata-se de norma-princípio não autoaplicável, a exigir lei regulamentar que imperativamente deve assegurar a isonomia entre os cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos três Poderes do Estado. Tarefa única da lei infra-constitucional, para implementar a isonomia, seria, portanto, estabelecer os critérios ou elementos comuns, considerados prevalentes, entre os cargos, graduando-se as atribuições, proporcionalmente, tanto mais quanto presentes aquelas elementares, em semelhantes ou iguais.

Pois bem. Editou-se a lei nº 8.448, em 21.07.92, a pretexto de regulamentar o § 1º do art. 39, mas essa lei efetivamente trata, apenas, da regulamentação do chamado "teto constitucional"; Veio a lei nº 8.852, de 04 de fevereiro de 1994, que afirma dispor sobre a aplicação dos artigos 37 incisos XI e XII e art. 39 § 1º da CF, que de seu turno, limitou-se a criar uma comissão com a finalidade de propor definições e especificações das atribuições dos cargos, na Administração Pública Federal, com vistas a alcançar-se a isonomia de vencimentos. Essa lei é de 1994 e não se tem notícias dos resultados dos trabalhos da pre-falada comissão..., se é que

ela foi nomeada.

Isto no plano federal. No âmbito dos estados a situação, em geral, não é diferente. Vale dizer, não há regulamentação sobre a matéria em causa na maioria dos estados. Daí a indagação sobre ser ou não possível negar o reconhecimento do direito de equiparação tão só sob o argumento da inexistência da lei.

Parece-me que não!

O efeito prático da regulamentação da norma constitucional implicaria, indiscutivelmente, em aumento da remuneração dos cargos, daí se tratar de matéria de iniciativa privativa dos Chefes do Poder Executivo Federal e Estadual. (art. 61, § 1°, II, letra "a" CF e art. 39, par. único, II, letra "a" CE). Logo, a omissão do Poder Executivo, por mais de oito anos, não pode, evidentemente, constituir obstáculo jurídico ao conhecimento de ações da espécie, sob pena reduzir-se o direito constitucional de ação e a tutela jurisdicional ao interesse secundário dos governantes que deliberada e ostensivamente, em total afronta à ordem constitucional, obstacularizam direitos sociais, de natureza alimentar, impunemente.

De fato, na busca da histórica afirmação da cidadania, a omissão legislativa outrora constituía sério empecilho à fruição de direitos constitucionais, panorama que vem se alterando, com a democratização do país e tomada de consciência quanto a necessidade do fortalecimento de um verdadeiro Estado de Direito, notadamente a partir do advento da Carta de 88. O exemplo marcante do que se vem afirmar, no plano jurídico, é o instrumento constitucional assentado no art. 5°, LXXI da Carta Política, o ***Mandado de Injunção***, dispositivo tutor do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que, como na hipótese dos autos, por falta de norma regulamentadora possam ser elididos, negados, inviabilizados.

Conceitua-o o renomado José Afonso da Silva:

"Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, nesse quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º da CF." (in Direito Constitucional Positivo-Ed. RT.7ª Edição-pág.387).

Trata-se de instituto originário da Inglaterra, *"no século XIV, nascido do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statutes) regulando a espécie, e quando a Commnon Law não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estima social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no justo natural. Na Injunção inglesa, como no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da Equity o arbítrio de criar norma de agir ex nihil, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, conventionis etc.). E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se aufere no viver social, na índole do povo, no evolver histórico. Aí é que seu critério estimativa fundamenta a decisão na falta de regulamentação*

do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da proteção do mandado de injunção...", anota o mesmo mestre.

Ora, se o legislador constituinte, consagrando direitos fundamentais ao povo, impôs ao legislador ordinário o dever de implementar esses direitos através de lei, e, em paralelo, instituiu mecanismos constitucionais aptos a tornar aqueles direitos efetivos, óbvio que a omissão do legislador ordinário não pode se eternizar impunemente, com o beneplácito do Poder Judiciário, que detém o monopólio do poder jurisdicional. Quis o Constituinte, claramente, tornar realidade, concretizar aqueles direitos reputados de fundamental importância, não apenas os individuais, mas também os coletivos e os sociais (tais os relativos ao trabalho).

O raciocínio, obviamente, pressupõe a compreensão, por parte dos operadores do Direito, do papel de Constituição-Programa que caracteriza a Carta de 88, quando, já no seu preâmbulo, coloca no mesmo nível os valores sociais e individuais, estabelecendo como objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (art. 3° da CF).

Mas, como bem adverte o Professor José Afonso da Silva, "***a afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outras, as garantias, pois devemos separar, "no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as***

que, em defesa dos direitos, limitam o poder..." (in Direito Constitucional Positivo-RT. 7ª ed.-pág. 165).

Na instrumentação dos direitos fundamentais da pessoa humana, no sentido da concretização dos valores da Carta Programática, o legislador constituinte disponibilizou, dentre outros instrumentos, a ação de inconstitucionalidade por omissão do legislador e o mandado de injunção. Alargou, de outro lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prestigiando o controle difuso de constitucionalidade das leis por parte do Judiciário, dispondo que "as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata."(art. 5°, § 1° da CF).

Um dos mais valiosos valores da democracia, verdadeiro eixo em torno do qual gravitam os demais, é o princípio da igualdade de todos perante a lei, que vem insculpido no art. 5° "caput" da Constituição Federal.

O nosso sistema fundamental opta pela busca da igualdade substancial, entendida como equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como quanto à sujeição a deveres. A igualdade substancial, contudo, tem como pressuposto lógico a desigualdade própria e imanente dos seres humanos, em vista dos múltiplos fatores que os diferem, quer os naturais, físicos e psicológicos, quer os sociais: as estruturas políticas, econômicas e sociais a que estão inseridos.

E, por conhecer e reconhecer as virtudes e as fraquezas humanas, por se ter presente a grave desequiparação do grupo social, a Constituição Federal veda que se façam exigências meramente discriminatórias dos cidadãos, como as relativas às suas condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe, e, principalmente, por motivos de sexo, cor, estado civil ou idade.

Finalisticamente, a Constituição repele que as desigualdades naturais e sociais sejam pretextos para o aprofundamento e pronunciamento das desigualdades reais.

A missão jurídica do Estado, então, quer na atividade legislativa, quer na atividade judiciária, é exatamente a de reduzir os fatores de desigualação naturais, combatendo toda e qualquer forma de disparidade de tratamento e discriminação que não tenham uma finalidade acolhida pelo Direito. E é neste contexto que o princípio da paridade salarial atua, visto a histórica discriminação praticada pelos governos na sociedade contemporânea contra categorias de servidores que sequer contam com a paciência dos interlocutores nos seus pleitos..., dada a ausência de musculatura de seus bíceps, em favor de outros servidores, que detêm vantajosa posição no quadro dos grupos de pressão.

Na pauta do ordenamento constitucional, ***a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*** (art. 5º, XXXV CF). Um dos princípios gerais de direito informa ***que ninguém pode alegar a própria torpeza (a omissão legislativa) para disso tirar proveito***. E entre os valores jurídicos que permeiam o sentir social, o evolver histórico e está latente na índole do povo brasileiro, é o da não discriminação das minorias, as classes trabalhadoras, critérios orientadores do Juízo de Equidade.

Conclusão:

1)O Poder Executivo não pode inviabilizar o exercício de um direito fundamental da pessoa humana por falta de norma regulamentadora de preceito constitucional, cuja iniciativa de lei lhe compete privativamente;

2)O Poder Judiciário não pode recusar a prestação da tutela jurisdicional tão só ao argumento da inexistência de lei formal reguladora do preceito, cumprindo-lhe utilizar, em qualquer procedimento, os instrumentos constitucionais, notadamente o mandado de injunção, à efeito de implementar aquele direito, de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, os

princípios gerais de direito e o juízo de equidade;

3)O art. 5º, LXXI da CF, (o Mandado de Injunção), dispondo especialmente em contrário sobre a matéria (direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania), tem inequívoca prevalência sobre o art. 127 do Código de Processo Civil (o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei), derrogando-o, particularmente, em face da natureza e preeminência dos direitos fundamentais.

Mauro Viveiros
Promotor de Justiça no Estado de Mato-Grosso

AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO-AÇÃO AUTÔNOMA-DESVINCULADA DE QUALQUER PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

Dispõe a Constituição Federal no seu artigo 14, § 10: "***O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.***"

Abuso do poder econômico, corrupção ou fraude são, portanto, motivos constitucionais ensejadores da ação impugnadora do mandato eletivo, ou seja, a ação judicial destinada a impedir o exercício do mandato por aqueles que houverem infringido os postulados de isonomia no processo eleitoral e, a despeito disso, tiverem obtido a diplomação.

Os meios ou instrumentos de comprovação desses motivos são todos aqueles em direito admitidos, especialmente aqueles expressamente previstos na legislação eleitoral, ou seja, as reclamações, as representações eleitorais, os inquéritos policiais eleitorais e a investigação Judicial Eleitoral.

A propósito, de se lembrar que, a par do amplo poder investigatório de que dispõe o Ministério Público, traduzido nas requisições de diligências, documentos e informações necessárias à instrução de seus procedimentos administrativos, como função constitucional (ex vi do art. 129, VI e VIII, da CF), o próprio Código Eleitoral prevê, no seu art. 356, § 2°, a possibilidade de apuração direta pelo Ministério Público Eleitoral. Evidente que, não se tratando de prova obtida por meio ilícito, não é a forma do instrumento que a deve legitimar, mas sim a qualidade e a substância da prova.

A Carta Política exige que a ação seja instruída com "***provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude***", impondo "***segredo de justiça***" e responsabilizando o

autor, na forma da lei, caso a ação seja *"temerária ou de manifesta má-fé"*. (art. 14, § 11).

O uso desse importante instrumento de controle jurisdicional a serviço da sociedade, na defesa do regime democrático, tem sido tímido por parte do Ministério Público em alguns estados, por variadas razões. A inércia do MP, no aforamento da ação, em grande parte decorre de uma interpretação não adequada do texto constitucional no ponto em que este exige ação instruída com provas do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Doutro lado, o segredo de justiça, que consulta exclusivamente os interesses do acusado, dificulta a mobilização de testemunhas, enquanto a advertência de punição aos autores, por má-fé no manejo da ação, inibe grande parcela dos agentes ministeriais, sobretudo os não vitalícios, visto ser inegável, lamentavelmente, a influência do poder político nalguns Ministérios Públicos.

De fato, a obtenção de provas desses motivos, que freqüentemente também constituem crimes, não é tarefa fácil, notadamente se levarmos em conta as características dos autores, a própria facilidade do induzimento do eleitorado na prática da fraude, em face de sua dependência econômica, e a própria cultura de grande parte do eleitorado que não vê juízo de reprovação na troca de "pequenos favores" com os candidatos -alguns até formam fila à porta dos comitês, onde endereçam os mais variados e inusitados pedidos.

Entretanto, o disciplinamento constitucional da AIME- Ação de Impugnação de Mandato Eletivo- não é de molde a exigir prova da culpabilidade do autor do abuso do poder econômico, da corrupção ou da fraude. A sua culpabilidade, que dará ensejo à satisfação da pretensão, é matéria só aferível através do devido processo legal, com as garantias da amplitude de defesa e do contraditório, em exame judicial vinculado ao conjunto das provas colhidas em juízo.

Traçando-se paralelo com o processo penal, poder-

se-ia dizer que as "provas" requeridas pela constituição, em verdade, não são mais do que indícios, começo de prova. Isso porque tratando-se de norma de ordem pública, simples indícios autorizam a instauração da ação, tanto penal, como a de natureza civil pública, como a da espécie. Veja-se que para a promoção da ação penal sempre se entendeu exigível um coeficiente mínimo como suporte probatório da autoria, sem o que se estará diante de uma ação infundada, passível de nulificação por via de *habeas corpus*, inclusive.

É certo que o constituinte, não olvidando a prática comum do exercício de ações puramente eleitoreiras, cercou a AIME de alguns cuidados especiais, deferindo ao juízo de admissibilidade controle mais acurado do conteúdo daquelas "provas", no sentido de coartar, na origem, a instauração de ações temerárias ou de manifesta má-fé. E isso, que é aplicável a todo tipo de ação (v.g. art. 17 do CP) -é bom que se diga-, não quer significar exigência de provas pré-constituídas dos fatos, como se poderia pensar. Por ação temerária, ou de manifesta má-fé, só se há de compreender a ação promovida com propósito de macular a imagem, a reputação, enfim, a honra do eleito, hipóteses desde logo inadmissíveis na postura ministerial.

Na verdade, quer a Carta Magna assegurar, a um só tempo, o exercício do direito de ação para defesa dos valores democráticos, mas, em nome desses mesmos valores, protege o detentor do mandato eletivo contra acusações ilegais ou criminosas, inclusive cobrindo a ação com o manto do segredo de justiça, durante todo o processo. Ao referir-se a "provas" do abuso do poder econômico, da corrupção ou da fraude, a Carta pecou, mais uma vez, pela atecnia, inclusive porque tais ilícitos em regra são perpetrados de modo a não deixar vestígios materiais.

Diz-se que não se exige prova pré-constituída dos fatos e isso se torna claro na medida em que, não fora o silêncio do texto constitucional, tal exigência implicaria no completo

amesquinhamento da ação, visto que, além da natural dificuldade, a produção de provas seria praticamente impossível num curtíssimo espaço de quinze dias -prazo peremptório para propositura da ação- após a diplomação, caso o ilícito tenha sido detectado, por exemplo, a partir do processo de prestação de contas, após as eleições.

Nesse contexto, a própria instauração ou conclusão da Investigação Judicial Eleitoral, para apuração das transgressões pertinentes a origem de valores pecuniários, abuso de poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, de que tratam os artigos 19/22 da LC nº 064/90 (que estabelece casos de inelegibilidades), não constitui pressuposto da ação impugnatória, porquanto são procedimentos autônomos e de natureza diversas, não se podendo falar em conexão, que só ocorre entre ações, e não entre ação e procedimento administrativo. (art. 103 do CPC).

A se entender, por exemplo, que a propositura da ação depende da conclusão de um desses procedimentos administrativos, bastaria que a defesa, no exercício de seu direito constitucional de defesa, resolvesse atrasar o desfecho das investigações com alguma manobra, e então o prazo fatal, peremptório e decadencial de quinze dias após a diplomação - que não pode ser impedida por ação da Justiça- estará irremediavelmente perdido.

Em Conclusão:

1)a propositura da AIME-Ação de Impugnação de Mandato Eletivo não exige prova da culpabilidade dos agentes, mas indícios da autoria do fato probando;

2)a AIME não exige prova pré-constituída dos fatos, mas um suporte mínimo da autoria dos fatos, não tendo vinculação necessária com qualquer procedimento administrativo, nem mesmo com a Investigação Judicial Eleitoral;

3)havendo sido instaurado procedimento investigatório, e contando-se com elementos mínimos da autoria e da certeza da ocorrência dos fatos, deve-se promover a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo dentro do qüinqüídio, alertando-se o Juízo sobre a necessidade da promoção da ação no curso das apurações, sob pena de decadência, e postulando a juntada aos autos das provas pendentes, além das que serão produzidas no curso do processo judicial.

Cuiabá, 30 de março de 1998.

Mauro Viveiros
Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso

AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - INDISPONIBILIDADE

FAUSTO CAMPOS FAQUINELI
Promotor Eleitoral em Goiânia (GO)

WAGNER JERSON GARCIA
Promotor Eleitoral em Goiânia (GO)

SUMÁRIO - 1. Introdução; 2. O abuso do poder econômico e corrupção eleitoral; 3. Breve incursão no processo; 4. Da indisponibilidade da ação; 5.Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A legislação pátria contempla dois instrumentos processuais para atacar o mandato eletivo. O primeiro deles é o recurso contra expedição de diploma, previsto no art. 262, do Código Eleitoral, o qual tem como escopo sanar qualquer defeito surgido antes da diplomação, inclusive a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade (art.237, § § 2° e 3°, do Código Eleitoral, c/c art. 19 a 22 da Lei Complementar n° 64/90).

Vislumbra-se na Carta Magna de 1988 a segunda preciosa arma de combate ao abuso de poder econômico, corrupção ou fraude durante o processo eleitoral, visando impugnar mandato eletivo após a diplomação, sendo este o tema central do presente trabalho, com vistas à intervenção do Ministério Público.

O fundamento jurídico para a impugnação encontra-se incrustado no art. 14, parágrafo 10°, da Constituição Federal, *verbis*:

"O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral, no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude."

Dentre as hipóteses ensejadoras à impugnação, a de abuso do poder econômico é a mais frequente e a que causa maiores problemas em sua caracterização e definição.

2. O ABUSO DO PODER ECONÔMICO e CORRUPÇÃO ELEITORAL

Cumpre-nos esclarecer, então, o que vem a ser este abuso do poder econômico no processo eleitoral.

É forma de aliciamento ilegítimo de eleitores, corrompendo a consciência eleitoral, com clara violação da livre manifestação da vontade no exercício do voto, desconsiderando-se o princípio da igualdade na campanha eleitoral, e ocasionando o rompimento do equilíbrio necessário entre os candidatos e partidos na disputa legal pelo voto.

Assim, obtem-se um voto negociado, onde analisa-se a melhor oferta, em moeda e produtos, a despeito da falta de convencimento do eleitorado por idéias, projetos, sugestões ou programas de governo.

A corrupção eleitoral, aqui ventilada, como mostra a experiência, está intrinsicamente unida ao abuso do poder econômico, como reza o art. 299, do Código Eleitoral:

"Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrém, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita."

O delito de corrupção eleitoral configura-se no momento da oferta, não ficando a depender do cumprimento da promessa.

Cabe, então, à Justiça Eleitoral exercer efetiva contenção pública nas investidas daqueles candidatos cujas campanhas escancaram a ostentação do poderio econômico, notadamente, naqueles recantos, onde a arcaica forma de dominação explora a pobreza e miséria por meio de assistência paternalista.

3. INCURSÃO NO PROCESSO

Não obstante as inúmeras medidas legais orquestradas para inibir os gastos nas eleições: registro civil e certidão para fins eleitorais gratuitos, restrições ao uso de propaganda política, com concessão de horários gratuitos pelo rádio e televisão (art.44, da Lei 9504/97), transportes e alimentação de eleitores, no dia da votação, exclusivamente pela Justiça Eleitoral (art.302, do Código Eleitoral), limitações e proibições de doações para campanhas (art.23, 24 e seguintes da Lei 9504/97), dentre outras, a corrupção eleitoral resiste e, a cada ano de eleição, revela aspectos novos e cada vez mais danosos à transparência do pleito.

Imperioso enfrentar, num primeiro momento, a dificuldade de apuração das práticas ilícitas tendentes ao suborno, visto serem condutas realizadas às ocultas, de forma sutil, sem deixar, na maioria dos casos, qualquer vestígio material que possa ser manejado para o descortinamento da atividade ilícita, via instauração das ações repressivas para imputação de responsabilidade.

A ação de impugnação de mandato deve vir instruída com provas sérias, trazendo um início razoável de indícios que exponham o envolvimento de considerável número de eleitores naqueles procedimentos de negociata de votos.

Desta feita, o conjunto probatório carreado para os autos deve transparecer a inarredável afirmativa de que houve corrpução eleitoral patrocinada pelo abuso do poder econômico.

Necessário, ainda, estabelecer o nexo de causalidade entre o comportamento do impugnado e o resultado obtido pelo mesmo, ou seja, se em virtude da corrupção, o impugnado obteve seu desiderato - a vitória nas urnas e de consequência a diplomação. Tal nexo é imprescindível para a procedência do pedido de impugnação de mandato, eis que este liame comprometerá a lisura e autenticidade do resultado eleitoral e, implicará na responsabilidade penal do impugnado, bem assim na anulação das eleições e cassação do diploma.

Entretanto, as provas que acompanham a exordial não necessitam ser conclusivas, mas indicadora de fatos que influenciaram no resultado eleitoral evitando processos temerários, segundo o entendimento jurisprudencial:

> "Ação de impugnação de mandato eletivo: o rito é ordinário e dispensa-se a prova pré-constituída (Precedentes - Acordão TSE nº 12030, Rel. Min. Jardim e Rec. nº 9145, Rel. Min. Gueiros). A ação todavia, há de ser instruída com provas ou indícios idôneos e suficientes, e não meras alegações". *(Rec. 11520, Agravo, St. Catarina, Acordão de 26.08.93, do TSE).*

Adotou-se nos processos de Ação de Impugnação de Mandato adotam o rito do Código de Processo Civil - ordinário de acordo com a doutrina e jurisprudência - concedendo ampla defesa, com todos os meios probatórios a ele inerentes, para trazer ao conhecimento do juízo eleitoral os elementos de convicção necessários ao deslinde da perlenga.

4. DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO

O Ministério Público participa, nestes feitos, como autor ou intervirá sempre como "custus legis", tendo em vista a presença do interesse público e pelas disposições legais que assim o autorizam - art. 10, IX, "h" e art.32, III, da Lei 8625/93 e art. 82, III, do CPC, sob pena de nulidade.

Paralelamente, a legitimidade também é estendida e assegurada aos partidos políticos, coligações e candidatos. Questiona-se, então, da possibilidade destes últimos autores desistirem da ação (art.267, VIII, do CPC) e das consequências que advirão diante do desídia processual.

Para análise do tema, cumpre-nos perquirir sobre a natureza jurídica dos direitos aqui tutelados. Diz Joel José Cândido, em sua obra Direito Eleitoral Brasileiro, quarta edição, Edipro, 1994, pág. 26:

> *"....o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado".*

A breve incursão na doutrina revela o caráter público existente nestes feitos, porquanto a discussão encampada nos mesmos investiga se o pleito transcorreu dentro da normalidade, igualdade e lisura entre os candidatos, notadamente no dia das eleições.

Com efeito, via de regra os impugnantes noticiam a ocorrência de aliciamento eleitoral, com abuso de poder econômico, praticado pelos candidatos os quais foram eleitos, graças ao artifício ilegal utilizado durante as fases do pleito (a pequena margem de votos de diferença dos demais adversários

políticos pode estabelecer dado importante para o convencimento do julgador).

Os fatos narrados na exordial expressam, assim, invariavelmente, condutas proibidas pelo ordenamento jurídico, as quais visam assegurar a vontade livre e isenta de influências ilícitas dos eleitores. Desta feita, a alegada corrupção eleitoral vem tipificada no Código Eleitoral (art. 299), o mesmo se diga do abuso do poderio econômico (art. 237, do C.E.).

Diante da gravidade dos fatos relatados nas Ações de Impugnação de Mandato, acode-nos, à primeira vista, não merecer acolhida o pedido de desistência formulado pelas demais entidades legitimadas, haja vista o conteúdo e natureza da matéria versada.

Em verdade, nestas ações propostas por candidatos, coligação ou partido político, entidades legitimadas para a propositura da impugnação de mandato eletivo, o Ministério Público, atua (como já exposto) no feito como "custus legis", por força de mandamento constitucional (art. 127, caput, CF/88) na "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"; da legislação infra-constitucional (art.32, III, da Lei 8625/93, art. 82, III, do CPC).

A intervenção ministerial embasa-se no interesse público, externado pela natureza da lide, pelos interesses difusos e coletivos, enfim, pelo interesse geral da sociedade, impessoal e indisponível.

Seguindo esta linha de idéias, a demonstrada falta de interesse dos demais legitimados não deve levar, de forma alguma, à extinção do feito, pois a iniciativa da coligação ou do partido jamais obstaculará a atuação do "parquet", vez que sendo o mesmo defensor da sociedade e fiscal nato do cumprimento da lei, deverá atuar na defesa e fiscalização dos interesses extra-partidários.

Em suma, o que está em jogo são assuntos pertinentes ao Estado democrático, ao ordenamento jurídico e

não questões restritas à ideologia partidária, de coligações ou candidatos.

Conclui-se, deste modo, que o Ministério Público não pode quedar-se inerte, ante o pedido de desistência (ou qualquer outra ocorrência processual que venha a externar contumácia do litigante - art.267, III, do CPC), ao contrário, deve assumir as "rédeas" da lide, quando esvaziam-se os interesses unilaterais dos órgãos partidários.

Neste sentido, trazemos à colação o ensinamento do doutrinador Haroldo Valadão, in Revista Forense 174/74-77:

> *"Ora, não é possível denegar-se ao advogado da lei eleitoral, ao fiscal de sua execução, o direito de requerer, de impugnar, de protestar, de arrazoar, de recorrer, em qualquer processo eleitoral, em que lhe pareça tenha havido violação de lei eleitoral. A posição de um advogado, e de um fiscal de sua execução, é ativa, dinâmica e não simplesmente, passiva, estática".*

A questão posta em debate, sobre a possibilidade de desistência da ação, onde está presente o interesse público, já foi enfrentada pelo legislador, em outros diplomas legais.

Diz o art. 9º, da Lei n. 4717/65 - Lei da Ação Popular:

> *"Se o autor desistir da ação ou dar motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação" (grifo nosso).*

Trilhando o mesmo raciocínio, reza o § 3°, do art. 5°, da Lei n.7347/85 (Ação Civil Pública), alterado pela Lei 8078/90 (art. 112, Código do Consumidor):

> *"Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa"(grifo nosso).*

O Código Civil estabelece, ainda, no capítulo sobre a transação:

> *"Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação".*

De ver-se, logo, que por aplicação analógica, dos citados dispositivos, a indisponibilidade da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo torna-se inarredável e, entendendo o Ministério Público, por sua independência funcional, conveniente o prosseguimento do processo, deve assumir a titularidade da ação, ante a desistência desmotivada e expressa dos co-legitimados.

A impugnação de mandato eletivo por corrupção eleitoral e abuso de poder econômico, não deve, assim, ser tratada como matéria da órbita do direito privado, mormente quando está expressa na Carta Magna. Senão vejamos o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso Especial n.8536, de São Sebastião - AL, publicado no Diário da Justiça em 24.03.93, pág: 4722, acordão de n.12.147:

> *"Recurso Especial. Desistência de recurso contra diplomação de Prefeito eleito. Inelegibilidade. Homologação pelo TRE/AL. O recurso contra diplomação, na hipótese de inelegibilidade, matéria constitucional (art. 14,*

parág. 7), não pode ser recurso semelhante aos de natureza civil comum que permita a desitência a qualquer tempo por decisão dos concorrentes no pleito eleitoral.
Matéria eminentemente de caráter público e como tal deve ser tratada. Admitir a desistência do recurso, é estimular o complot contra a legalidade.
Atento ao princípio do duplo grau de jurisdição, recurso conhecido e provido, para anular a desistência do mesmo, para que outra decisão seja proferida pela Corte Regional, com fundamento na inelegibilidade requerida".

O certo é que o pedido de desistência dos impugnantes, exprime os fundamentos do inconformismo, quanto à homologação do mesmo pela Justiça Eleitoral , vez que tal ato extinguiria o feito sem julgamento do mérito.

Ademais, deve-se frisar que o pedido não se restringe à cassação do diploma tão somente, mas também à inelegibilidade. Deste modo, mesmo frustado o efeito principal do processo, posto que, não raras as ocasiões, o mandato do Impugnado finda antes do julgamento definitivo da ação, mister o prosseguimento da mesma, pois prejudicado um objeto os outros podem ser tema de sentença, conforme se vê na decisão abaixo:

"....Existindo indício do comentimento de abuso do poder econômico e abuso do poder de autoridade, passíveis de influenciar a lisura e legitimidade do pleito, não é lícito ao TRE julgar extinto o feito, sem julgamento do mérito. Ainda que, pelo decurso de tempo, não seja possível anular as eleições e cassar os diplomas dos eleitos, tem-se caracterizada, se procedente a

ação , a inelegibilidade dos autores para as eleições que se realizaram nos três anos seguintes a data da decisão.

Recurso Especial provido, determinando-se a remessa dos autos ao TRE para julgamento do mérito da ação, como entender de direito." *(Recurso nº11082, do TSE, rel. min. Falquer Scartezzini, acordão de 16.02.92)*

A propósito, no panorama constitucional brasileiro o Ministério Público está inserido como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por sua vez, o sistema eleitoral busca, diuturnamente, proporcionar legitimidade à democracia política e representativa, expurgando de seu contexto (em todas as fases do processo eleitoral) os vícios que maculam a normalidade e segurança dos pleitos.

Daí conclui-se que a manifestação desfavorável do Ministério Público naqueles pedidos de desistência em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo constitui contribuição apreciável e zelo na defesa da correta e segura aplicação da lei.

5. CONCLUSÁO

a) - o Ministério Público deve posicionar-se contrariamente ao pedido de desistência formulado pelos demais co-legitimados na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, evitando a extinção do feito sem julgamento do mérito, principalmente quando proveniente de composições políticas;

b) - postular, diante desta situação, ao magistrado e pelas razões expendidas, o ingresso do órgão ministerial no polo ativo da ação e o prosseguimento do feito, com ulterior

manifestação livre (autonomia funcional) sobre o mérito da pretensão posta em juízo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- RIBEIRO, Fávila, Direito Eleitoral, 2ª ed., Ed. Forense, 1986;
- CÂNDIDO, Joel José, Direito Eleitoral Brasileiro, 4ª ed., Ed. Edipro, 1994;
- D'ALMEIDA, Noely Manfredini e outros, Crimes Eleitorais e outras infrigências, 1ª ed, Ed. Juruá, 1994;
- MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de Segurança, Ação Popular, 12ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- JARDIM, Afrânio Silva, Ação Penal Pública - princípio da obrigatoriedade -, 2ª ed. Ed. Forense, 1994.

PROPOSTA DE EMENDA AO ART. 94 DA CF QUANTO À DISCIPLINA DO QUINTO CONSTITUCIONAL: LISTA TRÍPLICE PARA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Márcio Flávio Mafra Leal

A história recente do preenchimento das vagas para Desembargador destinadas ao Ministério Público tem revelado que o sistema necessita de uma reforma, pois, da maneira que está, permite-se uma seleção de nomes por parte do Tribunal com conseqüências indesejáveis para o regime democrático e atenta contra a doutrina de freios e contrapesos dos poderes políticos, ainda que não se conceba o Ministério Público como um "Poder", na acepção que lhe dá a Ciência Política.

A escolha, segundo o regime atual, dá-se da seguinte forma: o colégio de membros do Ministério Público elege uma lista sêxtupla, que é enviada ao Tribunal de Justiça do Estado e do Distrito Federal, que, por seu turno, remete ao chefe do Executivo respectivo uma lista tríplice, de onde sairá o novo Desembargador.

A proposta de Emenda preconiza que o Ministério Público eleja lista tríplice e remeta diretamente à chefia do Executivo, tal como sucede para escolha do Procurador-Geral. A desvinculação da escolha pelo Tribunal possui diversas vantagens de ordem política e institucional.

Do ponto de vista político, fica remarcado que a vaga pertence ao Ministério Público, sem a interferência de nenhum outro Poder ou órgão da República. Institucionalmente, a escolha da forma propugnada realça a independência dos ofícios dos Procuradores e Promotores de Justiça perante o Tribunal.

Além disso, o Tribunal pode, no atual regime, descartar aqueles que o Ministério Público realmente deseja como Desembargador, pois ocorre a pulverização de nomes (seis ao todo), incluindo-se na lista pessoas não exatamente identificadas

com a Instituição, mas apenas competentes do ponto de vista eleitoral.

Dessa maneira, ainda, o Tribunal seleciona aqueles afinados com a "política" da Corte, nem sempre coincidente com o pensamente independente do Ministério Público. Essa prévia seleção por parte do Tribunal tende a inibir ações mais contundentes da Instituição, pois o futuro candidato evitará se indispor com a desembargadoria por ocasião da escolha da lista tríplice.

Concluindo, o sistema, no regime que está, não produz uma vaga para o Ministério Público, mas sim um representante híbrido que, fatalmente, pouco acrescentará à composição e ao horizonte hermenêutico e político do Tribunal, pois o novo Desembargador pouco diferirá dos demais, o que contradiz os fundamentos para a existência do quinto constitucional, cujos pilares se assentam na democratização e na diversidade de pensamento na composição dos tribunais.

O mesmo raciocínio é válido para a vaga composta pelos advogados.

CONCLUSÃO

Proposta de Emenda ao art. 94 da Constituição Federal, que terá a seguinte redação:

"Art. 94 Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

Parágrafo único. A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de eleição direta, e o colégio eleitoral dos membros do Ministério Público enviarão lista tríplice ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação."

1- TÍTULO: O EFETIVO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE PROMOTOR DE JUSTIÇA NA MESMA ENTRÂNCIA, EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, PARA FINS DE CONTAGEM DE ANTIGÜIDADE.

Elaine Castelo Branco Souza
Promotora de Justiça Titular
de Sto. Antônio do Tauá/PA.

2- JUSTIFICATIVA

Segundo o texto Constitucional os servidores públicos repartem-se em dois grandes grupos, os servidores públicos civis e os servidores públicos militares e em 1988 a Constituição Federal Democrática abriu a seção II do seu Cap. VII com a epígrafe "**Dos Servidores Públicos Civis**", dispondo no artigo 39, que vale transcrever:

> *Art.39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.*

Preferiu neste texto atual a expressão *servidor público* à designação consagrada nos textos constitucionais anteriores, de funcionário público .

Veja-se que não admite a Constituição regime jurídico duplo para regular a função pública. O regime será o mesmo para todo aquele que estiver engajado no serviço público .

A Constituição atual dá ao Ministério Público o relevo de *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.*

Funcionalmente independentes, seus membros integram a categoria de *agentes políticos*, e como tal, hão de atuar "com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários Públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha , investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos" (Meireles, 1990).

Os Ministério Público de cada estado atentam para os princípio institucionais da unidade, indivisibilidade, e da independência funcional.

O artigo 128 da Constituição Federal, assim prevê:

O Ministério Público abrange:

I- O Ministério Público da união , que compreende:

a) O Ministério Público Federal;

b) O Ministério Público do Trabalho;

c) O Ministério Público Militar;

d) O Ministério Público do Distrito federal e dos Territórios;

II- O Ministério Público dos Estados

Silva (1991, p. 506) refere-se que o artigo 128 quer dar conseqüência ao *princípio da unidade* do Ministério Público. Por isso, trata todos os Ministérios Públicos enumerados nos seus incisos e alíneas como se constituíssem uma instituição única, ao afirmar que o "*Ministério Público abrange* ...". Quer com esse modo dispor que a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministério Públicos ali indicados .

Aufere-se que o Ministério Público é, em seus lineamentos básicos, uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Silva (1991, p.501) aduz que "todas elas são carreiras

jurídicas, primeiro porque exigem formação jurídica como requisito essencial para que nelas alguém possa ingressar ; segundo porque elas todas têm o mesmo objeto, qual seja: a aplicação jurídica; terceiro, porque, por isso mesmo, sua atividade é essencialmente idêntica, qual seja a do exame de situações fáticas específicas, emergentes, que requeiram solução concreta em face da norma jurídica"

2.1- Funcionário Público e Agente Público

Cretella Júnior (1991), aduz que a expressão agente público é muito mais ampla que funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos propriamente ditos, uma grande quantidade de outros indivíduos "engajados" pelo Estado.

Cretella Júnior, apud Tito Prates da Fonseca acentua que as notas de noção de funcionário público, no direito público brasileiro, são: cargo público criado por lei; nomeação pela autoridade competente; incorporação, pela posse ou compromisso e pelo efetivo exercício.

"Funcionário Público, conclui o conceituado autor, " é aquele que, nomeado pela autoridade competente, se incorpora nos quadros do serviço público pelo exercício de cargo criado em lei."

Brandão Cavalcanti ressalta a dificuldade do assunto, salientando que não há uniformidade na doutrina, e na legislação, para pôr termo às dificuldades. As disposições legais, nem sempre claras, raramente permitem tirar um critério jurídico seguro, abstraindo conceitos doutrinários. Outras vezes a própria legislação é contraditória.

2.2 -Da Carreira.

2.2.1 Concurso de Ingresso

Pelo princípio de igualdade - todos são iguais perante

a lei - o Concurso Público rege a entrada do candidato ao serviço público. Todos prestam concurso e concorrem em igualdade de condição, conforme a regra jurídica constitucional federal de 5 de outubro de 1988, art. 5°, *caput.*

Assim, a nacionalidade, o sexo, a idade, o gozo dos direitos político, as obrigações de caráter militar, o procedimento, a saúde, a aptidão, a habilitação em concurso passaram a constituir um conjunto de condições *sine qua non*, para o provimento de cargos públicos.

Como processo normal de provimento da maioria dos cargos públicos, no Brasil, pode o concurso ser definido como *a série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora.*

Da mesma forma dar-se-á o ingresso na carreira do Ministério Público.

Diz o artigo 45 da Lei Complementar n. 40 de 14.12.1981:

> *" O ingresso nos cargos iniciais da carreira dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, organizado e realizado pela Procuradoria - Geral de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil."*

2.2 .2 Classe e Carreira

O artigo 4°. da Lei Complementar n. 40, de 14.12.1981, dispõe que *"o Ministério Público dos Estados será organizado em carreira e terá autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária ".*

Para se entender a sistemática de promoção em serviço público adotada em nossa legislação, necessário que

se faça referência a alguns conceitos importantes, tais como o de classe e carreira.

Para Tito Prates da Fonseca " classe é a unidade da classificação dos cargos da mesma profissão e de igual padrão de vencimentos. A classe constitui um alinhamento horizontal de cargos, pelas atribuições - critério profissional - e pelo padrão de vencimentos".

Trata-se , pois de um agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições.

Portanto conclui-se que trata-se de determinado grupo de funcionários, ocupando cargos públicos rigorosamente semelhantes quanto aos direitos, deveres e responsabilidades .

Meireles (1990, p. 361) afirma que " carreira é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram". .

Cretella Júnior (1991) aduz que " carreira, significa, entre outras coisas, *corrida, caminho, estrada, curso, percurso, espaço percorrido, viagem.*

E daí conclui-se que quem já percorreu um determinado caminho, não mais retorna, mas avança.

O cargo de carreira pressupõe desde logo, a possibilidade de marcha, de caminho continuado, de acesso ou promoção.

Ingressa-se na carreira do Ministério Público sempre por concurso Público de provas e Títulos, assegurada a participação da ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

2.2.3 Posse, exercício, promoções

Depois de empossado, o funcionário tem a opção de entrar

imediatamente em exercício, de entrar em exercício dentro do prazo que a lei lhe concede ou de até não querendo , não entrar em exercício.

Apurar-se-á, na entrância e na classe ou categoria, a antigüidade e o merecimento.

Para apuração de antigüidade, considerar-se-á o tempo de efetivo exercício na entrância, deduzidas as interrupções, salvo as permitidas em lei e as causadas em razão de processo criminal ou administrativo de que não resulte condenação.

No direito positivo brasileiro, conhecem-se dois critérios de promoção, o por antigüidade de classe e o por merecimento.

Cretella Júnior, (1991) refere que sem dúvida alguma a expressão **tempo de serviço**, deve ser levada em consideração em relação ao tempo de serviço que se processou num determinado degrau da hierarquia funcional.

Presume-se que o fator tempo tenha conferido ao funcionário maturidade e experiência.

2.3- Das Garantias

Observa-se que nos estados os órgão de administração superior e de execução que integram o Ministério Público são sempre os mesmos.

Sabe-se da mesma forma que os membros do Ministério Público estadual sujeitam-se a regime jurídico especial e gozam de independência no exercício de suas funções.

Todos os Membros do Ministério Público de qualquer estado terão as mesmas garantias já asseguradas na Constituição, além das prerrogativas as previstas no artigo 20 da Lei Complementar n. 40.

Os deveres dos membros dos ministério Público estadual são os mesmos.

Diz o artigo 2°. da Lei Complementar n. 40, que são princípios Institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.

3- CONCLUSÃO

Pelo que se expôs conclui-se que :

- Pelo princípio da unidade da unidade do Ministério Público estadual , Considera-se como tempo de efetivo exercício na entrância para efeito de promoções por antigüidade todo o tempo de serviço prestado pelo membro do Ministério Público, dentro de qualquer outro Ministério Público estadual, na respectiva entrância .

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1-BRASIL. Constituição (1998). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: DF: Senado Federal, 1988.

2- BRASIL. Normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual - Lei Complementar n. 40, de 14.12.1981.

3-CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 11. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro. Forense. 1991.

4-MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo - 17ª. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros, São Paulo - 1992

5-PARÁ . Servidores Públicos - Leis e Legislação: Lei n. 5.810 de 24 de Janeiro de 1994.- Belém : CEJUP, 1994.

6- SILVA , José Afonso da, Curso de Direto Constitucional Positivo - São Paulo- Editora revista dos Tribunais,

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

01-BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, 12. Ed., 1990, Saraiva

02-BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio- Regime Constitucional dos servidores da administração direta e indireta, ed. RT, 1990.

03-BRASIL. Regime Jurídico dos Servidores públicos civis da união. Lei Federal n. 8.112, de 11.12.90.

04-BRASIL. Reforma Administrativa: Decreto Lei 200, de 25.02.67

05-DALLARI, Adilson- Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª. ed., Ed.RT,1990.

06-DINIZ, Maria Helena, Norma Constitucional e seus efeitos, 2. ed., 1992, Saraiva.

07-DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5ª. ed., Atlas, São Paulo, 1995.

08-KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2ª. ed. bras., Martins Fontes, São Paulo, 1987.

09-MAZAGÃO, Mário - Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 1959

10-MEIRELLES, Hely Lopes- Direito Municipal Brasileiro- 6ª. ed. São Paulo, 1990

11- MUKAI, Toshio- Administração Pública na Constituição de 1988: Saraiva, 1989, São Paulo

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 10ª. ed., 1993, ed., "M".

1- MEIRELLES, Direito Municipal Brasileiro

2- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 9ª. ed., Malheiros, São Paulo., 1994.

3- Revista de Direito Militar- AMJME- n. 05, n.06 , n.07 e n.08

4- ADA

O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: UM NOVO ATOR POLÍTICO

Ronaldo Porto Macedo Júnior ([1])

ABSTRACT

O Ministério Público brasileiro vem ganhando notável destaque na mídia em razão de seu papel na defesa de uma imensa gama de interesses de natureza coletiva. Diariamente a mídia noticia novas ações de grande impacto na sociedade e no cenário político. Por este motivo, o Ministério Público tornou-se hoje um novo e importante ator político.

O Ministério Público brasileiro é dos únicos do mundo ao qual se conferiu poderes e atribuições para a atuar diretamente na defesa do consumidor, do meio ambiente, no controle e defesa dos direitos constitucionais do cidadão, na defesa da criança e do adolescente, na prevenção de acidentes do trabalho, na defesa do patrimônio público, na defesa do idoso, na defesa do deficiente e tutelando outros direitos difusos e coletivos, o que não encontra paralelo em nenhum país ocidental.

O objetivo do presente texto é explicar a formação do perfil institucional do Ministério Público no direito brasileiro e apresentar os motivos pelos quais foi possível construir-se este modelo no Brasil, em contraste com o modelo adotado em outros países, em especial nos países latino-americanos. Propõe-se, ainda, a mostrar os riscos e desafios que a politização de sua atuação pode trazer para a Justiça no Brasil.

O PROJETO DE UMA NOVA INSTITUIÇÃO

O Ministério Público brasileiro vem ganhando notável destaque na mídia brasileira em razão de seu papel na defesa

de uma imensa gama de interesses de natureza social ou coletiva. Diariamente os jornais, rádios e televisões noticiam novas ações de grande impacto na sociedade e no cenário político, como por exemplo ações ambientais pleiteando a interrupção de projetos de implantação industrial ou empreendimentos imobiliários em razão da violação de normas urbanísticas ou ambientais, processo criminal e civil por atos de improbidade administrativa e lesão ao patrimônio público envolvimento políticos, prefeitos, governadores, secretários, presidentes etc ([2]). Por este motivo, o Ministério Público tornou-se hoje um novo e importante ator político ([3]).

A historiografia brasileira só recentemente tem despertado um interesse continuo e sistemático sobre o papel, dinâmica e importância das instituições brasileiras ([4]). Neste contexto de falta de tradição teórica sobre as instituições é que se situa a reflexão sobre o Ministério Público. A história do Ministério Público brasileiro ainda é um capitulo da história das instituições políticas brasileiras a ser escrito. Ainda hoje são quase inexistentes estudos sobre a formação, papel e relevância desta instituição no cenário político brasileiro.

Em outro texto ([5]) procurei salientar que a "evolução institucional" do Ministério Público se dá de maneira descontínua, desde a formação da Primeira República no final do século passado até os dias de hoje. É certo, contudo, que especialmente a partir dos anos 40 e 50 inicia-se um significativo movimento intelectual visando a formação e consolidação de um projeto institucional mais claro e contínuo para esta instituição. Em outro trabalho procurei demonstrar que este processo de construção institucional teve um forte caráter endógeno, isto é, foi mais o fruto da articulação e vontade política de suas lideranças internas do que um processo conduzido externamente por outros atores políticos, como poderiam, em tese, ter sido os partidos políticos, movimentos sociais, Igreja, etc. Este projeto visava basicamente o seguinte objetivo: O fortalecimento institucional através da obtenção das mesmas garantias e prerrogativas institucionais

originalmente somente cometidas aos membros do Poder Judiciário, o que incluía, inclusive semelhança no regime remuneratório e de carreira.

Este objetivo institucional era perseguido através da estratégia de assemelhação das hipóteses legais de intervenção e formas de atuação do promotor de justiça em relação ao juiz. Assim, o Ministério Público passou a atuar em quase todos os feitos que eram decididos pelo juiz adotando não uma função agente, de parte a perseguir a efetivação de algum direito ameaçado, mas na condição de "custos legis", ou fiscal da lei, emitindo um parecer que deveria ser marcado pela legalidade e imparcialidade, características distintivas da atividade judicial. Nesta primeira fase almejou-se basicamente transformar o promotor num magistrado, situação que inexistia no Brasil, ao contrário do que se verificava em outros países como Itália e Portugal. Transformar o promotor em magistrado constituía-se, assim, no primeiro passo dentro de uma estratégia "in fieri" de evolução institucional.

Numa segunda fase, desenvolvida especialmente a partir dos anos 60, o Ministério Público brasileiro passava a organizar suas energias em torno de outro projeto que previa, conforme bem sintetizado em artigo de lideranças da época publicado em 1968:

> *"I - um reexame da posição doutrinária do órgão do Ministério Público, no quadro das atividades judiciárias, situando-o, em consonância com a atual colocação constitucional brasileira e com a melhor doutrina , como Órgão de Justiça;*
> *II - Procurador-geral eleito pela classe.*
> *III - A luta pela obtenção da total autonomia administrativa do Ministério Público, arredando-o de qualquer dependência com os*

Poderes do Estado;
IV - A obtenção da independência financeira da instituição através de recursos orçamentários próprios e meios para a execução respectiva;
V - Uniformização do Ministérios Públicos estaduais em torno das conquistas consideradas substanciais: remuneração condigna; proibição da advocacia; total separação do corpo de advogados encarregados de sustentar o interesse do Estado Administração; equiparação de vencimentos com os da magistratura de cada unidade da Federação; organização em carreira; irredutibilidade de vencimentos; promoção de entrância a entrância; inamovibilidade relativa, excepcionada pela remoção no interesse do serviço, a juízo exclusivo dos órgãos competentes da própria instituição; concurso de provas e títulos, para o ingresso na carreira;
VI - Órgão disciplinar dos quadros da própria instituição."([6])

O NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL

Estas aspirações e projetos em boa medida foram atendidas com a promulgação da Lei Orgânica do Ministério Público de 1982. Elas também foram expressamente defendidas pela importante declaração de intenções institucionais conhecida por "Carta de Curitiba" de 1986 que definia os objetivos da categoria durante os trabalhos preliminares para a Assembléia Nacional Constituinte ([7]). Posteriormente, em 1988 a nova Constituição Federal veio a consagrar este novo perfil constitucional, dando amplas garantias para que o Ministério

Público viesse a desempenhar uma função essencialmente agente na tutela dos interesses sociais e coletivos.

Na esfera penal o seu papel é determinante e essencial na persecução penal, uma vez que detém o monopólio legal das ações penais públicas responsáveis pela grande maioria dos crimes todos os delitos de maior gravidade e reprovabilidade social.

Na esfera cível o seu papel hoje não é menos relevante, merecendo destaque a sua atuação na tutela dos interesses difusos e coletivos. Diferentemente da maioria dos Ministérios Públicos ocidentais e, em particular, de seus congêneres latino-americanos, o Ministério Público brasileiro assumiu um papel de destaque na dos interesses públicos, difusos e coletivos relacionados à defesa do idoso ,da criança e do adolescente, do meio ambiente, consumidor, pessoa portadora de deficiência, prevenção de acidentes do trabalho, patrimônio público, direitos da cidadania (direitos humanos, saúde, educação), urbanismo, e ainda todo e qualquer outro interesse difuso ou coletivo que envolva algum interesse social ([8]).

Essas novas atribuições foram cometidas ao Ministério Público em período bastante recente de sua história. O primeiro passo para ela foi dado com a edição de uma lei de defesa do meio ambiente de 1981. Posteriormente a promulgação da Lei de Ação Civil Pública de 1985 (que contou com a decisiva participação de membros do próprio Ministério Público para a sua configuração) criou dois poderosos mecanismos para a defesa dos interesses sociais. De um lado, criou o mecanismo do inquérito civil. Através deste mecanismo o promotor de justiça passou a deter poderes diretos de investigação na área civil, podendo colher diretamente as provas necessárias, requisitar perícias, provas, documentos e auxilio para a instrução preliminar de uma futura ação civil pública.

Através da ação civil pública, uma espécie de "class action" de iniciativa exclusiva do Ministério Público, agentes

políticos como partidos, municípios, governos e entidades não governamentais legitimadas, inaugurou-se um novo período de tutela coletiva dos interesses sociais. Através deste mecanismo rompeu-se a tradição individualista e privatística da cultura jurídica nacional, ampliando-se consideravelmente o acesso a justiça a um sem número de cidadãos. Ademais, a Lei de Ação Civil Pública de 1985, constituindo um episódio incomum e talvez involuntário na vida legislativa do Brasil, veio acompanhada de uma bem estruturada organização capaz de fazer uso da mesma. O Ministério Público conferiu à lei uma estrutura de "enforcement" eficaz e poderosa na medida em que está organizado em todo o território nacional e conta um quadro de profissionais bastante qualificado e especializado para os padrões nacionais ([9]). Só no Estado de São Paulo, o mais populoso da federação com aproximadamente 31,5 milhões de habitantes, há cerca de 1700 Promotores de Justiça atuando nas mais diversas áreas supra mencionadas.

A criação do importante mecanismo do inquérito civil, diretamente presidido pelo promotor de justiça e a boa estruturação do Ministério Público explicam o motivo pelo qual até hoje o Ministério Público detém o monopólio "de fato" (muito embora não tenha o monopólio legal, conforme supra mencionado, das ações civis públicas. Na área ambiental, por exemplo, estima-se que cerca de 97 das ações civis publicas em andamento tenham sido propostas pelo Ministério Público ([10]). Embora não haja estimativas ou dados precisos, há fortes indícios de que a proporção se mantenha também em outras áreas da tutela coletiva dos interesses sociais ([11]).

O novo perfil institucional traçado pela Constituição Federal de 1988 e as novas funções na tutela dos interesses sociais de natureza transindividual firmaram o novo perfil do Ministério Público enquanto órgão agente, tornando cada vez mais evidente o anacronismo de certas formas de intervenção como "custos legis" em processos de natureza eminentemente individual e privada ([12]). Fortalecia-se, assim, a nova identidade

do Ministério Público brasileiro enquanto uma instituição voltada para a tutela dos interesses sociais, uma espécie de ombudsman não eleito da sociedade brasileira (artigo meu, Atlas). Isto fica bastante claro a partir da mera análise do texto constitucional de 1988. Do ponto de vista de suas atribuições conferiu-lhe um perfil primordialmente de órgão agente ([13]) estabelecendo a ele, em seu artigo 129 as seguintes funções institucionais:

> *"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
> *I - Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*
> *II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a suas 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;*
> *IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;*
> *V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;*
> *VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*
> *VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da Lei complementar mencionada no artigo anterior;*
> *VIII- requisitar diligências investigatórias e a*

instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria de entidades públicas".

A NOVA IMPORTÂNCIA POLÍTICA DE UM VELHO ATOR

Uma conseqüência possível mas não necessária do novo perfil constitucional seria a definição de um projeto para a sua efetiva implementação ([14]). Os sinais de vontade política concreta para um projeto desta natureza têm sido descontínuos e alternados. A criação formal de direitos sociais sem a necessária criação de estruturas de apoio que garantam a sua efetiva implementação, conforme já assinalado, tem sido uma constante na historia política e social do Brasil. A expectativa da não efetivação destes direitos freqüentemente faz parte da lógica processo legislativo que cria direitos porque sabe que estes não serão realizados. A estrutura política do pais tem estimulado um legislativo socialmente generoso quando não irresponsável ou demagógico que logo vai esbarrar num executivo incapaz de implementar os novos direitos produzidos. A constituição federal de 1988 é um exemplo paradigmático desta lógica.

A despeito das vontades algumas vezes vacilantes, alguns dos resultados do novo perfil institucional se fizeram sentir através de uma grande número de ações que passaram a movimentar o Judiciário em favor de uma série de interesses sociais e coletivos.

O desempenho das novas atribuições não tardou a gerar um impacto político direto na atuação do Ministério Público. Por um lado, o Ministério Público assumia definitivamente uma atuação marcadamente política em relação à suas tradicionais

atribuições ([15]). A sua atividade na área criminal não se alterara substancialmente a não ser pelo fato de que a partir de então o Procurador-geral de Justiça a quem compete processar criminalmente as maiores autoridades políticas como prefeitos, secretários de estado, governadores e magistrados passava a ter um grau de independência bastante maior para o exercício de seu dever ([16]). Entretanto, na esfera cível sua atuação assumira função e natureza completamente diversas. O resultado de sua atuação deixava de ser sentido apenas para as partes de um processo envolvendo interesses individuais, como em regra ocorrida na maioria dos casos em que atuava como "custos legis", e passava a ser sentido diretamente pela sociedade. Através dos inúmeros inquéritos civis e ações civis publicas passava-se a questionar uma série de praticas de extrema relevância envolvendo grandes interesses econômicos de grupos privados e também do próprio estado. A atuação ministerial passava a afetar diretamente uma série de políticas publicas e direitos sociais. A repercussão disto foi sendo sentida de maneira crescente, sendo certo que noticias sobre a ação do Ministério Público que eram bastante raras há dez anos atras passaram a ser rotineiras nos principais meios de comunicação social. A tal ponto que hoje é praticamente impossível abrir algum dos principais jornais de São Paulo sem nele encontrar ao menos uma noticia sobre a atuação do "Parquet". Em períodos eleitorais, freqüentes na vida política democrática brasileira, a presença da ação do Ministério Público na mídia tende a aumentar face o freqüente envolvimento dos atores políticos com as investigações do Parquet.

Um outro sintoma desta mudança de importância do Ministério Público no cenário político brasileiro é facilmente perceptível através da constatação do interesse hoje despertado na sociedade - e seu termômetro mais evidente é novamente o interesse da mídia pelo tema - sobre o processo e natureza da escolha do Procurador Geral de Justiça. O cargo hoje envolve não apenas a chefia administrativa e coordenação institucional

do Ministério Público, como também a decisão sobre a condução da investigação e processos contra as mais importantes autoridades políticas do estado, como o Governador e seus secretários.

A NOVA INDEPENDÊNCIA POLÍTICA

Conforme salientado, o novo perfil constitucional atribuiu ao Ministério Público não apenas tarefas de cunho eminentemente político, como garantiu-lhe um grau considerável de autonomia para o seu exercício. O Ministério Público passou a ter autonomia administrativa e iniciativa para encaminhar projetos de lei de seu interesse direto, conquistou o mandato para o Procurador-geral de Justiça e atraiu para si o poder de decidir sobre os processos de movimentação e ascensão na carreira, uma vez que todas as nomeações passaram a estar a cargo não mais do governador, mas do próprio Procurador Geral de Justiça. Os Ministérios Públicos estaduais deixam de ser um apêndice da Secretaria Estadual de Justiça para assumir um papel singular na estrutura tradicional de tripartição de poderes. Esta nova situação de "flutuação entre os três poderes" logo sugeriu a alguns intérpretes da nova ordem constitucional que se estava diante de um verdadeiro "Quarto Poder".

O NOVO RELACIONAMENTO ENTRE OS PODERES POLÍTICOS E SOCIAIS

Esta situação trazia grandes novidades e desafios para o planejamento político e institucional do Ministério Público. Por um lado, qualquer projeto no sentido da efetiva implementação do novo perfil constitucional fazia ver com muita clareza a necessidade de um forte apoio político que viabilizasse tal empreitada. Afinal, como enfrentar poderes políticos e

econômicos bem organizados sem contar um apoio político consistente? O novo perfil político do Ministério Público demanda a criação de uma estratégia de obtenção de poder político para a sua implementação.

A estratégia política adotada com grande sucesso durante a primeira e a segunda fase da evolução institucional (1940-1980) consistiu basicamente no fortalecimento do poder político do Ministério Público através do lobby direto junto ao poder executivo ao qual a instituição estava formal e substancialmente atrelada. O Ministério Público era órgão do poder executivo. O próprio Procurador Geral de Justiça exercia cargo de confiança do governador e era demissível "ad nutum" até 1981.

O contato direto com o poder executivo e a utilização extensiva da estratégia dos afastamentos de vários dos membros da instituição para o exercício de cargos junto aos poderes executivos e legislativo constituiu um capítulo de uma estratégia bem sucedida de fortalecimento institucional ([17]). Os promotores afastados da carreira sempre significaram um importante instrumento de política institucional visando a efetivação do projeto institucional dominante e o asseguramento das garantias e vantagens dentro instituição, inclusive as de ordem econômico-financeiro relacionadas ao sistema remuneratório e orçamentário. Este sistema de vinculação ao poder executivo e apoio em estratégias de "lobbies" e provavelmente "concessões" ([18]) funcionou particularmente bem durante o período de vigência do Regime Autoritário no Brasil, caracterizado pela hipertrofia política do executivo e baixo grau de importância política de outros agentes políticos da sociedade civil, como imprensa, movimentos sociais e partidos políticos. Os seus limites e sua crise, contudo, rapidamente se fizeram sentir no momento em que o Ministério Público assumia o seu novo desenho institucional nos anos 1980 e no final do processo de transição democrática. No estado de São Paulo as contradições desta estratégia tradicional se fizeram sentir de maneira particularmente aguda

após a eleição em 1992 de um governador oriundo dos quadros do Parquet estadual.

Nesta nova fase da vida democrática e institucional brasileira novos atores políticos entram em ação, além do próprio Ministério Público. A imprensa é um deles. A liberdade de imprensa e multiplicação dos veículos de comunicação conferem um peso relativo a ela bastante maior do que o anteriormente existente. Os movimentos sociais constituem outros atores de grande importância. Cada vez mais torna-se necessário que o Ministério Público encontre novas formas de legitimação e obtenção de poder político fora do poder executivo e abandonando as tradicionais estratégias de "lobby" que agora passam a colocar em risco a sua própria e necessária imagem de independência e imparcialidade. Mas como afastar-se do poder executivo num momento em que poder político era ainda mais exigido para o desempenho das novas tarefas?

RISCOS E FUTURO DO NOVO ATOR POLÍTICO

As estratégias para enfrentar tal questão ainda estão em curso. Este é um dos temas que divide as lideranças do Ministério Público brasileiro. Por um lado há aqueles que entendem que o afastamento do poder executivo deve ser gradual e cauteloso, de modo a não colocar em risco o necessário apoio político que o Ministério Público necessita dos demais poderes, especialmente do mais forte deles, o poder executivo. Por outro lado, há os que advogam uma ruptura mais drástica com o sistema anterior. Para eles o Ministério Público deve investir direta e ostensivamente numa estratégia de legitimação política através de uma bem elaborada estratégia de "marketing" político que pudesse permitir uma rápida comunicação social com a sociedade, informando-a periodicamente sobre suas atividades e fomentando uma política institucional de transparência quanto às suas principais decisões políticas e contatos contínuos e

freqüentes com os novos atores sociais.

Por outro lado, as novas estratégias para angariar apoio político deveriam insistir num relacionamento mais positivo e institucionalizado tanto com os poderes políticos constituídos tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), encaminhando projetos de lei de interesse, participando de comissões, debates legislativos etc, como também estreitamento uma linha de relacionamento e dialogo diretos com as entidades governamentais e não-governamentais que tratam de assuntos relacionados a suas áreas de atuação, como os movimentos de defesa do consumidor, dos direitos da criança e adolescente, dos direitos humanos, da saúde, moradia, Igreja etc ([19]). É certo, entretanto, que o apoio político para o projeto de implementação e efetivação do novo perfil constitucional dependerá cada vez mais da legitimação do Ministério Público decorrente de sua efetividade enquanto órgão de promoção de justiça ([20]). Esta condição deverá estar pautada também por uma estratégia de continuo contato com a sociedade e comunicação de suas atividades e propósitos.

O futuro do Ministério Público e das estratégias para a consolidação de um projeto de implementação do novo perfil constitucional dependerá da clarividência de suas lideranças no sentido de compreender as mudanças do papel político do Ministério Público assim como do cenário político que o cerca. Reconhecer os novos atores políticos predominantes numa sociedade democrática é um deles. Definir um espaço mais claro para o relacionamento entre os poderes sociais é outro. Entender a importância da institucionalização deste novo arranjo político é a terceira etapa. Esta é uma obra em progresso cujo desfecho ainda não é claro. O certo é que este novo ator político já existe e seria prudente que suas lideranças políticas internas definissem linhas comuns para os próximos passos. Tal recomendação me parece urgente face os riscos de que este poderoso ator político corre por já despertar a atenção daqueles que querem vê-lo capturado ("captured") ou instrumentalizado.

Um dos antídotos contra este risco consistirá no aprendizado das lições do passado no sentido de tornar a política interna um ambiente de reflexão institucional e resistência à tentação da captura e cooptação.

CONCLUSÕES:

1. O novo perfil institucional do Ministério Público provocou mudanças e ampliações significativas em seu papel político e sua autonomia político-administrativa.

2. Esta nova situação política demanda uma nova fonte de apoio político face o constante cenário de confronto de interesses entre as ações do Ministério Público e os interesses políticos e econômicos envolvidos em diversas áreas de sua atuação.

3. A tradicional de dependência direta com o Poder Executivo demonstra-se incompatível com o novo perfil institucional do Ministério Público.

4. É fundamental o reconhecimento deste novo contexto político e os riscos intrínsecos de cooptação ou captura da instituição (ou ao menos parte dela) por interesses organizações contrários a sua finalidade institucional.

5. É necessária a criação de uma nova estratégia de relacionamento do Ministério Público com os demais poderes constituídos que envolva:

5.1 Substituição progressiva da estratégia de apoio político baseado no Poder Executivo pela de obtenção deste apoio através de programas de marketing político e da comunicação com a sociedade sobre suas ações e realizações, seja diretamente, seja através da mídia.

5.2 Substituição progressiva da importância da estratégia de obtenção e defesa de prerrogativas, direitos e interesses baseada exclusivamente no "Lobby" no Executivo e

no Legislativo, pela obtenção de apoio político e público direto para suas propostas e ações.

5.3 Abandono da estratégia de obtenção de apoio político baseado na ação dos membros do Ministério Público afastados da carreira para o desempenho de atividades políticas ou administrativas.

5.4 O estabelecimento de um relacionamento mais positivo e cooperativo, e não apenas de controle, repressão e fiscalização entre o Ministério Público e o Executivo, Legislativo e Judiciário, auxiliando na elaboração de projetos de lei de seu interesse funcional, apoiando iniciativas compatíveis com suas finalidades, estabelecendo parcerias para o aperfeiçoamento cultural e intelectual de seus membros, etc.

5.5 Criação e manutenção de estratégia aberta e transparente de relacionamento com entidades da sociedade civil (ONGs, mídia, empresas, fundações, etc.) que apresentem propostas e projetos compatíveis com a atuação do Ministério Público, especialmente nas áreas de proteção ao meio ambiente, defesa da criança e adolescente, defesa do consumidor, defesa do idoso, defesa dos direitos humanos, defesa do deficiente, etc.;

6. O Ministério Público deverá encontrar paulatinamente na efetividade de sua atuação a fonte de apoio político primordial e essencial para o desempenho de suas tarefas sociais de inescapável repercussão e sentido político (ainda que não "político-partidário").

BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Rogério Bastos - "Direito e Política: instituições judiciais e conflitos coletivos", trabalho apresentado na XX Conferencia da Latin American Studies Association, ocorrida em Guadalajara, México, 17-19, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos - "Um novo ator político", publicado no jornal O Estado de São Paulo de 25/04/97.

CARVALHO, Paulo Pinto de - "Uma incursão do Ministério Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética", in Ministério Público, Direito e Sociedade, Voltaire de Lima Moraes (org.), Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, págs. 77/120.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz - Propostas de Modificações na Estrutura e Forma de Atuação do Ministério Público. São Paulo: APMP, 1990.

FERRAZ Antônio Augusto Mello de Camargo, "Ministério Público: quando o passado aponta o futuro", in Ministério Público e Afirmação da Cidadania, edição do autor, São Paulo, 1997, págs. 120/129.

FERRAZ, Antônio Augusto M. de Camargo e GUIMARÃES JR., João Lopes - "A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional", in Ministério Público: Instituição e Processo, op. cit., págs. 19/35.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo - "As relações entre o Ministério Público, a sociedade e os poderes constituídos" (1997) in Ministério Público e Afirmação da Cidadania, op. cit.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo e FERRAZ, Patrícia André de Camargo - "O Ministério Público e Enforcement (mecanismos que estimulem e imponham o respeito às leis)" (1996), in Ministério Público e Afirmação da Cidadania, op. cit., págs. 114/119.

GUIMARÃES JR., João Lopes - "Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil", estudo apresentado no 9º Congresso Nacional do Ministério Público realizado em Salvador entre os dias 01 a 04 de setembro de 1992 e republicado em Ministério Público Instituição e Processo, op. cit., págs. 143/160.

LAMOUNIER, Bolivar - "Redemocratização e Estudo das Instituições Políticas no Brasil", em Sérgio Miceli (org.), Temas e Problemas da Pesquisa em Ciências Sociais, São Paulo, Sumaré/Fapesp, Rio de janeiro, Fundação Ford, 1992.

LUHMANN, Niklas - Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980

LUHMANN, Niklas - Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, v. I e II.

MACEDO JR., Ronaldo Porto - "Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro", in Ministério Público: Instituição e Processo de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (org.), São Paulo, Atlas-IEDC, 1997, págs. 36-65.

MAZZILI, Hugo Nigro - O Ministério Público na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 15/38.

MILARÉ, Édis - Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

PENTEADO, Djalma Negreiros, GUIMARÃES, João Lopes e

MACEDO, Ronaldo Porto - "Ministério Público - Órgão de Justiça", classificado em 1° lugar no II Congresso do Ministério Público Fluminense (JUSTITIA 68/7)

VIGLIAR, José Marcelo Menezes - "A participação do Ministério Público no Processo Civil", in Ministério Público Instituição e Processo, op. cit., págs. 162/210.

[1] - Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, sociólogo, mestre em Filosofia e doutor em Direito pela da Universidade de São Paulo. Presidente do "Instituto de Estudos Direito e Cidadania". Visiting Scholar na Harvard Law School (1994/1996).

[2] - Não é demais lembrar que num episódio marcante da história recente do pais o ex-presidente Collor de Mello veio a ser processado criminalmente pelo Procurador Geral da República, fato inimaginável há poucos anos atrás.

[3] - Tal fato já tem chamado a atenção de cientistas políticos conforme os demonstram os artigos do sociólogo Rogério Bastos Arantes "Direito e Política: instituições judiciais e conflitos coletivos", trabalho apresentado na XX Conferencia da Latin American Studies Association, ocorrida em Guadalajara, México, 17-19, 1997. Do mesmo autor ver "Um novo ator político", publicado no jornal O Estado de São Paulo de 25/04/97.

[4] - Exemplar desta reorientação da bibliografia brasileira é o trabalho de Bolivar Lamounier "Redemocratização e Estudo das Instituições Políticas no Brasil", em Sérgio Miceli (org.), Temas e Problemas da Pesquisa em Ciências Sociais, São Paulo, Sumaré/ Fapesp, Rio de janeiro, Fundação Ford, 1992. Nele o autor afirma: o mesmo processo - redemocratização - que levou o país a repensar sua estrutura institucional, também está levando

a ciência política a uma salutar reorientação. Pouco a pouco, vai-se constituindo uma nova agenda intelectual, tendo o funcionamento das instituições políticas como foco analítico e a consolidação do regime democrático como parâmetro normativo". (pág. 43).

[5] - "Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro", in Ministério Público: Instituição e Processo de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz (org.), São Paulo, Atlas-IEDC, 1997, págs. 36-65.

[6] - Idéias defendidas no ensaio "Ministério Público - Órgão de Justiça", classificado em 1° lugar no II Congresso do Ministério Público Fluminense (JUSTITIA 68/7), escrito por Djalma Negreiros Penteado, João Lopes Guimarães e Ronaldo Porto Macedo. Ver também sobre o assunto o interessante artigo de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, "Ministério Público: quando o passado aponta o futuro", in Ministério Público e Afirmação da Cidadania, edição do autor, São Paulo, 1997, págs. 120/129.

[7] - Sobre o assunto ver de Hugo Nigro Mazzilli, O Ministério Público na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 15/38.

[8] - Cf. José Marcelo Menezes Vigliar, "A participação do Ministério Público no Processo Civil", in Ministério Público Instituição e Processo, op. cit., págs. 162/210 e Paulo Pinto de Carvalho "Uma incursão do Ministério Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética", in Ministério Público, Direito e Sociedade, Voltaire de Lima Moraes (org.), Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, págs. 77/120.

[9] - Cfr. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patrícia André de Camargo Ferraz "O Ministério Público e Enforcement (mecanismos que estimulem e imponham o respeito às leis)" (1996), in Ministério Público e Afirmação da Cidadania, op. cit., págs. 114/119.

[10] - Sobre o assunto ver a obra coletiva coordenada por Édis Milaré, Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

[11] - "A evolução institucional do Ministério Público", op. cit.

[12] - Cf. de Antônio Augusto M. de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Jr., "A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional", in Ministério Público: Instituição e Processo, op. cit., págs. 19/35.

[13] - Sobre este novo perfil de órgão agente ver João Lopes Guimarães Jr., "Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil", estudo apresentado no 9º Congresso Nacional do Ministério Público realizado em Salvador entre os dias 01 a 04 de setembro de 1992 e republicado em Ministério Público Instituição e Processo, op. cit., págs. 143/160.

[14] - Antônio Augusto M. de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Jr., "A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional", op. cit. Ver também de Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo. Propostas de Modificações na Estrutura e Forma de Atuação do Ministério Público. São Paulo: APMP, 1990.

[15] - "A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional", op. cit.

[16] - É revelador, que durante os anos de 1996/1997 a Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo tenha proposto mais de duzentas ação criminais contra prefeitos de municípios paulistas, número correspondente a mais de um terço do número de municípios do estado.

[17] - Caberia lembrar que durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 havia oito "promotores-constituintes", dentre os quais o Presidente da Câmara dos Deputados (Ibsen Pinheiro) e o relator do capítulo da Constituição sobre o Ministério Público (Plínio de Arruda Sampaio).

[18] - O estudo sobre a dimensão das concessões e troca de favores que provavelmente ocorreram durante o período de forte atrelamento do Ministério Público ao executivo, especialmente após o Golpe de Estado de 1964, ainda é trabalho que ainda está por ser feito. Parece-me certo, contudo, que esta hipótese jamais deveria ser descartada num estudo sobre o papel político do Ministério Público.

[19] - Cfr. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, "As relações entre o Ministério Público, a sociedade e os poderes constituídos" (1997) in Ministério Público e Afirmação da Cidadania, op. cit.

[20] - Sobre a idéia de legitimação política do Ministério Público pelo procedimento ver o artigo já citado "A evolução institucional do Ministério Público", op. cit. Sobre o conceito de legitimação pelo procedimento ver de Niklas Luhmann. Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980 e Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, v. I e II.

O Ministério Público como Agente Político da Soberania do Estado Democrático e como Poder informal da Sociedade Civil.

Oscar d'Alva e Souza Filho
Promotor de Justiça
MP/ Ce nº 090

Exposição ou Justificativa: Com o advento da Constituição Republicana de 05 de outubro de 1988 que instituiu o denominado Estado Democrático de Direito, operou-se, efetivamente, uma mudança substancial na equação integrativa dos Poderes Políticos do Estado.

Embora mantida a velha fórmula montesquiana consagradora dos três poderes clássicos da República, o Constituinte inovou, premido pela agitação social da nova sociedade brasileira de então, ainda traumatizada pelos efeitos de um regime autoritário e intolerante que perdurara de 1964 a 1985, e assim buscou superar o fôsso existente entre o ente político Estado e a Sociedade Civil a qual esse se deve destinar e servir.

Consequente com essa preocupação teleológica o Legislador Maior outorgou ao novo Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal um conjunto de atribuições que o credenciam, sem nenhuma dúvida, como o 4º Poder da República ou mais precisamente como Poder da Sociedade, seu representante político e institucional, com missão constitucional de defendê-la e de fiscalizar e coibir os abusos desses poderes no dia a dia administrativo do Estado Democrático.

Essa nova feição do MP de logo afastou a antiga e limitante vinculação com o Poder Executivo, geralmente intolerante e autoritário e identificado socialmente por seu modo

de ser ostensivo, coercitivo e policial.

O MP deixou de ser o mero órgão acusatório que o distinguia como um feitor, um simples agente de repressão e punição. Desligou-se também da função menor de curador das fazendas públicas e de executor das dívidas fiscais do Estado (como ocorria nas comarcas interioranas do País).

Despindo-se das velhas características funcionais do passado que o atrelara a um estatuto jurídico formalista e anti democrático, o novo MP haveria de encontrar dificuldades e reações das "Cassandras" da ordem política anterior, logo que se dispusesse a exercer a nova militância que a Carta Política de 1988 o atribiuia.

Tais dificuldades resultariam de dois planos: a) O conceitual que implicaria na redefinição filosófica e valorativa da militância institucional do Novo MP, agora umbilicalmente ligado à Sociedade Civil e comprometido com suas carências, aspirações e lutas.

Questões antes ignoradas e tidas como extravagantes ao nosso dia a dia ministerial, como a Defesa do Patrimônio Histórico, das Comunidades Indígenas e das minorias étnicas, dos interesses sociais difusos e indisponíveis e do Consumidor, por exemplo, passaram a ser objeto concreto de nossa preocupação e atividade institucional e jurídica.

As Ações Populares e Civis Públicas multiplicaram-se no exercício defensivo dos interesses comunitários. Ainda na defesa das comunidades carentes, organizadas ou não sob forma associativa ou sindical, o MP passou a proceder o controle da atividade externa das Polícias civis e militares, e dessa maneira, assinalou sua presença como "Defensor Pacis" (defensor da paz social e do regime democrático) inibindo com sua presença as práticas truculentas ou extorsivas comumente utilizadas por esses agentes do Executivo contra a população pobre , *já tão* sofrida e marginalizada pelo sistema sócio-econômico do Estado neo liberal.

Convenhamos, foi uma redefinição revolucionária.

A outra dificuldade é de ordem pragmática e ligada à nova postura da atividade ministerial e diz respeito ao momento:

b) O operacional ou o choque da realidade. Esse fator, de ordem objetiva, representa o principal óbice e concentra a maior reação das antigas elites da "república velha" ao exercício pelo MP dessas novas atribuições jurídicas e políticas.

Tal reação é sociologicamente compreensível. Pois hoje o MP tem toda a estrutura formal de um poder político. Conquistou com o Estatuto Democrático de 1988, precisamente pela dicção do art. 128, § 5º, Inciso I, alíneas "a", "b" e "c" as garantias antes só conferidas à magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irretuditibilade de vencimentos), mantem privativamente a capacidade de iniciativa (por denúncia formal ao Judiciário) da Ação Penal Pública, reprimindo dessa forma a criminalidade (art.129, I da CF-88). Tem função de defender a integridade e o pleno funcionamento dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), e dos serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. É, ainda que formalmente, o fiscal do processo civil e eleitoral. Além disso, aumenta a cada dia sua presença nos processos administrativos, mesmo que seja para exigir o cumprimento das regras do processso legal, contraditório e da ampla defesa. (art. 5º, LIV e LV da Carta Magna vigente)

O posicionamento altivo e independente do MP incomoda a muita gente. Até mesmo às autoridades públicas, não raro, condicionadas aos procedimentos do passado, onde o voluntarismo, o autoritarismo e a intolerância dirigiam os seus atos administrativos, legalizados sob o manto da "discricionariedade".

Quando o MP busca através de ações judiciais, coibir o uso político e eleitoral da máquina do Estado; Quando questiona gastos de qualquer dos Poderes, visando simplesmente a verdade e a transparência e publicidade dos atos que envolvem

a coisa pública, tal é motivo de "solidária revolta" dos três poderes políticos, que não se admitem fiscalizados pelo órgão defensor do Estado de Direito e da Sociedade Democrática.

Há pois uma difícil crise no relacionamento do Novo Ministério Público com o velho funcionamento político estrutural dos três poderes tradicionais. Nenhum dos poderes admite a fiscalização da sociedade a qual se destinam os seus atos.

Embora vivenciemos um regime representativo, (art.1°, parágrafo único da Lex Fundamentalis) nenhum dos poderes se entende obrigado a prestar contas com os seus representados (o corpo civil dos cidadãos).

Adeptos de uma democracia meramente formal, onde o povo é um mera figuração téorica, recitada em discursos de campanha eleitoral, os membros dos tres poderes republicanos, reagem com razão, coração e vísceras a qualquer atitude que implique em democratização real de suas posturas e atividades.

Como a Sociedade Civil ainda não está bem organizada no Brasil, e particularmente no Nordeste do País, o MP tem por missão dirigir esse processo. Integrar-se às comunidades, ouvir suas reivindicações e súplicas, e em seguida proceder sua defesa política ou jurídica.

O membro do MP como autoridade legalmente constituída sob as leis de nossa República, tem por missão agir dentro dos mecanismos institucionais e jurídicos do Estado Democrático de Direito, em nome da Sociedade Civil como seu representante e defensor.

Deve noticiar seus atos aos jurisdicionados, diretamente ou através da Imprensa, sem alarde ou sensacionalismo, mostrando a finalidade de seu trabalho, que é em última instância o aperfeiçoamento do regime democrático.

Características do Órgão Ministerial como Agente da Soberania do Estado Democrático

Os representantes do Ministério Público notabilizam-se, diferentemente dos magistrados, pela simplicidade e informalidade no trato com os jurisdicionados. E não poderia ser diferente. Como o mandatário da representação popular haveria de complicar o diálogo e o entendimento com o outorgante de seu mandato representativo ?

Se o jurisdicionado, o homem do povo, é pessoa simples, de linguagem inculta e desacostumado às solenidades e formalidades do processo em geral, o R. do MP que é antes de tudo um agente de promoção de Justiça, deve em seu proceder, facilitar a linguagem e se fazer compreendido por ele. Por que não perfilhar a experiência positiva da Justiça do Trabalho, onde as questões fáticas preponderam sobre os aspectos formais (?!!?).

Às vezes alguns magistrados impõem suas autoridades, pelo distanciamento, pela dificuldade de acesso imposta ao cidadão comum, e até mesmo pelo hermetismo da linguagem e imponência dos trajes talares. São geralmente formais, monossilábicos, autoritários, frios e muitas vezes intolerantes com a pobreza e a simplicidade do homem do povo.

Entende-se tal postura, porque o vínculo do juiz é com o Estado (ente jurídico abstrato e formal) e não com a Sociedade (realidade humana pujante identificada nas sirenes das fábricas e no turbilhão das ruas, bairros e Praças). Seu maior relacionamento é com o seu Tribunal e com as autoridades do Executivo, e nessas oportunidades o tratamento é respeitoso e reciprocramente atencioso.

O agente ministerial, no regime representativo e democrático, é promotor de justiça social . Há que defender os interesses sociais, politicamente e processualmente. Há que fiscalizar os gastos das autoridades municipais, estaduais e federais (conforme a órbita de sua ação e competência); coibir a propaganda pessoal dos governantes em jornais e televisões, com dinheiro público; Fiscalizar as licitações (quase sempre

imorais), defender os servidores públicos comumente massacrados por administradores insensíveis e desumanos. Pugnar pelo cumprimento das leis, ou pela revogação ou inaplicação das normas legais que se revelaram imorais, iníquas e incompatíveis com a ordem democrática.

Não esquecer que a soberania cuja defesa e efetividade nos vinculamos é a soberania popular. A Lei (como comando impositivo do Poder Público, editada pelo Estado) deve ser um instrumento da ordem e da paz, e visa realizar a Justiça. Se, todavia, a legalidade se torna espúria, o agente do MP como ser persecutor de Justiça, deve transcender os limites da legalidade instituída e pugnar em nome da idéia e do sentimento de Justiça, contra a aplicação dessa ou daquela normatização nociva e injusta.

Da mesma forma que o juiz pode deixar de aplicar a Lei por reconhecê-la inconstitucional (controle difuso da ordem jurídica), o Promotor de Justiça, até com maiores fundamentos, pode opinar pela não aplicacão de norma legal que se tenha revelado imoral e iníqua, e cujo exemplo é negativo e desistimulante à vida democrática. Servem de exemplos os vencimentos dos "marajás dos serviços públicos" , cujos direitos foram "adquiridos" graças a manobras legislativas espúrias, que dão, entretanto base legal ao já denominado "abuso adquirido".

Na verdade não somos promotores de leis, e sim de justiça.

Os atos do R. do MP devem ser sempre marcados pelo carater exemplar e pedagógico de sua missão.

Devemos , pois, em nome da boa convivência dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e da Sociedade (Ministério Público), tudo fazer para um bom entendimento e eficaz relacionamento funcional, mas não podemos transigir no que diz respeito a nossas atribuições fiscalizadoras dos atos das autoridades desses poderes, e muito

menos nas adoções das medidas judiciais necessárias à defesa do interesse público e social, e do aprimoramento do regime democrático.

Afinal a soberania interna do Estado Democrático se positiva pela capacidade e pela legitimidade de seu Poder legiferante, de, em nome do corpo civil representado, editar normas legais de inafastáveis finalidades sociais, colimando a realização da ordem pública, da paz e da Justiça concreta entre os homens e suas instituições sociais e jurídicas.

E nesse Estado Republicano de Direito, representativo e democrático cabe sem nenhuma dúvida sã, ao Ministério Público a principal tarefa da defesa indormida de sua integridade e sobretudo, da sociedade a quem se destinam os seus serviços e cuidados. O MP como Poder Social é o 4º Poder da República.

Da reação das elites conservadoras contra o Estatuto do MP e a itenção de limitar nossas atribuições e atividades .

Com apenas dez anos de vigência da Carta Magna o Ministério Público já mostrou ao Brasil inteiro a importância de sua integração com a Sociedade Civil no exercício defensivo dos valores históricos, culturais, morais e jurídicos de nosso nacionalidade.

O MP não é mais visto, somente como órgão de acusação, mas como defensor da sociedade, como repressor da criminalidade. Nesse exercício preserva a pessoa e a integridade moral do acusado, pedindo ao Juiz ou ao Júri simplesmente a reprovação penal da conduta ilícita e anti social perpetrada. Não deve investir contra a pessoa do réu, afligindo-o e humilhando-o, afinal o membro do MP é um promotor de justiça, não um torturador ou verdugo.

O nome do MP está ligado hoje a todos os movimentos cívicos e sociais afirmadores da cidadania, o que fortalece, induvidosamente a vida democrática e credibiliza o Judiciário , a atividade advocatícia, o Estado de Direito, enfim.

Populam em todo Brasil, Inquéritos Civis Públicos promovidos pelo Promotor de Justiça contra autoridades que se afastaram do correto proceder de seus munus (prefeitos, vereadores, secretários municipais ou estaduais, delegados de polícia civil, comandantes de corporações militares e até juízes de direito).

No mesmo compasso, diariamente Ações Populares, Ações Civis Públicas e Mandados de Segurança são aforados por agentes ministeriais, em defesa da legalidade e da moralidade administrativas, do interesse público enfim. Reconheçamos que os magistrados, principalmente os novos juízes, pós 1988, estão também integrados nessa preocupação restauradora dos costumes jurídicos e políticos.

O Brasil foi por muito tempo a pátria da impunidade. As pessoas admitiam como postulado que: "quem tem dinheiro está fora do alcance da Justiça".

A decisiva ação ministerial, ligada à luta cívica e democrática dos cidadãos, reescreveu, entretanto, a nossa História. Presidente da República, Senador, Deputados Federais e Estaduais, Governadores, Prefeitos e Vereadores foram nesse período levados às barras da Justiça, quase sempre em face da intransigência do MP Federal ou dos Estados.

Por conta da seriedade dessa militância política e jurídica, hoje os setores mais atrasados da sociedade brasileira (usineiros, latifundiários, banqueiros e políticos ligados ao passado autoritário) fazem " lobbys" buscando limitar o exercício de nossas atribuições e do Poder Judiciário.

Defendem nossa integração de novo ao Executivo. Insistem na indicação do Procurador Geral da República e dos Estados, pelos Chefes do Executivo, de modo a que permaneça

uma subordinação comprometedora de nossa independência. Querem limitar a autonomia de cada Promotor de Justiça, aumentando as subordinações ao Procurador Geral .

Essas reações conservadoras, todavia, nos indicam que o MP no Brasil, tem agido certo. Com determinação e seriedade. Tem cumprido com seu dever e com sua missão constitucional.

É a indicação de que estamos palmilhando o caminho correto.

É entretanto, a hora de nos unirmos. E como preocupação e tese para o nosso 12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (conforme o ítem III do Temário, objetivando a Construção Político- Jurídica do Estado Democrático de Direito, salientamos as seguintes conclusões de nosso trabalho, para discussão e aprovação :

CONCLUSÕES:

a. O Ministério Público é Poder Social da República brasileira, exercendo atribuições constitucionais de natureza política e jurídica como representante legítimo da Sociedade Civil;

b. O MP nos termos do Estatuto Político da Carta Magna de 1988 tem como função necessária e institucional a defesa política e jurídica do Estado Democrático de Direito, bem como o livre e correto funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; E ainda zelar pelo aprimoramento do regime democrático;

c. Para o desempenho de tão importantes e complexas atribuições o Representante do Ministério Público, deve compreender a legalidade instituída como um indicativo ou parâmetro para sua atividade política e jurídica, não devendo se limitar, todavia, pelas artimanhas que o legislador às vezes coloca na norma legal, para privilegiar interesses particulares,

confrontando assim o comando genérico e a finalidade social da lei, com interesses circunstantes menores. Conclusivamente, o R. do MP não deve esquecer que o fundamento de sua atividade é a promoção da Justiça Social (e nesse mister deve inspirar-se na idéia de Direito e de Justiça , para transcender os limites ocasionais de uma legalidade espúria);

d. Somos operadores da Lei mas buscamos finalísticamente a realização da Justiça;

e. Para cumprimos a missão constitucional de zelar pelo regime democrático, teremos necessariamente de ouvir a Sociedade Civil, seus líderes comunitários, suas Associações , Sindicatos e Partidos Políticos, Igrejas e Movimentos Sociais. Afinal, se somos representantes políticos e defensores jurídicos da Comunidade não há como justificar a ausência de diálogo e contatos com seus integrantes;

f. Devemos opor ao formalismo e ao gramaticalismo a informalidade e a simplicidade, de modo a que o jurisdicionado nos entenda e ao ser ajudado, ajude-nos também em nossa missão constituiconal;

g. O MP deve pugnar através das Procuradorias Estaduais pela descentralização da Justiça e dos serviços básicos que o Estado deve à comunidade civil, de modo a que cada Capital e depois as grandes cidades, tenham em seus bairros, Centros Cívicos e Jurídicos Integrados, onde funcionem Juizados Cíveis e Criminais, Defensorias Públicas, Promotorias de Justiça, Delegacias de Polícia Civil, Posto de Polícia Militar, Postos Básicos de Saúde, Correios e Telégrafos, Telefonia, Cartórios, em plena integração com as liderenças políticas, comunitárias e religiosas de cada bairro.

(A construção desses centros cívicos integrados poderá ser realizada por cooperação entre as Prefeituras Municipais e o Estado membro da Federação. As Prefeituras edificariam os centros em cada bairro da cidade, com instalações para trabalho e moradia das autoridades públicas, o Estado

faria o que já está fazendo, arcaria com a despesa dos vencimentos desses servidores).

Falta apenas a vontade política dos representantes do povo. O MP pode iniciar a cobrança dessas providências.

h. A construção da Democracia no Estado de Direito brasileiro exige uma participação mais efetiva e assumida dos membros do MP, que não podem se restringir às atividades jurídicas e processuais, sob pena de se estarem omitindo quanto ao papel constitucional de agentes da soberania do Estado e defensores da Sociedade e do regime democrático;

i. A CONAMP e as Associações Estaduais do MP devem firmar posição nesse Congresso de modo a indicar procedimentos de ação institucional para os Promotores e Procuradores de Justiça de todo o País afirmarem nossa Instituição como o 4° Poder da República Democrática Representativa do Brasil, com a específica missão de fiscalizar os demais poderes em conjunto e em nome da Sociedade Brasileira, com o objetivo finalístico de desenvolver a Soberania , a Cidadania, a Dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1°, ítens I a V da CF-88).

Assim, com certeza, fieis aos princípios fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito, nos integraremos à tarefa nacional de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art.3°, I da CF-88);

Oscar d'Alva e Souza Filho - Promotor de Justiça em Fortaleza e Professor de Filosofia do Direito e Ética na Universidade Estadual do Ceará - UECE. - Telefax (085) 244.57.92.

"O posicionamento ético das Procuradorias de Justiça como postura exemplar da atuação dos membros do "Parquet " . O papel subsidiário das Associações Estaduais e da CONAMP. "

Oscar d ' Alva e Souza Filho
Promotor de Justiça MP/Ce - 090

TESE APRESENTADA AO 12º Congresso Nacional do Ministério Público, em Fortaleza . Temário IV. A Ética e a Política Interna da Instituição.

Exposição ou Justificativa - (SUMÁRIO):

a) A Ética como dimensão natural da liberdade humana.
b) Relação dialética e necessária entre o bem particular e o bem comum.
c) A Ética das Instituições e a moralidade vinculante da conduta de seus dirigentes.
d) A Ética Profissional e suas determinações na Sociedade Civil e no Estado Democrático de Direito Conclusões.

A Ética como dimensão natural da liberdade humana.

Já tivemos oportunidade, em estudos anteriores de definir a Ética como "uma reflexão sobre o fazer, antes de fazer, procurando fazer bem". Nessa conceituação salientamos o carater reflexivo do procedimento ético, observando a integração dessa disciplina intelectual com o tronco gnótico da Filosofia. N a verdade o saber filosófico se caracteriza pela racionalidade discursiva de suas incursões, pela tentativa de apreender o real e compreender sua essência ou significado, através de um procedimento da razão.

Por isso pode-se entender a Filosofia como " toda explicação racional que o homem sugere para seus problemas". E dentre essas problematizações, além da indagação a propósito do cosmo, e de Deus, está a investigação da vida, do comportamento e da felicidade do próprio homem. Não foi por outro motivo que **Aristóteles** definiu a Ética como **"a filosofia das ações humanas".**

Quando, antes de praticar determinada ação alguém se questiona subjetivamente sobre o sentido do comportamento que irá efetivar, perguntando-se interiormente, devo fazer? , devo agir ou não dessa forma? estará, nesse questionar-se consumando o momento ético. Fato singular, mas bastante comum na vida de todas as pessoas.

Nessa definição fica claramente patenteado o caráter reflexivo da Ética, bem como a subjetividade de sua essência, já que o fenômeno ético se positiva interiormente no sujeito, antes de praticar o comportamento questionado.

Tal conceituação salienta também ***o objeto material da Ética que é o , fazer, o agir concreto, o fato moral consumado***, embora o fenômeno ético se positive como uma preocupação prévia com a teleologia da ação que ainda não foi perpetrada. Ressalte-se aqui a preocupação com o bem fazer. Esse fazer bem, preocupação finalística do refletir ético somente pode ser sentido

após a efetivação do comportamento objetivado, e se revela no sujeito ético como uma profunda sensação de felicidade, seja como consciência espiritual do dever cumprido ou como sentimento existencial integral de felicidade.

Pelo que depreendemos dos argumentos acima expendidos, é inafastável a conclusão de que a **Ética exige do sujeito agente uma reflexão prévia, valorativa sobre a ação que vai consumar**. E mais que a deliberação por qualquer das alternativas cogitadas se dê com liberdade e consciência. Esses elementos são realidades integrativas do comportamento ético. **Sem deliberação livre não existe Ética.**

Foi Emmanuel Kant quem estabeleceu a liberdade como limite , condição e possibilidade da Ética. Teria de provar na sua Crítica da Razão Prática que o homem é livre e por isso é naturalmente um animal ético. E o fez observando que existe na consciência do homem uma "lei moral inflexível e incorruptível" que funcionaria como um imperativo categórico. Desse modo, o homem poderia enganar a todos os outros homens, mas não conseguiria enganar a sua propria consciência. Ela não concilia quando indica o caminho do bem e do mal. Quando pratica um má ação o homem é acusado por sua consciência moral. Quando pratica o bem a consciência moral o gratifica.

Assim sendo, o homem sabe quando está agindo certo ou errado. É pois livre para se determinar entre o bem e o mal. Concluindo sua reflexão Kant verbera : ***"Duas coisas me enchem a alma de admiração e estupor, o Céu estrelado sobre mim, e a Lei Moral dentro de mim ".***

Dessa consciência natural de eticidade exsurgem os fatos morais e o mundo do direito. Tudo como dimensão da liberdade humana.

Relação dialética e necessária entre o bem particular e o bem comum.

Embora a Ética investigue o caminho individual da

felicidade , buscando desse modo o bem particular, não há como afastá-la do desideratum social, pois é na comunidade dos homens que qualquer sujeito ético realiza a sua doutrina moral.

Todo projeto de vida desemboca numa associação humana. Seja o projeto amoroso, seja a construção de um clube de serviços, de um time de futebol ou de um sindicato. E mais, cada pessoa realiza sua moralidade no grupo social ao qual está integrado, com a família, o ambiente de trabalho ou a universidade, por exemplo.

Não há indivíduo que tenha prazer em ser rejeitado, discriminado pelo grupo. *Ser reconhecido, querido e aceito em seu meio é uma aspiração natural de todo ser humano.*

Quando, antes de sair de casa para participar de algum acontecimento ou encontro social, as pessoas escolhem as melhores roupas, cortam o cabelo, usam objetos de valor, e procuram a todo custo melhorar a aparência, o fazem levados pela tendência natural de se sentirem bem e de serem bem notados e bem aceitos. Essa é a ordem natural do proceder humano. Ninguém de vida psíquica normal procede de modo contrário. O individualismo é um sintoma de patologia, de doença e desajuste. A natureza ética e política do homem o leva inevitavelmente para o convívio social. Seus melhores sentimentos se realizam com o seu semelhante. É assim que o indivíduo realiza os processos sociais de afeição, cooperação, acomodação e solidariedade. A construção psicológica da personalidade e da propria humanização se dá no contato social do homem com o seu grupo. A linguagem, a educação, os valores éticos, a moralidade, o direito só existem como fatos determinados pelas relaçõe sociais.

Em face dessas verdades é que geralmente sentimos a necessidade psicológica de dividir com as pessoas de quem gostamos todas as nossas experiências positivas. Se assistimos a um bom filme, a uma boa peça de teatro, imediatamente pensamos em partilhar essa emoção estética com as pessoas

que nos são mais caras. Há uma bondade natural no ser humano. Por isso o individualismo só sobrevive como doença, como desvio da personalidade.

A Ética das Instituições e a moralidade vinculante da conduta de seus dirigentes.

A instituições sociais , tais como a família, a escola, o partido político e o Estado são agências de controle da conduta dos indivíduos e se caracterizam pela prévia determinação dos padrões comportamentais que professam no sentido do que consideram o bem comum.

Em nossa recente publicação "Ética Individual & Ética Profissional" (Ed. ABC-Fortaleza,1988) denominamos de "ética atribuída" os preceitos ensinados, costumeiramente, de modo imperativo e dogmático por essas agências institucionais de controle. Fazemos, pois a seguinte recitação:

> *"Quando nascemos já encontramos um mundo feito e definido. Uma sociedade real que não ajudamos a construir, com suas contradições, mazelas e vantagens. Uma economia estabelecida, determinadas relações de produção, uma organização sócio-política, uma religião predominante, uma concepção de ciência, de arte e também uma Ética oficial imposta aos indivíduos.*
> *Da mesma forma que a mãe procede, vacinando o bebê recem nascido contra a póliomelite, BCG, catapora, sarampo, difteria e outros males que poderiam comprometer a saúde do filhote, a Sociedade , através de suas agências institucionais de controle também administra nas crianças algumas "vacinas*

éticas" destinadas à preparação de um comportamento individual e social eficaz e estável.
Esses ensinamentos são veiculados pela educação da Família, depois pela Escola, pela Igreja, no ambiente de Trabalho ou nas Associações, Sindicatos e Partidos Políticos.
São fundamentos éticos dogmáticos *e impostos sob o critério da autoridade dos pais, do professor, do orientador espiritual, do líder comunitário ou político. Geralmente o sujeito ético, nesses casos é um mero receptor e acumulador de princípios do bem agir. Às vezes se converte num propagandista sectário de doutrinas e postulados, cujo sentido prático e existencial, comumente desconhece."*

Todos os que vivemos em sociedade sabemos do efeito que nos causa o exemplo de nossos pais e dos dirigentes das instituições públicas ou privadas as quais sejamos filiados. Todos seguem o exemplo do Rei. O sucesso social e profissional , muitas vezes é creditado à pedagogia da conduta do pai, assim como o insucesso e o fracasso do indivíduo. "Coitado, não teve um exemplo a seguir em casa. Não teve escola".

É comum nos dias hodiernos que um indivíduo procure justificar sua desonestidade, observando que esse é o padrão das autoridades públicas. "Vejam a compra de votos no Congresso para assegurar a reeleição do FHC ", "Lembram da distribuição de concessões de Rádios e Televisão, do Governo Sarney ? em troca da aprovação do mandato de cinco anos (?) " ; " E os casos dos Bancos falidos do cone sul ? ; E o Banco Econômico ? E o escândalo dos Precatórios ?

Daí a inevitável conclusão: se as autoridades públicas são desonestas e nunca são punidas, por que o cidadão comum, não tem, também o direito de "se virar " ? Por que punir somente

o pobre, o "ladrão de galinha" (?!)

Não podemos deixar de reconhecer a força social dessa argumentação. E temos de reconhecer que essa interrogação persegue-nos a todos que exercemos o munus ministerial. Infelizmente, na prática, só o pequeno delinquente é alcançado pela polícia judiciária. Os criminosos de "colarinho branco " parecem imunes à ação da justiça.

Essa situação objetiva de crise comportamental e axiológica das Instituições sociais nos tem levado ao pessimismo e ao ceticismo ético. Ninguém acredita em mais nada. Os Partidos Ideológicos (outrora agentes históricos da mudança política) perderam a credibilidade, a Igreja, as Universidades. Em quem acreditar ? Que exemplos seguir ?

Nós que fazemos o MP sentimos de modo especial essa circunstância crítica e de descrença. Somos cobrados por todos em face de nossa relevante missão constitucional de fazer cumprir as leis, pugnar pela Justiça e zelar pelo aprimoramento do regime democrático.

Necessitamos, mais do que os membros de outras instituições de um padrão ético e moral, administrativo e político, como referencial e como exemplo pedagógico a ser seguido.

As Procuradorias de Justiça dos Estados têm de ser sérias e de parecerem sérias (como a mulher de César). O papel dirigente que desempenham há que frutificar exemplos de postura ético-profissional para todos nós. Na relação independente que devem manter com os demais Poderes do Estado. Na observação intransigente dos critérios administrativos da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade de seus atos. Na política de promoções na carreira. Na organização e realização de concursos públicos para o ingresso na Carreira.

Se uma Procuradoria de Justiça funciona como deve ser, conforme o seu ideal administrativo e institucional, visando o bem comum da Instituição , de seus membros e da Sociedade Civil, tal será uma pilastra, uma base sólida a nos indicar a matriz

comportamental.

Embora há dez anos a CF-88 nos tenha assegurado a autonomia funcional, administrativa e financeira; embora tenhamos conquistado pela mesma Carta Magna as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, e ainda mais, possamos indicar o Procurador Geral através de processo eletivo de uma Lista Tríplice encaminhada ao Governador do Estado, a verdade é que, poucos progressos temos efetivado em nosso dia a dia, como Poder da Sociedade Civil e Agente Político e Jurídico da Soberania do Estado Democrático;

Essas indefinições são elementos limitadores da praxis funcional do membro do MP em cada Estado de nossa Federação. A hipotética fragilidade e subserviência de um Procurador Geral ao Executivo, é exemplo negativo e inibidor de um procedimento altivo e independente que se espera de cada Promotor de Justiça.

Nesse espaço é que tem relevo a atuação das Associações Estaduais do Ministério Público, pois esses organismos associativos da classe, tem maior vínculo e maior compromisso com a autenticidade da Instituição Ministerial. São órgãos mais verdadeiros e mais democráticos e neles exercemos com mais liberdade nosso direito de crítica e de participação em nossas decisões administrativas.

A CONAMP igualmente, como órgão nacional , como uma Confederação das Associações Estaduais do MP , deve apronfundar com carater crítico e democrático o controle dos atos das PGJ , de modo a ajudar as ações positivas e denunciar e objetar o prosseguimento de procedimentos incompatíveis com nossa ética profissional.

A Ética Profissional e suas determinações na Sociedade Civil e no Estado Democrático de Direito

"A profissão traz consigo uma significação substantiva.

Representa o conhecimento categórico e específico de cada atividade do agir humano. E o conhecimento prático da necessidade de cada saber específico engendra no meio social a consciência da indispensabilidade e da seguridade profissional desse saber. A agronomia, a engenharia, a arquitetura, a medicina, a veterinária, a economia e o direito encerram em seus sistemas gnóticos, conceitos e procedimentos básicos e indispensáveis à harmonia e ao equilíbrio das relações sociais

Cada profissão traduz em seus fundamentos doutrinários um discurso específico explicativo do mundo, uma cosmovisão vivenciada. Esses conhecimentos dos fatos do mundo, desde que sistematizados e submetidos a uma rigorosa verificação metodológica, acabam se constituindo em explicações exatas e precisas que classificamos como Ciência. Dessa forma é que denominamos a Agronomia, a Medicina e o Direito de ciências, embora saibamos da especificidade de seus objetos de estudos, de seus métodos e de seus critérios de certeza e de verdade." (Souza, Oscar d'Alva, filho; in Ética Individual & Ética Profissional, Ed. ABC -Fortaleza , 1998)

Observamos ainda na mesma obra acima mencionada , a propósito do profissional de cada ciência ou ofício o seguinte:

"O profissional revela, pois, primeiramente um tipo especial de sabedoria, condição intelectual que o vincula a uma ciência ou modalidade técnica de conhecimento. Exige-se dêle, antes de tudo um discurso coerente. Êle há de se fazer respeitar entre seus pares como um médico, um advogado, ou um psicólogo competente.Que conhece a linguagem e as categorias de sua profissão. Conquistado o respeito próprio, a auto estima, o profissional, no contato com seus pacientes ou clientes deverá sentir-se feliz realizando o ideal de sua profissão e dessa forma ajudando socialmente aos outros indivíduos a diminuirem suas angústias, cumprirem com seus objetivos e sentirem-se melhores e mais seguros na busca comum de uma vida mais feliz. "

"A Ética Profissional, portanto será iniciada a partir de uma

introspecção, de um "conhece-te a ti mesmo", a partir do qual o sujeito profissional se auto analisa como conhecedor dos preceitos teóricos de seu ofício e depois como correto praticante de sua profissão. No primeiro instante relacionam-se no raciocínio ético-profissional o senso auto-crítico do agente e o acervo técnico-científico da atividade profissional ao qual ele está vinculado. A proposição socrática segundo a qual "Virtude é conhecimento" aplica-se a esse primeiro momento reflexivo. A conclusão positiva ou auto aprovação é importantíssima como referencial de auto-estima e auto-confiança. O profissional necessitará muito dessa condição psicológica e subjetiva para transmití-la a seus clientes.

O segundo momento do exercício ético-profissional dar-se-á a partir da prática laboral propriamente dita. Nasce da relação concreta problematizada entre o profissional e o seu cliente. A teoria e a prática científica unem-se no caso concreto trazido pelo paciente à consideração de seu orientador. Há uma relação intersubjetiva. Espectativas. Aflições. Dúvidas. Emoções. Desgastes mútuos.Conflitos.Esperanças e gratificações.

Da mesma forma que a Ética se realiza na Moral, a Ética Profissional é também uma reflexão axiológica preparatória de uma moral profissional, de um comportamento laboral adequado que através do profissional realize o ideal de seu ofício, a espectativa de seu cliente e assim a complexa relação trinomial de felicidade traduzida no comportamento científico coerente com os postulados de sua ciência, no adequado servir ao destinatário de seu trabalho, e, finalmento no sentir-se bem com a conduta profissional exercitada. A consciência ética do dever cumprido.O reconhecimento de seu trabalho pelo cliente. O crescimento gradativo de uma imagem ou um conceito profissional dentre os colegas e perante à própria sociedade." (autor e ob. cit.)

Se hodiernamente todas as profissões adquiriram um acentuado carater público, em face da militância pela cidadadinia

e pela consciência social de que a sociedade civil é a destinatária de todos esses serviços, muito mais pública se revela a nobre profissão ministerial, os seres promotores da Justiça e defensores do regime democrático.

Permitimo-nos, mais uma vez recitar trecho de nosso trabalho acerca da ética das profissões, já multi referido no corpo dessa Tese.

"Uma das principais características da Ética Profissional é o seu caráter publicizante, ou seja cada vez mais ela se converte em uma reflexão de interesse público. Êsse fenômeno se explica pela importância social dos trabalhos profissionais e pelo crescimento da consciência dos consumidores desses serviços. As questões resultantes dos conflitos entre profissionais e clientes sempre desaguam na intervenção do Estado através do Poder Judiciário. O noticiário hodierno tem sido pleno de exemplos de ações judiciais reparatórias de danos de clientes contra profissionais que não honraram os contratos firmados. Seja o caso de um advogado negligente que perdeu prazos processuais e prejudicou seu constituinte, seja uma Construtora que não entregou a obra no prazo combinado, seja um cirurgião que negligenciou os procedimentos cabíveis em um determinado caso.

Por tudo isso, hoje as principais profissões têm já definidas os seus cânones do bem proceder, seus Códigos de Ética e seus Conselhos Seccionais regulamentadores e fiscalizadores das profissões, inclusive com fôrça legal para punir profissionais faltosos, suspendendo-os do exercício da profissão e até mesmo cassar seus diplomas superiores.

A democratização da sociedade e de suas relações inter pessoais e institucionais determinou hoje a impossibilidade do estabelecimento de uma profissão exclusivamentemente privada, exatamente porque os parâmetros desse proceder já estão estabelecidos por normas codificadas de indizível interesse público e da respectiva corporação profissional.

Além do mais, à medida que o Estado Contemporâneo democratiza sua finalidade social e suas funções passa a fornecer institucionalmente os serviços básicos e indispensáveis à paz e à ordem social, como Educação, Saúde e Justiça Pública. A consequência maior dessa metamorfose do Estado está na socialização de algumas profissões, embora em prejuizo da qualidade desses serviços. De qualquer forma, sendo o profisional um funcionário público, sua reflexão ética vai se tornando cada vez menos pessoal e cada vez mais publicizante. A questão da realização profissional e da utilidade social do trabalho passa a sofrer delicados momentos na vivência dessa histórica circunstância. São os limites que a realidade social nos impõe a nós todos. Para onde vamos? Mesmo na dúvida devemos enfrentar a estrada. Ciência, técnica e consciência com certeza nos ajudarão nessa caminhada. " (Idem, ob, e autor cit).

CONCLUSÕES: Em face dos argumentos doutrinários acima expendidos, tendo em vista o conteúdo do **Temário IV do Congresso : "A Política Institucional e Administrativa do Ministério Público - A Luta pela Consolidação de uma Instituição autônoma, independente e Democrática** sugerimos a aprovação das seguintes conclusões de principios e cânones de procedimento para as PGJ , as Associações Estaduais do MP e da Conamp:

Princípios :

a.) A reflexão ética é atributo natural do homem e condição indispensável para sua humanização, liberdade e felicidade;

b.) O sentimento de eticidade do indivíduo o leva inevitavelmente ao convívio social com os outros homens, grupos e instituições;

c) Os sentimentos e ideais éticos se realizam na vida social fraterna e democrática, através dos processos sociais de adaptação, cooperação, solidariedade e assimilação;

d) O individualismo e suas formas básicas de egoismo e pragmatismo são distúrbios ou doenças morais da personalidade, pois todo projeto ético somente se consuma na solidariedade social de seus integrantes;

e) A consciência moral dentro de nós é um elemento subjetivo afirmador de nossa liberdade, pois, nos indica quando procedemos bem ou mal. Assim, nossa opção é consciente, e por isso pode ser objeto de julgamento ético;

f) As instituições sociais representam uma experiência ética e moral vivenciadas e dirigidas ao bem comum, por isso têm maior autoridade de que os indivíduos que as integram. (Ex: As Igrejas são superiores aos seus pastores, Os Partidos Políticos são mais importantes que seus militantes considerados individualmente, O Ministério Público tem maior credibilidade de que o Promotor de Justiça, considerado particularmente;

g) Às Procuradorias de Justiça, através de seus dirigentes compete a realização intransigente da política institucional e administrativa do MP, de modo a que se afirme sempre, perante os outros Poderes Políticos e perante a Sociedade Civil a sua postura de Agentes Promotores de Justiça , da Paz Social e Defensores do Regime Democrático; com total independência e autonomia ;

i) É dever e mister das Associações Estaduais do Ministério Público cobrar e fiscalizar em nome da Classe o cumprimento das prerrogativas institucionais a cargo da Chefia do MP e de sua Corregedoria;

j) A CONAMP deve ter como missão fortalecer a luta nacional do MP em prol de sua afirmação ético- profissional como um Poder da Sociedade Civil e Fiscal do Estado Democrático de Direito. Nesse trabalho não se deve furtar à

solidariedade e efetiva ajuda às Associações Estaduais nos seus enfrentamentos contra os poderes tradicionais que reagem à militância política e democrática de cada MP Estadual;

k) As PGJ, as AMP dos Estados e a CONAMP devem discutir e firmar posição institucional sobre as "reeleições" de seus dirigentes, o que tem comprometido, pela prática politiqueira a seriedade dos principios éticos, pela defesa dos quais nos fazemos respeitar socialmente;

Cânones para a ação:

l) Os Procuradores Gerais de Justiça , por questão ética não devem se intrometer de qualquer forma nas Eleições das Associações de seus Estados, sob qualquer pretexto, não se devendo confundir a política institucional e administrativa do MP para com a Sociedade Civil, e de outro lado as reivindicações dos membros do MP, considerados como Classe e como servidores públicos especiais;

Do mesmo modo, não devem os Procuradores Gerais dos Estados, assumirem a defesa de nomes de candidatos aos Conselhos Superiores, pois tal exercício macula a nobreza do cargo de Procurador Chefe, cujo exemplo deve ser o de dirigente democrático e imparcial da vontade geral dos membros do MP, a ele cabendo simplesmente honrar e homologar o resultado eleitoral colhido;

m) As Associações Estaduais do MP devem agir com altivez e independência, fiscalizando em nome do interesse individual de seus associados e em nome do interesse ético-profissional da Instituição, os Concursos Públicos para ingresso nos quadros da Instituição, as Promoções na Carreira, por antiguidade e por merecimento, as Escolas Superiores do MP e o reingresso de seus ex membros nos quadros da carreira;

n) Sempre que tiver conhecimento de qualquer irregularidade administrativa, relativa a atos do Conselho

Superior, do Colégio de Procuradores ou da Corregedoria, o Presidente da Instituição deve comunicar o fato à Classe e à Diretoria,e conforme seja a importância do fato assumir a defesa política e jurídica da categoria; Não deve justificar sua omissão sob o argumento de que não foi "provocado" , pois tem a legitimidade do cargo de Presidente para agir de plano em nome da Classe;

o) Os Presidentes das Associações Estaduais devem pugnar por "direito a assento e à palavra" nas reuniões do Colégio de Procuradores e do Conselho Superior do MP, de modo a que possam acompanhar e conhecer de perto a política administrativa da Instituição no que respeita ao interesse geral de todos os membros do MP, fazendo com que sejam respeitados os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;

p) A CONAMP, as PGJ e as A.E. do MP devem com urgência iniciar um programa nacional de esclarecimento à Sociedade Civil, visando a implantação em todos os Estados que ainda não o fizeram, de Promotorias de Justiça, nos modelos da Promotorias Federais, onde cada R. do MPF tem a seu dispor um agente meio e um agente fim, a serviço do Promotor Público, de modo a que as Promotorias funcionem com autonomia e condições materiais de proceder intimações para Inquéritos Civis e outras investigações do *munus* ministerial.

q) Os dirigentes da CONAMP, das Procurdorias Estaduais e das Associações confederadas, devem assumir postura inflexivel e exemplar como praticantes dos valores institucionais afirmadores (perante a Sociedade Civil e os membros do MP), de nossa dignidade funcional de agentes promotores da Justiça Social no Estado Democrático de Direito.

Oscar d'Alva e Souza Filho - Promotor de Justiça em Fortaleza e Professor de Filosofia do Direito e Ética na Universidade Estadual do Ceará - UECE. - Telefax (085) 244.57.92.

TÍTULO:
"Por uma nova forma de investidura do Procurador-Geral de Justiça"

I - Introdução

Muito já se escreveu sobre a evolução histórica do Ministério Público brasileiro e, via de conseqüência, sobre a chefia da instituição e a forma de sua investidura. Não é a intenção deste trabalho repetir todo o trajeto percorrido até o atual modelo consagrado pela Carta de 1988. Convém mencionar apenas as dificuldades enfrentadas durante mais de um século para que o Ministério Público se inserisse no concerto das instituições estatais e adquirisse a autonomia e a independência desejadas, obstáculos esses que inevitavelmente passavam pelo seu representante máximo, durante muito tempo de livre nomeação e demissível *ad nutum* (sem contar a possibilidade de profissionais estranhos à carreira galgarem essa condição).

À falta de um arcabouço constitucionalmente traçado, cada Ministério Público experimentou formas distintas de desenvolvimento. No caso paulista, a Lei Estadual nº. 2.878/54 foi a pioneira na previsão de uma lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça. Com alguns percalços, o sistema se manteve até a edição da Lei Complementar Estadual nº. 304/82 (antiga Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo).

Até que, às vésperas da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, mais precisamente entre 26 e 29 de junho de 1985, realizou-se em São Paulo o VI Congresso Nacional do Ministério Público, cujos anais estão publicados nos volumes 131 e 131-A da revista "*Justitia*".

Nas teses e conclusões apresentadas nota-se, acima de tudo, o anseio de inserir na Constituição que se avizinhava um novo perfil institucional, consagrando a autonomia e a

independência do Ministério Público, colocando-o como o responsável pela defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis e outorgando aos seus membros as garantias necessárias para o pleno exercício de suas atribuições.

Questão bastante tratada, como era de se esperar, a forma de investidura da chefia dos Ministérios Públicos Estaduais trouxe de maneira quase uniforme a proposta de que o Procurador-Geral seria um Procurador de Justiça eleito por todos os seus pares, para mandato de dois anos, permitida uma reeleição. Citamos, a respeito, as seguintes teses:

a) "Ministério Público - Impedimentos e Garantias Institucionais", do Promotor de Justiça mineiro JOSÉ MARIA ZUCHERATTO (*Justitia* 131/77-86) - conclusão "1c" do autor, modificada pelo plenário - págs. 84 e 85;

b) "O Ministério Público e a Constituição", do Promotor de Justiça mato-grossense CARLOS BOBADILHA GARCIA (*Justitia* 131/93-106) - conclusão "5" do autor, aprovada com pequena modificação pelo plenário, em que consta, no tocante à escolha do Procurador-Geral de Justiça, a expressão "*sem ingerência de qualquer dos demais Poderes*" - págs. 102 e 106;

c) "Ministério Público e Constituição - Organização Básica do Ministério Público na Constituição (Autogoverno, Independência, Autonomia, Garantias e Controle", dos colegas paulistas JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO e GERALDO MASCARENHAS FILHO (*Justitia* 131/109-123) - conclusão "3" dos autores, rejeitada pelo plenário - págs. 122 e 123;

d) "Ministério Público na Constituição Federal: Organização Básica. Impedimentos, Garantias e Competências Constitucionais do Ministério Público", dos colegas pernambucanos ROSANA GRINBERG, ILDEFONSO PEREIRA NETO, ITAMAR DIAS NORONHA e JOSÉ GILDO DE ALMEIDA (*Justitia* 131/126-136) - conclusão "6" dos autores, rejeitada

pelas comissões temáticas - págs. 134 e 135;

e) "O Futuro do Ministério Público e a Nova Ordem Constitucional", do Procurador de Justiça fluminense SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Justitia* 131/137-145) - tese retirada pelo autor;

f) "Posição do Ministério Público na Constituição", do Promotor de Justiça paraibano FERNANDO ANTONIO DE VASCONCELOS (*Justitia* 131/157-168) - conclusão "5" do autor, rejeitada pelo plenário - págs. 165 e 168;

g) "O Ministério Público na Ordem Jurídica Constitucional", dos colegas pernambucanos ROMILDO RAMOS DA SILVA e GUSTAVO AUGUSTO RODRIGUES DE LIMA (*Justitia* 131/192-200) - conclusão "c" dos autores, modificada pelo plenário - págs. 199 e 200.

Esse movimento acabou ganhando corpo e na famosa "Carta de Curitiba", aprovada em junho de 1986 à ocasião do 1°. Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e de Presidentes de Associações do Ministério Público, inseriu-se o princípio de que "*cada Ministério Público elegerá seu Promotor-Geral, na forma da lei local, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida sua recondução*" (art. 15, *caput*).

Aliás, a título de curiosidade, em meados de 1985 a CONAMP enviou 5.793 questionários aos Promotores de Justiça de todo o país, dos quais 977 foram respondidos. À pergunta "*Como se fará a escolha do Procurador-Geral de Justiça?*", 15 responderam "*por livre nomeação pelo chefe do Poder Executivo*", 221 assinalaram "*por nomeação pelo chefe do Poder Executivo, mediante lista tríplice elaborada ...*" e 606, ou seja, 72% optaram pelo "*provimento por eleição direta*". Já à questão "*O nome escolhido deverá ser submetido à aprovação do Poder Legislativo?*" apenas 8,36% dos consultados responderam positivamente (dados extraídos, bem como a maior parte do histórico ora narrado, da obra "Manual do Promotor de Justiça"

de HUGO NIGRO MAZZILLI, 2ª. edição, 1991, Ed. Saraiva, págs. 6/9 e 21/35).

Já o anteprojeto Afonso Arinos transferia inteiramente à legislação local a disciplina sobre a forma de investidura do chefe do Ministério Público.

Porém, não obstante a inclinação da classe para um processo exclusivamente interno na escolha do Procurador-Geral de Justiça, no curso dos trabalhos constituintes foi assaz forte a pressão para manter a influência do chefe do Poder Executivo, prevalecendo no final, como solução intermediária, o modelo paulista adotado desde a década de 50.

II - Inadequação do modelo de investidura de 1988

Apesar de haver representado um notável avanço institucional, o modelo de investidura adotado pelo constituinte de 1988 rapidamente revelou-se inadequado, de sorte a representar grave risco para a independência do Ministério Público.

Aliás, nem mesmo nossas lideranças de então, que se satisfizeram com a reprodução do sistema utilizado havia três decênios em São Paulo, anteviram que a regra insculpida no art. 128, § 3°., da Constituição Federal se mostraria em tão pouco tempo contrária aos interesses não apenas da instituição como também da própria sociedade.

Isto porque não se imaginou até que ponto o novo perfil constitucional do Ministério Público repercutiria nas esferas política, econômica e social brasileiras. O resultado, porém, não tardou: a gama de poderes conquistada pelo Ministério Público na defesa de áreas tão sensíveis como, por exemplo, o meio ambiente, o consumidor, a cidadania (em especial o patrimônio público), teve um impacto tal que, se quase sempre acarreta mudanças positivas para a sociedade, não raro desagrada os detentores dos poderes político e econômico,

resultando num crescente interesse pelos destinos do Ministério Público, particularmente no que concerne à escolha da sua chefia.

Vale dizer: o enorme peso político adquirido por nossa instituição transformou cada eleição para a Procuradoria-Geral de Justiça em um acontecimento capaz de criar grandes expectativas nas demais instâncias de poder, na imprensa, na opinião pública e, obviamente, na sociedade.

Conseqüência direta disso é que algo que parecia uma pequena margem de discricionariedade nas mãos do Governador do Estado se tornou um ato de extraordinária relevância, pois a prerrogativa de escolha de qualquer um dos integrantes da lista tríplice pela autoridade potencialmente mais importante a ser fiscalizada pelo Ministério Público mostrou-se inconveniente sob o prisma do interesse social, que, em tese, poderia ser relegado a plano secundário, em detrimento do objetivo político-partidário a ser alcançado pelo Executivo estadual.

Esta constatação já fora feita, com o brilhantismo de praxe, por HUGO NIGRO MAZZILLI na tese "Garantias Constitucionais do Ministério Público", apresentada em 1992 no IX Congresso Nacional do Ministério Público, havido na Bahia. Ao falar sobre a investidura do Procurador-Geral, o festejado doutrinador proclamou: "*Mas, posto muito se tenha evoluído, ficou-se a um largo passo de uma garantia expressiva e real. A própria escolha pelo chefe do Executivo freqüentemente já traz em si o germe de envolvimentos e compromissos de caráter político-partidário.*" (publicado no volume 161 da "*Justitia*", pág. 17).

Destarte, correto o diagnóstico do nobre Deputado Federal AUGUSTO VIVEIROS, estampado na exposição de motivos da proposta de Emenda à Constituição nº. 566/97, quando afirma que "*a escolha e nomeação do Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do Poder Executivo, deixa de ostentar, do ponto de vista político e social, a necessária legitimidade*

como mecanismo de controle, prestando-se a eclodir, isto sim, indesejável sentimento de desconfiança no seio da coletividade sempre que a medida ou decisão Ministerial, seja ela qual for, tem por objeto ato, contrato ou serviço da Administração".

O sistema de investidura atual também pode afetar seriamente a imagem do Ministério Público. De fato, recaindo a escolha sobre outro integrante da lista tríplice que não o mais votado, o Procurador-Geral de Justiça corre o risco de passar seu curto mandato como Dâmocles, tendo sob sua cabeça a espada da desconfiança de que esteja a serviço daquele que o nomeou. Mesmo quando agir de forma isenta, não faltará quem o acuse de parcialidade, comprometendo assim o conceito da instituição perante a sociedade.

Refletindo melhor, pode-se afirmar que, num sistema que admite uma recondução ao cargo, até mesmo a indicação do mais votado deixará plantada a semente da suspeita de que o Procurador-Geral não agirá com a independência esperada, sob pena de perder pontos na corrida para um segundo mandato.

III - Escolha exclusiva pela classe: uma solução perigosa

A hipótese há pouco aventada efetivamente se verificou na eleição paulista ocorrida no início de 1996, quando o segundo colocado foi guindado pelo Governador ao posto de Procurador-Geral de Justiça.

O fato, inédito na história recente do Ministério Público paulista, ocasionou reações iniciais de perplexidade e, por que não dizer, de certa revolta por parte de setores da instituição. Isso contribuiu para que a eleição seguinte fosse contaminada por um clima emocional, cujo subproduto mais importante foi a completa rejeição ao modelo de investidura da Constituição de 1988. A solução apontada por muitos, isto é, a eleição direta pela classe sem nenhum tipo de interferência externa, contou com a simpatia de boa parte dos envolvidos no

processo eleitoral.

O calor da disputa gerou, inclusive, a apresentação pelo Deputado Estadual e Promotor de Justiça paulista DRÁUSIO BARRETO de proposta de emenda destinada a alterar o art. 94 da Constituição Estadual, com o fim de, numa clara inconstitucionalidade, obrigar o Governador a nomear o mais votado dos componentes da lista tríplice.

Mesmo a modificação idealizada pelo Deputado Federal AUGUSTO VIVEIROS na mencionada Proposta de Emenda à Constituição nº. 566/97, com o saudável propósito de preservar a independência do Ministério Público, pode, ainda que involuntariamente, servir para o enfraquecimento institucional.

Não é difícil explicar o porquê.

A independência do Ministério Público, embora fundamental (vital mesmo, diríamos), não é a única questão que deva merecer o cuidado e a atenção daqueles que buscam as melhores soluções de engenharia institucional, ou seja, daqueles que almejam uma instituição forte e respeitada, em condições portanto de cumprir sua nobre função de defesa dos interesses sociais.

A questão da legitimidade da nossa atuação em defesa da sociedade, por exemplo, não é com certeza menos importante.

Como podemos almejar a manutenção e até a ampliação do nosso papel político de advogados do interesse social, se não nos preocuparmos em preservar canais legais e institucionais de contato com essa mesma sociedade, vínculos pelos quais possa fluir a vivificante seiva da vontade popular, legitimando nossa atuação em defesa dessa vontade.

Em outras palavras, tememos que um modelo excessivamente hermético, que não preveja esses canais legitimadores de contato direto com a vontade popular, nos leve, ao longo do tempo, à progressiva perda das funções que hoje detemos, que seriam transferidas, v.g., ao Legislativo (através

de suas Comissões Parlamentares de Inquérito), a júris populares, a *ombudsmen* eleitos pelo povo (lembremos que a figura do "defensor do povo" fora dos quadros do Ministério Público foi defendida na mencionada Comissão Afonso Arinos), etc.

De fato, seria extremamente alto o risco de no futuro termos invencíveis dificuldades de defender a manutenção da legitimidade para tutela do interesse social, em tudo o que este tem de mais relevante (como a democracia, a ordem jurídica penal, o patrimônio público, a infância e a juventude, o meio ambiente, o consumidor, os direitos humanos, as liberdades individuais, etc.), caso tomemos, agora, uma direção que nos afaste (e não, como seria desejável, nos aproxime) da sociedade.

O efeito mais devastador do rompimento do canal de ligação com a sociedade seria, desta forma, o descrédito e o distanciamento desta em relação à instituição. Suportar-se-ia um prejuízo irrecuperável em nome de uma suposta preservação da nossa independência.

Em suma, parece fundamental que a luta pela independência se faça sem prejuízo da luta pela ampliação da legitimidade de nossa atuação.

Como não nos interessa um Ministério Público absolutamente independente com funções menores, devemos buscar um ponto de equilíbrio entre esses dois pilares fundamentais, ou seja, uma solução que nos aproxime dos ideais da total independência e da ampla legitimidade social.

Aliás, em nota dentro da tese "A compreensão do atual modelo constitucional do Ministério Público Brasileiro como condição para o aprimoramento de seus serviços", apresentada e aprovada no II Congresso Estadual do Ministério Público de São Paulo, em 1997, ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ já alertava para o risco que uma postura institucional "fechada" poderia acarretar ("A *atuação do Ministério Público num terreno eminentemente político evoca*

problema central, mas nem por isso bem estudado entre nós: o das raízes da legitimidade dessa atuação. Ao contrário do sistema norte-americano, o nosso não prevê a eleição dos Promotores de Justiça, ou do Procurador-Geral. O único bafejo de legitimidade política externa, decorrente diretamente da vontade popular, está hoje na escolha do nome do Procurador-Geral da República, dentre integrantes da carreira, pelo Presidente da República, submetido esse nome à aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, e, nos Estados, na escolha do Procurador-Geral de Justiça pelo Governador, dentre os nomes constantes de lista tríplice formada pela Classe. Esse sistema, a meu ver, pode até ser alterado e aprimorado (para prever, por exemplo, a aprovação do Procurador-Geral eleito pela Classe pelo Legislativo, ou a escolha em lista tríplice), mas não suprimido, sob pena de grave perda de legitimidade, e, pois, de se transformar a Instituição, com o tempo, em mera corporação, sem vínculos ou compromissos mais fortes com a sociedade que deve defender.").

Assim, as regras vigentes de investidura, conquanto não ideais, dão minimamente ao Ministério Público a legitimidade de que necessita para agir como "advogado da sociedade", pois, queiramos ou não, o Governador do Estado transfere ao Procurador-Geral de Justiça escolhido parte da confiança popular a ele atribuída pelas urnas.

Sem uma fórmula que assegure essa "transferência de legitimidade" sobraria um mero órgão público (e não uma instituição) ensimesmado, com autonomia funcional, financeira e administrativa. Porém, aos olhos da sociedade seríamos provavelmente um Poder sem controle.

Vale enfatizar: perdendo todos os "fios condutores" com a sociedade, o Ministério Público não seria mais visto como uma instituição, mas como uma autêntica corporação, aquela que, na genial expressão de HUGO NIGRO MAZZILLI, passa a "*viver precipuamente para suas atividades-meio, em vez de*

viver para suas atividades-fins" (em "A Independência do Ministério Público", RT 729/396).

E fosse isso pouco, veríamos mais cedo do que cogitamos a formulação de alguma espécie de controle externo, à semelhança do que hoje se busca impor ao Poder Judiciário, não por coincidência o único dentre os poderes que carece de mecanismos legitimadores do exercício de suas funções. Sob certo ângulo, o Ministério Público precisa ainda mais do que o Judiciário dessa legitimidade, pois não é (nem pretende ser) um órgão imparcial e inerte, mas instituição ativa, agente, comprometida direta e exclusivamente com a defesa dos interesses da sociedade.

Não bastará alegar que o Ministério Público é sujeito a fiscalizações desde a entrada na carreira, apenas porque nos concursos de ingresso intervém a Ordem dos Advogados do Brasil. Nem será suficiente dizer que durante o exercício funcional o Promotor é submetido sempre ao crivo do Poder Judiciário. Em relação ao sistema de freios e contrapesos consagrado na Carta de 1988, essas formas de controle serão tidas como algo débeis, se considerarmos o poder de iniciativa, o conjunto das atribuições e os poderosos instrumentos que foram confiados ao *Parquet*, como a ação penal pública, a ação civil pública e o inquérito civil.

IV - Eleição Popular do Procurador-Geral de Justiça: alternativa inviável

Quando se fala na investidura do Procurador-Geral de Justiça, logo vem à mente o modelo norte-americano de eleição direta pela comunidade.

Malgrado a legitimidade emprestada ao chefe do Ministério Público eleito diretamente pelo povo, é intuitivo que no Brasil esse sistema traria mais riscos e desvantagens do que aspectos positivos.

Socorremo-nos aqui dos lapidares argumentos de HUGO NIGRO MAZZILLI, exteriorizados em artigo publicado no livro de autoria coletiva "Ministério Público - Instituição e Processo", Ed. Atlas, 1997, a saber:

> "A escolha pelos cidadãos tem seus sérios inconvenientes. Embora titulares últimos do poder de escolha numa democracia, nem por isso nos parece desejável que os titulares de funções técnicas sejam escolhidos por critérios políticos externos, muitas vezes de política partidária, com compromissos de grupos econômicos e de toda a natureza" *(pág. 113)*.

> "... com a escolha popular do chefe do Ministério Público, surgem novos problemas: os riscos da influência do poder econômico nas eleições; o dinheiro das campanhas eleitorais poderia vir de grupos econômicos ligados até mesmo à criminalidade organizada. De qualquer forma, o financiamento e custeio da campanha eleitoral poderiam trazer indesejáveis vinculações e compromissos" *(pág. 114)*.

Não é desarrazoado imaginar uma situação em que, se forem contemporâneas as eleições para Governador e Procurador-Geral, os partidos patrocinem candidaturas para ambos os cargos, com campanhas e arrecadações conjuntas. Findo o processo eleitoral e investidos os escolhidos pelo povo, qual será a independência do Procurador-Geral de Justiça em relação a atos de improbidade cometidos pelo governante que, eventualmente, freqüentou o mesmo palanque?

Inafastável ainda a tentação de o candidato a Procurador-Geral assumir uma postura populista, o que, em se tratando de uma instituição responsável por questões tão centrais

como o combate à criminalidade e a defesa dos interesses difusos e coletivos, representa perigo inclusive para a manutenção do regime democrático e da ordem jurídica.

A perspectiva de fracasso entre nós desse sistema ocorre porque "*o padrão americano pressupõe a existência de uma sociedade bem estruturada, dotada de entidades civis atuantes e representativas dos diversos extratos da comunidade. Pressupõe, ainda, por parte de cada cidadão, acendrada consciência de seus direitos individuais e coletivos, bem como dos deveres e responsabilidades que recaem sobre os administradores da coisa pública*" (ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, *in* "Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano", artigo publicado na *Justitia* 144/48).

Infelizmente, nosso corpo social ainda está longe da maturidade e desenvolvimento exigidos para a adoção de um modelo de tal espécie.

V - O modelo sugerido: a participação do Poder Legislativo como forma de legitimar a atuação social do Ministério Público

Já no ano de 1996, em palestra proferida na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, cuja transcrição gerou o referido artigo "A Independência do Ministério Público", o citado HUGO NIGRO MAZZILLI vislumbrava uma das alternativas e, ao mesmo tempo, antecipava as possíveis objeções, *verbis*:

> "A escolha pela própria classe, com aprovação pelo Poder Legislativo, em sabatina pública, poderia ser solução superior se o poder político fosse mais prestigiado no País; contudo, com os vícios de que se ressente esse Poder em

sua composição e funcionamento, dificilmente o sistema funcionaria bem em todos os Estados" *(RT 729/396).*

Poder-se-ia efetivamente argumentar que o costumeiro comprometimento dos parlamentares com a elite econômica, especialmente nos Estados, não traria, na prática, a legitimidade almejada pelo Ministério Público. Não se deve, entretanto, atacar um sistema com base apenas em maus exemplos. Mesmo porque esse atrelamento às elites é bastante sentido também em relação à figura do Governador do Estado, talvez com maior intensidade, por recair toda a pressão sobre uma única pessoa.

O amadurecimento da sociedade civil é um processo visível e sem retorno, que conduzirá inexoravelmente à melhoria da qualidade de seus representantes no Parlamento. Atacar um sistema que preveja a participação do Poder Legislativo na escolha do Procurador-Geral de Justiça apenas porque no Estado "A", "B" ou "C" as Assembléias Legislativas se ressentem de maior representatividade popular é, com o devido respeito, um casuísmo que não resiste a uma análise mais aprofundada dos benefícios trazidos.

Portanto, não vemos inconveniência na participação do Legislativo estadual no processo de investidura do Procurador-Geral de Justiça. Como afirmado anteriormente, é fundamental não perder o contato, ainda que indireto, com a sociedade que defendemos, sob pena do definhamento institucional num horizonte talvez nem tão longínquo.

Pugna-se, portanto, pelo seguinte sistema: através de eleição por todos os seus membros, a classe sufragará o nome de um único Procurador de Justiça, submetido à consideração da Assembléia Legislativa, que poderá *recusá-lo* em hipóteses previamente definidas pela lei e mediante um quorum qualificado (três quintos ou dois terços de seus

integrantes).

Conforme sublinhamos, o modelo sugerido privilegia a vontade da classe em relação ao desejo dos parlamentares, por não caber a estes *aprovar* o nome escolhido internamente. A regra, destarte, é que ao Procurador de Justiça eleito não se oponha óbice sério na fase em curso na Assembléia Legislativa. Exceção será, *a contrario sensu*, o veto (ou rejeição ou recusa, pouco importa a denominação) legislativo, tanto que deverão ser previstas hipóteses restritas de não aceitação, aliadas à exigência de quorum qualificado. Com isso, parece-nos afastado o perigo de que a decisão do Parlamento seja fruto de interesses outros que não o de melhor atender aos reclamos sociais.

Além disso, as principais vantagens do modelo propugnado são:

1ª.) MANUTENÇÃO DO CANAL DE LIGAÇÃO COM A SOCIEDADE

Embora haja evidentes distorções no sistema representativo brasileiro, é inegável que os membros do Poder Legislativo expressam suficientemente a vontade popular, a ponto de, ao chancelar o nome escolhido pelo Ministério Público, emprestar-lhe a legitimidade social necessária para o exercício de seus misteres, além de nos preservar dos riscos inerentes a mecanismos de controle externo não devidamente esclarecidos e particularizados.

2ª.) RESPEITO À VONTADE DA CLASSE

O voto dos Promotores e Procuradores de Justiça passa a ter força, pois somente o primeiro colocado no processo eleitoral terá seu nome levado à Assembléia Legislativa. Na prática, inclusive, é ínfima a possibilidade de não aprovação, à semelhança do que ocorre quando da escolha do Procurador-

Geral da República, do Presidente do Banco Central, dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (art. 52, inciso III, alíneas "a", "b", "d" e "e", da Constituição Federal.

3ª.) VIABILIDADE DA APROVAÇÃO DO MODELO

Enquanto uma proposta de eleição unicamente pela classe trará as esperadas dificuldades de aceitação (basta lembrar os embates havidos no Congresso Constituinte), hoje mais acentuadas em virtude do clima pouco favorável às instituições jurídicas encontrado no Congresso Nacional, um projeto como o sugerido neste trabalho causará nos parlamentares uma natural simpatia, decorrente da valorização do Poder Legislativo ínsita à proposta.

4ª.) PRESERVAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Por ser um órgão colegiado e ostentar no seu âmago diversas tendências ideológicas, um ato emanado do Poder Legislativo estadual é muito diluído no que concerne à prevalência desta ou daquela corrente de pensamento político. Destarte, a escolha final do Procurador-Geral de Justiça dificilmente trará a suspeita de favorecimento, por ser deveras improvável que uma decisão tomada pela maioria dos Deputados Estaduais permita a acusação de que o chefe do *Parquet* é "devedor" de quem quer que seja.

VI - Outras questões

A intenção deste trabalho é o debate da idéia principal, motivo pelo qual não temos a pretensão de formular uma proposta minuciosa e acabada do sistema. Impossível, todavia,

passar totalmente ao largo de problemas residuais importantes.

Por exemplo: o que fazer no caso de recusa do nome enviado ao julgamento da Assembléia Legislativa?

A indicação automática do nome do segundo colocado para a análise do Poder Legislativo, e assim sucessivamente, traria no seu bojo a possibilidade de burla da vontade da classe, pois se o grande inconveniente do sistema atual é a prerrogativa de escolha discricionária do segundo ou do terceiro colocado pelo Governador, como admitir que isso se mantenha com o Legislativo, ainda que este Poder esteja vinculado às hipóteses a serem previstas em lei?

Parece-nos, pois, que a única solução possível seria a realização de nova eleição. Evidente que essa opção trará algumas dificuldades consideráveis. O Procurador de Justiça recusado pela Assembléia poderá participar da nova eleição? Pensamos que sim, do contrário a tentativa de burla da vontade da classe persistiria. Mas e se novamente fosse ele o mais votado, com nova rejeição por parte do Poder Legislativo? Como evitar uma crise entre as instituições?

São problemas sérios para o qual se demanda um melhor estudo. Oxalá que as respostas mais apropriadas surjam a partir das críticas que forem feitas ao presente trabalho.

Quanto às causas de recusa do Procurador-Geral escolhido pela classe, adaptar-se-iam, por exemplo, os critérios adotados pela atual Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei Complementar Estadual nº. 734/93) para a sua destituição (art. 13), ou seja, a Assembléia Legislativa poderia vetar o Procurador eleito se, no transcorrer de sua carreira na instituição, houvesse ele incorrido em abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão no exercício de suas funções.

Finalizando, gostaríamos de deixar claro o seguinte: ainda que não se entenda apropriada a investidura do Procurador-Geral de Justiça da maneira ora proposta, é crucial a reflexão sobre um novo sistema que, a par da preservação da

independência institucional, possibilite a legitimação do Promotor de Justiça como agente transformador da realidade e advogado do interesse social.

VII - Conclusões

1) O atual modelo de investidura do Procurador-Geral de Justiça insculpido no art. 128, § 3°., da Constituição Federal compromete a independência do Ministério Público e não favorece a defesa dos interesses sociais, devendo, portando, ser modificado.

2) A escolha do Procurador-Geral de Justiça de forma fechada, sem nenhum tipo de ingerência exterior, oferece riscos sérios à Instituição, por eliminar um importante canal de ligação com a sociedade e estimular o desejo de impor ao Ministério Público outra forma de controle externo.

3) A eleição popular do chefe do Ministério Público, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América, não é o modelo adequado à realidade brasileira, já que expõe a instituição a toda sorte de influência político-econômica, o que será mortal para a manutenção de sua independência.

4) A participação da Assembléia Legislativa na escolha do Procurador-Geral de Justiça é salutar, porque torna mais aberto e democrático o processo e mantém o "fio condutor" que deve existir entre o Ministério Público e a sociedade.

5) O nome escolhido pela classe só poderá ser recusado pelo Poder Legislativo estadual em decisão tomada por quorum qualificado e nas hipóteses a serem previstas em lei.

6) Independentemente do sistema de investidura do Procurador-Geral de Justiça que vier a substituir o hoje vigente, é fundamental que o novo modelo, além de preservar a independência

institucional, garanta a participação social no processo de escolha, conferindo assim ao Promotor de Justiça a legitimidade necessária para agir como um autêntico "advogado da sociedade".

ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ
(Procurador de Justiça-SP)

PAULO ROBERTO DIAS JÚNIOR
(2°. Promotor de Justiça de São Caetano do Sul-SP)
Autora: MARIA MAGNÓLIA BARBOSA DA SILVA,
Promotora de Justiça da 2ª Promotoría de Execuções Fiscais e Crimes Contra a Ordem Tributária, e 2ª Turma Recursal, em Fortaleza - Ceará.

TITULO: A escolha do Vice-Procurador-Geral de Justiça (expressão usada no Ceará), ou adjunto ou substituto, por eleição, em candidatura vinculada com o Procurador-Geral de Justiça.

Participação é a palavra de ordem para as mudanças sociais.
Raul Cutait

JUSTIFICATIVA:

Desde os primeiros passos da luta pelo aperfeiçoamento do Ministério Público (exemplo: Carta de Curitiba, Lei Complementar 40/81 – Carta Magna de 1988, Lei Orgânica Nacional – 8.625/93, atual emenda da reforma previdenciária), cresce a Instituição democraticamente, fato indispensável a sua conquista de autonomia administrativa e financeira.

Assim, pelo espirito e exercício democrático, a classe é chamada para votar, para escolha do Procurador – Geral de Justiça, do Conselho Superior e os Procuradores votam a escolha do Corregedor Geral de Justiça. **Ficando**, porém, o Vice- Procurador Geral de Justiça (ou procurador adjunto ou substituto, termo variando conforme a lei Orgânica de cada Estado da Federação), **fora do processo da escolha democrática, pelo sufrágio**, pois, vejamos:

a) - O parágrafo 3° do artigo 128 da Constituição Federal de 1988 dispôs que: - " Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre os integrantes da carreira, **na forma da lei respectiva**, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para o mandato de dois anos, permitida a recondução".(grifo nosso).

A norma constitucional deixa claro na expressão "na forma da lei respectiva" caber à legislação infraconstitucional a disciplina da capacidade eleitoral ativa e passiva para formação da lista tríplice, bem como o processo de eleição e a forma de substituição do investido.

Interpretando este preceito HUGO NIGRO MAZZILI (In Regime Jurídico do Ministério Público – Ed. Saraiva – ano 1993 – pág. 99), diz que "de forma necessária, a legislação infraconstitucional será dúplice: de um lado, temos as normas gerais de observância obrigatória pelo legislador local(art.° 61 parágrafo1°,II, "I" "d" da CF); de outro lado, há a legislação local, a dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (trata-se de leis complementares estaduais, previstas no artigo 128, parágrafo 5° da CF).

b) - A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, diz em seus artigos 9°, parágrafo 3° e 80, que compete a Lei Orgânica Estadual estabelecer o critério de escolha de membro do Ministério para substituir o Procurador-Geral de Justiça nas hipóteses de afastamentos e impedimentos, consoante que se vê:

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

Parágrafo 3°. Nos seus afastamentos e impedimentos o Procurador-Geral de Justiça será substituído **na forma da Lei Orgânica**. (grifo nosso)

"Art.° - 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados **subsidiariamente**, as normas da lei Orgânica do Ministério Público da União.(grifo nosso).

c) - Não dispondo a **lei Orgânica do Estado**, a

exemplo do Estado do Ceará, da forma eletiva para escolha do vice procurador-geral de justiça (ou adjunto ou substituto), **é o mesmo escolhido, com base no poder discricionário do administrador, comum aos cargos em comissão.**

No entanto **compete a este**, auxiliar o Procurador-Geral de Justiça no exercício de suas atribuições, substituindo-o em suas faltas ausências e impedimentos, cujas atribuições são definidas na Lei Orgânica Estadual (art.6°, da Lei 8.625/ 93).

d) - Possuindo, o Ministério **cargo de vice-procurador geral de justiça ou adjunto ou substituto** (conforme a legislação Estadual) e não dispondo a LEI ORGÂNICA EDTADUAL do mesmo critério democrático para a sua escolha pela classe, através do sufrágio, buscamos na CONSTITUIÇÃO FEDERAL, descobrir a forma de acesso ao cargo de **VICE**, quando o **titular é escolhido, por eleição**, encontramos nos seguintes dispositivos:

"Art. 28 - **A eleição** do Governador e do **Vice**-Governador" (CF);

"Art. 29 - Item II - **Eleição** do Prefeito e do **Vice**-Prefeito" (CF);

"Art.77 Parágrafo 1° - A **eleição** do Presidente da República **importará a do Vice-Presidente** com ele registrado."(CF).

Assim, por uma interpretação sistemática da Constituição Federal, podemos concluir que sendo o VICE-PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ou ADJUNTO ou SUBSTITUTO **potencialmente** o sucessor do PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, é de elementar bom senso que seja exigido do candidato (atual ocupante) ao **cargo de VICE** (expressão usada no Ceará) os mesmos requisitos necessários ao candidato ao cargo de PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, pois decorre dos preceitos constitucionais em exame que o candidato (atual ocupante) a VICE-PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (ou

adjunto ou substituto) tem **OBRIGATORIAMENTE** sua candidatura **VINCULADA** à de um candidato a PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. Por isso, a sua eleição resulta da escolha pelo eleitorado de um determinado candidato para PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. **Com efeito, o candidato a VICE- PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA deve ser registrado com um candidato a PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA e vice-versa.**

CONCLUSÃO:

Para a efetiva democratização da Instituição do Ministério Público, propõe-se elaboração legislativa que determine:

I – O Procurador-Geral de Justiça e o Vice-Procurador-Geral de Justiça (expressão usada no Ceará) ou adjunto ou substituto serão eleitos pela classe (candidatura vinculada), por votação direta de todos os seus membros ativos para mandatos de dois anos, permitida uma recondução pelo mesmo critério.

II – Que, enquanto não proposta a modificação legislativa, o próprio Órgão Colegiado, Conselho Superior do Ministério Público ou Órgão Especial do Colégio de Procuradores, defina nos seus regimentos internos o critério de escolha do acesso democrático ao cargo de Vice-Procurador Geral de Justiça ou adjunto ou substituto

TESE: Necessidade de fundamentação nas promoções e remoções pelo critério de merecimento.

AUTOR: Cláudio Barros Silva, Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul.

EMENTA: A Constituição Federal determina a motivação dos atos administrativos e a Lei Orgânica Federal do Ministério Público elenca critérios objetivos para promoção que não podem ser desprezados pelo Conselho Superior do Ministério Público.

I. Introdução

As promoções, na carreira do Ministério Público, importam em conseqüências marcantes na história funcional dos Promotores e Procuradores de Justiça.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), em seu artigo 61, inciso II, impõe, para a carreira dos membros da Instituição, a seguinte regra:

"II - apurar-se-á a antigüidade na entrância e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva, levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a freqüência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento."

II. Justificativa

A regra é expressa e determina que o Conselho

Superior do Ministério Público adote critérios que devem ser levados em conta quando ocorrer a indicação, em lista tríplice, de candidatos à remoção ou à promoção por merecimento (art. 15, inc. II, da Lei nº 8.625/93).

Assim, a Lei federal traça um caminho inicial de que o Conselho Superior do Ministério Público não poderá se afastar. Para elaborar as listas por merecimento, seja para remoção ou promoção, sempre deverá o Órgão Colegiado observar a **conduta,** a **operosidade**, a **dedicação no exercício do cargo,** a **presteza** e a **segurança nas manifestações processuais.** Também, será observado o número de vezes que o canditado entrou na lista e a freqüência e aproveitamento de cursos de aperfeiçoamento.

Além desses critérios, há outros que estão expressos no texto constitucional e nas Leis que organizam a Instituição. Também, são critérios objetivos o fato de residir na Comarca (art. 129, § 2º, C.F.), o fato de exercer o magistério superior (art. 128, § 5º, inc. II, letra "d", C.F.), atender partes e prestar assistência jurídica, observar, nas manifestações escritas, os requisitos da sentença, cumprir os prazos processuais, remeter os relatóris aos órgãos superiores nos prazos assinalados, dentre outros.

Quando a Lei Federal determinou que o Conselho Superior do Ministério Público observasse estes requisitos objetivos, pretendeu, com certeza, preservar a carreira e proteger os membros do Ministério Público habilitados às promoções e às remoções de critérios eminentemente subjetivos.

Assim, quando o Conselho Superior do Ministério Público negar merecimento a um dos habilitados, quando não houver contra-indicação da Corregedoria-Geral do Ministério Público e de nenhum dos Conselheiros, mormente quando preenche os critérios objetivos a serem observados, deve o órgão Colegiado fundamentar a recusa. Não basta, portanto, a discussão e a votação secreta para a elaboração da lista.

A norma Constitucional Federal é expressa em determinar a publicidade dos atos processuais e dos atos administrativos para dar segurança aos interessados, desde que não haja restrição legal por tratar-se de proteção da integridade ou quando o interesse social o exigir.

III. Conclusão

Como é do interesse dos candidados às remoções e às promoções saber da posição dos Conselheiros quando da indicação das listas, impõe-se que se adote, como regra, no Ministério Público, a motivação e fundamentação da indicação, para que se tenha conhecimento da razão da recusa eventual.

Assim como deve ser, em regra, o ato administrativo, a indicação de lista para remoção ou promoção por merecimento pelo Conselho Superior do Ministério Público deve ser, sempre, motivada e fundamentada.

TITULO: A relevância do voto do Presidente dos Órgãos Colegiados.

Autora: MARIA MAGNÓLIA BARBOSA DA SILVA, Promotora de Justiça da 2ª Promotoria de Execuções Fiscais e Crimes Contra a Ordem Tributária, e a 2ª Turma Recursal, em Fortaleza-Ceará.

Põe tudo que és no feito que fazes.
Fernando Pessoa

JUSTIFICATIVA

Pela Lei 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, o Conselho Superior do Ministério Público e o Órgão Especial do Colégio de Procuradores são Órgãos superiores da administração, sendo que o Procurador Geral de Justiça, eleito pela classe, é **membro nato** dos dois órgãos e nos mesmos ocupa o cargo de Presidente.

Os Órgãos Superiores da Administração são os que, com o Procurador-Geral de Justiça, definem a política administrativa da Instituição. Têm eles, também, a incumbência de fiscalizar a própria Administração, como Órgãos de controle interno. Sendo as questões decididas no Conselho Superior e no Órgão Especial Colégio de Procuradores são, por vezes, **de interesse direto do Procurador-Geral de Justiça. Se faz necessário que se defina o direito de voto do Presidente dos Órgãos Colegiados.**

O sufrágio é o direito, conferido pela Constituição, de se escolher um candidato. Por outras palavras, é o direito de votar. O voto é a materialização, a efetivação, ou ainda, o exercício desse direito. **Sendo o Procurador-Geral de Justiça (detentor com exclusividade do poder de escolha) e ao**

mesmo tempo Presidente do Conselho Superior e Presidente do Órgão Especial Colégio de Procuradores, tem ele direito ao voto? E, se tem, como deve ser o exercício desse direito?

Entendemos, **devido a concentração de cargos e poder em uma única pessoa (Proc-Geral de Just.),** que o presidente dos Órgãos Colegiados **deverá votar exclusivamente em matéria Institucional e o exercício do voto deverá ser aberto e por último,** competido aos regimentos internos dos Órgãos Colegiados definir o exercício desse voto, a fim de coibir abuso com desvio de interesse institucional.

O voto abusivo envolve sempre um elemento subjetivo – o dolo –caracterizando-se pela intenção deliberada do Presidente dos Órgãos Colegiados de causar dano à Instituição ou a outros membros do Ministério Público ou de obter vantagem indevida para si próprio ou para terceiros, em detrimento da Instituição ou de outros colegas. O voto não deve jamais ser transformado em um " vale-tudo" destituído de significado ético.

Os artigos 12 item XII e 15 item XII, da Lei 8.625, de 12.02.93, autorizam aos Órgãos Colegiados a elaboração dos seus próprios regimentos internos como forma de preservar a autonomia de cada Órgão, devendo a lei estadual estabelecer normas que discipline o direito das partes interessadas de exigir que cada Órgão tenha o seu regimento interno e sempre atualizado, como garantia de independência, decisões justas e transparentes, evitando que, pela omissão na atualização dos regimentos prevaleça a incerteza e a injustiça nas posições adotados pelos Órgãos Colegiados, castrando-se os prejudicados do sagrado direito de defesa, pois apesar de ser motivadas as decisões (art.° 12, parágrafo único e art.° 15, parágrafo 1° da LOMP), **permanece um vácuo quando do exercício do direito de voto de cada conselheiro, em especial do Presidente do Órgãos Colegiados.**

Por outro lado, o Presidente dos Órgãos Colegiados **não deve votar em matérias de interesse funcional,** nem

mesmo, o chamado **voto de Minerva**, sob pena de ferir os princípios de isonomia e imparcialidade defendidos em nossa legislação, isto porque:

a)- Se a matéria for de promoção ou remoção em qualquer de suas modalidades, o voto do Presidente do Conselho Superior, será ao mesmo tempo um ato de escolha do candidato do Procurador-Geral de Justiça, **mesmo em voto de desempate.** Se o voto for secreto, **em tese**, os demais candidatos da lista tríplice, estarão automaticamente prejudicados, se por acaso o candidato do Presidente do Conselho estiver entre os indicados, pois já foi automaticamente escolhido pelo Procurador-Geral de Justiça – no momento em que, este, na qualidade de Presidente votou.

b)- Se a matéria girar em torno de sindicância ou processos administrativos, o voto do Presidente dos Órgãos Colegiados, será ao mesmo tempo a decisão do Procurador-Geral de Justiça. Impedindo qualquer tipo de recurso ou reconsideração que se possa fazer junto ao Procurador-Geral de Justiça.

Assim, concluímos que sendo o voto uma manifestação individual e unilateral de vontade do Presidente dos Órgãos Colegiados, tendente a produzir uma decisão automática do Procurador-Geral de Justiça, dado a sua relevância, o seu exercício não deve se destinar a respaldar objetivos inferiores, sendo necessário que a lei estadual estabeleça o direito de voto exclusivamente em matérias de interesse da Instituição Ministerial, jamais em matérias funcionais e os regimentos internos regulem o seu exercício.

CONCLUSÃO:

Para a efetiva democratização interna da instituição do Ministério Público, propõe-se elaboração legislativa que determine:

I – O Presidente do Órgãos Colegiados deverá votar exclusivamente quando a matéria for de interesse institucional. Sendo vetado o voto em matérias de interesses funcionais.

II – O Membro do Ministério Público têm direito de exigir que os Órgãos Colegiados elaborem ou atualizem os seus regimentos internos como garantia dos princípios constitucionais de contraditório e da ampla defesa assegurando-se julgamentos justos e imparciais.

III – Que, enquanto não proposta a modificação legislativa, o próprio Órgão Colegiado, Conselho Superior do Ministério Público ou Órgão Especial do Colégio de Procuradores, defina nos seus regimentos internos o direito de voto do Presidente dos Órgãos Colegiados e o exercício desse direito.

POLÍTICA DE UNIFORMIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES MINISTERIAIS

Unidade e indivisibilidade do Ministério Público. Independência funcional. Atuação conflitante. Necessidade de se adotar uma política institucional com estabelecimento de critérios e mecanismos que, sem ferir a independência funcional possibilite uma atuação ministerial uniforme e coerente, minimizando os conflitos e contradições, o que resultará no fortalecimento da instituição e na melhor qualidade do serviço prestado à sociedade.

- JUSTIFICATIVA -

Diante da enorme profusão de temas jurídicos os mais controvertidos possíveis, surgidos a cada nascimento de uma nova lei emanada do Congresso Nacional, a exemplo das questões trazidas pelas Leis n.º 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.437/97 e, mais recentemente, a Lei n.º 9.503/97 (CTB), dentre outras, tornou-se viva a preocupação de se adotar mecanismos que, na medida do possível, viabilizem uma atuação uniforme por parte dos Membros do Ministério Público do Distrito Federal, de molde a que as divergências doutrinárias não terminem por redundar em tratamento diferenciado a pessoas que se encontram na mesma situação, violando-se assim as isonomias formal e material constitucionalmente garantidas.

Na busca de aprimorar o exercício da relevante função do Ministério Público devemos agir imbuídos de amor, dedicação e idealismo, tendo sempre em mente o que disse GEORGE BERNARD: "*As pessoas observam o mundo como ele é e perguntam: por quê? Eu, porém, sonho com o mundo como ele deveria ser e pergunto: por que não?*"

Indiscutível o papel que atualmente a Instituição exerce no cenário nacional. Contudo, é importante não

esquecermos que, na medida em que cresce o seu campo de atuação junto à comunidade, aumenta também a sua responsabilidade, fato que enseja uma constante atividade de reavaliação e aprimoramento.

Neste contexto, faz-se necessário, portanto, o estudo em questão, o qual tem por finalidade, exatamente, a indicação de propostas que viabilizem uma atuação institucional, que reduza ao máximo as divergências, com evidente reflexo no resultado final do serviço prestado pela Instituição, isto é, garantindo a igualdade de tratamento aos jurisdicionados .

Procedemos a um levantamento de alguns temas polêmicos e contactamos os Ministérios Públicos de diversas unidades da Federação, no intuito de chamar a atenção para a gravidade da questão, sobretudo quando as divergências ocorrem na seara penal, em que as diferenças de opiniões podem significar o oferecimento da denúncia ou o arquivamento do inquérito, a fixação de penas maiores ou menores, numa palavra, podem significar a liberdade ou a prisão e também para conhecer-lhes o posicionamento acerca das questões polêmicas mais recentes e colher informações sobre os instrumentos e mecanismos por eles utilizados para se alcançar uma atuação institucional uniforme.

O que observamos é que, de fato, em quase todos os Estados da Federação há uma efetiva preocupação com uma política institucional, de molde a se evitar as atuações conflitantes *interna corporis.* A título de exemplificação, o presente tema foi abordado no I Congresso Do Ministério Público de São Paulo, em 1971.

O cerne da questão consiste na seguinte indagação: "Sendo o Ministério Público uma Instituição UNA e INDIVISÍVEL, uniforme e coerente não deveria ser sua orientação doutrinária?" Cremos que sim, pois é por demais temeroso que os diversos órgãos de atuação do Ministério Público, à frente de um mesmo tema jurídico, apresentem soluções divergentes e, não raro,

conflitantes. Impende adotarmos uma hermenêutica em que devamos nos ater a critérios flexíveis de exegeses, sob pena de desvirtuarmos o sentido da norma e darmos azo a injustiças, pois divergências e conflitos na apreciação de questões fáticas seriam até aceitáveis, mas na apreciação do direito não seriam aconselháveis, devendo-se sempre buscar uma atuação uniforme.

É evidente que a diversidade de opiniões é extremamente salutar, na medida em que estimula o debate, conduzindo a discussões renovadoras, com o brotar de novas idéias, oxigenando a Instituição e mantendo-a acesa no dinamismo da vida em sociedade. No entanto, as contradições internas, não raro motivadas pelo encruamento de posições ou pelo comodismo confortável que supõe prescindir de qualquer esforço de atualização jurídica e doutrinária, terminam por inviabilizar a unidade funcional, enfraquecendo a imagem do Ministério Público perante a sociedade e os "Poderes" Legislativo, Executivo e Judiciário.

Outrossim, devemos ressaltar que, como Instituição que busca o ideal de Justiça, tem o Ministério Público, por vezes, promovido injustiças, dando tratamento diverso a pessoas que se encontram em situações semelhantes, fato que afronta o princípio da isonomia, violando, desta forma, a própria Constituição da República e conduzindo o direito penal do fato para o direito penal do autor.

Importa, pois, buscarmos uma constante uniformização interna, segundo critérios razoáveis, sem, contudo, comprometer a independência funcional. Ambas merecem ser consideradas, conciliadas e sopesadas, limitando-se reciprocamente, de forma que nenhuma das duas conduza ao arbítrio. Isto é, caso o promotor passe a atuar cem porcento vinculado a uma orientação superior, estar-se-ia limitando de forma absoluta e inadmissível a independência funcional, violando um preceito constitucional e conduzindo a Instituição ao caos

intelectual. Seus órgãos estariam tolhidos de raciocínio e produções intelectuais novas.

Por outro lado, a independência funcional ilimitada conduz à irracionalidade e ao arbítrio, promovendo injustiças, prejudicando a sociedade e maculando a própria Instituição.

"Não há dúvida que a evolução do Ministério Público, em todos os países, foi no sentido de garantir-lhe uma autonomia cada vez mais ampla em relação ao Poder Executivo, dele fazendo uma verdadeira magistratura, que representa a sociedade e defende a boa aplicação da lei. As garantias de que goza fizeram com que a doutrina reconhecesse que o Ministério Público não pode ser um instrumento do Governo, porque é o órgão da lei, acrescentando que, se o Código é a lei escrita, a Procuradoria representa a lei oral. Na tradição brasileira, magistrados, como o ministro PEDRO DOS SANTOS, advogados, como RUI BARBOSA, doutrinadores, como GALDINO SIQUEIRA, professores e políticos, como BILAC PINTO, caracterizam o Ministério Público como uma forma de magistratura e um verdadeiro Poder do Estado, nele vislumbrando, na terminologia legal, o fiscal da Lei." (Arnold Wald e Ives Gandra Martins, *in* A Independência do Ministério Público, Revista do Ministério Público, RJ, 1995, vol. 1, n.º 2, pág. 31).

Na verdade, o Ministério Público, tal como o conhecemos hoje, é relativamente recente, formou-se lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas (HÉLIO TORNAGHI, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 1976, vol. 1, pág. 297). Foi, entretanto, com a Constituição Federal de 1988 que se desenvolveu o atual perfil do Ministério Público. Sem dúvida, com a Carta Política a instituição alcançou seu maior desenvolvimento, *"sequer comparável ao dos outros países, ainda que de semelhante tradição cultural"* (Hugo Nigro Mazzilli, *in* Regime Jurídico do Ministério Público, 1996, pág. 6), inclusive quanto a sua

destinação natural de defensor da sociedade, dissociado que foi das ambíguas funções de representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Portanto, para o desempenho de tão relevante mister, para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, bem como dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade (CF, artigo 127; LC nº 75/93, artigos 1º ao 5º; Lei 8.625/93, artigo 1º), é que se lhe conferiram os princípios institucionais da unidade indivisibilidade e independência funcional, cerne da atuação ministerial.

Assim, por meio das garantias asseguradas ao Ministério Público e aos seus membros, o que se protege, em última análise, é a própria coletividade.

Com muita propriedade, referindo-se à legislação da época, asseverava EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, cuja lição, no contexto da atual Carta Política, é ainda mais oportuna: "*A natureza dos serviços prestados pelo Ministério Público, pelo seu conteúdo e alcance, requer que seus integrantes, no exercício de suas funções, sejam inteiramente resguardados, de fato, de toda pressão e interferências externas, a fim de poderem atuar com total independência e liberdade, tendendo apenas às exigências do que, por lei, lhes cabe efetivamente fazer. Em razão disso, precisamente, é que o legislação competente (Lei Compl. N.º 40/81, art. 2º) estabelece a* ***autonomia funcional*** *como um dos princípios institucionais do Ministério Público. Isto significa que os seus membros, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder - nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário, nem ao Poder Legislativo - submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei.*" (Parecer publicado na revista *Justitia*, 139:144, *apud* Mazzilli, *op. cit.*, pág. 94).

Os princípios, garantias e prerrogativas conquistados devem ser exercidos visando o aprimoramento da Instituição,

através do desempenho ético e responsável das atribuições diárias. As manifestações da Instituição são orgânicas, transcendendo a subjetividade dos seus membros, que devem atuar como parte de um corpo uno e indiviso.

Não se pode admitir, portanto, que em nome da independência funcional, prevaleçam posicionamentos pessoais isolados, marcados, muitas vezes, por autoritarismo e espírito de emulação intelectual ou profissional, quando não por mera vaidade. Destarte, não é e não pode ser absolutamente ilimitada a independência funcional, porquanto, se assim fosse, ilimitada também seria a possibilidade de abuso.

Aliás, a própria liberdade, como bem adverte HUGO NIGRO MAZZILLI, "*um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.*" (Os Limites da Independência Funcional do Ministério Público, *in* Revista dos Tribunais, 1995, vol. 715, pág. 571).

Em suma, "*Admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos, sob pena de, não o fazendo, subvertermos as premissas e a destinação institucional do MP.*" (*Idem*).

Questões jurídicas controvertidas, já mereceram soluções diversas, todas juridicamente defensáveis, fazendo-se mister, agora, que a independência funcional ceda espaço à unidade, para que se atinja uma atuação uniforme, capaz de espelhar um único Ministério Público.

No decorrer do estudo foram levantadas e abordadas

algumas questões polêmicas, à guisa de mera exemplificação, sendo certo que elas, além de outras, estão a merecer o cuidado e a atenção de todos os Membros do Ministério Público, valendo citar as concernentes à aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal; as inúmeras controvérsias trazidas pela Lei n.º 9.099/95; a data da vigência da Lei n.º 9.437/97 (Lei de Porte de Armas); a arma de brinquedo como crime autônomo; a qualificadora do inciso IV do § 3º do art. 10 e a causa especial de aumento de pena do § 4º do mesmo artigo, ambas previstas na Lei de Porte de Armas; a progressão do regime prisional nos crimes hediondos em face da Lei de Tortura; a aplicação do princípio da insignificância; a violência real no estupro; casa de prostituição; crime de dano no Distrito Federal; a exigência da comprovação da origem lícita da dívida no caso de estelionato por meio de cheque sem provisão de fundos, o Código Nacional de Trânsito, além de outras questões afetas às demais áreas de atuação: cível, consumidor, meio ambiente, família, etc.

A toda evidência, as matérias controvertidas são sempre mais facilmente detectadas e melhor conhecidas pelos órgãos que atuam nas respectivas áreas de incidência, razão por que, a nosso ver, a solução uniformizadora não poderia prescindir de sua participação ativa, por meio de debates, até mesmo para que a independência funcional possa encontrar motivo e estímulo para ceder espaço à unidade.

A primeira vista, há uma aparente incompatibilidade entre o princípio da independência funcional e uma possível uniformização de manifestações e procedimentos (princípios da unidade e da indivisibilidade) no âmbito do Ministério Público, fato que nos conduz ao problema do confronto entre princípios, ressaltando-se que devemos buscar a melhor forma de solucionar a questão consoante observam José Joaquim Gomes Canotilho e Robert Alexy.

De fato, devemos buscar o real valor de cada princípio em relação ao ordenamento jurídico sem jamais excluir um, em

detrimento de outro, mas sim utilizar uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, de modo a compatibilizá-los de forma razoável, garantindo a unidade Constitucional.

Em apertada síntese, ficou demonstrado no presente estudo a necessidade de se adotar uma política de atuação institucional que procure estabelecer critérios e mecanismos que viabilizem um agir uno e indivisível, reduzindo ao máximo as contradições internas - que tanto enfraquecem a Instituição -, sem prejuízo, evidentemente, da independência funcional que, longe de ser vista como um empecilho à unidade, há de ser encarada como um fator de fortalecimento e engrandecimento, na medida em que, exercida com humildade e devoção, representa o canal aberto às novas criações e interpretações mais condizentes com os anseios da sociedade e do Estado de Direito.

Mas temos que ficar atentos para que a almejada unidade, indivisibilidade e fortalecimento de nossa Instituição, não fique a reboque daqueles que teimam em adotar posicionamentos vetustos e draconianos, acomodando-se tranqüilamente na garantia da independência funcional.

É com o debate incessante acerca das questões controvertidas e palpitantes que vamos firmar um entendimento seguro e amadurecido, tal como ocorre nos tribunais pátrios, pois só assim estaremos livres de atuações conflitantes e diametralmente opostas, no bojo de um mesmo processo, as quais, por mais das vezes, são despiciendas de fundamentação jurídica e só desgastam a imagem do Ministério Público perante a sociedade e demais operadores do direito.

Urge, pois, a adoção de fórmulas e instrumentos que, à vista das questões polêmicas ora em destaque, além das outras tantas existentes nas diversas áreas de atuação do Ministério Público, possibilitem uma maior unidade e consenso, em prol do fortalecimento da Instituição.

Por outra ótica, à vista das inúmeras e atuais

tentativas de manietar a atuação ministerial, retirando ou restringindo conquistas já sedimentadas na Constituição de 1988 e demais leis, é o momento de fortalecimento e união de todos os integrantes do Ministério Público, despindo-nos de vaidades pessoais e vícios culturais (corporativismo e nepotismo)a que muitas vezes o exercício da função pode nos conduzir, imbuindo-nos do sentimento maior de SER, VIVER e REFLETIR a Instituição a que servimos.

Este foi, aliás, o sentimento que nos serviu de guia, e que nos motivou na elaboração desta, sabemos nós, pequena contribuição, a qual, entretanto, esperamos possa servir de auxílio na adoção de medidas concretas com vistas à construção de um Ministério Público uno e indivisível.

CONCLUSÃO: CRIAÇÃO DE POLÍTICA DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL

Diante do exposto, propomos, com a apresentação dessa tese neste Congresso Nacional do Ministério Público, além da reflexão dos colegas sobre este tema, a adoção das seguintes soluções que nos pareceram mais eficientes e interessantes:

· criação de grupos permanentes de estudos em todas as áreas de atuação, com a finalidade de detectar problemas, discutir temas polêmicos e relevantes e sugerir soluções a serem adotadas pela Instituição, após votação por maioria relativa dos membros do Ministério Público. Desta forma, estar-se-ia fomentando o crescimento cultural de maneira democrática. Sugere-se, outrossim, que tais soluções sejam ratificadas pelos Órgãos superiores, sumuladas e postas à disposição dos Membros da Instituição via rede de informática e internet.

· além da criação de grupos de estudos supracitados, sugere-se a criação de um procedimento administrativo para que os Promotores e Procuradores de Justiça suscitem dúvidas

perante às Câmaras de Coordenação e Revisão no Distrito Federal (MPDFT) e os Conselhos Superiores nos demais Estados Federados, ensejando, desta forma a sua manifestação e posterior expedição de súmulas ministeriais. Sugere-se, outrossim, que tais súmulas sejam postas à disposição dos Membros da Instituição via rede de informática e internet.

· criação de Centros de Apoio Operacional, sob a coordenação de Membros atuantes nas respectivas áreas, eleitos pelos Promotores de Justiça da área, com a finalidade de patrocinar debates sobre questões de interesse da classe, bem como a realização de mesas redondas e palestras, tudo em prol da constituição de um suporte técnico eficaz e do fomento cultural. Após a discussão das questões controvertidas, proceder-se-ia à votação da melhor linha de atuação para cada grupo, ensejando a formação de uma "jurisprudência" ou política de atuação institucional.

LUCIANA MEDEIROS COSTA
Promotora de Justiça – MPDFT

MARCOS JUAREZ C. DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça – MPDFT

RODRIGO DE MAGALHÃES ROSA
Promotor de Justiça – MPDFT

ANDRÉ VINÍCIUS E. S. DE ALMEIDA
Promotor de Justiça – MPDFT

ROSE MEIRE CYRILLO
Promotora de Justiça – MPDFT

IMPOSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO DE PROMOTOR "AD HOC"

Selma Magda Pereira Barbosa
Promotora de Justiça/PE

PREÂMBULO

Em recente publicação da Revista ***In Verbis,*** da AMB (set./97, n.º 09), o Dr. Ronald Pietre, Juiz da 7ª Vara de Três Rios, RJ, defendeu a possibilidade de nomeação de Promotor "ad hoc", sob os seguintes argumentos:

a) Por não ser um Poder Constitucional como o é o Poder Judiciário, o Ministério Público não poderá obstacular a prestação jurisdicional com sua ausência, citando jurisprudência do STJ, que permite a dita nomeação, para dar continuidade aos trabalhos do Judiciário;

b) Ministério Público é Órgão da Administração Pública, sendo por ela remunerados os Membros da Instituição, o que permite que a um Juiz, em entendendo necessário, nomear um advogado para funcionar como Promotor de Justiça "ad hoc".

Diante da publicação, entendi necessário um estudo aprofundado do tema a fim de , dentro de um trabalho que seria a antítese da tese do Magistrado, demonstrar a impossibilidade da nomeação de Promotor de Justiça "ad hoc", tanto por questões de ordem legal, quanto por questões axiológicas, uma vez que a nossa Lei Máxima, imbuída do espírito democrático que inspirou o Legislador Constituinte, preocupou-se em atribuir

ao Ministério Público um tratamento especial, conferindo-lhe um múnus constitucional de zelo pela ordem jurídica, pelo sistema democrático e pelos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Assim, preocupada com as conseqüências práticas da tese defendida, após um acurado estudo, elaborei o presente trabalho a fim de apresentar a todos os colegas do *Parquet*, com o intuito de, unidos, dissiparmos totalmente qualquer dúvida em relação ao assunto, insurgindo-nos contra os atos que tentem afrontar os ditames constitucionais e fragilizar nossa Instituição, que é "instumento de democracia" dentro de nosso regime constitucional.

EXPOSIÇÃO DO TEMA

a) Origens do Ministério Público:

Várias são as origens atribuídas ao Ministério Público, conforme nos ensina o ilustre Hugo Nigro Mazzilli (1).

---

(1) Hugo Nigro Mazzilli, *In* Manual do Promotor de Justiça, Ed. Saraiva, 2ª edição, 1991.

Uns entendem ter ele surgido na Antigüidade Clássica ; outros na Idade Média . No entanto, a origem mais aceita é a de que o Ministério Público tenha surgido através da Ordenação Francesa de 1305, de Felipe, "O Belo", que atribuía aos Promotores o patrocínio das "causas do Rei".

Com o desenvolvimento das relações sociais, o Promotor deixou suas atribuições originárias para assumir um papel de "defensor da sociedade".

No Brasil, o Promotor teve atribuição constitucional com a Constituição de 1824, sob a designação de *Procurador da Coroa e Soberania Nacional*, a quem era atribuída a

competência da acusação criminal.

As Constituições posteriores também faziam referências às atribuições do Órgão Ministerial, como, por exemplo, a Constituição Republicana de 1891, onde havia alusão às atribuições do Procurador Geral, embora não tenha havido expressa menção ao Ministério Público, como Instituição, o que somente ocorreu com o Decreto n.º 848/1890.

O perfil constitucional do Ministério Público atualmente adotado foi primeiramente acolhido na Constituição de 1934, já de feições democráticas, sendo reassumido posteriormente na Constituição democrática de 1946, após um retrocesso ditatorial em 1937 .

Com o advento da CF/88, diante do posicionamento Ministerial conquistado, os integrantes da Instituição, incentivados pela "Consciência Nacional de Ministério Público", pregada por *Carlos Siqueira Neto* (2), no VI Congresso Nacional do Ministério Público, elaboraram a "Carta de Curitiba", em 1986, aprovada no 1º Encontro Nacional de Procuradores–Gerais de Justiça e de Presidentes de Associações do Ministério Público, onde foram traçadas as diretrizes básicas para a elaboração da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, apresentada aos Constituintes de 1988 que, após debates, alterações e emendas ao Projeto inicial, instituiu e organizou o Ministério Público que conhecemos, num texto que, segundo Hugo Nigro Mazzilli (3), *foi o texto possível*, com muitos avanços, os quais ainda pretendemos ampliar, como, por exemplo, a atual luta pela emenda constitucional para a escolha de Procuradores– Gerais pelos integrantes da Carreira, sem a interferência dos chefes do Executivo, tanto a nível Federal, quanto Estadual.

b) a Instituição Ministerial

Como dito anteriormente, a Carta de Curitiba foi o passo inicial dado pelos integrantes do *Parquet* para a conquista

do Ministério Público que ora conhecemos, cujo documento encontrou algumas resistências, sofrendo, por isso, alterações no texto original.

No entanto, a proposta apresentada ao Congresso Nacional não foi substancialmente alterada, tendo o Constituinte, guiado pelo *espírito democrático* que assolava o País, acatado, nos artigos 127 a 129 da CF/88, a proposta de um Ministério Público forte, independente e combativo, ao atribuir à Instituição um caráter de *Instituição Permanente, responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da ordem jurídica e da Constituição* (art. 1° da Carta de Curitiba), além de conferir a *qualquer do povo legitimidade para provocar atuação ministerial* (art. 1°, Parágrafo Único), conferindo-lhe *autonomia funcional, administrativa e financeira* (art. 2°).

([2]) *In* op. cit., p. 19.
([3]) *In* op. cit., p/ 42.

Tamanho foi o avanço, que os Constituintes entenderam por bem situar o Ministério Público em Capítulo diverso dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sob o título de "Função Essencial à Justiça", atribuindo-lhe o que passou a se chamar de *"status constitucional"*, desatrelando-o, por completo, dos demais Poderes do Estado, contrariando o que anteriormente foi feito pelos Constituintes de 1969 – quando o Ministério Público figurou no Capítulo referente ao Poder Executivo–, e de 1891 e 1967 – quando foi situado no Capítulo referente ao Poder Judiciário.

Tal *status constitucional* funda-se no fato de que, além de ter sido colocado em capítulo distinto dos demais Poderes do Estado, conferiu-se aos membros da Instituição garantias e vedações, atribuindo-se ao *Parquet*, como instituição, princípios e garantias constitucionais – como soe ocorrer com

os membros da Magistratura–, em virtude da necessidade de se ter um Órgão Ministerial isento de pressões e ingerências de quaisquer Órgãos ou Instituições, face a seu múnus de defensor dos interesses sociais individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do regime democrático, atribuindo-se à Instituição e a seus membros um papel de *agentes da democracia.*

Portanto, embora por questões de conveniência político-constitucional não se tenha erigido o *Parquet* a um quarto poder – o que seria inovador a nível mundial –, conservando-se o sistema de freios e contrapesos da divisão tripartide de Montesquieu, foi adotado o referido *status constitucional* atribuído ao Ministério Público, o que fortaleceu a Instituição e, consequentemente, a nossa ainda frágil democracia.

O fato de ser erigido a *Órgão Constitucional,* e não a Poder Constitucional, não significa que o Ministério Público esteja passível de sofrer ingerências de outros Órgão ou Poderes, como dantes referido, sob o argumento de que um Poder, para garantir o exercício das atividades que lhes são próprias, pode, por vezes, interferir nas questões institucionais, pois, se seguirmos este raciocínio, temos que analisar os seguintes aspectos:

a) Segundo o Parágrafo Único do artigo 1° da CF/88, *Poder é todo aquele que emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos, nos termos* constitucionais.

Assim, não seria o Judiciário um Poder *strictu sensu,* vez que seus integrantes não são eleitos diretamente pelo povo –como ocorre no sistema constitucional americano–, nem se exerce a jurisdição diretamente pelo povo –que seria um retrocesso sem precedentes às origens Jurisdicionais– ; apenas

o sendo por uma questão de conveniência política, conforme dito.

Tal questionamento já foi levantado por juristas do porte de Luiz Eulálio Bueno Vidigal (4) e Giovani Cristofolini (5), que admitem que a Jurisdição como um *desdobramento da função estatal de aplicação da Lei, atribuída, também, ao Executivo.*

b) A palavra *Poder*, na acepção Constitucional, significa *emanação de soberania* (6)

---

(4) *In* Direito Processual Civil, Do Mandado de Segurança, p. 38, citado por José Afonso da Silva *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 11ª edição, p. 524.
(5) *In* Di Diritto Processuale in onore Chiovenda, pp. 393/394. Idem, ibidem.
(6) *In* Elementos de Direito Constitucional, Michel Temer, 8ª edição, Ed. RT, p. 115.

A Soberania Estatal é exercida por agentes políticos do Estado que, para o livre exercício de suas funções, gozam de prerrogativas (que são atribuídas ao cargo e não ao agente individualmente), conferindo-se, por via reflexa, aos Poderes Estatais, a independência dos demais poderes que, segundo José Afonso da Silva (7), traduz-se em:

a) A investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem de confiança nem de vontade dos outros;
b) no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de autorização;

c) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais.

Assim sendo, o Ministério Público, pelo posicionamento constitucional adotado em relação ao Órgão, exercendo parte da soberania estatal, seria considerado um Poder do Estado, pois existe a especialização funcional e independência orgânica e funcional (8) – fundamento este defendido por aqueles que o admitem como um quarto poder.

Ou seja, em qualquer das duas hipóteses levantadas, não poderia haver ingerência dos Membros do Judiciário sobre a Instituição Ministerial, pois, ou o Judiciário não poderia interferir nas questões Ministeriais por não ser considerado um verdadeiro Poder; ou o Ministério Público, pelo tratamento que lhe foi atribuído pela Lei Máxima, seria considerado um quarto Poder.

A questão, porém, é mais abrangente, pois a Lei elevou o *Parquet* a Órgão independente e autônomo e, conforme diz Francisco Campos, "*Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em Instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios de sua própria escolha, exclui-se-lhe a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional "(9).*

Veremos, portanto, que o assunto é mais complexo do que acima apontado, pois os questionamentos levantados são de ordens política e filosófica e, na verdade, os fundamentos que impedem a nomeação de Promotor *ad hoc* são de ordem legal, seja Constitucional, seja infraconstitucional.

C) Aspectos legais que impossibilitam nomeação de Promotor "ad hoc".

O Ministério Público é Órgão de natureza

constitucional, cujo disciplinamento encontra-se sob o título das *Funções Essenciais à Justiça*, mais precisamente nos artigos 127 a 129 da CF/88, onde estão dispostas as regras norteadoras da Instituição.

---

(7) *In* Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, Editora Malheiros, 11ª edição, p. 111.

(8) *In* Op. cit., p. 111.

(9) *In* Justitia, 123:155.

O artigo 127, da CF/88, reza que *o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*, atribuindo-lhe a competência para a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

O § 1º do citado artigo eleva como princípios institucionais a *unidade, a indivisibilidade e a independência funcional,* e o § 2º assegura a *autonomia funcional e administrativa*, com o § 3º garantindo-lhe *autonomia financeira.*

O inciso I do § 5º do artigo 128, confere aos membros do Ministério Público as garantias da *vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos,* vedando-lhes o exercício da advocacia, a participação em sociedade comercial, na forma da lei, o exercício de outra função pública, salvo uma de magistério, e de atividades político-partidárias, com as exceções previstas em Lei.

O artigo 129 do Diploma Constitucional elenca as *funções **institucionais** do Ministério Público*, as quais resumem-se na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atribuindo-lhe a competência exclusiva para a propositura da ação penal pública.

O § 2º do artigo 129 ainda determina que as funções

ministeriais sejam exercidas ***privativamente*** por *integrantes da carreira,* cujo ingresso, segundo o § 3º do citado artigo, far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

Pela simples leitura dos dispositivos legais percebe-se a completa impossibilidade de nomeação de Promotor "ad hoc" pelos Magistrados. No entanto, uma análise acurada dos significados das disposições constitucionais é importante para dirimir quaisquer dúvidas sobre a questão.

Ao conceituar o Ministério Público, a Constituição definiu-o como ***Instituição Permanente,*** atribuindo-lhe ***independência funcional, administrativa e financeira,*** elencando como princípios norteadores da função institucional ***a unidade, a indivisibilidade e autonomia funcional.***

Como *Instituição Permanente*, o Ministério Público tem o múnus de, *permanentemente*, cumprir sua função Constitucional, não podendo tais funções serem realizadas por pessoas estranhas à Instituição.

Há de se ter em mente que, sendo *Órgão Constitucional*, cujas garantias, prerrogativas e vedações foram elencadas no Texto Maior, sendo situado em capítulo específico, o Ministério Público passou a exercer parte da Soberania Estatal, na medida em que suas funções são típicas do Estado Soberano.

Como a Lei é um corpo orgânico, a definição de Instituição Permanente encontra guarida nos demais dispositivos constitucionais, em especial nos princípios a ela atribuídos, que são da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Pela unidade e indivisibilidade caracteriza-se a formação da Instituição, pois os membros do *Parquet* compõem o *organismo ministerial*, agindo na qualidade de Ministério Público, ou seja, estruturam a *Instituição como um corpo orgânico* (10).

---

(10) *In* op. cit., p. 556.

Pela independência funcional entende-se que os membros do Parquet *integram a categoria de* ***agentes políticos****, e, como tal, hão de atuar "com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais (11).*

Ao conferir tal destaque à Instituição – que, diga-se de passagem, relevante para que o *Parquet* cumpra o seu ofício de buscar a Justiça Social (12)–, a Constituição, como não poderia deixar de ser, vedou, expressamente, o exercício da função por pessoas estranhas ao quadro institucional, o qual somente poderá ser preenchido por concurso público de provas e títulos (artigo 129, §§ 2° e 3°).

Fica evidenciado, nos dispositivos constitucionais invocados, que não existe exceção à regra do Promotor de Justiça Natural – princípio este de ordem constitucional implícito na obrigatoriedade de investidura no cargo por concurso público e na garantia funcional da inamovibilidade, o qual tem reflexo no Direito adjetivo pátrio.

Portanto, dispondo a Lei Máxima do País em contrário, como se falar em nomeação de Promotor *ad hoc !?*

Por outro lado, as Leis especiais que regem a Instituição Ministerial nas várias esferas estatais (federal e estaduais), seguem as diretrizes constitucionais básicas.

Assim é que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.° 8625/93), em seu artigo 25, Parágrafo Único, veda, expressamente, *"o exercício de funções de Ministério Público a pessoas a ele estranhas,* ***sob pena de nulidade*** *do ato praticado"* (grifado), e as Leis que disciplinam o Ministério Público a níveis federal e estaduais, guiadas pelos valores constitucionais e da Lei Orgânica Nacional, mencionam a mesma vedação –artigo 4°, § 2° da LC Estadual n.° 12/94 (LOMP/PE) e artigo 33 da LC Federal n.° 75/93 (LOMP da União).

Como visto, não há de se falar em nomeação de

Promotor *ad hoc*, sob nenhum pretexto, pois é mandamento constitucional e infraconstutucional que as ***funções institucionais*** (artigo 129, § 2° da CF/88) sejam praticadas, ***exclusivamente,*** por integrantes da carreira, aprovados em concurso público de provas e títulos, após a investidura no cargo por nomeação do Procurador-Geral da Instituição, a quem se atribui a competência –também ***exclusiva, com ou sem a participação do Conselho Superior do Ministério Público, na forma da Lei–,*** para administrar os interesses e as conveniências institucionais (artigo 29, IX da Lei n.° 8625/93; artigo 10°, inciso VII, c/c artigo 32, § 1° da LC n.° 12/94; artigo 26, IX da LC n.° 75/93).

Portanto, admitir a nomeação de Promotor *ad hoc* é negar vigência aos ditames legais e constitucionais, sobrepujando-se à legalidade dos atos do Regime Democrático de Direito adotado pela Lei Magna.

Por fim, a Jurisprudência tem se debatido bastante sobre a questão – o que se justifica pelo novo *status constitucional do Parquet* na Carta vigente.

---

(11) *In* op. cit., p. 554

(12) *In* Jornal do Comércio, 27/08/91, Hélio Alencar Monteiro.

No entanto, em recentes posicionamentos, datados de 1991 e 1995, em que foi relator o eminente Ministro *Luiz Vicente Cernicchiaro*, o STJ repudiou a tese do Promotor *ad hoc* em memorável decisão, que diz:

> • ***Promotor ou Procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, designação de Promotor ou Procurador ad hoc. No sentido de fixar prévia orientação, como seria odiosa indicação singular de Magistrado para***

processar e julgar alguém. Importante, fundamental, é prefixar o critério de designação. O réu tem o direito público, subjetivo, de conhecer o Órgão do Ministério Público, como ocorre com o Juízo Natural. (RESP– 11722, SP; ROMS – 0005867, SP).

Como se percebe, a impossibilidade de nomeação de Promotor *ad hoc* ultrapassa as questões institucionais, pois é, antes de tudo, uma garantia individual, de caráter constitucional, tamanha sua importância. Como disse o ilustre Ministro, é um *direito público subjetivo do cidadão,* que tem o direito de conhecer, previamente, o Órgão Ministerial que atuará na causa que lhe é afeta, a fim de evitar os chamados *juízos de exceção*, produtos do autoritarismo já superado pela nossa sociedade.

D) Aspectos penais da inobservância legal

A impossibilidade legal de nomeação de Promotor *ad hoc* está mais que demonstrada no presente trabalho, cuja inobservância poderá acarretar para os transgressores das normas constitucionais e infraconstitucionais conseqüências de natureza penal, pois perfazem os elementos constitutivos de dois crimes:

a) Abuso de autoridade, por parte do Magistrado, consistente no atentado contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (artigo 3º , "j", da Lei n.º 4898/65);

b) Usurpação de função pública, por parte do advogado nomeado, que aceitou a nomeação (artigo 328 do CPB).

Ao nomear, sem competência para tanto, um Promotor de Justiça *"ad hoc"*, prevalecendo-se do cargo de

Juiz de Direito, sob o pretexto de realizá-lo na qualidade de integrante de um *poder constitucional do Estado*, para, presumidamente, garantir do exercício da função jurisdicional, o Magistrado, visivelmente, comete o tipo penal de *abuso de autoridade*, sujeitando-se às sanções legais e administrativas do ato, uma vez que extrapola suas atribuições, afrontando a Lei e, mais grave, a ordem constitucional, pois é de todos sabido que somente o Procurador-Geral de cada Instituição Ministerial poderá prover cargos, atribuindo, a cada membro do *Parquet*, o exercício das funções institucionais .

Embora goze de independência funcional, os membros da Instituição estão sujeitos ao controle administrativo exercido pelos Órgãos Superiores da Instituição e, em caso de ausência Ministerial na Comarca, injustificadamente, pode o Magistrado oficiar ao Procurador-Geral para que o mesmo descubra os motivos da ausência do Promotor ou Procurador de Justiça Natural da Comarca, Vara ou Tribunal, a fim de tomar as providências legais cabíveis, designando outro Promotor ou Procurador para substituir o ausente – nos casos amparados em Lei– , ou tomar as medidas administrativas e legais aptas a suprir a deficiência ministerial.

Por outro lado, ausente o Ministério Público nas audiências em que *não* se impõe a presença obrigatória do Representante Ministerial, que, *devidamente cientificado* do ato processual, falta ao dever funcional, *injustificadamente*, pode o Magistrado dar continuidade aos trabalhos judiciais, com o *Parquet* arcando com os prejuízos processuais oriundos da sua desídia.

Finalizando, ao acatar uma nomeação *ad hoc* para funcionar como Representante do *Parquet*, sem estar legalmente investido no cargo, o advogado assume o risco de ser enquadrado no tipo penal de *usurpação de função pública,* pois, como profissional do direito, conhece a ilegalidade do ato, praticando-o deliberada e conscientemente.

Assim se posiciona a jurisprudência sobre o tipo penal:

> *"Para que haja crime de usurpação de função pública é mister que o agente se faça passar por ocupante de um cargo, função ou emprego que realmente existe, graças ao qual pratique atos a ele pertinentes, com a vontade deliberada de exercê-lo, sem que no entanto tenha sido nele regularmente investido".*

Fica patente, portanto, o preenchimento dos elementos constitutivos dos tipos penais, sujeitando os transgressores da norma posta às conseqüências criminais e administrativas cabíveis.

CONCLUSÃO

O tema é bastante complexo, existindo, além destes aspectos, outros que, fossem analisados no presente trabalho, excederiam as normas do evento, além de ultrapassar o objetivo principal da pesquisa, que é o de alertar toda a classe para o perigo da contrariedade dos ditames constitucionais, em evidente afronta à legalidade dos atos no nosso Regime Democrático de Direito .

Como Órgão imbuído de função constitucional, pelo qual o Estado manifesta parte de sua Soberania, conforme ensina Hugo Nigro Mazzilli (13), não pode o Ministério Público sofrer qualquer tipo de ingerência, funcional, administrativa ou financeira, por parte dos integrantes dos Poderes do Estado, sob pena de se negar vigência aos princípios constitucionais e à própria democracia, tão sofridamente conquistada.

Por isso, faz-se necessária a integração de todos os Membros da Instituição Ministerial, no âmbito Federal e Estaduais, para que, a exemplo do que ocorreu

em 1986/1988, reafirmarmos o *Parquet* como *Instituição* ***permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, instrumento de democracia, independente dos demais poderes, garantindo-se o pleno exercício das garantias constitucionais e legais, fazendo desencadear, sempre que necessário, os mecanismos legais de freios e contrapesos à atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (14).***

---

(13) *In* op. cit., p. 47.

(14) *In* Conheça do Ministério Público, Darley Lima Ferreira e Antônio Coelho Medeiros,

texto de autoria de Maristela de Oliveira Simonin, OSCAMP, pp. 224 a 228.

TESE PROPOSTA

Assim, conforme dantes referido, a união de todos os membros da Instituição Ministerial – Promotores e Procuradores–, no afã de lutar contra quaisquer atentados às garantias e aos princípios Institucionais, buscando um Ministério Público combativo e forte, é mais que uma luta institucional: É uma luta *social*, pois o Ministério Público que hoje conhecemos é o maior instrumento de democracia que foi ofertado à sociedade, onde o cidadão, independentemente de custos individuais, encontra amparo para a defesa de seus direitos sociais e individuais indisponíveis, assegurados constitucionalmente.

Portanto, é mais que uma luta pela Instituição. É o exercício de um múnus constitucional, que se traduz na defesa da sociedade e do próprio Estado.

Nesse contexto, conclamo toda a classe a, unida, lutar contra os atos ilegais e arbitrários que interferem na vida institucional. Em especial, lutar contra as tentativas de nomeação de Promotor de Justiça *ad hoc*, devendo tal batalha começar nos Tribunais Superiores, onde existe, ainda, tendência a admitir

tal ilegalidade.

Como estratégia de atuação, invoco a participação dos Corregedores-Gerais, dos Procuradores-Gerais e dos Presidentes de Associação do Ministério Público, para, em conjunto, definirem as formas de atuação, seja com ações pertinentes; seja com a expedição de recomendações, sem caráter normativo, para definir formas de atuação dos Promotores e Procuradores de Justiça no caso de incidências práticas de nomeações *ad hoc;* seja com outras atuações que porventura sejam propostas por parte dos demais colegas, com certeza brilhantes e importantíssimas para a defesa do *nosso (do cidadão) Ministério Público.*

A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS SUPERIORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FATOR DE ESTÍMULO E DE APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DOS SEUS MEMBROS

A Carreira do Ministério Público. *Status*, Prerrogativas Funcionais e Perda de Estímulo.

As prerrogativas constitucionais conferidas aos membros do Ministério Público, bem como aquelas outorgadas diretamente à Instituição, mas que reflexamente tocam a cada um de seus agentes (como a autonomia administrativa e financeira), formam um arcabouço indispensável para o exercício pleno da missão confiada ao *Parquet*.

Tais garantias, juntamente com o *status* de autoridade advinda das atribuições reservadas ao Promotor de Justiça, contém também um potencial nocivo, que cumpre não olvidar. A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, ao mesmo tempo em que dão ao Promotor de Justiça a segurança para bem desempenhar suas funções, podem trazer o efeito colateral de tranqüilizar demasiadamente o espírito daquele profissional, de maneira que, sabendo que a sua permanência no cargo e sua estabilidade financeira estão praticamente assegurados até o fim de sua vida, não encontre estímulo para continuar a desenvolver todas as possibilidades intelectuais que demonstrou possuir ao lograr êxito no acesso à carreira através de concurso público extremamente rigoroso.

Por outro lado, como os direitos e prerrogativas funcionais são comuns a todos os integrantes da carreira, independentemente do fato de alguns se consagrarem mais ou menos ao exercício da função, a competição e o desafio salutar que levam o ser humano a superar a si mesmo, ficam extremamente comprometidos.

Acresça-se a isto a proibição dos membros do Ministério Público de advogarem, impedimento moralizador, que obriga o Promotor de Justiça a se dedicar à função, mas que elimina o contato também instigante com a iniciativa privada.

Finalmente, a ascensão na carreira é bastante rápida - pois os níveis hierárquicos de ordenação dos cargos são pouco numerosos -, e as promoções, em geral, acontecem de uma maneira quase que burocratizante, até porque os registros da Instituição, de regra, não dispõem de dados completos acerca do desempenho funcional de cada membro, optando-se, destarte, pelo critério de antigüidade, a fim de não cometer injustiças.

Assim, é preciso que a carreira pública supere, dentre outros, todos esses obstáculos e consiga oferecer ao membro do Ministério Público oportunidades de destaque individual, mediante a busca permanente e pessoal pelo aperfeiçoamento funcional. Isso não traz nenhum perigo para a união dos membros da carreira, pois a força da Instituição repousa justamente no grupo. A criação de oportunidades de destaque pessoal deve ser feita sobre o esforço intelectual, estimulando e premiando a aplicação ao estudo, que é a ferramenta básica do Promotor de Justiça.

O que se pretende é que aquele então candidato ao ingresso na carreira do Ministério Público, que virava noites e gastava seus sábados, domingos e feriados lendo a legislação e os livros de doutrina e jurisprudência, mantenha o hábito depois de aprovado no concurso e empossado no cargo.

Globalização, Intercâmbio Cultural e Primeiro Mundo

Uma das diferenças entre países adiantados e subdesenvolvidos (ou emergentes) é o intenso intercâmbio cultural que as nações do chamado primeiro mundo promovem para aperfeiçoamento dos seus profissionais. Ainda durante a

fase universitária, o estudante precisa cumprir um programa de permanência em outros países, a fim de aprender idiomas e acostumar-se a trocar experiências.

Não somente as universidades, mas diversas instituições e organizações não-governamentais americanas e européias convidam pessoas de expressão das outras nações para relatarem suas experiências. Recebem convites os políticos, autoridades, lideranças sindicais, intelectuais, artistas e profissionais de todas as áreas.

Em um mundo globalizante e competitivo como o que vivemos, a prática do intercâmbio cultural constitui sem dúvida um meio poderoso para o encontro de soluções para as crises, ou para impedir o agravamento dos problemas. As Grandes Nações agem em bloco, por isso estão vários passos à frente dos países emergentes. Não é que não possuam problemas semelhantes, e às vezes idênticos aos do terceiro mundo, mas trabalham rápido e intensamente para solucionar o problema, antes que ele ganhe maiores proporções.

Hoje, não há país no mundo que não discuta a eficácia das leis, da Justiça e do processo. Não é somente no Brasil que isso acontece. Itália e Bélgica, por exemplo, em debates quase que diários analisam a possibilidade de se empreender reformas da polícia e do Poder Judiciário, e exprimem a constatação da ineficiência do processo judicial. A França atemoriza-se com o agravamento da delinqüência juvenil, e toda Europa assiste ao incremento de abusos sexuais contra crianças, crime organizado, corrupção nas altas esferas do poder, etc.

A leitura de periódicos franceses e italianos pode dar ao leitor brasileiro a sensação de que muitas notícias ali veiculadas tratam de fatos ocorridos em seu país, tal a identidade dos conflitos que se sucedem aqui e no estrangeiro.

Dessa forma, é o intercâmbio cultural um instrumento indispensável para que a nação e suas instituições participem da reflexão coletiva internacional acerca da conjuntura dos povos, e assegurem uma posição de prestígio mundial.

As Escolas Superiores do Ministério Público e o Aperfeiçoamento Funcional

Do que ficou acima dito, tem o legislador brasileiro plena consciência, tanto que fez questão de deixar assentado na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público a obrigatoriedade da criação do *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional* como um dos órgãos auxiliares da Instituição.

De fato, a Lei n° 8625/93, em seus artigos 8°, inciso III e 35 prevêem que o *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional*, como órgão auxiliar do Ministério Público, "destina-se a realizar cursos, seminários, congressos, simpósios, pesquisas, atividades, estudos e publicações visando ao aprimoramento profissional e cultural dos membros da instituição".

A Lei Complementar n° 75/93, que dispõe sobre o estatuto do Ministério Público da União, também não descurou do tema, estabelecendo, no artigo 283, que "Será criada por lei a Escola Superior do Ministério Público da União, como órgão auxiliar da Instituição".

Vê-se, portanto, a inquietação tanto do legislador complementar, quanto do legislador ordinário, permanentemente preocupados com o aprimoramento intelectual dos membros do *Parquet*.

Isto porque, considerando as atribuições conferidas ao Ministério Público, quis o legislador que os seus membros constituíssem um *Grupo de Elite* de defesa da sociedade. A mesma coisa fora feita com o Poder Judiciário, prevendo a Constituição a existência de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e *promoção* (especialmente a promoção por merecimento) na carreira - artigo 93, incisos II, alínea 'c' e IV.

Patenteia-se a certeza do legislador constituinte e do legislador infraconstitucional de que o estudo ininterrupto na

vida de um Promotor de Justiça é a única garantia que se pode ter de que esse agente do Estado estará realmente em condições para o desempenho satisfatório da missão que lhe foi destinada.

Ciente, outrossim, de toda a problemática que envolve as promoções por merecimento na carreira pública, o legislador elegeu também o estudo e a aplicação no eterno aprendizado como requisito obrigatório não somente para o ingresso, mas para a *promoção* na carreira da Magistratura, conforme verificado a partir da menção ao artigo 93, incisos II, alínea 'a' e IV da Constituição da República. Tal preceito, embora insculpido apenas nas normas programáticas do Poder Judiciário, deve ser estendido ao Ministério Público, dada a afinidade dos princípios que informam ambas as instituições.

Dessa maneira, o papel primordial dos órgãos culturais auxiliares do Ministério Público, organizados sob a forma de Escolas Superiores, Fundações, Centros de Estudos, ou outro nome que o valha, deve ser estimular a atividade de pesquisa dos membros do *Parquet*, cumprindo à risca o disposto no artigo 35 da Lei n° 8625/93, com o oferecimento de cursos, seminários, simpósios, congressos, pós-graduações etc.

Contudo, é preciso que a Instituição não se feche em si mesma, por isso as Escolas Superiores deverão manter convênios com universidades (do país e estrangeiras), além de outros organismos de pesquisa e ensino. Para esses estabelecimentos serão enviados os Promotores de Justiça mais aplicados, selecionados internamente, nas próprias Escolas Superiores do Ministério Público, mediante a participação em concursos internos, apresentação de teses e etc.

Os membros do *Parquet* que forem selecionados, farão jus a uma ajuda de custo para suas despesas, se tiverem de freqüentar estabelecimentos culturais sediados em região diferente do seu domicílio, e ficarão licenciados, sem perda de vencimentos, durante o tempo em que estiverem se dedicando ao curso.

Para que a Instituição assegure o retorno de tudo aquilo que despendeu e investiu naqueles que selecionou e patrocinou, deverão eles assumir diversos compromissos, como o de permanecer na carreira durante certo período, sob pena de ter de indenizá-la, ministrar cursos e seminários, além de apresentar substancioso relatório da matéria estudada, de modo a possibilitar o acesso da totalidade dos membros do *Parquet* que tenham interesse. Outra possibilidade é também obrigar o Promotor de Justiça subsidiado pela Instituição a escrever um livro sobre o assunto pesquisado e doar os direitos autorais para a Escola Superior (pelo prazo permitido em lei), a fim de que ela possa reinvesti-los em novos projetos de pesquisa.

Conclusão

Isto posto, concluímos que:

- A criação das *Escolas Superiores* ou *Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional* do Ministério Público, como órgãos auxiliares da Instituição previstos em lei, refletem a preocupação do legislador com a necessidade de permanente aprimoramento intelectual dos membros do *Parquet*;
- O estudo ininterrupto na vida de um Promotor de Justiça é a única garantia de que estará ele realmente em condições para o desempenho satisfatório da missão que lhe foi destinada;
- Para que a Instituição não se feche em si mesma, além organizar seminários, simpósios, cursos de pós-graduação e etc., deverão as *Escolas Superiores do Ministério Público* selecionar internamente seus membros para participarem de cursos e eventos culturais em outros organismos, nacionais e estrangeiros;
- A seleção será realizada mediante concurso, com a apresentação de teses, dentre outros requisitos, e aqueles

que forem selecionados receberão ajuda de custo quando tiverem de freqüentar cursos em região diversa de seus domicílios, ficando licenciados do órgão de execução, sem prejuízo dos seus vencimentos;

- Como forma de garantir o retorno daquilo que foi investido no Promotor de Justiça selecionado, deverá ele assumir diversos compromissos, dentre os quais o de permanecer na carreira durante determinado período, ministrar cursos e seminários aos demais membros do *Parquet*, apresentar substancioso relatório ou escrever um livro acerca do tema estudado, doando os direitos autorais (no prazo máximo legal) à *Escola Superior do Ministério Público*, a fim de que ela possa reinvesti-los em novos projetos de pesquisa.

Tesista: ANCO MÁRCIO VALLE, Promotor de Justiça de 1ª Categoria do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Comercial da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS SUPERIORES PARA O APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL A ESCOLA SUPERIOR COMO ESPAÇO PLURAL

Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles[1]

" Pensar e realizar o novo Ministério Público não é tarefa que se desenvolve apenas nos gabinetes das Promotorias e Procuradorias de Justiça, mas sobretudo nas escolas institucionais, coadjuvantes necessárias, hoje, de uma Instituição que busca resultados sociais rápidos e eficazes. Futuro e presente se confundem na atuação concreta e produtiva de todos os segmentos institucionais e na sua permanente reciclagem. Essa é a ótica pela qual enxergamos as escolas do Ministério Público: menos programáticas e mais pragmáticas; menos planejadoras e mais cúmplices da atuação institucional; menos tímidas e mais sintonizadas com o dia-a-dia; menos fechadas e mais próximas dos demais operadores do Direito e da Comunidade"[2] .

I) INTRODUÇÃO

Desde o final de 1994, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de São Paulo - Escola Superior do Ministério Público vem implementando um novo modelo de atuação, através da efetivação de significativas modificações no Curso de Adaptação

para Promotores de Justiça Substitutos, da criação de Cursos de Especialização reconhecidos oficialmente, da realização constante de eventos especiais e temáticos e pela implantação de Núcleos Regionais em diversas localidades do Estado.

No que se refere ao Curso de Adaptação para Promotores de Justiça Substitutos, quando da redefinição de sua sistemática e conteúdo, foram levadas em conta bases pedagógicas e suas finalidades precípuas, quais sejam, auxiliar os Promotores de Justiça Substitutos no início do exercício de funções de extrema complexidade e responsabilidade, bem como otimizar sua atuação.

A definição dos contornos do Curso decorreu de análise crítica daquele modelo que vinha sendo tradicionalmente seguido em São Paulo e de sugestões apresentadas pelos próprios Promotores de Justiça Substitutos, no sentido de implementar as atividades práticas e também abordar todas as áreas de atuação do Promotor de Justiça.

Assim, desde logo modificados foram dois aspectos: o tipo de atividade ou de aulas a serem ministradas e o conteúdo programático do Curso.

Partindo daí, após longos estudos com profissionais da área de Pedagogia, de Organização e Métodos e com integrantes mais antigos da carreira, chegou-se à sistemática atual do Curso de Adaptação para Promotores de Justiça Substitutos, que será exposta no desenrolar do presente trabalho.

A este passo, basta esclarecer que o Curso de Adaptação atual mescla atividades teóricas e práticas, é dividido em segmentos relativos às principais áreas de concentração das atribuições do Promotor de Justiça, se estende por um período mais longo e, principalmente, também se preocupa com o Promotor de Justiça Substituto como indivíduo titular de direitos e deveres.

No tocante aos Cursos de Especialização, a Escola Superior de São Paulo, hoje, possui dois em andamento: o 2°

Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos e o Curso de Especialização em Direito Penal.

Sobre eles é mister destacar a significativa aceitação entre os membros do Ministério Público e sua relevância para o aperfeiçoamento funcional dos mesmos, já que propicia debate profícuo sobre os mais variados temas, discute conceitos antigos e sedimentados e enriquece o conhecimento como um todo, trazendo nova energia 'a atuação profissional daqueles que o freqüentam.

Os eventos especiais fazem parte da rotina de atividades desenvolvidas pela Escola Superior paulista e seu calendário é definido pelo surgimento das necessidades ou pela percepção de que determinado assunto de interesse do Ministério Público deve ser revisto ou sofrer atualização. Muitas vezes são os próprios Procuradores e Promotores de Justiça que procuram a Escola Superior e sugerem temas, mantendo-se assim um intenso cronograma anual.

Finalmente, há que se falar dos Núcleos Regionais do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Escola Superior do Ministério Público, que refletem o atendimento a legítima reivindicação daqueles Promotores de Justiça que não podiam comparecer com a constância desejada, aos eventos especiais que vinham sendo realizados, pois atuavam em locais distantes de São Paulo.

Através destes Núcleos Regionais, cujo nascimento decorre de simples assinatura de protocolo de cooperação entre a Escola Superior e os Promotores de determinada região do Estado, vários eventos já se realizaram nas mais diferentes localidades, com resultados excelentes e com motivação cada vez maior dos participantes.

Estas são algumas iniciativas no sentido de se definir uma Escola Superior do Ministério Público moderna e atuante, que busca sempre evoluir e jamais perder de vista os seus principais destinatários: todos os membros do Ministério Público.

II) CURSO DE ADAPTAÇÃO PARA PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

O Curso de Adaptação realizado pela Escola Superior, após muitos estudos, desenvolveu sistemática própria, conforme expõe-se a seguir.

Primeiramente, é importante salientar a questão da divisão do Curso de Adaptação em quatro módulos, que são desenvolvidos durante o primeiro ano de efetivo exercício dos membros do Ministério Público, independentemente de eventual promoção dos mesmos.

Estes módulos são temáticos, ou seja, três deles versam sobre áreas fundamentais de atuação e o quarto é destinado a uma atualização geral.

Definiram-se áreas fundamentais de atuação como sendo aquelas onde atua, precípua e fundamentalmente, o Ministério Público através de seus agentes.

Os três módulos versam, respectivamente, sobre matéria criminal, matéria cível e sobre interesses difusos e coletivos. O quarto trata de assuntos variados, tanto os sugeridos pelos próprios Promotores de Justiça Substitutos, como aqueles decorrentes das constantes inovações legislativas.

Tradicionalmente, o Ministério Público tem, na esfera criminal, sua principal área de atuação e é como órgão acusador e persecutor que a sociedade mais o conhece e identifica, apesar de toda a ampliação de atribuições decorrentes da Constituição Federal de 1988.

Sem dúvida, todas estas conquistas constitucionais são de extrema relevância na definição do novo perfil do Ministério Público brasileiro, mas a atuação na área criminal ainda tem papel de destaque e representa percentual elevado do trabalho diário do Promotor.

Não é pequena a preocupação dos Procuradores e Promotores de Justiça atuantes com os rumos que a

criminalidade está tomando atualmente. Portanto, é hora de partir para uma otimização desta atuação, e nada mais lógico que se divulgue e incentive tal posicionamento para aqueles que acabam de ingressar na carreira.

Assim, a solução adotada pela Escola Superior de São Paulo é a da realizar um primeiro módulo essencialmente criminal, com atividades práticas e teóricas e, por força da já mencionada importância do tema, substancialmente mais longo que os demais.

Mas, somente estabelecer qual é a área de concentração das atividades deste módulo não é suficiente para alcançar os resultados desejados, pois, além disso, tem-se que atender a uma outra premissa, que é a de priorizar as atividades práticas durante o desenrolar do módulo.

Por força das peculiaridades da atuação criminal, adota-se a estratégia de possibilitar que os Promotores de Justiça Substitutos se manifestem em inquéritos policiais e processos criminais verdadeiros, mediante designação específica da Procuradoria Geral de Justiça.

É sabida a dificuldade que esta atuação prática verdadeira traz para os Promotores de Justiça Substitutos; mas isto também se traduz como mais um desafio do Curso e da Escola Superior, pois permite que seja por eles aferida a exata noção da responsabilidade e da seriedade de suas funções.

Para operacionalizar esta atividade prática, foi criada a Monitoria, ou seja, membros mais experientes do Ministério Público, que atuam predominantemente na área criminal, são convidados a monitorar aqueles colegas que acabaram de ingressar na carreira, orientando-os na análise dos inquéritos policiais e processos, bem como na elaboração das manifestações cabíveis.

Desta forma, consegue-se que o Promotor de Justiça Substituto vá aprimorando cada vez mais suas manifestações, vá ganhando confiança e segurança para decidir qual a melhor

solução a adotar diante de um caso concreto e, ao mesmo tempo, sinta-se amparado nos primeiros passos, pois conta com a ajuda e orientação daquele que o está monitorando.

É mister, entretanto, que se saliente que este Módulo não se resume às atividades práticas.

Dentro de seu conteúdo programático, existem espaços para que se apresente aos novos Promotores de Justiça o Ministério Público como Instituição, seus Órgãos de Administração Superior, seu sistema administrativo e de recursos humanos.

Além disso, obedecendo sempre a preceitos pedagógicos, são ministradas várias palestras, de cunho eminentemente penal e processual penal, sobre temas atuais, polêmicos e também sobre questões que acabem auxiliando a todos durante as atividades práticas.

Findo o primeiro módulo, os Promotores iniciam sua efetiva atividade profissional e, após alguns meses, retornam para o segundo módulo, destinado à abordagem de temas do Direito Civil e Processual Civil.

Aqui há de se ressaltar a importância da atual discussão sobre os rumos que a atuação cível do Ministério Público irá seguir e seus reflexos na própria área; tema a ser necessariamente discutido durante este módulo.

A sistemática é a mesma do módulo anterior, ou seja, há uma preferência pelas atividades práticas, mantém-se a monitoria, e ministram-se palestras atinentes a essa esfera de atuação e às inovações legislativas.

A principal característica deste módulo é que a monitoria é dividida por assunto, de modo que cada monitor fica encarregado de orientar a atividade prática de um dos segmentos da atuação cível, e os Promotores vão passando por todas as áreas e mantendo contato com todos os monitores.

Também é importante destacar que, neste módulo,

pelo fato dos Promotores de Justiça já terem atuado efetivamente, o questionamento é muito mais profundo e direcionado, propiciando atividades práticas de grande utilidade e objetividade.

Prosseguindo no calendário do Curso de Adaptação, a Escola Superior realiza o terceiro módulo, destinado aos interesses difusos e coletivos.

É inconteste que, após a Constituição Federal de 1988, houve um crescimento acentuado de atribuições do Ministério Público nesta área, e não é menor o grau de interesse que o tema desperta junto aos novos Promotores de Justiça.

Desde os primeiros contatos, no início do Curso, é fácil perceber a preocupação com o assunto, e a consciência de sua complexidade.

Durante o terceiro módulo, são convidados para monitoria e para proferir palestras, membros do Ministério Público que atuam junto aos Centros de Apoio Operacionais ligados à área e às Promotorias de Justiça especializadas, de modo a se conseguir transmitir o maior e melhor conteúdo teórico possível, bem como, viabilizar a atuação prática em procedimentos, inquéritos civis e ações civis públicas.

Nesta fase do Curso de Adaptação, é facultado ao Promotor que irá freqüentá-lo, trazer para análise e discussão com os demais colegas, casos concretos em trâmite na Promotoria onde se encontra designado, recebendo um atendimento dos monitores praticamente individualizado, já que inúmeras são as dúvidas e complexos são os aspectos a serem considerados.

Toda a infra-estrutura que o Ministério Público de São Paulo possui nesta área é apresentada aos Promotores de Justiça, de modo que todos saibam onde recorrer quando necessitarem de alguma providência ou informação útil ao encaminhamento e solução de problemas surgidos durante o exercício funcional.

Finalmente, chega-se ao último módulo, já decorrido um ano de atividade profissional, muitos deles já titulares de cargo.

Para definir o conteúdo programático deste módulo, a Escola Superior promove uma consulta prévia com Promotores Substitutos, que indicam temas que gostariam de ver tratados pela primeira vez, ou que gostariam de abordar numa segunda oportunidade. Além disso, é feita uma pesquisa legislativa que tem por objetivo levantar todas as inovações de interesse institucional ocorridas neste período, as quais serão devidamente tratadas e discutidas com profundidade.

Em geral, realiza-se alguma atividade prática com monitoria, a depender das sugestões feitas, bem como palestras e painéis específicos, mantendo-se assim, a filosofia inicial do Curso.

Colocados estes aspectos objetivos de elaboração do Curso de Adaptação para Promotores de Justiça Substitutos em São Paulo, é preciso que sejam colocados os resultados práticos obtidos com sua realização.

Como já foi dito, o Curso visa, basicamente, facilitar o início do exercício funcional e otimizar a atuação dos Promotores de Justiça que ingressam na carreira.

E, de fato, pode-se dizer com segurança, que estes objetivos vêm sendo alcançados pela Escola Superior paulista, e a cada Curso, mudanças e adaptações vão se operando, conforme se façam necessárias, sempre na busca de seu aperfeiçoamento.

O que se pode perceber, desde logo, é que os Promotores de Justiça Substitutos se sentem realmente recebidos pela Instituição onde ingressaram, e acabam aumentando o respeito e admiração por aqueles que dela já fazem parte.

A qualidade do trabalho destes Promotores melhora sensivelmente com o Curso de Adaptação, pois há o efetivo

empenho de todos em sanar as dúvidas que possam existir, através da monitoria e das exposições.

É visível a mudança de postura dos Promotores ao final de cada módulo, quando acabam revelando um maior amadurecimento e a preocupação em atuar com presteza, correção e responsabilidade.

Assim, o perfil profissional deste novo membro do Ministério Público vai se aperfeiçoando sempre, em busca de uma maior qualidade de seu trabalho, o que certamente faz com que nossa atuação seja cada vez mais respeitada pela sociedade, sua destinatária final.

Para este crescimento constante, tem papel fundamental a figura do monitor, seja ele da esfera criminal, da cível ou da área dos interesses difusos.

Sob todos os aspectos esta iniciativa tem se revelado positiva, pois nota-se, invariavelmente, que surge um estreito vínculo entre a Escola, os "monitores" e os "monitorados", onde o respeito, a amizade e o companheirismo vão crescendo a cada dia, o que faz muito bem a todos os envolvidos.

Mesmo após encerrados os módulos, os Promotores continuam mantendo contato com seus monitores, tirando dúvidas, trocando idéias, buscando conselhos.

Este é, sem dúvida, um dos aspectos decisivos quando se trata do Promotor de Justiça como indivíduo, parte integrante de um contexto social e que nele interfere diretamente.

Mesmo sem constar expressamente do conteúdo do Curso, em várias oportunidades são colocadas questões próprias das relações humanas, atinentes à necessidade de se tratar a todos com urbanidade e humanidade, à necessidade de se usar do bom senso e da cautela durante a atuação profissional, e principalmente, à necessidade de se entender que o cidadão é o titular dos direitos que lhes cabe defender.

Com este aparato oferecido pela Escola Superior e

com todo o apoio que recebe, com certeza o Promotor que passa pelo Curso de Adaptação otimiza sua atuação e eleva a qualidade de seu trabalho, seja nas manifestações processuais, seja na defesa intransigente do cidadão .

III) CURSOS DE ESPECIALIZAÇÃO

Além de auxiliar aos Promotores de Justiça Substitutos, ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Escola Superior cabe a relevante tarefa de promover o aprimoramento de seus demais agentes do Ministério Público, bem como o intercâmbio com outros operadores do Direito.

Em face disto criou-se, com autorização do Conselho Estadual de Educação de São Paulo, um Curso de Especialização, destinado a Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça, Procuradores da República, Procuradores do Estado, Advogados e Delegados, visando promover um intercâmbio entre os mais variados estudiosos do Direito e o aprimoramento dos membros do Ministério Público.

Em outros Estados já há experiência neste sentido, mas o proposta de São Paulo se diferencia porque apresenta um Curso de Especialização com programa autônomo, desvinculado de qualquer Faculdade ou Universidade, experiência pioneira que permitiu ao Centro de Estudos ser chamado de Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

O primeiro Curso de Especialização, proposto pela Escola Superior e autorizado pelo Conselho Estadual de Educação, foi de Interesses Difusos e Coletivos, tema que, por sua atualidade e relevância no Direito Moderno, atraiu, e continua atraindo, um número significativo de interessados.

Este Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos teve início em março de 1997, estendeu-se até dezembro desse mesmo ano, e alcançou tanto sucesso que,

atualmente já está em andamento sua segunda versão.

Como conquista para 1998, obteve-se a autorização daquele mesmo organismo oficial para realizar Curso de Especialização em Direito Penal, no qual foi mantida a mesma autonomia, evidenciando assim, o acerto desta iniciativa.

Quando se fala em programa autônomo quer-se dizer que, dentro de diretrizes básicas do Conselho Estadual de Educação, o conteúdo programático e pedagógico do Curso de Especialização é fixado livremente pela Escola Superior, o que possibilita a inclusão de assuntos relevantes para atuação institucional nestas áreas, que tanto vêm crescendo e ganhando importância dentro do contexto jurídico nacional.

Além desta autonomia curricular, a Escola Superior também pode escolher livremente o corpo docente do Curso de Especialização, respeitando apenas as exigências de titulação feitas pelo referido Conselho.

Com isso, é possível diversificar o perfil dos professores que ministrarão aulas no Curso, abrindo-se a oportunidade para que defensores das mais diversas teses e tendências venham expor suas idéias, propiciando um debate profícuo e absolutamente necessário dentro de um Direito em constante mutação.

Abre-se, com este efetivo intercâmbio, a possibilidade de ampliar os quadros de colaboradores da Escola, o que, em última análise, enriquece o teor das palestras e seminários realizados.

Para incentivar os alunos, após concluído o Curso e apresentados os trabalhos para avaliação, o "certificado de especialista" lhes é conferido e um livro é publicado e distribuído para os mais diversos segmentos, reunindo aqueles trabalhos que apresentaram o melhor conteúdo.

Como a freqüência e conclusão do Curso com aproveitamento conferem ao aluno o título de especialista já referido, é de extrema importância a sua realização para aqueles

que desejam enveredar pelos caminhos do magistério superior.

Merece ser destacada ainda, a questão da efetiva atualização profissional que o Curso possibilita àqueles que o freqüentam, perceptível objetivamente pelo significativo número de inscritos que são membros do Ministério Público e, subjetivamente, pelo interesse e satisfação que todos revelam durante o período de aulas.

Por fim, cabe salientar que outra importante conquista deste Curso de Especialização é a receita que propicia , pois sendo pago, confere 'a Escola Superior uma relativa autonomia financeira.

Desta feita, há que se defender a criação destes Cursos de Especialização autônomos e reconhecidos oficialmente em todo o Brasil, pois mais do que uma iniciativa pioneira, é um instrumento eficiente de garantia do aprimoramento e crescimento profissional dos integrantes do Ministério Público.

IV) EVENTOS ESPECIAIS

Dentro do panorama jurídico atual, é indiscutível concluir que o momento é de proliferação de leis sobre os mais variados temas e dos mais variados contornos.

Passando ao largo da discussão sobre a qualidade e conveniência destas, a posição mais útil é aquela em que se procura discutir e analisar as novas leis, de modo a garantir a aplicação e eficácia das mesmas.

Com este objetivo, a Escola Superior realiza eventos destinados a todos os interessados, sempre que as modificações legislativas assim o exigem e fornece certificado que comprova a atualização no tema.

Estes eventos podem ter as formas mais variadas (seminários, cursos, ciclo de estudos, painel de especialistas) e terão sempre como pressuposto a necessidade de se promover

uma discussão global sobre o tema, de forma a auxiliar a atuação dos membros do Ministério Público frente a esta nova lei.

Invariavelmente, a cada evento, surgem novas idéias e são firmados alguns posicionamentos de extrema relevância institucional, o que, conseqüentemente, resulta no aprimoramento funcional.

A partir destes eventos e com a efetiva defesa daquelas conclusões obtidas, chega-se a influenciar, inclusive, as decisões dos tribunais superiores, sendo de inegável importância esta conquista.

Exemplo claro disto é o que se deu em relação 'a Lei 9.099/95, no que diz respeito à iniciativa exclusiva do Ministério Público de propor a transação e a suspensão condicional do processo.

Mesmo antes da referida lei entrar em vigor, promoveu-se debate de dimensão estadual, realizando a Escola vários eventos na Capital e em todo o interior do Estado, nos quais o comparecimento de Procuradores e Promotores de Justiça era maciço e significativo.

Nestes encontros, desde logo surgiu a conclusão acima referida, a qual foi sendo constantemente ratificada e reforçada pelo Ministério Público, através da atuação firme e uniforme de seus agentes neste sentido.

Sem dúvida, isto influenciou a decisão recente do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de *habeas-corpus* (HC nº 75343-4) que, após sustentação oral do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, pacificou a questão nos termos defendidos pelo Ministério Público desde o início da discussão da Lei 9.099/95.

Portanto, torna-se evidente que tais eventos apresentam, no mínimo, dois significativos resultados, quais sejam, o estudo conclusivo sobre as novas leis e a fixação de posturas institucionais coesas quando da aplicação das mesmas.

Além da promoção de cursos visando a discussão e interpretação das novas leis, há também uma preocupação da Escola Superior em realizar eventos onde sejam tratados temas variados e atuais, promovendo inclusive o intercâmbio com outros países, através do convite a renomados juristas internacionais para proferirem palestras e apresentarem o pensamento de seus respectivos países, sobre os mais variados temas .

Com isso, a visão daquele que participa destes eventos é ampliada e lhe possibilita uma reflexão mais profunda sobre os rumos do Direito na atualidade, não só em termos nacionais, como também no exterior.

Através destas abordagens diversificadas, a Escola Superior provoca uma incontestável motivação nos Procuradores e Promotores de Justiça, promove sua constante atualização e alcança, como conseqüência direta desta iniciativa, um aperfeiçoamento cada vez maior dos mesmos.

V) NÚCLEOS REGIONAIS

Atualmente, nos mais diversos segmentos de atividade, vem crescendo a idéia de que a descentralização é um fator extremamente relevante do aperfeiçoamento e otimização dos trabalhos.

Além disso, não é recente a reivindicação dos Promotores de Justiça que exercem suas funções em locais distantes, no sentido de que se lhes viabilize a participação nos diversos eventos promovidos pela Escola Superior.

Visando atender a esta procedente solicitação, e ainda, com o objetivo de promover um maior contato entre os colegas de uma mesma região, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional criou em São Paulo, os Núcleos Regionais, que representam um desdobramento da Escola Superior.

De acordo com sua filosofia de implantação, estes

eventos realizados pela Escola Superior, pontuando-se-os de acordo com sua categoria e carga horária.

1 Promotora de Justiça em São Paulo e Assessora da Diretoria da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

2 Marino Pazzaglini Filho, discurso de posse na Direção do Colégio de Diretores das Escolas Superiores e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministério Públicos dos Estados e Distrito Federal, em 22 de janeiro de 1998.

Além da promoção de cursos visando a discussão e interpretação das novas leis, há também uma preocupação da Escola Superior em realizar eventos onde sejam tratados temas variados e atuais, promovendo inclusive o intercâmbio com outros países, através do convite a renomados juristas internacionais para proferirem palestras e apresentarem o pensamento de seus respectivos países, sobre os mais variados temas .

Com isso, a visão daquele que participa destes eventos é ampliada e lhe possibilita uma reflexão mais profunda sobre os rumos do Direito na atualidade, não só em termos nacionais, como também no exterior.

Através destas abordagens diversificadas, a Escola Superior provoca uma incontestável motivação nos Procuradores e Promotores de Justiça, promove sua constante atualização e alcança, como conseqüência direta desta iniciativa, um aperfeiçoamento cada vez maior dos mesmos.

V) NÚCLEOS REGIONAIS

Atualmente, nos mais diversos segmentos de atividade, vem crescendo a idéia de que a descentralização é um fator extremamente relevante do aperfeiçoamento e otimização dos trabalhos.

Além disso, não é recente a reivindicação dos Promotores de Justiça que exercem suas funções em locais distantes, no sentido de que se lhes viabilize a participação nos diversos eventos promovidos pela Escola Superior.

Visando atender a esta procedente solicitação, e ainda, com o objetivo de promover um maior contato entre os colegas de uma mesma região, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional criou em São Paulo, os Núcleos Regionais, que representam um desdobramento da Escola Superior.

De acordo com sua filosofia de implantação, estes

Núcleos devem surgir por iniciativa dos Promotores de determinada região , interessados em ali realizar cursos e eventos com constância e regularidade, valendo-se para tanto, de todo o apoio logístico que a Escola Superior pode oferecer.

Assim, todos são consultados sobre a conveniência ou não de firmarem um protocolo de cooperação com a Escola, para a promoção conjunta daqueles cursos e eventos acima mencionados, dependendo sua efetiva instalação do resultado positivo desta consulta.

Algumas peculiaridades tornam estes Núcleos Regionais bastante interessantes e diferenciados, quais sejam, a figura de um coordenador local que o represente perante o Centro de Estudos - Escola Superior e o compromisso firmado pelos seus signatários de que, em todos os eventos haverá a participação de um membro do Ministério Público da região como expositor ou debatedor.

É indiscutível que esta efetiva representação local estimula os Promotores de Justiça e os engaja cada vez mais na busca de uma otimização da atuação funcional, sendo muitas as idéias absolutamente inovadoras e relevantes nascidas nestes encontros.

Estabelece, ainda, este protocolo de cooperação, que os temas dos cursos e eventos, bem como os palestrantes convidados, são definidos pelo próprio Núcleo Regional, cabendo 'a Escola Superior viabilizar o atendimento do proposto e o encaminhamento posterior dos respectivos certificados de participação.

Inúmeras vezes, outros operadores do Direito e até de profissionais de outras áreas participam destes eventos, seja como expositores, seja como ouvintes, o que acaba por propiciar uma aproximação cada vez maior do Promotor de Justiça com a coletividade onde exerce suas funções.

Com estes Núcleos, atende-se a uma antiga reivindicação dos Promotores de Justiça, consegue-se contribuir

para sua atualização, estimula-se sua participação e ainda, promove-se uma sadia integração com a sociedade.

VI) CONCLUSÕES

1) O Curso de Adaptação para Promotores de Justiça Substitutos é fundamental para se alcançar uma significativa melhora na qualidade de seus trabalhos, para conferir-lhes maior segurança durante o efetivo exercício funcional e para despertar nos mesmos a exata noção da responsabilidade que possuem perante a sociedade.
2) A criação de Cursos de Especialização deve pressupor a livre fixação de seu conteúdo programático pela Escola Superior, o seu reconhecimento pelo organismo oficial competente e ter, como principal objetivo, o aprimoramento funcional dos membros do Ministério Público.
3) Os eventos especiais devem ser promovidos pela Escola Superior sempre que as inovações legislativas assim o exigirem, e destes devem ser extraídas conclusões a serem adotadas pela Instituição como um todo, a fim de conferir-lhes força perante os Tribunais Superiores e dos Estados.
4) Através dos eventos especiais, a Escola Superior deve procurar promover o intercâmbio com operadores do Direito de outros países, para com isso propiciar a constante atualização dos membros do Ministério Público em relação ao pensamento jurídico internacional.
5) A Escola Superior deve descentralizar suas atividades, criando mecanismos de integração e participação para os Promotores de Justiça que atuam em Promotorias distantes.
6) A Escola Superior deve ser um espaço plural, criando oportunidade para que todos os membros do Ministério Público possam dela participar, buscando a atualização sempre necessária ao aprimoramento funcional.
7) Devem ser reconhecidos como título nos concursos de ingresso na carreira, os certificados referentes aos cursos e

eventos realizados pela Escola Superior, pontuando-se-os de acordo com sua categoria e carga horária.

1 Promotora de Justiça em São Paulo e Assessora da Diretoria da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

2 Marino Pazzaglini Filho, discurso de posse na Direção do Colégio de Diretores das Escolas Superiores e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministério Públicos dos Estados e Distrito Federal, em 22 de janeiro de 1998.

EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA: UMA ALTERNATIVA PARA OS CENTROS DE APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Roberto Benjamin*

Os centros de estudos e aperfeiçoamento funcional do Ministério Público, previstos no artigo 35 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), quer implantados como órgãos da administração direta, quer funcionando sob a modalidade de fundações privadas, enfrentam sérias dificuldades para atingir seus objetivos.

Embora alguns deles venham se dedicando a uma demanda externa através do oferecimento de cursos ao nível de especialização, ou simplesmente preparando bacharéis para o concurso de ingresso na carreira, na verdade, o público preferencial a ser atendido é constituído pelos atuais membros da Instituição, isto é, promotores e procuradores e, secundariamente, outros servidores. Tal público - em razão da natureza da função - encontra-se disperso no espaço e diluído no tempo.

Essa situação coloca uma dificuldade intransponível para o ensino presencial de duração média e longa: a necessidade da permanência dos possíveis alunos em seus locais de trabalho. Por outro lado, cada ingresso de novos promotores concursados implica na renovação do oferecimento de conteúdos já ministrados em épocas anteriores.

Assim, a educação à distância se apresenta como uma alternativa para viabilização das atividades desses órgãos.

O termo educação à distância é usado para abranger variadas formas de estudos, em todos os níveis, nas quais os estudantes não estejam em contato direto e permanente com

os seus professores. Esta denominação adquiriu aceitação universal quando em 1982 a organização -. filiada à UNESCO - Conselho Internacional para Educação por Correspondência mudou o seu nome para Conselho Internacional para Educação à Distância.

O riginalmente a educação à distância foi praticada através do estudo por correspondência, atividade iniciada ainda no século XVIII. No Brasil, o ensino por correspondência, devido a precariedade das instituições que a ele se dedicaram, tornou-se sinônimo de ensino de baixa qualidade.

Outra modalidade de ensino à distância é a tele-educação.

Desde os primórdios da radiodifusão, educadores vêm utilizando este meio de comunicação para a educação à distância, através de diferentes propostas[1].

Essas experiências foram dirigidas ao ensino básico e ao ensino de primeiro e segundo graus não-regulares, inclusive profissionalizante, ficando a titulação na dependência da realização de exames (chamados então de "exames de suficiência"), aos quais o candidato poderia se apresentar sem nunca haver participado de tais atividades educativas

Mais recentemente, as Universidades brasileiras iniciaram atividades de educação à distância, embora, em face das limitações legais, essas atividades ficaram restritas à área dos cursos de extensão. A nova lei que regulamenta a educação no Brasil veio a flexibilizar as antigas exigências. Todavia, dependem de regulamentação para que se possa abrir novas possibilidades a esta modalidade educativa.

De modo geral, a educação à distância tem sido introduzida como uma resposta a necessidades educacionais que não podem ser facilmente atendidas ou que são mesmo impossíveis de serem atendidas pelas formas tradicionais de educação, de que são exemplos:

⇒ oferecer cursos para que estudantes possam aprender em

comunidades espalhadas por grandes áreas geográficas;

⇒ treinamento de profissionais que se acham trabalhando e não podem ficar afastados de suas sedes por mais de algumas semanas;

⇒ provisão de oportunidades educacionais para aqueles que foram privados da educação regular;

⇒ aceleração de desenvolvimento de recursos humanos;

⇒ dar acesso a experiências novas e a personalidades envolvidas com inovações; atualizar conhecimentos e habilidades;

⇒ realizar um programa que seja satisfatório sob o aspecto custo/benefício.

As diferentes experiências de educação à distância, relativas aos cursos oferecidos, níveis de ensino, tecnologias educacionais incorporadas, apresentam alguns fatores em comum:

a) dão acesso a oportunidades educacionais para pessoas que não podem ir à escola;

b) baseiam-se em teorias educacionais consagradas[2];

c) produzem materiais interessantes e estimulantes para os alunos;

d) levam em consideração as necessidades dos alunos;

e) têm modelos administrativos eficazes;

f) usam comunicação bilateral para apoiar e facilitar a aprendizagem do aluno e avaliar o seu progresso;

g) são mais econômicas do que as formas tradicionais de ensino presencial;

h) não têm limite de número de alunos que podem aprender simultaneamente de um só professor.

comunidades espalhadas por grandes áreas geográficas;
⇒ treinamento de profissionais que se acham trabalhando e não podem ficar afastados de suas sedes por mais de algumas semanas;
⇒ provisão de oportunidades educacionais para aqueles que foram privados da educação regular;
⇒ aceleração de desenvolvimento de recursos humanos;
⇒ dar acesso a experiências novas e a personalidades envolvidas com inovações; atualizar conhecimentos e habilidades;
⇒ realizar um programa que seja satisfatório sob o aspecto custo/benefício.

As diferentes experiências de educação à distância, relativas aos cursos oferecidos, níveis de ensino, tecnologias educacionais incorporadas, apresentam alguns fatores em comum:

a) dão acesso a oportunidades educacionais para pessoas que não podem ir à escola;

b) baseiam-se em teorias educacionais consagradas[2];

c) produzem materiais interessantes e estimulantes para os alunos;

d) levam em consideração as necessidades dos alunos;

e) têm modelos administrativos eficazes;

f) usam comunicação bilateral para apoiar e facilitar a aprendizagem do aluno e avaliar o seu progresso;

g) são mais econômicas do que as formas tradicionais de ensino presencial;

h) não têm limite de número de alunos que podem aprender simultaneamente de um só professor.

Projeto de Pernambuco

A Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco iniciou a implantaçào do projeto de Um sistema de educação à distância com a realização do primeiro curso para elaboração de materiais para educação à distância, utilizando como material pedagógico o "Manual de criação e elaboração de materiais para educação à distância", de Wolfram Laaser[3], como o objetivo de recrutar e habilitar autores/instrutores entre os membros do Ministério Público de Pernambuco, para implementação do sistema.

O curso está sendo desenvolvido em doze (12) unidades, através de leituras e tarefas realizadas fora de sala-de-aula e de reuniões periódicas de encaminhamento e avaliação. Durante o curso, cada participante deverá elaborar um projeto de curso à distância referente à temática do seu interesse no âmbito de atuação do Ministério Público.

O sistema contará com infra-estrutura administrativa e com serviço de acompanhamento, aconselhamento e avaliação. Pretende se estabelecer orientação e aconselhamento à distância, com a utilizacão das tecnologias disponíveis, tais como correspondência, telefonia/fax, as quais não excluem etapas presenciais de trabalho coletivo e atendimento individual.

A ESMP-PE não tem, porém, a pretensão de ser auto-suficiente e de restringir os materiais elaborados para uso exclusivo. Assim, propõe-se o estabelecimento de uma rede das diversas escolas e centros para uma ampla colaboração e intercâmbio permanente.

*Promotor de Justiça. Diretor da Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco.

1 A radiodifusão foi introduzida no Brasil em 1922, com fins educativos e culturais. Em 1941, a Rádio Nacional iniciou a programação Universidade no Ar, dirigida para professores leigos. Em 1947, o SENAC-SP iniciou o programa Universidade do Ar, com cursos de técnica de vendas e introdução à economia, para comerciários. Em

1957, a Igreja Católica iniciou os trabalhos do Movimento de Educação de Base, com finalidade não apenas religiosa, mas de educação geral, evoluindo para atividades de conscientização política. Iniciado em Mossoró, Sobral e Aracaju, o sistema MEB se expandiu, vindo a ser reprimido pelo regime militar. Em 1965 é estruturado o Setor de Rádio e Televisão Educativa, da Diretoria de Ensino Secundário do MEC, em convênio com as secretarias estaduais de educação. A proposta previa a recepção organizada e a produção estadual dos cursos. Seguiram-se experiências isoladas de tele-educação, através das TV's educativas, em Pernambuco (1968), Maranhão, São Paulo e rio Grande do Sul. Em 1970, foi implantado o Projeto Minerva, de produção nacional e veiculação semelhante ao noticiário "A Voz do Brasil", com a unificação dos horários de emissão. Depois foi veiculado o Projeto Saci (1972), previsto para utilização de satélite, tipo de transmissão que não se concretizou. Finalmente, a Rede Globo assumiu o Tele-Curso de Segundo Grau, em colaboração com a Fundação Padre Anchieta. No atual Governo, o Ministério da Educação desenvolve programação de subsídios a professores, transmitida via satélite e captada nas escolas do interior por antenas parabólicas.

2 Entre outras, o controle do comportamento de Skinner, o modelo de Rothkopf para instrução por escrito, a teoria do desenvolvimento de Ausubel, o modelo de facilitação de Carl Rogers.

3 LAASER, Wolfran (org). **Manual de criação e elaboração de materiais para educação à distância**. Brasília: EDUNB, 1997. 189 p. il.

Associação Cearense do Ministério Público
Biblioteca


000023

Livro de teses: Ministério Público e democracia

347.73; C759l; 1998 - COD.: 000005
t.4 ex.1 Cat.