

---

*A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

**Ministério Público Catarinense**

v. 3, n. 6, maio/ago. 2005

---

# Atuação

---

Revista Jurídica do

## Ministério Público Catarinense

**Conselho Deliberativo e Redacional**

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Andreas Eisele

Guido Feuser

João José Leal

Pedro Roberto Decomain

Rui Carlos Kolb Schiefler

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

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

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mp.sc.gov.br](mailto:revistajuridica@mp.sc.gov.br)

Catálogo na publicação por Clarice Martins Quint (CRB 384)

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/  
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação  
Catarinense do Ministério Público. - v. 3, n. 6, (maio/ago. 2005)  
- Florianópolis : PGJ : ACMP, 2003 -

Quadrimestral

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

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: Lúcia Anilda Miguel

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

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224.4600 e 3224.4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229.9000  
[pgj@mp.sc.gov.br](mailto:pgj@mp.sc.gov.br)  
[www.mp.sc.gov.br](http://www.mp.sc.gov.br)



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Procurador-Geral de Justiça**

Pedro Sérgio Steil

### **Subprocurador-Geral de Justiça**

Narcísio Geraldino Rodrigues

### **Secretário-Geral do Ministério Público**

Sandro José Neis

### **Assessoria do Procurador-Geral de Justiça**

Francisco Bissoli Filho

Durval da Silva Amorim

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

### **Colégio de Procuradores de Justiça**

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Valdir Vieira

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobél Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Francisco de Assis Felipe

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nélson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva – *Secretário*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Conselho Superior do Ministério Público**

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Sandro José Neis – *Secretário*

### **Corregedor-Geral do Ministério Público**

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

#### **Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público**

Marcílio de Novaes Costa

#### **Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público**

Aor Steffens Miranda

Rui Arno Richter

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

### **Coordenadoria de Recursos**

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

#### **Assessoria do Coordenador de Recursos**

Abel Antunes de Mello

### **Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa**

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Gladys Afonso – *Procuradora de Justiça*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador*

João Carlos Teixeira Joaquim – *Coordenador-Adjunto*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente**

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Luciano Trierweiller Naschenweng – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional do Consumidor**

Antenor Chinato Ribeiro – *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações**

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Davi do Espírito Santo – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude**

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Helen Crystine Corrêa Sanches – *Coordenadora*

### **Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária**

Sérgio Antônio Rizelo – *Coordenador-Geral*

Maury Roberto Viviani – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional Criminal**

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antonio Locatelli – *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais**

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade**

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

### **Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional**

José Galvani Alberton – *Diretor*





## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

### **Presidente**

Lio Marcos Marin

### **Vice-Presidente**

Nazareno Furtado Köche

### **1ª Secretária**

Havah Emília P. de Araújo Mainhardt

### **2º Secretário**

Fabiano David Baldissarelli

### **Diretor Financeiro**

Onofre José Carvalho Agostini

### **Diretor de Patrimônio**

Ary Capella Neto

### **Diretor Cultural e de Relações Públicas**

Andrey Cunha Amorim

### **Conselho Fiscal**

#### **Presidente**

César Augusto Grubba

#### **Secretário**

Abel Antunes de Mello

#### **Membros**

Carlos Henrique Fernandes  
Ivens José Thives de Carvalho  
Jorge Orofino da Luz Fontes





## SUMÁRIO

Apresentação ..... 11

### **ASSUNTO ESPECIAL: CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

O Controle Externo da Atividade Policial ..... 13  
*Carlos Alberto de Araújo*

O Controle Externo da Atividade Policial Militar ..... 29  
*Marcello Martinez Hipólito*

O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial ..... 55  
*Paulo Antônio Locatelli*

O Controle Externo da Atividade Policial e a Ordem Estamental ..... 67  
*Raul Schaefer Filho*

Aspectos Controvertidos do Controle Externo da Atividade Policial ..... 71  
*Sandro Ricardo de Souza*

Ata da 5ª reunião da Comissão de Estudos do Controle Externo da Atividade Policial ..... 85  
*Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público de Santa Catarina*

### **DIREITO CIVIL**

Função Social da Propriedade: a Propriedade como Direito e como Dever ..... 93  
*Álvaro Borges de Oliveira e Pedro Roberto Decomain*

## **DIREITO FALIMENTAR**

O Ministério Público na Nova Lei de Falências.....127  
Mario Moraes Marques Júnior

Procedimento Penal na Nova Lei de Falência .....149  
Renato Marcão

## **DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO**

A Classificação Judicial do Lançamento  
Tributário como Condição Objetiva de Punibilidade.....159  
Andreas Eisele

Pena Privativa de Liberdade e  
Omissão no Pagamento de Tributo .....173  
Eraldo Santos

## **DIREITO TRIBUTÁRIO**

Prescrição e Decadência em Direito Tributário .....185  
Ivo Zanoni

## **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Sustentação Oral do Ministério Público nos Tribunais .....201  
Celso Jerônimo de Souza

## **PEÇAS PROCESSUAIS (ASSUNTO ESPECIAL)**

Mandado de Segurança Preventivo contra Ato  
Praticado pelo Diretor-Geral da Polícia Civil .....229  
Ministério Público de Goiás

## APRESENTAÇÃO

Comemoramos a edição do sexto número da Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Aos poucos, e não sem dificuldades, nossa publicação vai ocupando relevante espaço no cenário da discussão jurídica estadual.

Na presente edição, o Conselho Deliberativo e Redacional criou uma seção nova, intitulada “Assunto Especial”, que será reservada a temas de grande interesse atinentes à atuação do Ministério Público. Na estréia da nova seção, optou-se por uma matéria que, dezessete anos passados da promulgação da Constituição da República, mantém-se objeto de acirrado debate em torno de seus exatos limites: o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Neste tópico, além de interessantes artigos contendo diferentes visões sobre o mesmo assunto, deliberou o Conselho pela publicação de ata de reunião da Comissão de Estudos do Controle Externo da Atividade Policial, instituída pela Procuradoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, cujas conclusões traçam importantes diretrizes para a operacionalização da função institucional prevista no art. 129, VII, da Lei Fundamental. E na seção “Peças Processuais” publicou-se mandado de segurança preventivo ajuizado pelo Ministério Público de Goiás contra ato praticado pelo Diretor-Geral da Polícia Civil daquele Estado que limitava a atuação ministerial na atividade de controle externo da atividade policial.

As demais seções foram compostas a partir de artigos jurídicos que abordam questões polêmicas referentes à função social da propriedade, à nova Lei de Falências, ao Direito Penal Tributário e ao Direito Tributário e à sustentação oral do Ministério Público nos Tribunais.

Se por um lado tem-se a confiança de que nossa Revista navega com ventos favoráveis e no rumo certo, por outro tem-se a certeza de que isto decorre sobretudo da alta qualidade dos escritos enviados pelos Colegas e Colaboradores. Resta-nos agradecer-lhes e reiterar o convite para que continuem escrevendo.

Rogério Ponzi Seligman

*Diretor*

## O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Carlos Alberto de Araújo  
*Promotor de Justiça – RS*

Antipático por função (resistido por instinto de defesa), o controle das instituições é uma exigência inafastável da democracia. A recente reforma do Poder Judiciário trazida pela EC nº 45 exemplificou os dissabores da discussão sobre a instituição do controle externo. Temem-se menos as ameaças ao corporativismo e mais as incompreensões dos controladores realmente “externos”. Não é outro o motivo pelo qual há grande resistência à implementação da previsão do artigo 129, inciso VII, da CF, relativa ao exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Apesar da possibilidade de prejuízo à eficácia e à eficiência, uma vez que é exercido por pessoas não conhecedoras em profundidade do dia-a-dia da atividade policial, o controle externo é importante para complementar o controle interno, sendo indispensável que seja implementado em todo o País. Isso porque o controle interno é dependente, quase sempre, de dados e provas que são obtidas pelos próprios policiais, que são colegas de profissão daqueles que são o alvo das eventuais correições. Razão pela qual na maioria dos países a crítica é a mesma, o corporativismo e a falta de transparência de-

mocrática das investigações nesse nível de controle, principalmente se forem denúncias contra policiais.

Entre as formas de controle externo possíveis, faz-se restrição à possibilidade de ser exercido por autoridades políticas ocupantes de cargos executivos, evitando-se a utilização indevida como cerceamento das investigações policiais que possam influir nos interesses delas. Outras formas seriam a instituição de ouvidor-geral ou de conselhos comunitários via iniciativa do Poder Executivo. Destaca-se, no entanto, que dessas, apenas a primeira excluiria o controle externo exercido pelo Ministério Público, como previsto na Constituição Federal, porque atuariam na mesma faixa de atribuições.

O exercício do controle externo sendo atividade nova para o *Parquet* não pode ser implementada sem um estudo profundo de sua natureza para evitar equívocos. Na atual conjuntura dos relacionamentos do Ministério Público com as instituições policiais, em função da pretensão dessas de exclusividade da investigação, a implementação apressada pode levar ao caminho da desmoralização. A serenidade, prudência e a perseverança são predicados indispensáveis à implantação do controle externo.

Os doutrinadores, conforme citação do ilustre Procurador de Justiça, Dr. **LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ**, na Ação Declaratória nº 0010757316, 3ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, discorrem sobre formas de exercício do controle externo, aqui sintetizadas:

Quem apreendeu com rara felicidade o escopo do preceito em questão foi o não menos ilustre **PINTO FERREIRA**, um dos mais conceituados comentadores da nossa Carta Magna, que ao abordar a amplitude dessa nova atribuição do *Parquet* assinalou o seguinte:

**O MP tem a função institucional do exercício do controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar respectiva.**

**A palavra “controle” procede do francês *contrôle*, significando principalmente um ato de vigilância**

e verificação administrativa. Tal controle se concretiza especialmente por atos de SUPERVISÃO, INSPEÇÃO, FISCALIZAÇÃO sobre as atividades de departamentos, órgãos, pessoas, como ainda sobre a própria fiscalização financeira ou orçamentária e afinal sobre a corporação de servidores, aos quais se atribui a competência para zelar pela observância de leis e regulamentos. (in, Comentários à Constituição Brasileira, Editora Saraiva, 1992, v. 5º, página 147).

Mais adiante, este mesmo mestre, ao conceituar a natureza dessa atribuição, foi categórico ao ressaltar que *“o legislador constituinte não buscou estabelecer hierarquia ou disciplina administrativa, pela submissão da autoridade policial aos agentes do MP. Quando o promotor de justiça, em sua área funcional, verificar a existência de faltas disciplinares, como ele tem atribuições de controle externo conferidas expressamente pela Constituição Federal, controle esse que é uma forma de correição sobre a polícia judiciária, deverá dirigir-se aos superiores do servidor policial faltoso (escrivão, carcereiro, investigador, delegado de polícia, etc.), apontando as falhas e as providências cabíveis. (in, opus citatum, p. 147/8)*

Em sendo assim, deve ser afastada, de pronto, qualquer alegação de que o controle externo em questão acarretaria sujeição hierárquica, ou descumprimento do princípio da autonomia e da separação de poderes.

Também merece relevo o parecer da Eminente Procuradora de Justiça Dra. **SOLANGE MARIA PALMA ALVES**, no Agravo de Instrumento nº 70003919180, Tribunal de Justiça RS, 4ª Câmara Cível, apreciando recurso da ação aqui já citada:

*Examinando-se as diversas formas de controle externo instituídas pela Constituição e buscando a primordial*

*finalidade da atuação ministerial, chegamos à conclusão de que, no inc. VII do art. 129, intentou o constituinte de 1988 criar um sistema precípua de fiscalização, um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a opinio delictis do promotor de justiça, fim último do inquérito policial. Assim, conquanto tal matéria dependa da lei complementar já referida, pode-se antever que o controle deva ser exercido, entre outras áreas, sobre: a) as **notitiae criminis** recebidas pela polícia e que nem sempre, na prática, são canalizadas para a instauração de inquéritos policiais b) a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais (violência, tortura, corrupção, abuso de autoridade); c) os casos em que a polícia não demonstra interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações; d) as visitas às delegacias de polícia; e) a fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais; f) a instauração e a tramitação de inquéritos policiais; g) o cumprimento das requisições ministeriais (grifamos). [...]*

*Poderíamos, porém, nos perguntar se deveriam ser recusadas algumas formas de controle externo que foram ventiladas, mas não foram aproveitadas pela Assembléia Nacional Constituinte (v.g., a comunicação obrigatória das ocorrências policiais ou da instauração de inquéritos, a supervisão, a advocatória de inquéritos, etc.). Diversas dessas idéias não chegaram a ser apreciadas nem muito menos recusadas pela Assembléia Nacional Constituinte, mas foram desacolhidas por comissões. O único texto efetivamente votado pelo plenário da Constituinte foi o da fórmula genérica do controle externo, que, antes de repelir, engloba, como expressão mais abrangente, outras formas de controle. HUGO NIGRO MAZZILLI, in*



Regime Jurídico do Ministério Público, Saraiva, 1993, SP, p.171-5.

Segundo a LOMPU, o controle externo da atividade policial será exercido com os seguintes objetivos: a) respeito aos fundamentos do Estado democrático de direito, aos objetivos fundamentais da República, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição e na lei; b) preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) prevenção e correção de ilegalidade ou abuso de poder; **d) indisponibilidade da persecução penal**; e) competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

*A LOMPU mencionou os seguintes mecanismos de controle externo, que podem ser exercitados por meio de medidas judiciais ou extrajudiciais: a) livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; b) acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; [...] - HUGO NIGRO MAZZILLI, in Regime Jurídico do Ministério Público, Saraiva, 1996, SP, p. 245.*

Acredito que, dentro da legalidade democrática, não é possível outro caminho senão esse que foi escolhido pelo Ministério Público: o de cumprir determinação da CF vigente. Nessa atividade, com certeza terá o Ministério Público todo o apoio dos bons policiais, dos meios jurídicos e da população em geral, que é a destinatária final de nossos serviços e em cujo proveito deve ser feito esse controle (*excerto do artigo Não é possível outro caminho senão cumprir determinação constitucional, de Hugo Nigro Mazzilli, publicado em O Estado de S. Paulo, edição de 20.10.96*).

Em tal direção também se encaminha a jurisprudência pátria:

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 238.929-3/1, TJSP, 6ª Câm. Crim., Rel. Des. Fanganiello Maifrovitch, J. 16.10.97. No corpo do acórdão: Como se infere dos autos, em razão da edição**

do Ato 98/96, do colendo Órgão Especial do Colégio de Procuradores verificou-se, por parte dos agentes da polícia judiciária, dificuldade de identificar, em face da relação de coordenação <não hierárquica-disciplinar> decorrente da atividade correcional estabelecida no artigo 129, inciso VII, da Constituição da República, o âmbito das atribuições conferidas aos excelentíssimos representantes do Ministério Público. No caso vertente, o ilustre Delegado de Polícia Titular do 21º Distrito Policial da Comarca da Capital deixou de exibir livros de registros de atos de polícia judiciária aos excelentíssimos promotores de justiça nominados na impetração, considerando a atividade dos mesmos como exteriorização de ilegítimo controle interno. A exigência ministerial, no entanto, apresentou-se legítima, uma vez que decorreu de atividade fiscalizadora, relativa a documentos de assentamentos de atividades de atividade de polícia judiciária. Visível, portanto, a supracitada relação de coordenação, pois o Ministério Público também era recipientário da supracitada atividade de polícia judiciária. Daí o poder correcional que, naquela situação, não era hierárquico, interno ou de subordinação. [...] Portanto, da função de auxílio nasce a relação de coordenação e a decorrente função correcional extraordinária <a ordinária é realizada pela própria Administração, ou seja, deriva do poder hierárquico>. Em síntese e voltando ao caso em exame, a atividade de examinar livros de registros de atos de polícia judiciária era legítima, equivocando-se a autoridade policial em confundir-la como controle interno.

Assim, deve ser afastada, de pronto, qualquer intenção de sujeição hierárquica, que revelaria descumprimento do princípio da autonomia e da separação de poderes.

A Constituição Federal de 1988 revogou o sistema inquisitório, no qual se inseria o controle jurisdicional do inquérito policial. A adoção do sistema acusatório puro, tanto quanto o controle externo da atividade policial, decorre da mesma vertente, insculpida no artigo 129 da Constituição Federal. O controle externo é exigido menos em decorrência da corrupção policial, que é reconhecida como pontual, e muito mais em função da nova inserção do sistema acusatório, reforçando a titularidade da ação penal ao Ministério Público. Assim, a legitimação ativa adquire contornos de constitucionalidade, sendo essencial a uma atividade policial que forneça instrumentos de persecução penal hígidos, livres de máculas, transparentes à sociedade, institucionais e públicos em sua forma. Traduz esse entendimento a Lei Complementar Estadual nº 11.578, do Rio Grande do Sul, de 5 de janeiro de 2001, que fornece o instrumento principal para que a atividade-fim da polícia seja realmente controlada, quando estabelece a possibilidade legal da requisição de providências que corrijam ou previnam ilegalidades ou abusos de poder ou da autoridade, conforme transcrição:

Art. 1º O Ministério Público, nos termos do art. 127, VII, da Constituição Federal e do art. 111, IV, da Constituição Estadual, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, exercerá o controle externo da atividade policial civil e militar, por meio de medidas extrajudiciais e judiciais, podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos e em unidades policiais civis e militares;

II - ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade de polícia judiciária civil e militar e que digam respeito à persecução penal;

*III - requisitar à autoridade competente a adoção de providências para sanar omissão indevida, fato ilícito penal ocorridos no exercício da atividade policial, prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, podendo acompanhá-los;*

O controle externo da atividade policial civil e militar é atribuição exclusiva do Ministério Público, inerente à sua função de fiscal da lei, com previsão constitucional específica, que tem por objeto a verificação de legalidade dos atos da polícia judiciária na apuração das infrações penais.

A legitimação do Ministério Público decorre da plenitude do exercício da ação penal, que não se cinge a mero repasse de elementos probatórios ao órgão jurisdicional. O exercício material pleno da legitimação ativa torna imprescindível o controle dos atos preparatórios, que instruirão a postulação em juízo, indispensável sob o aspecto da legalidade, da eficácia e da objetividade. Essa abrangência do controle é natural e exigível para o aperfeiçoamento da pretensão punitiva.

## **A Implantação do Controle Externo no Rio Grande do Sul**

A implantação de um sistema de controle externo da atividade policial passa pela escolha de *uma diretriz* que explicita uma filosofia de trabalho adequada à realidade encontrada, tanto em face do relacionamento interinstitucional local pré-existente quanto em relação à análise da existência de uma gama de informações fidedignas sobre a atividade policial.

O diálogo que propiciou a aprovação da Lei Complementar Estadual nº 11.578/2001, do Rio Grande do Sul, demonstrou a falta de um relacionamento interinstitucional no nível desejado e a completa ineficiência dos registros policiais dos atos de persecução penal e de inexistência de um sistema de banco de dados comum às instituições que atuam no combate à criminalidade. *A diretriz cabível nesse cenário é a aproximação.* O estabelecimento dessa diretriz possibilitou formular premissas no sentido de o controle externo necessitar uma atividade policial formal, institucional em todos os seus métodos e pública em sua destinação. O meio de atingir a finalidade da institucionalização da atividade policial é propugnar por uma atuação policial identificada como serviço público ordinário, capaz de prestar contas à sociedade, mediante instrumentos transparentes de controle interno e externo.

Os comandos policiais gaúchos foram completamente permeáveis ao benefício desta aproximação como instrumento de aperfeiçoamento do serviço público policial e com a possibilidade da elevação da confiança da população nas instituições policiais, assim como propiciar uma elevação do nível profissional dos policiais. As primeiras reuniões já apontaram para uma discussão conjunta de novas normatizações policiais que viessem ao encontro dessa formalização da atividade policial.

O Ministério Público gaúcho contribuiu incorporando ao conceito da *diretriz de aproximação as práticas de tolerância, bom senso, confiança mútua, fidalguia e construção conjunta*.

Devido à previsão de que haveria resistência, somente com esse conceito de aproximação poder-se-ia criar um claro compromisso de tolerância com as eventuais intervenções individuais equivocadas. Houve confiança mútua em que o diálogo para a construção conjunta superaria as dificuldades previstas e estabelecidas pontualmente, assim como o bom senso no esclarecimento de dúvidas e na solução de interpretações jurídicas colidentes. A fidalguia trouxe um equilíbrio das relações interpessoais e profissionais capaz de estimular a solidariedade nas dificuldades. A construção conjunta é permanente e realimentada pela solidariedade alcançada.

Atualmente as relações interinstitucionais ocorrem sob um clima de co-responsabilidade, com uma autocrítica saudável das instituições policiais sendo exposta externamente, devido à confiança adquirida em um controle externo cooperador, construtivo e permanente.

Contudo, a previsão constitucional do controle externo da atividade policial a ser exercido pelo Ministério Público assim como a Lei Complementar Estadual nº 11.578/2001 não poderiam ser interpretadas como repetitivas da legislação penal e processual penal, menos ainda restritivas. A interpretação teria de permitir avanços no sentido de conceder ao Ministério Público interferir positiva e diretamente na atividade policial. O controle não poderia ser contemplativo, sem efetividade diante da omissão, do erro ou dolo do funcionário público policial. O Ministério Público não se prestaria a esse papel, nem a Constituição Federal lançaria mão dessa previsão sem a mínima pretensão de avanço.

As novas normatizações internas dos órgãos policiais, quanto aos procedimentos de persecução penal, são fruto dessa aproximação institucional que, em muito, vêm facilitando as atividades de controle externo pelo Ministério Público, à medida em que se rompe uma tradição de investigação informal, para subordinar a atividade policial ao formalismo, típico da atividade pública e exigível em persecução penal em face dos direitos fundamentais.

A preocupação principal é o rompimento da tradição de informalidade, possibilitando os controles interno e externo, a existência de indicadores confiáveis e viabilizando uma política de combate à criminalidade naquilo que dependa da atuação policial. Caminha-se, assim, para assegurar definitivamente a formalização da investigação policial e do inquérito policial, por meio da crescente compreensão da necessidade de cooperação interinstitucional para o aperfeiçoamento do serviço público policial, tendo como instrumento o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Aliás, a falta de formalização dos expedientes policiais revelava a dimensão da clandestinidade com que os registros eram tratados, como se fossem todos fatos não-criminais. Sendo previsível que alguns fatos sejam realmente não-criminais, a diferença consistente na clandestinidade da atuação policial – aqui chamadas de indagações policiais (capas com papéis soltos, sem numeração, sem autuação cronológica, sem portaria instauradora), o que não transforma registros policiais em inquéritos policiais, é a chamada “cifra negra” a ser combatida pela institucionalização dos serviços públicos policiais.

**Acrescenta-se que a implantação, há quatro anos no nosso Estado, demonstrou que havia necessidade de adequar o serviço público policial aos interesses da sociedade.** A informalidade do trabalho policial era um terreno fértil para a instalação de uma criminalidade inserida no aparelho do Estado. Os boletins de ocorrência, as indagações policiais e os inquéritos sendo “oficiosos” permitiam a desinformação, deficiência de dados, infidelidade estatística e, muito provavelmente, manipulações de ordem administrativa para registrar apenas o que não interessasse a essa criminalidade inserida no aparelho estatal ou, pior ainda, “construção” de inquéritos eleitos ou privilegiados.

O mais grave é o subsídio indireto que o Estado dá a atividades criminosas, conferindo distintivo, poder, armas, viaturas e meios administrativos para a locupletação de grupos, que se aproveitaram da tradição de décadas de informalidade, justificada pelo excesso de serviço e falta de recursos humanos e materiais. Outros segmentos do Estado, em todos os níveis, atuam com dificuldades, mas formalizam os expedientes, numeram folhas cronologicamente, oficializam as etapas, sem tentarem obstaculizar a fiscalização externa, sem supressão de fatos e eleição de prioridades para expedientes. Para esses a supressão não é basicamente criminosa; para a polícia, cuja atividade-fim é a produção de inquéritos policiais, teria que ser ponto de honra a institucionalização da extrema legalidade.

À polícia, na sua atividade-fim, que é a produção de base para o exercício da ação penal pelo Ministério Público, a completa institucionalização do inquérito policial será reconhecida como alicerce do respeito da sociedade, como instituição aberta, de uma legalidade transparente, assim alcançando a justificação e a confiança social. O histórico exigiu atitudes do Estado, por meio do Poder Executivo, do Ministério Público, da Chefia da Polícia Civil, do Comando da Polícia Militar e da Secretaria de Justiça e Segurança, capaz de romper com essa tradição de “serviço público” informal, e exigirá outras para a manutenção da atividade policial controlada. O Estado, representante da sociedade e do que essa exige no regime democrático, tem a obrigação de prevalecer sobre os desacertos da instituição policial, instalados de forma criminosa ou corporativa, em qualquer situação, sem deixar de destacar a responsabilidade dos gestores públicos de assim proceder.

Ainda seria necessário à proficiência, a fim de modificar esse quadro, ter um banco de dados e um sistema eficiente de registros, tanto de ocorrências quanto de inquéritos policiais e termos circunstanciados, integrados com o Ministério Público e Poder Judiciário, se possível que tivessem o mesmo número e ano de registro, com códigos diferenciando os registros não criminais, inquéritos policiais e termos circunstanciados.

## Considerações para a Implementação do Controle Externo

O sistema acusatório puro, na CF de 1988, orientou o PL 31/95, hoje PL-4254/1998, do Sen. Pedro Simon, do PMDB/RS, que propõe mudanças no CPP, revogando o controle jurisdicional do inquérito policial, o envio do inquérito policial diretamente ao Ministério Público e a possibilidade das diligências serem diretamente dirigidas à autoridade policial, sem requerimento ao magistrado, inclusive com fixação de prazo, e estabelece a equidistância do magistrado em relação às partes. Esse projeto de lei decorre da unidade programática da Carta Magna de 1988, propondo as modificações que, ao lado da titularidade exclusiva da ação penal e do controle externo da atividade policial, fecharão o sistema adotado.

Demora a aprovação do projeto. Devem-se evitar retrocessos e a até mesmo a desaprovação do projeto de lei. Não se pode descuidar. É preciso identificar o que poderia ser excesso, como os personalismos ou a falta de uniformidade de atuação institucional. Há necessidade de criar-se e manter-se um método profissional de atuação, **se possível com unidade nacional**, que permita a continuidade do trabalho de maneira institucionalizada, independentemente do Promotor de Justiça que execute ou que substitua o titular ao formalizar o ato de controle externo.

Também não se pode perder de vista a necessidade de Lei Complementar Estadual que confira ao Ministério Público o poder de requisitar - *conditio sine qua non* - o saneamento das ilegalidades e irregularidades da atividade policial de persecução penal. Sem a obrigatoriedade de atendimento às requisições, nas hipóteses previstas em lei complementar, inviabiliza-se o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

O Ministério Público não pode, com esses instrumentos à disposição, comparecer a uma Delegacia de Polícia, verificar ilegalidades e silenciar, pois sujeitar-se-ia a chancelar ou prevaricar. A institucionalização do controle externo não se justifica apenas para contemplar irregularidades, fazer visitas em Delegacias de Polícia, ou para uma possível apuração, a cargo de instâncias distantes, de



irregularidades funcionais ou disciplinares já previstas. A lei complementar deve estabelecer uma relação jurídica interinstitucional, prevendo poderes e deveres através de requisições e acessos autorizados, entre uma instituição controladora e uma instituição controlada, base legal necessária, **justamente por não haver hierarquia institucional e funcional**, para a correção dos atos de persecução penal irregulares, ilegais ou a omissão desses.

As requisições devem ser feitas “*in concreto*” para sanar ilegalidades “*lato sensu*”, por estarem em desacordo com as determinações do Código de Processo Penal, Código Penal, leis esparsas e normativas internas das instituições policiais que se submetam ao princípio da hierarquia das leis. A verificação não vaga, mas precisa e em concreto, especificada por inquérito, passa pela exigência de confrontação de livros de registros de atos de persecução penal, como reveladores da existência legal ou não desses atos em comparação com os cadernos de investigação criminal.

A informalidade de registros, ou a inexistência em alguns casos, não permite o exercício do controle externo, porque seria impossível confrontá-los. Algumas práticas, até constantes em normativas internas, como a determinação de instauração por portaria de inquérito policial, apenas quando necessário investigar a autoria, que ignora solenemente que a atividade policial investiga fatos e não pessoas, poderão ter requisitada sua legalização a partir dessa comparação dos registros de portarias instauradas com o próprio caderno de investigação. Não se pode requisitar genericamente a regularização de atos de persecução penal, sem especificar números de boletins de ocorrências, ou de registro ou nomes que identifiquem o ato de persecução penal. O ato de controle só pode recair sobre atos de persecução penal, que, como tais, são específicos com relação ao fato investigado. Além disso, a requisição genérica é difícil de ser verificada posteriormente, principalmente por um Promotor de Justiça que esteja exercendo uma substituição.

Essa necessidade inafastável exige que as organizações policiais mantenham registros de todo e qualquer ato praticado que tenha a mínima ligação que seja com atividade de persecução penal, mantendo livros registrais e banco de dados. Nesse sentido já há decisão

judicial que reconhece essa necessidade de registros e da possibilidade de verificação de qualquer documento relativo à persecução penal (na Ação Declaratória nº 0010757316, 3ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre ), da lavra do Eminentíssimo Juiz de Direito Dr. PEDRO LUIZ POZZA, conforme transcrição:

*E, como se vê do provimento questionado, ele se atém, exclusivamente, à atividade de persecução penal, sem imiscuir-se nos afazeres administrativos a cargo da autoridade policial, no que concerne à condução da repartição policial. Todavia, quando essa atividade tiver qualquer relação, por menor que seja, com a persecução penal, ela estará sujeita, sempre, ao controle externo por parte do Ministério Público. (grifo nosso)*

Previstas as autorizações necessárias em Lei Complementar, permitem ao Ministério Público ter acesso aos atos de persecução, **o que inclui seus registros em livros próprios policiais** para comparar, conferir se refletem a realidade, se estão revestidos de forma e prazos legais, a fim de prevenir omissões e ilegalidades, zelar pela indisponibilidade da ação penal e a eficiência dos atos de persecução penal, dessa forma, acautelando a evasão da criminalidade antes do conhecimento do Ministério Público. Ao autor da ação penal e à sociedade interessam a credibilidade e a legalidade dos atos de persecução penal e da atividade policial – porque institucionalmente atuam do mesmo lado: na relação jurídica tridimensional, na garantia dos direitos das vítimas e como agentes da segurança pública. A requisição só poderá ser exercida com a comparação da efetividade do ato de persecução penal com a falta desse, que só a vista dos livros de registros dos atos e dos cadernos de investigação poderá induzir.

A preocupação principal deverá ser o rompimento da tradição de informalidade, falta de institucionalização do serviço público policial que impossibilita os controles interno e externo, tornando-se alvo das instituições a busca de indicadores confiáveis que permitam uma política de combate à criminalidade naquilo que dependa da administração superior policial. Caminhar-se-á assim

para assegurar definitivamente a formalização da investigação policial e do inquérito policial, por meio da crescente compreensão da necessidade de cooperação interinstitucional para o aperfeiçoamento do serviço público policial.

Da mesma forma, é imprescindível para a institucionalização do serviço público policial que a atividade de investigação seja formalizada em certidões de diligências que retratem a investigação em seus detalhes, a fim de que a memória da investigação seja da instituição policial e não do agente ou da autoridade policial. Inquéritos policiais não podem brotar depoimentos, sem uma semente clara, sem relatórios institucionais que permitam a seqüência do trabalho por qualquer agente ou autoridade e, ainda, os controles interno e externo. Hoje, a informação é propriedade particular do agente ou da autoridade policial, não da instituição policial. E isso é poder, e o poder corrompe, **sem deixar de detectar que é a origem da crise dos inquéritos se avolumarem sem solução.**

### **As previsões para o controle externo**

As palavras de ordem para uma construção paulatina e permanente do controle externo da atividade policial são aproximação e tolerância. A primeira busca destruir barreiras, romper preconceitos e estimular e propiciar um verdadeiro conhecimento interno da polícia e dos policiais. A segunda visa conscientizar os Promotores de Justiça de que, apesar de suas convicções pessoais do que deveria ser o controle externo, este sofre limitações em suas possibilidades, de ordem política, estrutural, histórica, orçamentária e corporativa, tornando-se o controle externo possível na conjuntura, numa perspectiva mutante de avanços incessantes, baseada em análises conjunturais periódicas, necessidades e projetos.

Talvez a dificuldade maior que tivemos nas últimas décadas foi a atuação policial não ser oficial e de acordo com as previsões legais. Essa dificuldade diz respeito diretamente à visão da atividade de segurança pública ser obrigatoriamente um serviço público efetivo e essencial ao bem-estar social. Esse é o objetivo constitu-

cional do controle externo da atividade policial. A oficialidade, a legalidade, em suma, a institucionalização da atuação policial como instrumento indispensável à paz social, por meio de um sistema de persecução penal transparente, confiável e eficaz. Essa é a missão de todos nós, mas, com certeza, será muito mais das novas gerações de Promotores de Justiça, que a concretizarão, ao longo dos anos, ou permitirão o retrocesso.

ASSUNTO ESPECIAL: CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

## O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL MILITAR

Marcello Martinez Hipólito  
*Capitão da Polícia Militar de Santa Catarina*

O vigor da democracia e a qualidade de vida desejada por seus cidadãos estão determinados em larga escala pela habilidade da polícia cumprir suas obrigações.<sup>1</sup>

Sumário: 1 Introdução – 2 A dimensão da atividade policial – 3 A preservação da ordem pública e a polícia ostensiva – 4 O controle da atividade policial circunscrito à polícia judiciária – 5 O controle externo da atividade policial militar – 6 Conclusão.

### 1 Introdução

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, inserido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, VII, ainda carece de implementação e um uniforme entendimento de sua dimensão, ou alcance, em praticamente todo o Brasil.

Algumas atitudes de estabelecimento desse controle exercido sobre a atividade de polícia judiciária têm provocado forte reação

---

1 GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. Tradução de Marcello Roemberg. São Paulo: EDUSP, 2003. p. 13.

dos Delegados de Polícia de carreira<sup>2</sup>, tanto da Polícia Federal quanto da Polícia Civil. Por parte das demais polícias, não há qualquer manifestação, pois, como se verá adiante, a busca do controle externo da atividade policial aparentemente não tem se lançado ao intento de alcançá-las.

Em que pese a Constituição Federal não prescrever a delimitação desse controle, ele praticamente tem sido circunscrito ao exercício da polícia judiciária, seja federal ou estadual, como forma de estabelecer uma ligação entre o titular da ação penal pública e o órgão responsável pela coleta de provas, a fim de subsidiar a formação dos elementos de convicção para o Ministério Público exercer seu mister na justiça criminal.

Ocorre que essa delimitação do controle externo da atividade policial não coincide com as novas concepções amplas do Ministério Público pós 1988, tampouco coincide com as reais atribuições dos órgãos policiais existentes no Brasil.

A ausência de um sólido saber policial, mesmo no meio das instituições policiais, impede que os juristas formem uma real e adequada convicção das atribuições das polícias e possibilite um efetivo controle externo dessas organizações, inclusive como forma de preservar suas autonomias diante do seu possível uso político<sup>3</sup>, omissão operacional ou mesmo no desvio de sua missão.

Interpretando-se adequadamente o prescrito no art. 129, VII, o controle externo da atividade policial não deve se limitar ao exercício da polícia judiciária no âmbito da Polícia Federal e Polícia Civil.

## 2 A dimensão da atividade policial

A omissão constitucional das atividades policiais ensejadoras de controle permite uma interpretação tão ampla quanto as reais

---

2 PAULINO, José Alves. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial**. Revista de Assuntos Criminais, v. 3, n. 3, 1995. p. 49.

3 Sobre o emprego das polícias como forças de repressão política do Estado, ver HUGGINS, Martha K. **Polícia e Política: Relações Estados Unidos/América Latina**. Tradução Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1998.

atribuições policiais e guarda perfeita consonância com a novel dinâmica prescrita para o Ministério Público, em que pese entender que essa crença, não se consubstancia no entendimento de que o constituinte de 1988 tinha essa convicção quando da elaboração da Carta Magna.

Ora, para Ferraz<sup>4</sup>, “a chamada interpretação gramatical tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica”.

É inegável, de maneira geral, que a polícia exerce um papel fundamental na sociedade, como descreve Foucault:

Mas se a polícia como instituição foi realmente organizada sob a forma de um aparelho do Estado, e se foi mesmo diretamente ligada ao centro da soberania política, o tipo de poder que exerce, os mecanismos que põe em funcionamento e os elementos aos quais ela os aplica são específicos. É um aparelho que deve ser coextensivo ao corpo social inteiro, e não só pelos limites extremos que atinge, mas também pela minúcia de detalhes de que se encarrega. O poder policial deve-se exercer ‘sobre tudo’: não é entretanto, a totalidade do Estado nem do reino como corpo visível e invisível do monarca; é a massa dos acontecimentos, das ações, dos comportamentos, das opiniões – ‘tudo o que acontece’, o objetivo da polícia são essas ‘coisas de todo instante’, essas ‘coisa à-toa’ de que falava Catarina II em sua Grande Instrução. Com a polícia estamos no indefinido de um controle que procura idealmente atingir o grão mais elementar, o fenômeno mais passageiro do corpo social [...].<sup>5</sup>

---

4 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 287.

5 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p.176.

Ocorre que sua importância não se reflete na produção de seu saber.

Isso porque pouco se sabe e pouco se estuda sobre polícia no mundo e, em particular, no Brasil. Existem hoje no Brasil pouco mais de uma dúzia de livros que tratam especificamente sobre a atividade policial, mas não daquelas dirigidas para as atividades tipicamente criminais, sejam preventivas ou repressivas, mas, para as representativas das atividades cotidianas de uma organização policial em seu desiderato constitucional maior de preservar a ordem pública.

Até muito recentemente nem historiadores nem cientistas sociais haviam reconhecido a existência da polícia, quanto mais o importante papel que ela desempenha na vida social. Praticamente tudo que havia sido escrito sobre policiamento foi feito pelos próprios policiais, que apenas contavam histórias ou davam pequenas notícias. Os índices de livros de História da maioria dos países nem mesmo trazem um tópico sobre o tema.

[...]

As rotineiras manutenções da ordem e prevenção de crimes são comumente ignoradas, ainda que representem uma parte muito mais importante da vida diária dos cidadãos do que a repressão política.

[...]

Os cientistas sociais têm sido mais irresponsáveis do que os historiadores ao estudar a polícia. Nos Estados Unidos, do começo da Segunda Guerra Mundial até meados da década de 60, apenas seis artigos sobre a polícia apareceram no *American Sociological Review*.

[...]

A discrepância entre a importância da polícia na vida social e a atenção dada a ela pelo meio



acadêmico é tão impressionante que exige explicação.<sup>6</sup>

No Brasil, particularmente, o uso constante do aparato policial, em especial das antigas Forças Públicas, atuais Polícias Militares, “como tropas militares na defesa do país, ou até mesmo dos próprios Estados-Membros”<sup>7</sup>, impediu o afloramento de uma cultura eminentemente policial, pois que seus currículos de formação e aperfeiçoamento tiveram, por um longo período, o predomínio da ideologia militar.

O saber militar decorrente de suas atribuições reais sofreu forte impacto com o advento da Constituição Federal de 1988 e mais recentemente com a criação, pelo Ministério da Justiça, das “Bases curriculares para a formação dos profissionais da área de segurança pública”, isso somente em 2000.<sup>8</sup>

Não havendo uma ideologia policial no seio das próprias forças policiais, não se poderia esperar que o Constituinte de 1988 tivesse uma concepção adequada sobre as tarefas policiais. E, ainda em razão dessa ideologia ainda estar em formação, os juristas, em particular, ressentem-se de uma doutrina que possa alicerçar seus posicionamentos diante do direito positivo e da própria dogmática que fundamenta o já aludido senso comum teórico dos juristas.

No Brasil, os juristas não se perguntam o que é “polícia”, pois a atual Constituição Federal numerou as instituições policiais no artigo 144, ao contrário, por exemplo, nos Estados Unidos da América, em que a Constituição não prescreve quais são os órgãos policiais.

As forças dos Estados Unidos são tão descentralizadas que não se tem certeza nem de quantas são.

- 
- 6 BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento: Uma Análise Internacional Comparativa**. Tradução René Alexandre Belmonte. São Paulo: EDUSP, 2001. p 15-17.10 LAZZARINI, op. cit. p. 12.
- 7 MARCINEIRO, Nazareno; PACHECO, Giovani Cardoso. **Polícia Comunitária: evoluindo para a polícia do século XXI**. Florianópolis: Insular, 2005. p. 65.
- 8 Sobre a evolução do ensino nas Polícias Militares do Brasil, ver HIPÓLITO, Marcello Martinez. **A formação policial no Brasil e seus desafios**. Atuação. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. v. 2, n. 3 (maio/ago 2004) – Florianópolis: PGJ:ACMP, 2003. p. 55-64.

A estimativa de Bruce Smith, de 40.000 forças policiais separadas, foi amplamente aceita por muitos anos, ainda que ele não explique como chegou a ela. No início dos anos 70, a Law Enforcement Assistance Administration (LEAA) promoveu uma pesquisa para determinar quantas forças existiam. Concluiu-se que a estimativa mais apropriada seria de mais de 25.000.<sup>9</sup>

Esses números demonstram que não há um consenso sobre o que seja polícia, pois que o poder de polícia não é suficiente para sua qualificação, uma vez que

Polícia é vocábulo que designa o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a ordem pública, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais.<sup>10</sup>

O sentido do vocábulo é mais profundamente tratado por Monet, para quem

Se considerarmos a etimologia, existe comum acordo em ligar o termo 'polícia' - assim como 'política' - ao grego *politeia*. Até Aristóteles, com algumas variações, o termo remete de um lado à Cidade [*polis*], enquanto entidade distinta das outras comunidades políticas, de outro àquilo que mantém a Cidade em sua unidade, a saber: a arte de governar. A partir de Platão e Aristóteles, o conceito muda de conteúdo e remete as duas ordens de realidades: primeiramente, designa esse conjunto de leis e de regras que concerne à administração geral da Cidade, isto é, a ordem pública, a moralidade, a salubridade, os abastecimentos; além disso, remete

---

9 BAYLEY, op. cit. p. 70.

10 LAZZARINI, op. cit. p. 12.

a esses “guardiões da lei” de que fala Platão em *A República*, encarregados de fazer respeitar essa regulamentação. Desde aquela época, observa-se portanto uma distinção, que ira se endurecendo, entre as autoridades de polícia, que editam as regras, e as forças de polícia, que fazem respeitar tais regulamentos, se for preciso, pela força física.<sup>11</sup>

A amplitude do trabalho policial regido por esse poder, um tanto amplo e complexo, delimita a atuação da primeira instituição policial brasileira, a Intendência Geral da Polícia e da Corte do Brasil, criada no Rio de Janeiro, com a vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil, em 10 de maio de 1808.

A nova instituição baseava-se no modelo francês introduzido em Portugal em 1760. Era responsável pelas obras públicas e por garantir o abastecimento da cidade, além da segurança pessoal e coletiva, o que incluía a ordem pública, a vigilância da população, a investigação dos crimes e a captura dos criminosos.<sup>12</sup>

A Polícia Militar surge em 1809, com a criação da Guarda Real de Polícia, também no Rio de Janeiro, “força policial de tempo integral, organizada militarmente e com ampla autoridade para manter a ordem e perseguir criminosos”<sup>13</sup>.

Historicamente tratadas como forças militares estaduais ou mesmo como instrumento de repressão política, mais recentemente, as Polícias Militares, com o advento da Constituição Federal de 1988, vêm procurando resgatar a sua autoridade administrativa, de co-produtora da gestão da cidade, para melhor poder trabalhar de modo a prevenir, qual seja, na preservação da ordem pública.

Certo é que definir o trabalho da polícia não é uma tarefa sim-

---

11 MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa**. Tradução Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: EDUSP, 2001. p.20.

12 HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Tradução de Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 46.

13 HOLLOWAY, op. cit. p. 47.

ples, pois o policiamento é uma atividade multifacetada, os policiais são “pau-para-toda-obra”<sup>14</sup>, referidos pelos ingleses como “oficiais para deveres em geral”<sup>15</sup>, pois as situações que a polícia enfrenta são tão variadas quantos as exigências da vida humana<sup>16</sup>.

Por isso, o Constituinte de 1988 acertou quando escolheu a expressão “ordem pública”, que não diria imprecisa terminologicamente, mas cambiante, flexível, de acordo com o tempo, o lugar, os valores convivenciais postulados pela Ordem Jurídica<sup>17</sup>, como atribuição da Polícia Militar, aparato policial mais visível, nos termos do parágrafo 5º do artigo 144 da Constituição Federal.

### 3 A preservação da ordem pública e a polícia ostensiva

É impressionante o desconhecimento da sociedade, dos juristas e dos próprios policiais militares acerca de sua missão constitucional, que é a polícia ostensiva e a preservação da ordem.

Quanto à polícia ostensiva, muitos desses sujeitos, em seus discursos, simplesmente substituem o designativo policiamento ostensivo, constante na Constituição anterior, pelo designativo de polícia ostensiva, como se sinônimos fossem.

Já quanto à ordem pública, limitam-se ao entendimento de que ela pode ser alcançada tão-somente dentro da concepção formulada por Sir Robert Peel “de que a polícia poderia evitar o crime com uma patrulha uniformizada regular, que dissuadisse os possíveis com suas intervenções reais ou esperadas – uma função de espantinho”.<sup>18</sup>

“A noção de ordem pública, em verdade, é mais fácil de ser sentida do que definida”.<sup>19</sup> “A desordem, embora não seja fácil de

---

14 BAYLEY, op. cit. p. 118.

15 BAYLEY, op. cit. p. 119.

16 BAYLEY, op. cit. p. 121.

17 NETO, op. cit. p. 80.

18 BRODEUR, Jean-Paul. **Como reconhecer um bom policiamento**. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: EDUSP, 2002. p. 91.

19 LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 52.

definir, é algo que os ‘moradores locais’ vão ‘reconhecer quando a virem ou ouvirem’.<sup>20</sup>

Atento às lições de Waline, Rivero, Paus Berbard e Vedel, José Cretella Jr. anota que a noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla, não se tratando apenas da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral, o que é básico em direito administrativo, porque, como sustenta, a ordem pública é constituída por mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e a tranqüilidade, revestindo, finalmente aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e monumentos).<sup>21</sup>

Três elementos compõem a expressão “ordem pública”:

*Segurança Pública* [...] é o estado antidelitual que resulta da inobservância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, com ações de polícia repressiva ou preventiva típicas, afastando, assim, por meio de organizações próprias, de todo o perigo, ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.

*Tranqüilidade pública* “do latim *tranquilitas* (calma, bonança, serenidade), exprime o estado de ânimo

---

20 BRODEUR, p. 35.

21 CRETELLA JR. José apud LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 52.

tranquilo, sossegado, sem preocupações nem incômodos, que traz as pessoas uma serenidade, ou uma paz de espírito.

*Salubridade pública* “refere-se ao que é saudável, conforme as condições favoráveis a vida, certo que “referindo-se às condições sanitárias de ordem pública, ou coletiva, a expressão salubridade pública designa também o estado de sanidade e de higiene de um lugar, em razão do qual se mostram propícias as condições de vida de seus habitantes.”<sup>22</sup>

No entanto e apesar dessa diversidade, “Nas representações do público e nas dos próprios policiais, a verdadeira polícia é a que visa aos comportamentos criminais”.<sup>23</sup> Porém, a realidade está a mostrar que a população usa a polícia para muitas outras coisas mais afetas à ordem pública:

As pessoas telefonam à polícia, vão às delegacias, interpelam policiais na rua para toda uma série de problemas, menores ou graves, para comunicar um acidente de trânsito, para encontrar um objeto perdido, para dar parte de um cão vadio; em suma, recorrem à polícia toda vez que não sabem o que fazer, mas pensam que os policiais com certeza o sabem.<sup>24</sup>

Assim, persiste a necessária imprecisão do termo “ordem pública”.

Considerando-se a inconsistência do conceito de ordem pública, constata-se que definir a missão da polícia, particularmente da polícia administrativa, é tarefa ciclópica, o mesmo não ocorrendo com a polícia judiciária, que tem o seu escopo delimitado pelo Código de Processo Penal e satisfatoriamente

---

22 LAZZARINI, op. cit., p. 284-285.

23 MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa**. Tradução Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: EDUSP, 2001. p.113.

24 MONET, op. cit. p. 285.

explicitado pelos criminalistas.<sup>25</sup>

Polícia ostensiva e preservação da ordem pública são termos que se referem a situações distintas, porém, contida uma na outra, pois a Polícia Ostensiva se destina, fundamentalmente, à preservação da ordem pública pela ação dissuasória da presença do agente policial militar.

O termo “polícia ostensiva” é novo na ordem constitucional inaugurada em 1988 e substitui a anterior expressão “policimento ostensivo”, que passou a ser uma das fases da polícia ostensiva.

Para sua melhor compreensão, Lazzarini disserta, com a necessária profundidade, o tema, afirmando que o termo “polícia ostensiva” emprestou às Polícias Militares uma dimensão bem mais ampla da atividade de polícia, trazendo a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto de que

A polícia ostensiva, afirmei, é uma expressão nova, não só no texto constitucional, como na nomenclatura da especialidade. Foi adotada por dois motivos: o primeiro, já aludido, de estabelecer a exclusividade constitucional e, o segundo para marcar a expansão da competência policial dos policiais militares, além do ‘policimento’ ostensivo. Para bem entender esse segundo aspecto, é mister ter presente que o policiamento é apenas uma fase da atividade de polícia. A atuação do Estado, no exercício de seu poder de polícia, se desenvolve em quatro fases: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia. E continua observando que o policiamento ostensivo corresponde apenas à atividade de fiscalização; por esse motivo, a expressão utilizada, polícia ostensiva, expande a atuação das Polícias Militares à integralidade das fases do exercício do poder de polícia. O adjetivo

---

25 SILVA, Jorge da. **Segurança Pública e Polícia: Criminologia Crítica Aplicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 313-314.

ostensivo refere-se à ação pública de dissuasão, característica do policial fardado e armado, reforçado pelo aparato militar utilizado, que evoca o poder de uma corporação eficientemente unificada pela hierarquia e disciplina<sup>26</sup>.

A respeito do termo “polícia ostensiva”, a Advocacia-Geral da União já se manifestou sobre o conteúdo de cada uma das fases suscitada por Neto.

A **ordem** de polícia se contém num **preceito**, que, necessariamente, nasce da lei, pois se trata de uma reserva legal (art. 5º, II), e pode ser enriquecido discricionariamente, consoante as circunstâncias, pela Administração. [...]

O **consentimento** de polícia, quando couber, será a anuência, vinculada ou discricionária, do Estado com a atividade submetida ao preceito vedativo relativo, sempre que satisfeitos os condicionamentos exigidos. [...]

A **fiscalização** de polícia é uma forma ordinária e inafastável de atuação administrativa, através da qual se verifica o cumprimento da ordem de polícia ou a regularidade da atividade já consentida por uma licença ou uma autorização. A fiscalização pode ser **ex officio** ou provocada. No caso específico da atuação da polícia de preservação da ordem pública, é que toma o nome de policiamento.

Finalmente, a **sanção** de polícia é a atuação administrativa auto-executória que se destina à repressão da infração. No caso da **infração à ordem pública**, a atividade administrativa, auto-executória, no exercício do poder de polícia, se esgota no constrangimento pessoal, direto e imediato, na justa medida para restabelecê-la.<sup>27</sup>

---

26 NETO, Diogo Figueiredo Moreira Neto apud LAZZARINI. **Estudos de Direito Administrativo**. Faltou o local, a editora e o ano. p. 103 e 104.



Como já visto, o processo histórico pelos quais passaram as Polícias Militares no Brasil e seu distanciamento da sociedade civil não permitiram que as instituições assumissem integralmente as fases do poder de polícia administrativa de preservação da ordem pública, seja pelo desconhecimento, seja porque outros órgãos, como a Polícia Civil, em matéria de administração do trânsito e em jogos e diversões, já vinha exercendo a nova atribuição delegada pelo Constituinte à Polícia Militar, que, até o momento, não encontrou força política suficiente a corrigir essa distorção levada a efeito pela polícia judiciária.

Assim, até o momento, a Polícia Militar, em sua grande parte, tem se limitado a atuar somente numa das fases do poder de polícia, a fiscalização por meio do policiamento ostensivo, mesmo sem dispor de instrumentos para uma atuação mais ampla e efetiva nesse aspecto.

A execução plena da polícia ostensiva, nas suas quatro fases, principalmente em parceria com os Municípios, proporcionaria o emprego efetivo da Polícia Militar na preservação da ordem na cidade, libertando-a da teleologia da atuação eminentemente criminal.

#### **4 O controle externo da atividade policial circunscrito à polícia judiciária**

Surgido, na Constituição Federal de 1988, como um “sistema de freios e contrapesos”<sup>28</sup>, o controle externo da atividade policial no Brasil, afeto ao Ministério Público, nos termos do art. 129, VII, da Constituição Federal, “vem causando controvérsias quando de sua interpretação e aplicação”<sup>29</sup>, encontrando, no senso comum teórico dos juristas, uma compreensão limitada ao controle externo da atividade de polícia judiciária.

---

27 BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. GM-25**: Publicado no Diário Oficial de 13.8.2001 p. 06.

28 FREITAS, Manuel Pinheiro. **Controle externo da atividade policial: do discurso à prática**. Revista Cearense do Ministério Público, V. 1, n. 3. Fortaleza: Procuradoria Geral do Estado do Ceará, 1998. p. 173.

29 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Cehmim. **Instrumentalidade para o exercício do controle externo da atividade policial**. Cadernos do Ministério Público do Paraná, v. 1, n. 2. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 1998. p. 41.

De uma maneira mais geral a expressão 'senso comum teórico dos juristas' (SCTJ) designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.<sup>30</sup>

Essa compreensão não só se situa no entendimento de que o controle previsto na Constituição Federal de 1988 se limita às atividades de investigação criminal, ou seja, de polícia judiciária, mas também que ele se dá exclusivamente sobre a atuação da Polícia Federal ou Polícia Civil em suas atividades de polícia judiciária. A maioria significativa dos autores segue nesse viés:

Para Freitas,

A função institucional do Ministério Público prevista no art. 129, VII da Lei Maior consiste em um controle sobre a coleta de informações pela polícia judiciária (tanto sob o aspecto extrínseco da legalidade, como no plano substancial da eficácia e da objetividade), com base nas quais o Ministério Público provocará a atuação da jurisdição penal.<sup>31</sup>

No mesmo sentido, Mazzili:

Na lição de Hugo Nigro Mazzili, o controle externo da atividade policial *é um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a **opinio delictis** do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial.*<sup>32</sup>

Importante frisar que tal mister somente dirá respeito à atividade-fim das polícias civil e militar,

---

30 WARAT, Luiz Alberto. **Revista Seqüência n. 14**. Editora da UFSC: Florianópolis, 1987. 118 p.

31 FREITAS, op. cit., p. 173.

32 MAZZILI, Hugo Nigro apud FREITAS, op. cit., p. 174

vale dizer, a apuração das infrações penais (competência da Justiça Comum e da Justiça Militar estadual, respectivamente), não havendo que se falar em outra fiscalização que não aquela com vistas à atuação da Polícia que guarda relação com a missão constitucional do Parquet, em especial a promoção da ação penal pública.<sup>33</sup>

Freyesleben admite excepcionalmente o controle externo sobre a Polícia Militar, quando nos inquéritos policiais militares, porém, não diverge dos demais autores quanto à orientação majoritária:

O controle externo deve ser conceituado como um conjunto de normas que disciplinam as relações entre o Ministério Público e a Polícia Civil, objetivando a efetiva participação do Promotor de Justiça na atividade de polícia judiciária e na apuração de infrações penais.<sup>34</sup>

Afora a existência da Lei de Organização do Ministério Público da União, Lei Complementar nº 75/93, que, no entanto, não regulou, “exaustivamente em toda a sua plenitude”<sup>35</sup>, o controle externo da atividade policial, ainda não há uma lei complementar emanada da União que regulamente esse controle por parte do Ministério Público dos Estados e Distrito Federal.

Alguns Estados, como São Paulo, estão procurando disciplinar o controle por meio de normas próprias, mas que não têm alcançado a dimensão pretendida, enfrentando a oposição das autoridades policiais da Polícia Civil.

Procurando suprir essa lacuna, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo editou o Ato 098/96, estabelecendo normas para o exercício de controle externo da atividade da Polícia

---

33 SARABANDO, José Fernando Marreiros. **O controle externo da atividade policial**. Boletim de Informações Técnico-jurídicas. Aracajú: Ministério Público do Estado de Sergipe. 1998. p. 10.

34 FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O Ministério Público e a Polícia Judiciária**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 82-83.

35 PAULINO, op. Cit. p. 50.

Judiciária pelo Ministério Público. No entanto, a execução desse controle tem sido bastante limitada, em virtude das autoridades policiais. Os procedimentos de controle externo existentes revelam-se insuficientes para a garantia dos direitos fundamentais no processo penal, ao mesmo tempo que a colaboração entre as duas instituições tem se revelado problemática.<sup>36</sup>

Expondo em sua obra os bastidores da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, Freyesleben anota que a vontade emanada do Ministério Público era realmente a de que o controle se exercesse somente sobre a investigação criminal e não sobre outros elementos da atividade policial<sup>37</sup> e, nesse sentido, caminhou a doutrina quase que de forma unânime.

Como será visto a seguir, a interpretação segundo a qual o controle externo da atividade policial está circunscrito à polícia judiciária ou à tarefa de juntar elementos para a formação da convicção do Ministério Público para a propositura ou não da ação penal pública, não se mostra adequada ao papel do *Parquet* após 1988, nem ao verdadeiro papel exercido pelas polícias.

## 5 O controle externo da atividade policial militar

A doutrina tem se manifestado que o controle externo da atividade policial se dá exclusivamente sobre a polícia judiciária, ou seja, sobre a elaboração do inquérito policial pela Polícia Federal ou Polícia Civil, ou sobre o inquérito policial militar pelas Polícias Militares, com vista à formação de elementos para a propositura da ação penal pública, buscando a “otimização dos inquéritos policiais e dos inquéritos policiais militares, no que diz respeito à qualidade

---

36 KOERNER, Andrei, MELHEM, Célia Soibelman, SCHILLING, Flávia. **A implementação do controle do inquérito policial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.28.

37 FREYESLEBEN. op. Cit. p. 63.

dos indícios e das provas coletadas”<sup>38</sup>.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, na prescrição do inciso VII do artigo 129, não fez qualquer distinção entre as polícias, tampouco delineou como se daria ou deveria se dar o controle ou em que sentido ele deveria ser exercido, limitando-se a prescrever como função institucional do Ministério Público “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”<sup>39</sup>.

Em alguns países se pensa também na questão do significado e o alcance do conceito de direção funcional da polícia por parte do Ministério Público. Por exemplo, na Guatemala é discutido se esta direção funcional implica uma relação de controle, subordinação ou coordenação. No Brasil, por outro lado, embora a própria Constituição Federal determine que o Ministério Público corresponda o “controle externo da atividade policial”, é ressaltado que em nenhuma parte está especificado em que realmente consiste este “controle”.<sup>40</sup>

Uma interpretação do artigo 129, VII não pode ter a pretensão de reduzir seu alcance somente a duas das cinco organizações policiais, bem como desconhecer a divisão definida no direito administrativo entre polícia administrativa e polícia judiciária.

Para Meyrelles<sup>41</sup>, por polícia administrativa se entende aquela polícia preventiva que, em geral, age principalmente sobre coisas e atividades que afetam a comunidade, é a polícia de preservação da ordem pública, que a Constituição de 1988 designou como sendo a Polícia Militar.

---

38 SARABANDO, op. cit., p. 10.

39 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 128.

40 CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai. **Org. Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Júris, 2004, pp.150-155.

41 MEYRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.90

Por outro lado,

Polícia judiciária é a que o Estado exerce sobre as pessoas sujeitas à sua jurisdição, através do Poder Judiciário e de órgãos auxiliares, para a repressão de crimes e contravenções tipificadas nas leis penais. Essa polícia é eminentemente repressiva, pois só atua após o cometimento do delito e visa, precipuamente, a identificação do criminoso e de sua condenação penal. Para tanto o Poder Judiciário é auxiliado pela Polícia Civil, cuja missão primordial é investigar os fatos e a autoria do delito, para a conseqüente ação penal.<sup>42</sup>

Ocorre que essa distinção no plano das idéias se apresenta demasiadamente complexa em sua execução, pois a Polícia Militar pelo seu campo residual pode, em situações especiais, agir como polícia judiciária.

*A polícia de preservação da ordem pública está, também, investida de competência de polícia judiciária, quando cuida da repressão imediata à infração penal, que não conseguiu evitar, restabelecendo, de pronto, a desordem causada pela infração penal. Atua, nessa hipótese, que é própria e exclusiva da Polícia Militar, como auxiliar do Poder Judiciário, sob a regência das normas de Direito Processual Penal e, assim, controlada e fiscalizada pela autoridade judiciária competente. À autoridade judiciária deve fornecer, na repressão imediata, um primeiro material de averiguação e exame, o mesmo ocorrendo quando da falência operacional de outros órgãos policiais, como nas hipóteses de greves de servidores desses órgãos ou ineficiência no cumprimento de suas atividades.*<sup>43</sup>

---

42 MEYRELLES, op. cit. p.91.

43 LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 88.

A atividade de polícia judiciária também é reservada à Polícia Rodoviária Federal quando do Patrulhamento Rodoviário e a necessidade de prisão para o fim de preservar a ordem pública na circunscrição de rodovia federal, ou mesmo quando lavre Termo Circunstanciado e encaminhe diretamente ao Juizado Especial Criminal<sup>44</sup>.

**A competência de polícia ostensiva das Polícias Militares só admite exceções constitucionais expressas: as referentes às polícias rodoviária e ferroviária federais (art. 144, §§ 2º e 3º), que estão autorizadas ao exercício do patrulhamento ostensivo, respectivamente, das rodovias e das ferrovias federais. Por patrulhamento ostensivo não se deve entender, conseqüência do exposto, qualquer atividade além da fiscalização de polícia: patrulhamento é sinônimo de policiamento.**<sup>45</sup>

Em sentido contrário, a Polícia Federal exerce função de Polícia Administrativa quando concede porte de armas, expede passaportes, bem como a Polícia Civil, quando “responsável” pela administração do trânsito e jogos e diversões públicas, como ocorre particularmente em Santa Catarina, segundo o prescrito no art. 106, III e VI da Constituição do Estado.<sup>46</sup>

Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, o *lobby* dos delegados de polícia muito lutou para que a palavra ‘administrativa’ fosse acrescentada como atribuição da corporação. Ainda que isso não tenha acontecido, na realidade nossa polícia judiciária (Polícia Civil) continua a executar muitas tarefas de polícia administrativa.<sup>47</sup>

---

44 Sobre a competência da Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal para a lavratura do Termo Circunstanciado, ver JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 44-49.

45 BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. GM-25**: Publicado no Diário Oficial de 13.8.2001, p. 06.

46 SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. 5. ed. Florianópolis: Insular, 2002, p. 93.

47 SILVA, op. cit., p. 312.

Estas manifestações já nos dão mostra de que mesmo que sejam aceitos os posicionamentos no sentido de que o controle externo deva ser dirigido somente às Polícias Federal e Civil, há a necessidade de se revisarem os conceitos estabelecidos quanto quem na realidade exerce atividade de Polícia Judiciária.

Uma interpretação mais abrangente também estaria de acordo com a amplitude de funções atribuídas ao Ministério Público a partir de 1988.

A Constituição de 1988, inovando e valorizando a instituição do Ministério Público, define as *funções institucionais* deste, ou seja, os encargos que o caracterizam e identificam em face dos demais agentes ou organismos. Merece destaque especialíssimo, por dizer respeito à própria essência do *Parquet* e sua legitimação na sociedade e no Estado contemporâneos, a *responsabilidade de 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, provendo as medidas necessárias a sua garantia'*.<sup>48</sup>

No mesmo diapasão estaria configurado o objetivo dos órgãos policiais traçados no caput do artigo 144 da Constituição Federal, quando estabeleceu que a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através de todas as polícias:

**Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:**

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

---

48 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 189.



IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

O papel do Ministério Público no controle externo da atividade policial, dentro dessa dimensão hermenêutica ampla poderia se situar não somente na omissão que traga prejuízo à qualidade da propositura da persecução criminal, mas, num sentido positivo, também para a garantia do pleno exercício dos órgãos policiais, inclusive utilizando-se de sua capacidade postulatória para a efetivação dessas garantias.

O controle externo da atividade policial é reconhecido como amplo e complexo por Costa<sup>49</sup>, que, em artigo sobre o controle externo da atividade policial militar constata que o Inquérito Policial Militar para as Polícias Militares não é atividade-fim, mas atividade-meio, e que, portanto, o controle deveria ser exercido em sua atividade-fim constitucional, que é a preservação da ordem pública, a teor do parágrafo 5º, do artigo 144 da Constituição Federal.

Costa<sup>50</sup> também reconhece “que o controle externo da atividade policial militar se reveste de peculiaridades a exigir um equacionamento específico”, que residiria justamente na expressão ordem pública, atribuindo a este vetor relevante uma fluidez e imprecisão terminológica que permitem a violação dos direitos humanos pelos agentes de segurança, por fim aduzindo que

[...] a delimitação conceitual do princípio conceitual da ordem pública poderá servir como novo paradigma para a formação educacional e atuação profissional das polícias militares; propiciando, outrossim, maior objetividade do Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial militar, tendo por meta a preservação dos direitos e garantias individuais e coletivos, tal qual preceituados na Constituição Federal.

---

49 COSTA, Luiz Henrique Manoel da. **Introdução ao Estudo do Controle Externo da Atividade Policial Militar**. Revista dos Tribunais, v. 756. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 457-458

50 COSTA, op. cit. pp. 460-461.

No entanto essa concepção se mostra equivocada, primeiro porque a expressão “ordem pública” já se encontra definida no Decreto 88.777, de 30 de setembro de 1983, em seu artigo 2º, 21), como sendo

Conjunto de regras formais que emanam do ordenamento jurídico da nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizada pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduz ao bem comum.<sup>51</sup>

Segundo porque mesmo esta conceituação legal não se apresenta suficiente para delimitar a expressão “ordem pública”, como já visto, em face das atribuições policiais, em especial da Polícia Militar.

Essa perspectiva de atuação do controle externo da atividade policial militar deve se encetar principalmente no modo positivo, qual seja, no sentido de exigir que os órgãos públicos, que de alguma forma interferem na ordem pública, criem mecanismos de interferência do órgão policial militar nos aspectos que dizem respeito à preservação da ordem pública.

Em todo nosso sistema de lei e governo, as maiores concentrações de poder discricionário desnecessário sobre as partes individuais não estão nas agências reguladoras, mas na polícia e nos promotores. Infelizmente, nossas tradicionais classificações legais – ‘lei administrativa’, ‘processo administrativo’ e ‘agências administrativas’ – excluíram a polícia e os promotores. Uma terminologia assim não é importante, mas carrega consigo o fracasso de transferir o *know-how* de agências avançadas, tais como agências reguladoras federais, para agências atrasadas como os departamentos de polícia de nossas cidades. Eu penso que tanto a polícia quanto aos promotores, federais e também estaduais e locais, deveriam ser

---

51 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Administrativo da Segurança Pública.** Direito Administrativo da Ordem Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 80.

governados pelos muitos princípios criados por nossas melhores agências administrativas e para elas.

A polícia está entre os mais importantes criadores de políticas de toda nossa sociedade. E, em casos individuais, ela faz muito mais determinações de poderes discricionários do que qualquer outra classe de administradores, e não conheço nenhum segundo colocado próximo. Comparar as decisões policiais com as decisões de agências reguladoras é tão confuso quanto comparar um assassinato com um milhão de dólares, mas a quantidade de atividade governamental através da polícia, medida por horas de trabalho, é mais de quarenta vezes maior que a quantidade de atividade governamentais através de todas as sete agências reguladoras federais independentes. Essas agências, juntas, têm cerca de dez mil empregados, mas a nação tem cerca de 420 mil policiais, excluindo desse número o pessoal de apoio nos departamentos.<sup>52</sup>

Esse controle poderia se estabelecer por meio da capacidade postulatória colocada à disposição do Ministério Público no seu campo de atuação dos interesses difusos e coletivos, pois em assim sendo a Polícia Militar poderia se tornar um importante indutor de políticas públicas.

As barreiras que tradicionalmente isolavam a polícia do restante da administração são gradativamente superadas: a polícia passa a dispor de competências e recursos não-penais para o exercício de suas funções e a ter voz na discussão de políticas públicas com reflexo direto ou indireto sobre a sua esfera de ação, como alterações de normas de zoneamento, construção de um conjunto habitacional ou alteração dos horários de funcionamento de um parque. O objetivo é a maior sincronia entre as ações policiais e as demais ações

---

52 DAVIS, Keneth Culp apud GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. Tradução de Marcello Rolemborg. São Paulo: EDUSP, 2003, pp. 155-156.

governamentais em perspectiva de tratamento preventivo dos problemas.<sup>53</sup>

Esse redirecionamento da atividade policial para questões não criminais<sup>54</sup> potencializaria muito sua atuação no âmbito da ordem pública, no qual o problema da criminalidade se encerra e possibilitaria o ajuntamento de outras agências nesta tarefa por demasiada complexa, pois “a manutenção da tranqüilidade e da paz pública, a prevenção ou a dissuasão das atividades criminosas dependem de múltiplos fatores sobre os quais a polícia não tem muito domínio”<sup>55</sup>.

O redirecionamento para a ordem pública implicaria numa atuação policial militar fundamentalmente focada no Município, passando a exercer a Polícia Administrativa também no âmbito da legislação municipal, sem se descuidar de eventual legislação estadual.

*A polícia administrativa, porém, é bem mais ampla, pois tem por objeto não só a prevenção do ilícito penal, cabendo-lhe também a prevenção e a própria repressão administrativa de toda uma gama de outros ilícitos não penais, como os de polícia de trânsito de veículos terrestres ou moto-aquáticos, os de polícia das construções, os de polícia aduaneira, os de polícia fiscal, os de polícia do meio ambiente, os de polícia sanitária, etc., enfim conforme a atividade policiada esteja sujeita à disciplina das leis respectivas (toda vez que uma lei impõe uma determinada restrição ao administrado, ela concede o correspondente poder de polícia à Administração Pública para possibilitar a concretização da restrição).*<sup>56</sup>

O Município se caracteriza por ser o espaço de transformação social, mesmo em relação a problemas de natureza criminal. Muito se pode fazer por intermédio da atuação da Polícia Militar no campo da ordem pública municipal e ensejar reflexos na prevenção da criminalidade.

53 DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 115.

54 Para uma compreensão do papel negativo do sistema penal ver ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: código de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

55 MONET, op. cit., p. 130.

[...] por ser o espaço onde os problemas se manifestam de forma mais direta na vida das pessoas, a dimensão local pode ser ponto de partida para mobilizações políticas de base visando ao tratamento das conseqüências sociais destes problemas. Este processo de valorização do espaço político local é bastante perceptível no campo da prevenção criminal.<sup>57</sup>

O trabalho da Polícia Militar na preservação da ordem pública em toda a sua dimensão, possibilitado por uma atuação efetiva neste sentido por parte do Ministério Público, que atuaria por meio de sua capacidade postulatória de maneira a exigir dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais a promulgação dos instrumentos legais necessários a realização do encargo constitucional da Polícia Militar, de maneira também a ampliar as possibilidades da atuação policial não mais limitada a concepção de “espantalho” apregoada por Robert Peel em 1929.<sup>58</sup>

Assim, numa análise multidisciplinar e muito mais aberta que a utilizada tradicionalmente pela polícia, se chegaria conclusão hoje largamente aceita, mas pouco levada a efeito pelos administradores, de que a resposta ao fenômeno da criminalidade não pode ser somente repressivo, mas que deve considerar um maior número de variáveis vinculadas a problemática da ordem pública local (prevenção, solidariedade, reinserção social, etc.) Nesse prisma não é estranho que surjam questões que ainda são pouco levadas em consideração, tais como proximidade da polícia com o cidadão, maior coordenação entre os vários órgãos Municipais e Estaduais com a Polícia Militar e o próprio Ministério Público, promover processos de descentralização necessários a preservação da ordem pública local e, mais objetivamente, aumentar a competência e a responsabilidade dos municípios na questão da segurança pública e da própria ordem pública.<sup>59</sup>

---

56 LAZZARINI, op. cit., p. 85.

57 DIAS NETO, op. cit., p. 132.

58 “A concepção original de Peel era de que a polícia poderia evitar o crime com uma patrulha uniformizada regular, que dissuadisse os possíveis delinquentes com suas intervenções reais ou esperadas – uma função de ‘espantalho’.” BRODEUR, Jean-Paul. **Como Reconhecer um Bom Policiamento**. Tradução Ana Luisa Amêndola Pinheiro.

59 COUSSELO, Gonzalo Jar. **Modelos Comparados de Polícia**. Madrid: Editorial Dickinson, 2000, p. 29. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 91.

## 6. Conclusão

O controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público prescrito no art. 129, VII da Constituição Federal deve ser direcionado para todas as agências policiais e para todas as suas modalidades de atuação, não se limitando à esfera da atividade de polícia judiciária, ou mais especificamente, no levantamento de provas para instruir a proponente ou não da ação penal.

Esse controle não deve se limitar ao campo criminal, mas, sobretudo, deve ampliar o campo administrativo das agências policiais, no que se refere às suas atividades de controle na sociedade.

Especificamente à Polícia Militar, seu campo amplo e complexo de atuação exige uma postura por parte do Ministério Público positiva, particularmente no que se refere ao controle externo da atividade policial militar.

Essa postura, que se daria no âmbito da proteção dos direitos difusos e coletivos e por meio da capacidade postulatória do Ministério Público, possibilitaria a criação das condições necessárias ao desenvolvimento da atividade de polícia ostensiva exercida pela instituição militar estadual, para que ela possa alcançar o desiderato estabelecido pela Constituição Federal e reclamado no âmbito da efetiva atuação administrativa de preservação da ordem pública, com efeito direto na segurança pública.

Para tanto, é condição a formação de um saber policial por parte das agências policiais, bem como por juristas e sociedade, para que todos, no sentido do mandamento constitucional, possam construir uma ordem pública positiva possível fora do sistema penal, especialmente no âmbito da Polícia Administrativa da Ordem Pública no Município, tal como ocorre hoje com o Corpo de Bombeiros Militar, em que sua atuação administrativa é garantida por uma série de leis municipais que, por exemplo, impedem a concessão do habite-se ou mesmo a realização de espetáculos sem prévia análise da instituição militar estadual.

ASSUNTO ESPECIAL: CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

## O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Paulo Antonio Locatelli  
*Promotor de Justiça - SC*

### 1 Introdução

A Constituição da República de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, estabelece diversos sistemas de controle, os quais visam ao equilíbrio entre os Poderes do Estado, sendo a sociedade a maior beneficiada pela eficácia desses sistemas. O Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público integra essa diretriz de freios e contrapesos, característica do Estado Democrático de Direito, em que os Poderes e instituições públicas são independentes e harmônicos entre si, no entanto, são controlados externamente de forma recíproca.

Neste sentido se manifesta Hugo Nigro Mazzilli:

Controles externos são sempre salutares – o que normalmente provoca mais polêmica é a forma de exercitar esse controle. O controle externo faz parte

da própria harmonia dos Poderes, inserindo-se no sistema de freios e contrapesos.<sup>1</sup>

O controle exercido pelo Ministério Público é previsto na Constituição Federal (art 129, VII), todavia, a tutela da legalidade pelo Ministério Público não é originária da Constituição de 1988, mas intrínseca às funções ministeriais de titular da ação penal e de defensor da sociedade.

A Lei Complementar 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, disciplinou o exercício do controle externo da atividade policial pelo *Parquet* Federal, na forma de seus artigos 9º e 10º.

Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei 8.625/93) não cita explicitamente o referido controle externo, porém, aborda o assunto de forma indireta e aplica subsidiariamente as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Diante do disposto no art. 128, § 5º da Carta Magna, Lei Complementar de iniciativa do Procurador-Geral do respectivo Estado, estabelecerá a organização e as atribuições do Ministério Público de sua competência. A Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (Lei Complementar 197/2000), regulamenta, em seu art. 82, XVII, o exercício do controle externo da atividade policial, civil ou militar, por meio de medidas administrativas e judiciais, elencando os princípios que deverão servir de vértice para essa atuação.

Vale consignar que as diretrizes contidas na Lei Estadual constituem-se em um marco às funções do Ministério Público, uma vez que garante em lei, princípios funcionais que em sua grande maioria são previstos nos demais Ministérios Públicos do País tão somente em atos internos.

## 2 Histórico

Na maior parte dos países latino-americanos e europeus vigora o sistema de unidade de instrução, no qual o contraditório é a todo

---

1 MAZZILI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1993.



tempo observado, sendo que a polícia judiciária é subordinada ao Ministério Público. A estrutura penal brasileira utiliza o sistema da duplicidade de instrução, em que a persecução penal é desenvolvida em duas partes: uma inquisitória e outra contraditória.

Na maioria dos países da América Latina, o Ministério Público comanda as atividades da polícia judiciária, o que também ocorre em alguns países europeus como França, Itália, Espanha e Portugal. Nesses países, a polícia judiciária foi colocada sob a autoridade e comando imediato do Ministério Público. O México também aderiu a esse sistema, conforme o art. 21 expresso em sua Constituição.

Nos Estados Unidos da América do Norte, os promotores criminais adotam posição extrema de adversidade ao réu, sendo a polícia juridicamente independente do Ministério Público.

No Peru, o Ministério Público é autônomo e hierarquicamente organizado, sendo uma de suas funções vigiar e intervir na investigação do delito desde a etapa policial e promover a ação penal de ofício ou a pedido da parte, sendo-lhe permitido realizar investigações autônomas.

### **3 Os Contornos do Controle Externo da Atividade Policial**

Existe uma resistência, muitas vezes velada, de se aceitar o controle externo da atividade policial, pois, apesar de ser uma determinação legal a presença do Promotor de Justiça na Delegacia, acaba sendo considerada uma intromissão pela polícia judiciária. Não há hierarquia de cargos, mas é inegável que sendo externo deixa transparecer certa interferência, embora legal, e somente com o trato fidalgo, com a devida reciprocidade, pode-se diminuir esta oposição.

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não significa a subordinação da polícia judiciária ao *Parquet*, nem demonstra a superioridade deste sobre aquela. O Ministério Público deve ater-se às atividades-fim da polícia judiciária, não adentrando no controle interno da instituição.

Nesse quadro normativo, cabe ao Ministério Público o ônus de tutelar a sociedade, cumprindo, dessa forma, sua função de fiscal da lei, na tentativa de prevenir e reprimir a criminalidade, um anseio da sociedade, assegurado a todos pela Constituição.

Para o melhor desempenho desse mister, há a demanda de uma maior regulamentação da atividade atribuída ao Promotor de Justiça da área do Controle Externo da Atividade Policial, estabelecendo a forma de operacionalização.

Os Estados brasileiros visando à operacionalização do Controle Externo da Atividade Policial, cada um à sua maneira, iniciaram a regulamentação desse poder. Por meio de Leis Complementares ou Atos, estabeleceram o modo de operacionalização e os limites desse controle.

No Estado de Santa Catarina, a maioria das Promotorias de Justiça ainda não possui a atribuição expressa desse controle definida. Seria necessário, para o bom andamento, que o Controle Externo da Atividade Policial fosse incluído dentre as atividades desenvolvidas. Essa inclusão dar-se-ia por ato da Administração Superior, conferindo a uma Promotoria em específico, ou a todas aquelas que na Comarca possuem atribuição na área criminal, a função de controle externo. Assim, por exemplo, uma Comarca com cinco Promotores de Justiça atuando na área criminal, como júri, juizados especiais criminais e crimes comuns, todos de forma concorrente e disjuntiva, estariam legitimados a exercer os atos de controle.

Impõe-se, obviamente, a sistematização da atuação, com a indicação do coordenador, dentre os Promotores de Justiça legitimados, que gerenciará a operacionalização dos atos de controle externo ordinário e difuso.

Para edificar-se de forma sólida e contundente, deve o solo a ser construído o conceito da operacionalização do controle ser firme, inatingível de sofrer erosão. Deve o Promotor atuante não ceder a temeridade do confronto, pois o ódio irracional e a incompreensão de certos segmentos policiais não deverão servir de empecilho e deverão ser prontamente repelidos.

Para isso, impõe-se uma construção gradual, ininterrupta e

duradoura do controle externo da atividade policial. Superar obstáculos, dissipar preconceitos, inibir a possível aversão causada pela função, além de incitar o conhecimento interno da polícia também é prioritário. Nem sempre o exercício do controle externo será compatível com a expectativa advinda da consciência do Promotor de Justiça, gerada por sua própria convicção e fomentada pela instituição. É preciso compreender que o controle externo sofre limitações. A restrição advém do inconformismo de quem é controlado, num histórico de omissão do exercício dessa função principalmente pelo critério estrutural e orçamentário. As corporações tendem a se unir, impedindo a fiscalização e muitas vezes, infelizmente, agentes são acobertados sob o manto das instituições, quando na realidade deveriam ter sua postura corrigida.

#### **4 Operacionalização do Controle Externo da Atividade Policial**

Dentre os diversos modelos de atos de controle existentes no País, em Santa Catarina melhor se portaria e atingiria os fins almejados com a segurança e êxito que a matéria exige, a indicação de um coordenador entre os Promotores legitimados a agir no âmbito da Comarca.

Assim, incumbirá ao coordenador do grupo local, quando mais de um Promotor de Justiça atuante, definir os locais que se realizarão os atos de controle, responsabilizando-se pelo desempenho das atribuições inerentes à função. Capilarizar a atribuição de controle externo redundará na menor exposição pessoal dos promotores atuantes. A atuação do grupo homogêneo atenuará os desgastes advindos com o desempenho do encargo.

Analisando o tratamento destinado pelos diversos Ministérios Públicos do País, verificamos que o controle externo compreende a atividade da Polícia Civil e Militar, sempre que no exercício do múnus de polícia judiciária, com fins de persecução penal, abrange também, a fiscalização quanto às ilegalidades ou abusos de poder cometidos pela autoridade policial ou seus agentes.

O controle também deverá ser exercido em relação aos agentes

prisionais ou policiais que fiscalizam presos provisórios em delegacias e cadeias públicas. Como essa segregação tem por fim garantir a ordem pública, a segurança da sociedade e permitir a instrução do caderno indiciário e do processo crime, ou seja, está ligada diretamente a atos de investigação e do processo, merece fiscalização por atos de controle.

O controle não deve abranger a atividade policial referente à função administrativa desenvolvida por autoridade ou agente, envolvendo aspectos funcionais ou disciplinares, os quais estão sujeitos à fiscalização hierárquica e poder correccional por parte dos órgãos e autoridades do próprio organismo policial. O Ministério Público deve, contudo, requisitar, com base no art. 82 da Lei Complementar 197/2000, a instauração de procedimento administrativo junto ao órgão competente, sempre que constatadas irregularidades, indicando o responsável.

Não se cogita a ingerência do promotor sobre questões de aspectos econômicos e de ordem interna das polícias, como também se deve respeitar o estilo próprio da autoridade policial em conduzir as investigações e dirimir os conflitos, cuidando sempre de velar pelo fiel cumprimento das normas legais.

Ao iniciar os trabalhos de controle externo, deve o Promotor, buscar informações, visando conhecer a situação da atividade e da estrutura policial na Comarca. A visita constitui-se em uma importante ação inicial a ser adotada permitindo conhecer a realidade local, com a cautela de não adentrar na seara administrativa ou de correição interna da Polícia Civil ou Militar.

O Promotor de Justiça, no cumprimento da atribuição de controle externo da atividade policial, deve conferir os boletins de ocorrência e o seu devido arquivamento na secretaria da Delegacia. Deverá o Promotor de Justiça verificar o despacho do Delegado de Polícia e o seu cumprimento, como também conferir as guias de encaminhamento de entorpecente para perícia ou incineração e guias de encaminhamento de armas apreendidas.

O Ministério Público atua como fiscal da lei, sendo o titular da ação penal. Neste contexto, o Promotor de Justiça, visando à tutela da legalidade, deve acompanhar, quando necessário ou solicitado, a condução da investigação policial civil ou militar. Aplicando as

medidas cabíveis, requisitando à autoridade competente a adoção de providências que visem sanar as omissões indevidas, fatos ilícitos penais ocorridos no exercício da atividade policial, como também prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder.

A ata servirá ao Órgão do Ministério Público como memória do controle externo, devendo conter anexos e as providências requisitadas, servindo de base para a próxima visita. Caso for constatado, na nova visita, que as requisições não foram atendidas, sopesadas as alegações e razões do não atendimento, deverão ser alvo das providências cabíveis na seara extrajudicial, e no âmbito civil e penal. Entendendo razoáveis as alegações que impediram o atendimento da requisição, o Promotor requisitará novamente, estabelecendo um novo prazo, sem prejuízo de eventual comunicação à Corregedoria-Geral de Polícia quando cabível.

Por outro lado, percebe-se que a falta de um controle administrativo interno mais eficiente nas Delegacias de Polícia dificulta o conhecimento da situação fática e o efetivo controle. Verifica-se que inexistente no momento por parte da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado de Santa Catarina, como também pela Corregedoria e Chefia da Polícia Civil, normatização determinando quais os registros que deverão existir junto às Delegacias. Assim, torna-se necessária, urgentemente, a criação dos livros ou banco de dados próprios, otimizando e gerenciando com melhor qualidade o trabalho policial.

O regramento sem dúvida traria reflexo na eficácia do Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público catarinense. A criação de um sistema normativo de controle interno das delegacias de polícia deverá incluir livro de instauração, distribuição e remessa; livro de registro, distribuição de requisições ministeriais e judiciais e de procedimentos; livro de registros de cartas precatórias expedidas e recebidas; livro de registro de procedimentos cautelares propostos perante a justiça (escutas ambientais, interceptações telefônicas, seqüestro de bens, quebra de sigilo, mandados de busca e apreensão, prisões); livro de registro de material e objetos apreendidos ou arrecadados; livro de registro de fianças arbitradas; pasta de B.O.; pasta de comunicações de prisões em flagrante ao Ministério Público, Poder

Judiciário, familiares ou pessoas indicadas, entre outros.

Vale frisar que o controle poderá ser exercido também no âmbito cível, inclusive atraindo o inquérito civil e ação civil pública da área da moralidade administrativa sobre atos praticados por policiais civis e militares quando suas atuações refletirem na persecução penal.

A instauração de procedimentos administrativos preliminares ou inquéritos civis deve ocorrer para a investigação de casos concretos, na maioria das vezes oriundos das próprias inspeções *in loco* ou representações enviadas ao Promotor, quando então poderão ser expedidas recomendações e requisições para a adequação das irregularidades encontradas.

Visando bem atender esse múnus, torna-se, pois, imprescindível a edição de ato normativo, elaborado conjuntamente entre PGJ/CGMP e CPJ, instituindo no âmbito das Promotorias de Justiça com atuação na área criminal e conseqüentemente atuando no Controle Externo da Atividade Policial, a forma de operacionalização e os limites dessa função. Disciplinando, por exemplo, que em cada Comarca os Promotores de Justiça com atribuição Criminal exercerão em conjunto, ou isoladamente, no caso de comarcas iniciais, o Controle Externo da Atividade Policial.

Para garantir eficiência e segurança ao desempenho da função, seria conveniente adotar como plano institucional, que em casos excepcionais, quando solicitado pelos Promotores de Justiça de determinada Comarca, visando evitar exposição pessoal e objetivando atender as peculiaridades regionais, o Procurador-Geral de Justiça designasse Promotores de Justiça em número necessário para atender a demanda imposta, optando por aqueles com semelhante atribuição nas suas Comarcas de origem, preferencialmente circunvizinha, de forma a integrar o Grupo de Atuação Especial do Controle Externo da Atividade Policial, em caráter não permanente, que atuará juntamente com os Promotores da Comarca e com o apoio do Centro de Apoio Operacional Criminal (CCR) e Centro de Apoio Operacional de Investigações Especiais (CIE).

Os Promotores de Justiça criminais que atuam na Comarca, como já mencionado, indicarão o coordenador para officiar nas re-

apresentações apresentadas por pessoas ou entidades. Os Promotores deverão atuar nos procedimentos administrativos criminais que iniciarem e nas ações penais resultantes destes procedimentos, relativos a irregularidades ou infrações penais praticadas no exercício da atividade de polícia judiciária, cabendo-lhes, inclusive, acompanhar as audiências judiciais e prosseguir nos respectivos feitos até decisão final, valorizando e impondo a co-legitimidade para atuar.

Convém ainda que o Promotor de Justiça indicado como coordenador ou o Promotor de Justiça com atribuição na área criminal quando for o único na Comarca, ou ainda, os integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial, deverão atender ao público e receber representação ou petição, de pessoa ou entidade, relacionada a irregularidades ou infrações penais praticadas pela polícia judiciária no exercício de suas funções.

As atividades funcionais dos Promotores de Justiça com atribuição criminal própria na Comarca ou integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial deverão abranger igualmente a apuração e repressão dos delitos que se tornarem conhecidos no decorrer das investigações decorrentes do controle externo. No exercício de suas atribuições, os Promotores de Justiça poderão decretar, fundamentadamente, o sigilo dos procedimentos administrativos que instaurarem, como também, acompanhar as sindicâncias instauradas pelo Corregedor Geral da Polícia Civil.

Recebida a notícia de infração penal praticada no exercício da atividade policial, exceto atividade administrativa não relacionada com a investigação, os Promotores de Justiça com atribuição na área, devem cuidar de sua formalização, decidindo, em seguida, de forma fundamentada, acerca de seu eventual arquivamento, de instauração de procedimento administrativo ou de requisição de inquérito policial e, sendo o caso, dar o devido encaminhamento processual.

No caso de arquivamento da notícia de infração penal, os Promotores de Justiça ou integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial deverão promover o arquivamento administrativo na Promotoria, remetendo o procedimento ao Centro de Apoio Operacional Criminal.

Os Promotores poderão instaurar procedimentos administrativos na área de sua atribuição, nos termos dos artigos 82 a 90 da Lei Orgânica do MP/SC e do Ato nº 001/04/PGJ/CGMP, de 05 de outubro de 2004, que instituiu o Procedimento Investigatório Criminal. E como já dito, invocar o sigilo.

O mais importante é conscientizar que cada Promotor de Justiça realize em sua respectiva Comarca, ou o Grupo Especial quando criado, visitas mensais aos estabelecimentos policiais, para os fins previstos na Lei Estadual Complementar nº 197/2000, verificando-se a existência dos registros e a correta anotação das ocorrências e seus encaminhamentos. Esses atos de controle de forma periódica e sistemática, com a elaboração da ata de visita aos estabelecimentos policiais, a qual conterà todas as constatações e ocorrências, assim como eventuais deficiências e irregularidades, para em seguida dar o devido encaminhamento, constituem-se em passo importante para a consolidação do Controle Externo.

Ressalta-se que a atribuição de controle externo da atividade policial militar, referente à persecução penal, desde a requisição até o término da instrução do inquérito policial militar para apuração de crime militar, incube a Promotoria de Justiça com atribuições da Auditoria Militar nos casos previstos em lei. Porém, acredita-se que essa atribuição possa ser exercida de forma concorrente com a Promotoria de Justiça do Controle Externo, em razão do local do fato, sendo que na fase processual as atribuições serão exclusivas do Promotor de Justiça da Auditoria Militar.

## **5 Considerações Finais**

Dizer-se nova a função de controle externo da atividade policial é enganoso. Contudo, incipiente é a atividade nos moldes em que foi delineada e aguarda sua construção de forma uníssona quanto aos procedimentos a serem adotados no âmbito da instituição ministerial. O controle externo não vem produzindo os frutos esperados. Como função destacada, ainda não conquistou o público a que se dirige. Por inúmeras razões, já conhecidas de todos – poucos recursos estruturais,



defasagem de pessoal, acúmulo de atribuições - os Promotores de Justiça limitam-se a desempenhar o trabalho que sempre foi feito, o que reflete nos insignificantes resultados até então obtidos. Urge sistematizar a operação, definir metas, capacitar os operadores e colher resultados.

Ao mesmo tempo, torna-se imperativa a construção de um conceito novo de Promotor criminal, em que esse sinta que o seu trabalho torna-se ainda mais importante e dignificante quando atua em ações extrajudiciais que iniba ou diminua a prática de crimes do que propriamente quando deflagra uma ação penal. É tão salutar e eficiente quando cria mecanismos para decrescer os índices de homicídios ou de outras ocorrências criminais em determinado bairro de seu município de atuação quanto atuar brilhantemente e obter uma condenação no Tribunal do Júri. Essa é uma função histórica inerente a nossa atuação. Aquela é inabitual, insólita, que necessita nossa atenção.

A recrudescência das nossas atividades criminais se impõe. O controle externo da atividade policial é uma função que renova com maior intensidade nossas habituais atribuições e deve ser abraçada com clamor.

Sendo o Ministério Público uma instituição que se afirma inspirada por ideais de defesa da sociedade e do regime democrático, natural que assumisse o encargo de agir para que a sociedade fique menos à mercê da criminalidade e dos criminosos. A assombrosa escalada avassaladora do crime impõe que o dono da ação penal abandone o medievalismo e penetre nesse novo desafio, extirpando se necessário for agentes policiais nocivos ao sistema e exigindo lisura, transparência, dinamismo e eficiência nas investigações. Estamos num tempo de tratar o crime na sua universalidade, analisando seu fenômeno e trabalhar visando a sua redução.

Conceber um Ministério Público ao mesmo tempo atuante, sensível aos clamores sociais, eficaz no cumprimento do dever de exercer o controle externo da atividade policial e compreensível quanto às dificuldades enfrentadas pelas polícias, mas sobretudo, firme e austero na rotina de zelar pela moralidade e legalidade dos atos policiais, é o grande desafio que emerge da nossa rotina diária e que precisamos enfrentá-lo com disposição e galhardia.



ASSUNTO ESPECIAL: CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

## O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E A ORDEM ESTAMENTAL

Raul Schaefer Filho<sup>1</sup>  
*Procurador de Justiça - SC*

“Por que o Ministério Público resolveu exercer essa atividade? ...nós resolvemos exercer porque é nossa obrigação. E é muito simples e por vezes a gente tem que lembrar que as nossas atribuições não são simples faculdade que podem ser ou não exercidas conforme a nossa vontade”  
(Luiz Antonio Guimarães Marrey - MP/SP)

Dentre as funções institucionais do Ministério Público, apontou a Constituição Federal de 1988 o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF) e, expressamente, disse que tal exercício será efetivado na forma da lei complementar da União e dos Estados que deve estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto da Instituição no âmbito federal e estaduais (art. 128, § 5º, CF), entendendo Julio Fabbrini Mirabete tratar-se a disposição constitucional de norma de eficácia limitada ou reduzida,

porque não tem aptidão para produzir, por si mesma, todos os seus efeitos essenciais, devendo ser regulamentada por leis complementares. Por estas deverá ser regulada a fiscalização da polícia

---

1 Colaboraram: Karina Homem, Camila Helena Lazzari e Kelly Mariana dos Santos, Estagiárias do Ministério Público de Santa Catarina

judiciária, não em todas as suas atividades, pois não se permite pelos dispositivos citados poderes gerais de tutela nem ascendência hierárquica ou disciplinar do Ministério Público sobre as polícias civil ou militar, mas para se prever mecanismos de controle *in genere* no sentido de assegurar a colheita de elementos seguros, de forma lícita, para a instauração do devido processo legal (**Processo Penal, Atlas, 1997**).

Observando o comando constitucional a Lei Complementar n. 75/93 – Lei orgânica do Ministério Público da União, de aplicação subsidiária e suplementar às demais leis complementares estaduais que cuidam dos estatutos do Ministério Público nesse âmbito, de conformidade com a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), contemplou dispositivos pertinentes aos objetivos e mecanismos ao exercício dessa atividade *custos legis*, tanto por meio de medidas judiciais como extrajudiciais, repelindo, sintomaticamente, a advocatória. Seguindo, no particular, *mens legislatoris* adotada pelas várias comissões formadas na Constituinte de 1988.

A Lei Complementar catarinense (nº 197, de 13.07.2000), instituidora da nossa Lei Orgânica do Ministério Público, ao disciplinar a atividade do controle externo da polícia judiciária e militar (art. 80, XVII), adota o instituto do advocatório (alínea “i”), rompendo o sistema democrático estamental (art. 144, CF).

Embora não possua a polícia de investigação a absoluta independência na apuração de crimes – vez que, em caso contrário, estaria mandando ao oblívio o princípio segundo o qual é o Ministério Público o dono da ação penal –, ela detém atribuições e competência que devem perfazer, no âmbito da separação dos poderes, o asseguramento de direitos fundamentais, adotados em consagração pela Carta Magna de 1988. Não é para menos que o colega carioca Luiz Fabião Guasque, em elogiável trabalho publicado na **Revista de Direito do Rio de Janeiro nº 3, 1996**, deixou consignado que

também são garantias dos direitos individuais a separação dos poderes e a determinação precisa das atribuições de cada um deles e da competência de

cada um de seus órgãos. É especialmente importante que eles exerçam mútuo contraste e vigilância de modo que nenhum possa exorbitar sem incorrer na censura e correção de outros. Os poderes são independentes enquanto agem dentro da lei. Se a infringem, subpõem-se à ação corretiva dos outros. [...] Por isso, a expressão ‘controle externo da atividade policial pelo Ministério Público’, não significa ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao *parquet*. Mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa assegurados na carta de 1988.

Sinaliza na mesma direção o digno membro do Ministério Público Federal e professor da UERJ Juarez Tavares, quando alerta ser

inconcebível que se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale, precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania (mencionado por Guilherme de Souza Nucci em seu **Código de Processo Penal Comentado**, RT, 2004).

Na verdade, consoante o sistema legislativo vigente, a presidência do instrumento repositório da investigação – chamado inquérito policial – cabe, ainda, à autoridade policial, conquanto possa e é de rigor que o faça, em decorrência da sua posição no processo penal brasileiro, o Ministério Público requisitar, acompanhar, orientar ou direcionar, as diligências realizadas ou por se realizar, pertinente à colheita da prova mais esclarecedora. E por isso, por significar peça de manejo do seu trabalho específico, não fica sujeito à subtração, máxime por órgão sem relação de hierarquia estamental. Não representa, de outro lado, tal fato, tecla de tolhimento à atividade investigativa patrocinada pelo próprio Ministério Público, vez que a polícia não

detém, na hipótese, a exclusividade da apuração de infração penal.

De qualquer sorte viola, a ordem estamental democrática a expressão “avocar inquérito policial em qualquer fase de sua elaboração”, constante da alínea “i” do inciso XVII do artigo 82 da Lei Complementar nº 197, de 13.7.2000, do Estado de Santa Catarina, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público e adota outras providências, por usurpação de específica competência, excedendo os paradigmas do controle externo constitucionalmente atribuído ao Ministério Público (art. 129, VII, CF).

Ressente-se, entretanto, essa atividade fiscalizadora, de mais nítidos contornos e avanços, com a obnubilação ainda impedindo o Ministério Público de assumir de vez o controle do inquérito policial. Sabe-se, todavia, que a caminho já se encontram projetos de lei.

Aliás, proverbial escólio de Aury Lopes Junior (**Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, Lumen Juris, 2005**):

A polícia judiciária somente se justifica como órgão auxiliar, destinado a apoiar aqueles que representam o Estado na administração da justiça. Como tal, deve ser dependente, no plano funcional, dos juízes e promotores, que não só requisitam sua intervenção, mas que também dirigem sua atividade de polícia judiciária. Não existem motivos racionais para defender uma completa independência da polícia no desempenho de atividades de caráter judicial, pois o fundamento da sua existência está exatamente em atuar conforme e segundo a necessidade dos órgãos que administram a justiça.

Oxalá!

ASSUNTO ESPECIAL: CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

## ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Sandro Ricardo de Souza  
*Promotor de Justiça - SC*

### 1 Justificativa

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, inovação trazida pela Constituição da República de 1988, desde então vem gerando polêmica. E esta polêmica parece ter se transformado em entrave à adoção de medidas para a implementação desta norma constitucional, muito embora exista regramento da matéria em nível infraconstitucional.

Para que se alcance a plena eficácia desta função institucional, é necessário compreendê-la corretamente, evitando-se alimentar a controvérsia que envolve o assunto e principalmente o embate institucional. Aliás, a expressão “controle externo”, seja qual for sua natureza, encontra forte resistência no corporativismo, que costuma censurá-la como uma indevida intromissão na instituição.

Por isso, a discussão do tema “controle externo da atividade policial” deve ser estimulada, na medida em que contra-argumentos e novas idéias poderão surgir e dar vida a soluções que representem

o real objetivo do legislador constituinte que instituiu tal função ao *dominus litis*.

O presente texto, então, traz um ponto de vista englobando alguns controvertidos aspectos do tema para discussão.

## 2 Fonte normativa, conceituação e abrangência

O controle externo da atividade policial é função institucional do Ministério Público arrolada no inciso VII, do art. 129 da Constituição da República. Tal dispositivo não encontra correlato nas Constituições anteriores, sendo, portanto, inovação da Carta de 1988.

Diz o art. 129, da CR:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

*VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.*

Percebe-se, inicialmente, que não houve restrição por parte do legislador quanto ao tipo de atividade policial a ser alvo do controle externo pelo Ministério Público. Também se vê que o constituinte reservou a complementação da matéria às Leis de iniciativa dos chefes dos Ministérios Públicos da União e Estados (art. 128, § 5º, da CR).

No caso específico de Santa Catarina, sem embargo dos dispositivos inseridos na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93) e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), a matéria foi regulada através da Lei Complementar nº 197/2000 que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina e adotou outras providências. Dispõe o art. 82 da Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina:

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

[...]



XVII - exercer o controle externo da atividade policial, civil ou militar, podendo, dentre outras medidas administrativas e judiciais:

- a) ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- b) ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de polícia judiciária, ou requisitá-los;
- c) requisitar à autoridade competente a adoção de providências para sanar a omissão ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- d) requisitar à autoridade competente a abertura de inquérito sobre a omissão ou fato ilícito ocorridos no exercício da atividade policial, determinando as diligências necessárias e a forma de sua realização, podendo acompanhá-las e também proceder diretamente a investigações, quando necessário;
- e) acompanhar atividades investigatórias;
- f) recomendar à autoridade policial a observância das leis e princípios jurídicos;
- g) requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
- h) exigir comunicação imediata sobre apreensão de adolescente;
- i) avocar inquérito policial em qualquer fase de sua elaboração e requisitar, a qualquer tempo, as diligências que se fizerem necessárias;

§ 1º O controle externo da atividade policial será exercido tendo em vista:

I - o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios

informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

II - a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

III - a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

IV - a indisponibilidade da persecução penal;

V - a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública;

VI - outros interesses, direitos e valores relacionados ao exercício da atividade policial.

§ 2º A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade policial estadual, deverá ser comunicada imediatamente ao membro do Ministério Público que tenha atribuição para apreciá-la, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

§ 3º Cabe ao Ministério Público receber notícia, representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade representativa de classe, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e na Constituição do Estado, dando-lhes andamento no prazo máximo de trinta dias.

§ 4º Toda a representação ou petição formulada ao Ministério Público será distribuída entre os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la, observados os critérios fixados pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

§ 5º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.

A Lei que deu complemento ao comando constitucional em nosso Estado criou um leque de medidas (administrativas e judiciais) e providências para dar efetividade ao controle externo da atividade policial. Porém, algumas delas apresentem-se genéricas (art. 82, inciso VII, letra “c”) e até mesmo sem pertinência às atribuições do Ministério Público Estadual (art. 82, § 1º, inciso I – “respeito aos princípios informadores das relações internacionais”) o que tem dificultando sobremaneira, inclusive por parte dos próprios integrantes do Ministério Público Catarinense, a compreensão do verdadeiro alcance e abrangência desta função institucional.

Os estudiosos são unânimes em afirmar que o controle externo da atividade policial a cargo do Ministério Público, constitui-se em mecanismo de fiscalização de outra atividade estatal - a apuração da infração penal e sua autoria - atribuída às chamadas Polícias Judiciárias, já que o resultado desta missão, materializado através dos Inquéritos Policiais, Termos Circunstanciados e outros procedimentos congêneres, serve de base à ação penal pública, cuja deflagração é de titularidade exclusiva do Ministério Público.

Hugo Nigro Mazzili, com propriedade ensina que *“o controle externo da atividade policial é um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a opinião delicti do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial”*.<sup>1</sup>

No mesmo sentido, Pedro Roberto Decomain leciona que *“a possibilidade do controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público deve ser encarada precipuamente como voltada ao controle das atividades de polícia judiciária, porque direcionadas primordialmente a subsidiar o Ministério Público para o exercício da ação penal pública”*.<sup>2</sup>

Portanto, a doutrina encarregou-se de dar contornos ao controle externo da atividade policial, reconhecendo-o como um instrumento

---

1 MAZZILI, Hugo Nigro, **Regime Jurídico do Ministério Público**. 2. Ed., Ed. Saraiva, 1995, São Paulo, p. 232/233.

2 DECOMAIN, Pedro Roberto, **Comentários à Lei Orgânica do Nacional do Ministério Público**. Ed. Obra Jurídica, Florianópolis, 1996, p. 184.

de que se vale o órgão acusador para fiscalizar a atividade estatal responsável pela investigação de crimes e cujo resultado servirá de fundamento à ação penal pública que, privativamente, lhe cabe promover (art. 129, I, da CR).

Com efeito, este deve ser o alcance desta função institucional, restrito à fiscalização dos atos de persecução policial, sejam eles emanados da Polícia Civil ou Militar, posto que tal atividade administrativa do Estado guarda conexão com a principal função institucional do Ministério Público: a de promover a ação penal pública. Vale dizer, uma função depende da outra e por tal razão instituiu-se este mecanismo de controle.

Pode-se concluir que o objetivo do legislador constituinte foi o de permitir que o órgão do Estado encarregado do *jus perseguendi in judicio*, sendo diverso daquele que realiza as investigações criminais, possa acompanhá-las e fiscalizá-las, assegurando, desta forma, uma boa prova indiciária a justificar a deflagração da ação penal. A abrangência desta função Ministerial deve cingir-se, então, aos atos de persecução policial, pois deles depende a solidez e certeza da ação penal.

De outro lado, sabe-se que o Inquérito Policial não é imprescindível ao oferecimento da denúncia, mas o que se verifica na prática é que as ações penais estão, em sua grande maioria, instruídas por eles, daí a preocupação de se dar efetividade ao mecanismo de controle externo. Também não se deve olvidar que o próprio órgão do Ministério Público possui legitimidade para colher subsídios probatórios a informar a persecução penal.

O alargamento do espectro de abrangência do controle externo da atividade policial, contudo, pode gerar conflitos interinstitucionais. Por essa razão, impõe-se a cautela para que o Ministério Público, sob o pretexto de zelar pela prova que lhe servirá à ação penal, não se exceda e se transmude em verdadeiro órgão censório de policiais. Há que se distinguir o controle “externo” a ser exercido pelo Ministério Público, do controle “interno”, institucional, portanto.

Não se está afirmando, entretanto, que o Ministério Público não deva agir diante de eventuais ilícitos praticados por policiais. Porém,

deverá fazê-lo não através do exercício do controle externo da atividade policial, mas sim, por meio do órgão de execução competente.

Neste prisma, cumpre observar que uma das medidas judiciais previstas em nossa legislação como instrumento para o exercício do controle externo da atividade policial – a ação penal por abuso de poder – a nosso sentir, não se justifica como mecanismo de controle da atividade de persecução policial.

### **3 A ação penal por abuso de poder como medida de efetivação do controle externo da atividade policial**

O art. 9º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/93, dispõe que o controle externo da atividade policial será exercido por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo o Ministério Público, entre outras providências, “promover a ação penal por abuso de poder”. Este dispositivo encontra similar na Lei nº 8.625/93, porém, a Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina não contemplou tal atribuição entre aquelas elencadas no seu art. 82. Porém, por força do art. 276 da Lei Complementar nº 197/2000, pode-se aplicar o disposto no art. 9º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/93 subsidiariamente.

No entanto, questionável a eficiência e utilidade desta medida judicial – ação penal por abuso de poder – para um efetivo controle da atividade de persecução policial. Como afirmado anteriormente, tal função institucional foi introduzida em nosso ordenamento jurídico visando conferir ao Ministério Público meios de acompanhar a coleta de provas pela autoridade policial e, assim, fortalecer a pretensão punitiva deduzida no processo acusatório.

Então, o exercício desta função se dará através de atividades de vigilância e fiscalização dos atos de persecução policial, antecipando-se a qualquer irregularidade ou ilícito que eventualmente possa desperdiçar ou arruinar provas importantes para o processo penal. Assim, se no decorrer das atividades que lhe competem, integrantes da força policial praticam crimes, embora sua conduta possa ter reflexos na prova indiciária, tal ilícito deverá ser apurado ordinariamente como qualquer outro, não reclamando, portanto, medidas

de “controle externo pelo Ministério Público”, fulcradas no art. 129, inciso VII, da CR. O procedimento que irá apurar tal ilícito penal, aí sim, reclama a vigilância e fiscalização do Promotor de Justiça como ato de controle externo por excelência, para que o espírito de corpo não se sobreponha a cânones constitucionais e faça do respectivo Inquérito Policial, um faz de conta.

Igualmente, de nada adianta o manejo da ação penal por abuso de poder (*rectius*: abuso de autoridade) quando já não mais será possível zelar pela prova indiciária, fragilizada ou mesmo perdida, assim, pelo cometimento do referido crime. A atividade fiscalizatória deve se antecipar a qualquer conduta que coloque em risco os elementos de convicção necessários à propositura da ação penal.

E não só por isso. À época em que editada a regra específica não vigorava a Lei nº 9.099/95, que passou a considerar os crimes de abuso de autoridade como de menor potencial ofensivo, contemplando providências despenalizadoras. E, dada a realidade atual dos juízos criminais, ações penais por tais delitos geralmente são fenecidas pelo mal da prescrição.

Por outro lado, a avaliação dos reflexos do crime de abuso de autoridade no contexto dos indícios probatórios requer um exame subjetivo de cada caso, já que nem todo delito desta natureza cometido por policiais trará conseqüências à prova a subsidiar a ação penal, o que não justificaria a existência do dispositivo legal em exame como instrumento para o exercício do controle externo previsto no art. 129, inciso XVII, da CR. Aliás, este exame subjetivo de cada caso tem tudo para se tornar fonte fecunda de futuros conflitos de atribuição perante a Corregedoria-Geral do Ministério Público.

A propósito, vale trazer à baila o Ato PGJ nº 71/00/MP da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, que disciplina as atribuições da 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itajaí, *verbis*: “*atuar nos processos de execução penal, nos relativos a delitos de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), tortura (Lei nº 9.455/97), contra a administração pública (Título XI do Código Penal) e exercer o controle externo da atividade policial*”. Ora, fossem os delitos de abuso de autoridade e também os de corrupção de policiais vinculados naturalmente ao controle externo da atividade policial, não se fazia necessário o

destaque feito a tais matérias quando da edição do Ato.

É claro que não deve o Promotor de Justiça furtar-se ao conhecimento de reclamações ou denúncias envolvendo abusos ou ilegalidades cometidas por policiais, mesmo porque isto está regulado tanto na Lei Orgânica Nacional como na Estadual. Para tanto, leia-se o art. 82, inciso XVII, letras “c”, “d” e “g” da Lei Complementar nº 197/2000. No entanto, não há que se exercer o controle externo através de processos judiciais por crime de abuso de autoridade, mas sim, antecipar-se o Ministério Público na vigilância aos atos de persecução, procedendo a recomendações, orientações e requisições para instauração de procedimentos, bem como, acompanhar a apuração de tais ilícitos pela própria instituição policial.

Esta função institucional – controle externo da atividade policial – está intimamente ligada ao exercício da ação penal pública, pelo que não há como se dissociar uma da outra. Aqui, tem-se outro aspecto controvertido do assunto: considerá-lo critério definidor de atribuição de Promotorias de Justiça.

#### **4 O controle externo como critério definidor de atribuição de Promotorias de Justiça**

No Estado de Santa Catarina, algumas Promotorias de Justiça detêm atribuição específica de exercer o controle externo da atividade policial. Exemplos: a 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão e 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itajaí. Em Outras comarcas, no entanto, não há previsão expressa para o exercício desta função (Promotorias das Comarcas da Capital e Blumenau), constando no Ato administrativo apenas a menção de oficiar perante este ou aquele juízo criminal.

Porém, partindo-se da premissa que o controle externo da atividade policial é uma atividade de fiscalização e vigilância, o Promotor de Justiça com atribuição para oficiar perante juízos criminais, obrigatoriamente, deverá exercer o chamado controle externo da atividade policial, pois é através desta função institucional que estará garantindo êxito à ação penal, cuja atribuição de propor é sua.

Exemplo claro do exercício deste controle externo é o requerimento de devolução dos autos à autoridade policial para a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, formulado com base no art. 16 do Código de Processo Penal, não se concebendo que um Promotor baixe os procedimentos às Delegacias de Polícia e outro vá deflagrar a ação penal.

Assim, inviável se desvincular o exercício do controle externo da atividade policial ao próprio exercício da ação penal. Se existe um membro do Ministério Público oficiando perante um Juízo Criminal é ele quem deverá exercer o controle externo da atividade policial, pois, mais do que ninguém, saberá de que forma acompanhar a atividade investigatória, otimizando-a, para que “sua” futura ação penal não venha a ruir sob a mais tênue brisa.

De outra banda, não há que se perquirir se esta ou aquela situação concreta encontra-se na esfera de atribuição do Promotor de Justiça que exerce o controle externo da atividade policial, mesmo que caracterizadora de crime. Esta função deve ser exercida permanentemente pelo Promotor de Justiça com atribuição criminal, como forma de garantir lisura à prova a ser reproduzida no sumário da culpa. Conforme dito, se policiais praticam crimes, sejam eles responsabilizados como qualquer outro funcionário público, agindo o controle externo sobre a apuração do fato e não sobre suas conseqüências.

Convém argumentar que não só o Inquérito Policial instrui ações penais. Os procedimentos oriundos do IBAMA, FATMA, Vigilância Sanitária, PROCON e Fiscalização da Fazenda, *v.g.*, constituem-se em valiosos elementos de prova aptos a justificar a deflagração da ação penal. Porém, não se tem regramento para o controle externo destas atividades que apresentam nítido perfil persecutório. Os ilícitos eventualmente praticados pelos integrantes de tais instituições, ainda que trouxessem embaraços à prova indiciária, então, deveriam ser conhecidos obrigatoriamente pelo Promotor de Justiça com atribuição específica para exercer o controle externo da atividade policial? Evidentemente que não! Da mesma forma, não há como se vincular os ilícitos praticados por policiais, somente em razão de sua condição profissional, ao Promotor de Justiça responsável pelo controle externo da atividade policial.



As atividades administrativas exercidas por policiais como a guarda de presos em Delegacias ou Presídios, Detran e outras afins, igualmente, não podem ser fiscalizadas pelo Ministério Público valendo-se da prerrogativa de exercer o controle externo da atividade policial, já que elas não guardam pertinência com a atividade de polícia judiciária.

Portanto, ao Promotor de Justiça com atribuição criminal incumbe exercer o controle externo da atividade policial, cabendo à instituição estabelecer regras para dar efetividade a tal mister. Só e só. Procedimentos que envolvam crimes praticados por policiais, ou outras situações concretas deverão sofrer apuração através do competente procedimento investigatório – tanto pela instituição policial como pelo próprio Ministério Público – e no primeiro caso, o feito deverá ser distribuído às Promotorias de Justiça regularmente, conforme as regras de atribuição já previamente estabelecidas.

## 5 As medidas de efetivo controle

Além das medidas elencadas nas Leis Orgânicas do Ministério Público – e o próprio artigo 16 do CPP – alguns Estados da Federação, através dos seus respectivos Procuradores-gerais de Justiça, editaram Atos regulamentando o exercício do controle externo da atividade policial – o que gerou certo inconformismo por parte de componentes da Polícia, diga-se – e neles se vê como deve ser exercida tal função.

Tais orientações – com claro cunho extraprocessual, imanente ao exercício do controle externo – dão ênfase às visitas e inspeções em Delegacias de Polícia e estabelecimentos penais, bem como, à fiscalização da regularidade dos Inquéritos Policiais e registros de ocorrência.

Com efeito, trata-se de uma forma de verificar a regularidade das atividades persecutórias da Polícia, constatando-se *in loco* a tramitação dos Inquéritos Policiais e congêneres. Mas é preciso que exista, nestas instituições, algum sistema de registro das atividades policiais, caso contrário, torna-se difícil exercer algum tipo de controle.

Mesmo assim, na hipótese de existirem sistemas de registro ou controle, deve-se ter cautela para que o Ministério Público não esteja, com suas visitas ordinárias às Delegacias de Polícia e inspeções, chancelando algum tipo de ilicitude.

Impende registrar, ainda, a difícil tarefa de conciliar o cotidiano de uma Promotoria de Justiça criminal, com inúmeras audiências diárias e infundáveis procedimentos aguardando estudo e exame, à incumbência de inspecionar, nas Delegacias de Polícia, as atividades de Polícia Judiciária.

Mas, independentemente das medidas já previstas em Lei ou ato administrativo, o titular da ação penal pode exercer o controle externo não só através das devoluções dos feitos na forma do art. 16 do Código de Processo Penal o que em alguns casos pode ser tardio. A expedição de recomendações e orientações à autoridade policial são instrumentos de grande valia para o fortalecimento do acervo probatório a servir de fundamento para a ação penal. E esse controle preventivo se justifica para evitar possível frustração na produção de provas, pois, na prática, quando o caderno processual aporta em juízo, muitas vezes, já não mais é possível reunir os necessários indícios a serem reproduzidos no processo judicial.

Não se pode perder de vista, para tanto, o alcance da função institucional em debate. As orientações e recomendações devem ter por objeto as atividades de persecução policial, não se apresentando razoável, *v.g.*, que o Promotor de Justiça, com base no art. 129, VII, da CR, recomende a realização de blitz policial em determinadas localidades da Comarca, nada impedindo que se faça isso sob outra prerrogativa. Deve-se ter em mente, ainda, o princípio da razoabilidade, notadamente, quando da verificação dos prazos de conclusão dos procedimentos pela autoridade policial.

É certo, enfim, que sem uma integração entre os órgãos estatais responsáveis pela investigação criminal (polícia) e pela posterior acusação em juízo (Ministério Público), não se fortalecerá a ação penal e a função jurisdicional poderá restar prejudicada.

## 6 Em conclusão

Ao controle externo da atividade policial, importante função institucional do Ministério Público, é preciso conferir efetividade. Primeiro, para que se compreenda o verdadeiro alcance e finalidade desta função institucional, delimitando-se o campo de atuação e as atribuições dos órgãos de execução, afastando-se entendimentos que venham a provocar resistência institucional dos órgãos policiais. Também, para que esta função institucional seja devidamente valorizada no contexto processual penal, permitindo ao Promotor de Justiça acompanhar ativamente as investigações criminais e fortalecer a acusação em juízo.

A violência decorrente do avanço da criminalidade hoje vivenciada pela sociedade reclama, cada vez mais, um Ministério Público atuante no campo penal, que acompanhe o momento preliminar da coleta dos indícios probatórios do crime e assegure, com isso, êxito no seu papel de *dominus litis*. Dar efetividade ao exercício do controle externo da atividade policial é valorizar o exercício da ação penal pública pelo Ministério Público e, em última razão, contribuir para que haja uma correta entrega da prestação jurisdicional.



ASSUNTO ESPECIAL: CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

## ATA DA 5<sup>A</sup> REUNIÃO DA COMISSÃO DE ESTUDOS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Centro de Apoio Operacional Criminal  
*Ministério Público - SC*

Aos trinta dias do mês de abril do ano de dois mil e quatro, às nove horas e trinta minutos, na Sala de Reuniões do Centro de Apoio Operacional Criminal, no 4<sup>a</sup> andar do Prédio Sede da Procuradoria-Geral de Justiça, compareceram para a quinta reunião da comissão de estudos para o exercício do controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina: o Dr. **PAULO ANTÔNIO LOCATELLI**, Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal, o Dr. **RICARDO FRANCISCO DA SILVEIRA**, Promotor de Justiça da 2<sup>a</sup> Promotoria de Justiça da Capital, o Dr. **CARLOS HENRIQUE FERNANDES**, Promotor de Justiça da 8<sup>a</sup> Promotoria de Justiça de Lages, o Dr. **CÉSAR AUGUSTO GRUBBA**, Promotor de Justiça da 11<sup>a</sup> Promotoria de Justiça de Joinville, a Dra. **HAVAH E. P. DE ARAÚJO MAINHARDT**, Promotor de Justiça da 2<sup>a</sup> Promotoria de Justiça de Rio do Sul e o Dr. **SANDRO RICARDO DE SOUZA**, Promotor de Justiça da 1<sup>a</sup> Promotoria de Justiça de Tubarão. Abrindo a reunião, na ordem da pauta, chegou-se às seguintes conclusões:

## **Conclusões da Comissão de Estudos do Controle Externo da Atividade Policial**

A Comissão de Estudos do Controle Externo da Atividade Policial reuniu-se em cinco oportunidades: 14 e 28 de novembro de 2003; 5 e 17 de março de 2004, 30 de abril de 2004. Após os debates e discussões, e considerando que:

A Constituição da República assegura incumbir ao Ministério Público a defesa do regime democrático (art. 128), o qual tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e lhe atribui, como uma de suas funções institucionais, o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII);

A Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (Lei Complementar n. 197/2000) disciplina no art. 82, XVII o exercício do controle externo da atividade policial por meio de medidas administrativas e judiciais, elencando os princípios que deverão servir de vértice para essa atuação;

### **Conclui-se:**

1 - Há a necessidade de regulamentação do exercício das atribuições afetas ao Promotor de Justiça da área do Controle Externo da Atividade Policial, estabelecendo a forma de operacionalização junto às Promotorias;

2 - O Controle Externo inclui a atividade da Polícia Civil e Polícia Militar, sempre que no exercício do múnus de polícia judiciária, com fins de persecução penal, abrangendo também, a fiscalização quanto as ilegalidades ou abusos de poder cometidos pela autoridade policial ou seus agentes;

3 - A atribuição de controle externo da atividade policial militar, referente a persecução penal, desde a requisição até o término da instrução do IPM para apuração de crime militar, caberá a Promotoria de Justiça com atribuições da Auditoria Militar podendo atuar de forma concorrente com a Promotoria de Justiça com atribuições em

razão do local do fato, sendo que na fase processual suas atribuições são exclusivas.

4 - O Controle Externo da Atividade Policial será exercido em relação aos agentes que fiscalizam presos em delegacias, cadeias públicas (presos provisórios), contudo, não abrange a atividade policial referente a função administrativa desenvolvida por autoridade ou agente, envolvendo aspectos funcionais ou disciplinares, os quais estão sujeitos à fiscalização hierárquica e poder correicional por parte dos órgãos e autoridades do próprio organismo policial;

5 - O Controle Externo da Atividade Policial poderá ser exercido no âmbito cível, inclusive atraindo o inquérito civil e ação civil pública da área da moralidade administrativa sobre atos praticados por policiais civis e militares quando suas atuações refletirem na persecução penal;

6 - Não há necessidade de instauração de procedimento administrativo ou inquérito civil para o exercício do Controle Externo da Atividade Policial, que será exercido a partir de visitas aos estabelecimentos policiais, lavrando-se documento próprio. A instauração de procedimentos administrativos preliminares ou inquéritos civis se dará para a investigação de casos concretos, na maioria das vezes oriundos das próprias inspeções *in loco* ou representações enviadas ao Promotor, e poderão ser expedidas recomendações e requisições para a adequação das irregularidades encontradas (p.ex: atraso conclusão de inquérito, rasuras etc...);

7 - É salutar a requisição de informações pelo Promotor de Justiça junto à autoridade policial da Comarca, visando conhecer a realidade local, tendo a cautela de não adentrar na seara administrativa ou de correição interna da Polícia Civil ou Militar;

8 - Na maioria das Comarcas do Estado as Promotorias de Justiça ainda não possuem a atribuição do Controle Externo da Atividade Policial definida, havendo a necessidade de incluí-la entre as atividades das Promotorias de Justiça de Entrâncias Intermediária, Final e Especial, com a designação de qual Promotor com atuação criminal exercerá a atribuição do Controle Externo da Atividade Policial;

9 - Inexiste por parte da Secretaria de Estado de Segurança

Pública e Defesa do Cidadão, como também pela Chefia da Polícia Civil, normatizando determinando quais os livros de registros que deverão existir junto às Delegacias, necessitando-se urgentemente a criação dos livros próprios;

PARA TANTO, são necessárias a adoção das seguintes medidas:

a) CRIAÇÃO DE UM PROGRAMA JUNTO AO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL VISANDO DAR SUPORTE TÉCNICO-JURÍDICO AO PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE IRÁ EXERCER AS FUNÇÕES DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL, ALÉM DE SERVIR COMO BANCO DE DADOS DAS INFORMAÇÕES REPASSADAS PELOS PROMOTORES APÓS A REALIZAÇÃO DAS ATAS DE VISITAS AOS ESTABELECIMENTOS POLICIAIS;

b) FORMAÇÃO DE UMA EQUIPE DE PROFISSIONAIS HABILITADOS JUNTO AO CCR PARA PRESTAREM AUXÍLIO AOS PROMOTORES DE JUSTIÇA NO CUMPRIMENTO DAS ATRIBUIÇÕES DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL, PRINCIPALMENTE QUANDO DAS VISTORIAS E INSPEÇÕES NAS UNIDADES POLICIAIS;

c) REALIZAÇÃO DE ENCONTRO COM OS PROMOTORES DE JUSTIÇA VISANDO DISCUTIR A OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL;

d) ENCAMINHAMENTO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA AO EGRÉGIO COLÉGIO DE PROCURADORES (ART. 20, XII - LEI ORGÂNICA DO MP/SC), DE PROPOSTA QUE INCLUA NAS ATRIBUIÇÕES DOS PROMOTORES INICIAIS O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL, E DESTINE AO MENOS UM PROMOTOR DE JUSTIÇA CRIMINAL QUE ATUA NAS COMARCAS DE ENTRÂNCIA INTERMEDIÁRIA E FINAL; E DE NO MÍNIMO DOIS PROMOTORES DE JUSTIÇA PARA NA COMARCA DE JOINVILLE (ENTRÂNCIA FINAL) E NA CAPITAL DE ENTRÂNCIA ESPECIAL, EXERCEREM ESSA ATRIBUIÇÃO;

e) ENCAMINHAMENTO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DE SUGESTÃO À CHEFIA DA POLICIA CIVIL DA CRIA-



ÇÃO DE UM SISTEMA NORMATIVO DE CONTROLE INTERNO DAS DELEGACIAS DE POLÍCIA QUE INCLUA LIVRO DE INSTAURAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E REMESSA - LIVRO DE REGISTRO, DISTRIBUIÇÃO DE REQUISIÇÕES MINISTERIAIS E JUDICIAIS E DE PROCEDIMENTOS - LIVRO DE REGISTROS DE CARTAS PRECATÓRIAS EXPEDIDAS E RECEBIDAS - LIVRO DE REGISTRO DE PROCEDIMENTOS CAUTELARES PROPOSTOS PERANTE A JUSTIÇA (Escutas Ambientais, Interceptações Telefônicas, seqüestro de bens, quebra de sigilo, mandados de busca e apreensão, prisões) - LIVRO DE REGISTRO DE MATERIAL E OBJETOS APREENDIDOS OU ARRECADADOS - LIVRO DE REGISTRO DE FIANÇAS ARBITRADAS - PASTA DE B.O. - PASTA DE COMUNICAÇÕES DE PRISÕES EM FLAGRANTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PODER JUDICIÁRIO, FAMILIARES OU PESSOAS INDICADAS - OUTROS;

f) EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO CONJUNTO ENTRE PGJ/CGMP E CPJ INSTITUINDO, NO ÂMBITO DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA CRIMINAL COM ATUAÇÃO NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL, A FORMA DE OPERACIONALIZAÇÃO E OS LIMITES DESSA FUNÇÃO, DEFININDO-SE A ATUAÇÃO NOS TERMOS ACIMA EXPOSTO, ALÉM DE OUTRAS HIPÓTESES COMO:

1. Em cada Comarca haverá no mínimo um Promotor de Justiça com atribuição de Controle Externo da Atividade Policial;

2. Em casos excepcionais, quando solicitado pelo Promotor de Justiça, visando evitar exposição pessoal e objetivando atender as peculiaridades regionais, o Procurador-Geral de Justiça designará tantos Promotores de Justiça quantos forem necessários, da própria Comarca ou com igual atribuição nas suas Comarcas de origem, preferencialmente circunvizinhas, para integrar o Grupo de Atuação Especial do Controle Externo da Atividade Policial (GECEP), em caráter não permanente, que atuará juntamente com o Promotor da Comarca e com o apoio do CCR e CIE.

3. Aos Promotores de Justiça atuando isoladamente na Comarca ou integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP) incumbirá officinar nas representações que receberem, apresentadas por pessoas ou entidades, nos

procedimentos administrativos criminais que iniciarem e, mediante assentimento ou solicitação do Promotor de Justiça com atribuição genérica para o feito, nas ações penais resultantes destes procedimentos, relativos a irregularidades ou infrações penais praticadas no exercício da atividade de polícia judiciária, cabendo-lhes, inclusive, **acompanhar as audiências judiciais** e prosseguir nos respectivos feitos até decisão final.

4. As atividades funcionais dos Promotores de Justiça com atribuição própria na Comarca ou integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP) abrangerão igualmente a apuração e repressão dos delitos que se tornarem conhecidos no decorrer das investigações decorrentes do controle externo.

5. Caberá ainda aos Promotores de Justiça com atribuição própria na Comarca ou integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP) exercer as seguintes atividades, utilizando-se das prerrogativas previstas no art. 82, XVII da Lei Orgânica do MP/SC:

I - **atender ao público e receber representação** ou petição, de pessoa ou entidade, relacionada a irregularidades ou infrações penais praticadas pela polícia judiciária no exercício de suas funções;

II - **instaurar procedimentos administrativos** na área de sua atribuição, nos termos dos artigos 82 a 90 da Lei Orgânica do MP/SC e do Ato nº 001/04/PGJ/CGMP, de 05 de outubro de 2004, que instituiu o Procedimento Investigatório Criminal;

III - **acompanhar as sindicâncias** instauradas pelo Corregedor Geral da Polícia Civil, relacionada a atuação policial vinculada à persecução penal;

IV - realizar, cada Promotor de Justiça em sua respectiva Comarca ou o Grupo Especial quando formado, **visitas mensais** aos estabelecimentos policiais, para os fins previstos na Lei Estadual Complementar n. 197/2000, verificando-se a existência dos livros e a correta anotação das ocorrências e seus encaminhamentos;

V - **elaborar ata de visita aos estabelecimentos policiais,**

nela consignando todas as constatações e ocorrências, assim como eventuais deficiências e irregularidades, dando o devido encaminhamento;

VI - **apresentar** ao Corregedor-Geral do Ministério Público **relatórios trimestrais e anuais** das atividades exercidas, neles consignando, dentre outras informações, o resumo das funções extrajudiciais desempenhadas;

VII - As visitas mensais aos estabelecimentos policiais poderão também ser realizadas pelos Promotores de Justiça integrantes das Promotorias de Justiça do Foro da respectiva Comarca, sempre que assim entenderem necessárias;

6. **Recebida notícia de infração penal** praticada no exercício da atividade policial, exceto atividade administrativa não relacionada com a investigação, deverão os Promotores de Justiça com atribuição nas respectivas áreas cuidar de sua formalização, decidindo, em seguida, de forma fundamentada, acerca de seu eventual arquivamento, de instauração de procedimento administrativo ou de requisição de inquérito policial e, sendo o caso, dar o devido encaminhamento processual;

7. **No caso de arquivamento** da notícia de infração penal, os Promotores de Justiça ou integrantes do Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP) deverão promover o arquivamento administrativo na Promotoria, remetendo o procedimento ao Centro de Apoio Operacional Criminal;

8. No exercício de suas atribuições, os Promotores de Justiça poderão decretar, fundamentadamente, **o sigilo dos procedimentos administrativos** que instaurarem;

9. **Fica criado**, junto ao Centro de Apoio Operacional Criminal, **o Setor de Dados Informatizados**, destinado, preferencialmente, **à coleta de dados**, a partir da análise dos locais de maior incidência de atos que envolvam controle externo da atividade policial.

10. A Procuradoria-Geral de Justiça providenciará ao Centro de Apoio Operacional Criminal e aos Promotores de Justiça com atribuição de Controle Externo da Atividade Policial **a estru-**

**ra material e os recursos humanos necessários à segurança dos Promotores de Justiça que o integrarem, ao desempenho de suas atribuições e à implantação e pleno desenvolvimento do Setor de Dados Informatizados.**

Encerrados os trabalhos, nada mais havendo para se discutir, o Dr. Paulo Antônio Locatelli agradeceu a presença de todos, e mandou lavrar a presente ata, que foi por mim, .....Regiane Vieira, Assessora Jurídica, lavrada e será assinada por todos os presentes.

**RICARDO FRANCISCO DA SILVEIRA**

2ª Promotoria de Justiça da Capital

**CARLOS HENRIQUE FERNANDES**

8ª Promotoria de Justiça de Lages

**CÉSAR AUGUSTO GRUBBA**

11ª Promotoria de Justiça de Joinville

**HAVAH E. P. DE ARAÚJO MAINHARDT**

2ª Promotoria de Justiça de Rio do Sul

**SANDRO RICARDO DE SOUZA**

1ª Promotoria de Justiça de Tubarão

**PAULO ANTÔNIO LOCATELLI**

Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal

## FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A PROPRIEDADE COMO DIREITO E COMO DEVER

Pedro Roberto Decomain  
*Promotor de Justiça – SC*

Álvaro Borges de Oliveira  
*Professor e Doutorando em Ciência Jurídica na Univali – SC*

### Introdução

Este trabalho tem por objetivo discutir, de forma resumida, o conceito constitucional da função social da propriedade, mais especificamente na perspectiva da função social da propriedade imóvel, apresentando também, com brevidade, algumas normas infraconstitucionais que representam aplicações específicas dessa função social.

Na análise do tema, deve-se ter sempre presente que a expressão “função social” é de determinação conceitual difícil, cujo conteúdo muito depende, inclusive, “das concepções políticas da camada dominante”, no dizer de Alcino Pinto Falcão.<sup>1</sup>

---

1 CUNHA, Fernando Whitaker da, e outros. **Comentários à Constituição**. 1. volume. Arts. 1º ao 7º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 234. São de autoria de Alcino Pinto Falcão os comentários ao art. 5º da Constituição, incluindo aqueles a seus incisos XXII a XXIII, que tratam respectivamente do direito de propriedade e da sua função social.

## 1 A função social da propriedade

A Constituição da República Federativa do Brasil, doravante CRFB/88, estabelece, em seu artigo 5º, inciso XXIII<sup>2</sup>, que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Já, em seu artigo 182, § 2º, a CRFB/88<sup>3</sup> afirma que a propriedade de imóveis urbanos cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Por fim, o art. 184 da CRFB/88<sup>4</sup> está assim redigido:

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.

A ênfase dada pela Constituição à função social da propriedade dificilmente poderia ser maior. Essa circunstância traz então consigo a necessidade de que o intérprete do texto constitucional se

- 
- 2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.
  - 3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.
  - 4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121-122.

desincumba da tarefa de especificar em que consiste referida função social. Aqui será feita uma breve definição dessa função, tomando como parâmetros, pelo que de elucidativo podem ter para isso, algumas considerações de John Locke e também o disposto no art. 153 da antiga Constituição do Império Alemão.

Discorrendo sobre o seu pensamento acerca da origem e principalmente da justificativa da existência da propriedade privada (e aqui não se irá discutir se tal pensamento corresponde mesmo ao verdadeiro fundamento ou nem sequer à verdadeira origem da propriedade particular), John Locke<sup>5</sup> assim se expressou:

28. Aquele que se alimenta das bolotas colhidas debaixo de um carvalho ou das maçãs apanhadas nas árvores da floresta, com toda certeza delas se apropriou para si. Ninguém pode negar que lhe pertença o alimento. Pergunto então: Quando começaram a pertencer-lhe? Quando as digeriu? Quando as comeu? Quando as cozinhou? Quando as trouxe para casa? Quando as colheu? E é evidente que, se a colheita, de início, não as fez dele, nada mais poderia tê-lo feito. Este trabalho estabeleceu uma distinção entre o comum e elas; juntou-lhes algo mais do que fez a natureza, a mãe comum de todos, tornando-as assim direito privado dele. E poderá alguém dizer que não tivesse direito a essas bolotas ou às maçãs de que se apropriou por não ter tido o consentimento de todos os homens para que se tornassem dele? Seria roubo tomar de tal maneira para si o que pertencia a todos em comum? Se semelhante consentimento fosse necessário, o homem morreria de fome, apesar da abundância que Deus lhe deu. Vê-se nos terrenos em comum, que assim ficam por pacto, que é a tomada de qualquer parte do que é comum com a remoção para

---

5 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. Série Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 46.

fora do estado em que a natureza o deixou que dá início à propriedade, sem o que o comum nenhuma utilidade teria. E a tomada desta ou daquela parte não depende do consentimento expresso de todos os membros da comunidade. Assim a grama que o meu cavalo pastou, a turfa que o criado cortou, o minério que extraí em qualquer lugar onde a ele tenha direito em comum com outros, tornam-se minha propriedade sem a adjudicação ou o consentimento de qualquer outra pessoa. O trabalho que era meu, retirando-os do estado comum em que se encontravam, fixou a minha propriedade sobre eles. [...] Embora a água que corre na fonte seja de todos, quem poderia duvidar que na bilha está somente a que pertence a quem a recolheu? Pelo trabalho tirou-a das mãos da natureza onde era comum e pertencia igualmente a todos e, de tal forma, dela se apropriou para si mesmo. [...] Assim esta lei da razão torna o veado propriedade do índio que o matou; permite-se que pertençam os bens àquele que lhes dedicou o próprio trabalho, embora anteriormente fosse direito comum a todos.

Transplantando esse mesmo raciocínio para a origem e justificativa da propriedade imobiliária, assim escreveu o mesmo John Locke<sup>6</sup>:

32. Sendo agora, contudo, a principal matéria da propriedade não os frutos da terra e os animais que sobre ela subsistem, mas a própria terra, como aquilo que abrange e consigo leva tudo o mais, penso ser evidente que aí também a propriedade se adquire como nos outros casos. A extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui a sua propriedade. Pelo trabalho, por assim dizer, separa-a do comum.

---

6 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. Série Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 47.



Em suma, o trabalho empregado torna justificada a propriedade privada. Segundo Locke, que ia até mesmo mais além, a propriedade privada surgia a partir do momento em que, pelo emprego de trabalho, alguém se apossava de algo que antes pudesse ser considerado como comum a todos os homens, mas que ninguém, por evidente, havia ainda tornado útil para si, pelo seu trabalho.

Impossível dissociar esse pensamento da conclusão de que não somente o trabalho serve a justificar a propriedade privada como também que essa não se pode prolongar, senão enquanto na coisa for empregado trabalho pelo seu possuidor. A propriedade privada nasce da posse, que significa, segundo o pensamento de Locke, aplicar trabalho individual sobre uma coisa. Mais que isso, remanesce subjacente ao seu pensamento a idéia de que o trabalho empregado sobre uma coisa, a partir do qual se justifica que essa coisa passe ao domínio privado de quem sobre ela aplicou trabalho, é aquele destinado à satisfação de uma necessidade humana.

Ainda mais adiante, Locke também afirmava que todo aquele que se apossasse de mais do que aquilo que podia consumir, ou mais do que aquilo que pelo menos pudesse conservar para consumo futuro, ou de mais terras do que aquelas que realmente pudesse tornar produtivas, deveria conformar-se com o retorno do excedente (principalmente no que pertine às terras) ao fundo comum. Em outros termos, o não-uso ou o apossamento de mais do que aquilo que se poderia efetivamente empregar na satisfação das próprias necessidades, significava na realidade algo ilícito, que retirava indevidamente uma parcela do fundo comum e que podia conduzir, sempre que possível, ao retorno do excedente a esse fundo comum.

Nas palavras de Locke<sup>7</sup>:

Antes da apropriação da terra, quem colhia o mais possível de frutas silvestres matava, apanhava ou domava tantos animais quantos podia; quem assim empregava os seus esforços com relação

---

7 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. Série Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 49.

a qualquer produto espontâneo da natureza de maneira a alterá-los do estado em que a natureza os dispunha, aplicando neles parte do seu esforço, adquiria por esse modo certa propriedade sobre eles; mas se se extinguíam nas mãos dele sem emprego conveniente; se os frutos apodreciam ou a carne se estragava antes de utilizar-se, ofendia a lei comum da natureza e estava sujeito a punição; invadia a parte do vizinho, porque não tinha direito mais além do que o exigia o próprio uso para qualquer deles e poderia servir-lhe para proporcionar-lhe as conveniências da vida.

38. As mesmas medidas regiam igualmente a posse da terra: fosse o que fosse que tratasse e colhesse, guardasse ou usasse antes de estragar-se, era o seu direito peculiar; fosse o que fosse que cercasse e pudesse alimentar e utilizar, também dele eram o gado e sua criação. Mas, se a grama do cercado apodrecesse no chão ou o fruto das plantações percesse sem que o colhesse e guardasse, esta parte da terra, apesar de por ele cercada, tinha de considerar-se como abandonada e podia passar à posse de terceiro.

Resumindo novamente: no pensamento de Locke, a aplicação de trabalho sobre a coisa bruta, como existente na natureza, inclusive sobre a terra, com o objetivo de satisfazer a uma necessidade humana, é que fazia nascer e tornava justificada a propriedade particular. Apossar-se de mais do que efetivamente se podia aproveitar para o próprio uso ou do que se podia guardar, significava esbulho do fundo comum e o excedente deveria passar à posse e propriedade de terceiros.<sup>8</sup>

---

8 É interessante registrar que, em certa medida, a idéia da função social da propriedade já aparecia até mesmo em Aristóteles. Tal fica patente a partir da leitura da seguinte passagem, por ele deixada escrita na “Política”, ao expor aquele que entendia ser o sistema ideal de distribuição da propriedade, nem totalmente pública, nem totalmente privada: “cada homem teria suas próprias posses; parte delas estaria à disposição de seu

Não seria qualquer despropósito dizer que, em semelhante pensamento, reside o germe da própria idéia veiculada pela CRFB/88, segundo a qual, deixando a propriedade imóvel rural de atender ao seu fim social, deve ser desapropriada por interesse social. Claro que depois da desapropriação, o terreno assim desapropriado seria entregue a outros, que terra alguma possuíam, e que poderiam realmente utilizar aquele imóvel para produção, de sorte a satisfazer não somente as necessidades dele e de sua família como também produzir algo que sirva à satisfação de necessidades vitais de terceiros.

O pensamento de Locke bem poderia, pois, ser considerado um germe da idéia da função social da propriedade privada, inclusive da propriedade imobiliária.

Agora, o art. 153 da antiga Constituição do Reich Alemão. Foi invocado por Gustav Radbruch<sup>9</sup> no seguinte contexto:

verdadeiramente, se o direito serve a moral, não é isso devido aos deveres jurídicos que impõe, mas sim graças aos direitos que outorga. É do lado destes últimos, e não do lado dos primeiros, que ele se acha voltado para a moral. Porquanto, se ele outorga direitos aos indivíduos, é só a fim de

---

círculo imediato, parte seria usada em comum com outros. Em Esparta, por exemplo, os cidadãos usam os escravos uns dos outros praticamente como se fossem seus, e o mesmo acontece em relação aos cavalos e aos cachorros; e se eles precisam de comida numa viagem, conseguem-na no lugar onde se encontram. Está claro, então, que é melhor, para a propriedade, permanecer em mãos particulares, mas estaremos agindo corretamente ao utilizá-la de modo comunal” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 177). Noutras palavras, a propriedade privada deve atender a um fim comunitário, pensamento que, no momento presente, redundou na idéia da função social da propriedade (embora não com a tônica do uso comum da propriedade privada, ou de uma parcela sua, como preconizado por Aristóteles).

- 9 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1979, p. 111. Trata-se do art. 153º da Constituição de Weimar, elaborada posteriormente ao término da 1ª Guerra Mundial, segundo se depreende da leitura de Alcino Pinto Falcão (*apud* CUNHA, Fernando Whitaker da, e outros. **Comentários à Constituição**. 1. volume. Arts. 1º ao 7º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 230; são de autoria de Alcino Pinto Falcão os comentários ao art. 5º da Constituição, incluindo aqueles a seus incisos XXII a XXIII, que tratam respectivamente do direito de propriedade e da sua função social).

estes poderem cumprir melhor os seus deveres. Pense-se, por exemplo, na justificação do direito de propriedade, fundada nesta ordem de idéias. “A propriedade obriga. O seu exercício deve ao mesmo tempo achar-se ao serviço do bem comum” (art. 153<sup>a</sup> da Const. do Império). Só dentro desta orientação, deve dizer-se, é que vem a salientar-se o *momento ético* que reside no direito subjetivo; [...].

A propriedade obriga e o seu exercício deve ao mesmo tempo achar-se ao serviço do bem comum. Essa regra do antigo art. 153 da Constituição do Reich Alemão traduz, por outras palavras, mas com grande fidelidade, segundo se crê, a noção de função social da propriedade, utilizada no texto constitucional brasileiro contemporâneo.

Se assim é, então cabe concluir que a propriedade não é somente um direito mas também um dever.

Essa conclusão pode ser demonstrada recorrendo-se ao próprio conceito de propriedade, como proveniente do Direito Civil.

Como previa o art. 524 do Código Civil de 1916<sup>10</sup>, “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de revê-los do poder de quem quer que injustamente os detenha”.

Não é muito distinta a regra do art. 1.228 do vigente Código Civil<sup>11</sup>, de acordo com a qual “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Estamos aqui no terreno da tradicional afirmativa latina, segundo a qual a propriedade consistia no *jus utendi, fruendi, vel abutendi*.<sup>12</sup>

---

10 BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil). Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 52. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 112.

11 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Editora Sugestões Literárias. **Novo Código Civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002, p. 141.

12 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 3º volume. Direito das Coisas. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 91.

Na lição de V. César da Silveira<sup>13</sup>, a propriedade romana era direito absoluto, compreendendo justamente o *jus utendi*, isto é, o direito de servir-se da coisa, o *jus fruendi*, ou direito de perceber os frutos e produtos da coisa, e o *jus abutendi*, correspondente à faculdade de dispor da coisa de maneira definitiva, a título oneroso ou a título gratuito.

Deve-se registrar, todavia, que a idéia de consistir a propriedade na reunião das faculdades de usar a coisa, perceber seus frutos e dela desfazer-se, não é criação do Direito Romano. Para que se o tenha claro, basta que se leia o capítulo V do Código de Hamurábi, no qual se inserem diversas normas relativas à locação de terrenos rurais, além de regras disciplinando o direito à indenização do proprietário prejudicado por ações ou omissões de proprietários de outras terras (negligência na abertura de canais para irrigação, ou negligência na manutenção de diques, vindo as águas a prejudicar o campo de outrem, por exemplo). Assim, tratavam do arrendamento do terreno rural, dentre outros dispositivos, os artigos 42, 43 e 44 do Código. Da venda ou permuta desses terrenos cuidavam os artigos 35 a 41<sup>14</sup>. Hamurábi, autor do Código em referência, viveu entre 2067 e 2025 a.C., o que bem demonstra ser a idéia de propriedade como conjunto das faculdades de usar uma coisa, perceber-lhe os frutos ou produtos e dela desfazer-se, bem mais antiga do que o próprio Direito Romano<sup>15</sup>.

---

13 SILVEIRA, V. César da. **Dicionário de Direito Romano**. 2. volume. São Paulo: José Buschatsky, Editor, 1957, p. 549, verbete “*proprietas*”.

14 Para exemplificar, o art. 42 do Código afirmava que “se um homem arrendou um campo para cultivá-lo e não produziu grão no campo, comprovarão contra ele que não trabalhou o campo convenientemente e ele dará ao proprietário grãos correspondentes à produção de seu vizinho”. Acerca da venda, o art. 40: “a sacerdotisa, o mercador ou outro feudatário poderá vender seu campo, pomar e casa desde que o comprador assumo o serviço ligado ao campo, ao pomar e à casa” (VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). **Código de Hamurabi**. Código de Manu - excertos (livros Oitavo e Nono). Lei das XIII Tábuas. São Paulo: EDIPRO, 1994, p. 18).

15 VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). **Código de Hamurabi**. Código de Manu - excertos (livros Oitavo e Nono). Lei das XIII Tábuas. São Paulo: EDIPRO, 1994, p. 9. Também em Edward McNall Burns se obtém o informe de que o império do qual Hammurabi foi chefe teve início por volta de 2.000 a.C. o que confirma ser o Código por ele elaborado bem mais antigo que a legislação romana (BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 1. volume. Porto Alegre: Editora Globo, 1952, p. 106).

Esse conteúdo do direito de propriedade persiste ainda hoje, segundo é possível depreender dos noticiados artigos tanto do Código Civil de 1916 quanto daquele de 2002. Pode-se afirmar, portanto, que haverá propriedade sempre que houver da parte de alguém a faculdade de usar uma coisa, de fruí-la, é dizer, de perceber seus frutos e produtos e de dela desfazer-se, transferindo esses dois primeiros atributos a outrem, ou simplesmente abandonando a coisa sobre a qual essas faculdades recaem. Ademais, é inerente também ao direito de propriedade a faculdade de reivindicar a coisa do poder de quem injustamente a possui ou detenha, situação a partir da qual surgiu a ação reivindicatória.

Em que ponto dessa idéia já tradicionalíssima do *jus utendi, fruendi vel abutendi* deve-se então situar este outro pensamento bem mais contemporâneo, de que o exercício dessas faculdades (ou de alguma delas) deve obedecer à função social que a propriedade possui?

Antes de responder, é interessante que se faça uma observação preliminar e uma classificação dos bens, embora rudimentar, utilizando como critério a sua destinação econômica. A observação volta ao pensamento de Locke, para que se mantenha em vista a idéia de que as coisas de modo geral e, por via de consequência, o direito a ser-se seu proprietário, destinam-se à satisfação de necessidades vitais humanas. Já a classificação das coisas a ser feita, tomando como critério a sua destinação, permite que sejam elas agrupadas em duas categorias: bens de consumo e bens de produção. Essa classificação dos bens, de cunho antes econômico que jurídico (tanto que não consta expressamente da legislação), mostra-se, todavia, relevante para que se possa aquilatar do alcance da função social da propriedade. O enquadramento de determinada coisa, inclusive imóvel, em uma ou outra categoria, pode afetar o entendimento de qual seja, em face daquela coisa, a sua função social.

As coisas da primeira categoria, que abrange inclusive coisas imóveis, são aquelas cujo uso se destina à direta e imediata satisfação de uma necessidade humana. As da segunda categoria são coisas utilizadas para a produção das primeiras, ou seja, empregadas na produção de coisas que a seu turno virão a servir diretamente para

o atendimento de uma necessidade humana. Em termos de propriedade rural, a classificação pode ser facilmente exemplificada: a terra é bem de produção, mas os frutos das árvores nela cultivadas, esses já serão bens de consumo, se destinados a saciar a fome das pessoas quando consumidos *in natura*. Todavia, caso se destinem à produção de outras coisas (geléia, por exemplo), continuarão sendo bens de produção. Deixará um determinado bem de produção de integrar essa categoria, transformando-se em bem de consumo, no momento em que já venha a ser utilizado diretamente, ele mesmo, para satisfação de uma necessidade humana, como a necessidade de alimento, por exemplo.

Em suma: bens de produção são aqueles empregados na geração de outros bens. Nisso reside sua utilidade. Bens de consumo são aqueles utilizados direta e imediatamente na satisfação de uma necessidade humana ou que contribuem para essa satisfação, sem serem empregados na geração de outros bens. Tanto o alimento quanto o refrigerador são ambos bens de consumo; o primeiro é empregado diretamente na satisfação da necessidade humana primária de nutrição; o segundo serve também à satisfação dessa necessidade, à medida que se presta a conservar alimentos a baixa temperatura; todavia, como não se destina à geração de outros bens, não pode ser incluído na categoria dos bens de produção.

Deve-se fazer a ressalva no sentido de que os bens de consumo, como aqui conceituados, não podem ser reconduzidos sempre à categoria dos bens consumíveis, como conceituados pelo art. 85 do Código Civil.<sup>16</sup> De acordo com aquele dispositivo, “são considerados consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação”.

Bens de consumo há, efetivamente, observada a conceituação que deles se fez (bens que se destinam a satisfazer diretamente uma necessidade humana ou, pelo menos, contribuem em si mesmos para esta satisfação, sem se destinarem à elaboração de outros bens), que não

---

16 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Editora Sugestões Literárias. **Novo Código Civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002, p. 13.

desaparecem pelo uso. Nessa categoria incluem-se os tradicionalmente designados como “bens de consumo duráveis”. Satisfazem diretamente a uma necessidade humana básica, ou ao menos contribuem em si mesmos para essa satisfação, mas seu uso não os faz desaparecer imediatamente. É certo que se deterioram ao longo do tempo. Isso, porém, não os assimila aos bens consumíveis, já que nestes a tônica está no seu desaparecimento logo quando da primeira utilização.

Sem embargo, há bens de consumo que são também consumíveis, como ocorre com todos os alimentos. Outros bens de consumo, todavia, refogem a essa categoria dos consumíveis, como ocorre com as peças de vestuário, com os aparelhos eletrodomésticos e com vários outros.

Por fim, pode haver também bens de produção enquadrados na categoria dos consumíveis. Aqueles bens indispensáveis ao processo de produção de outros, mas que desaparecem durante esse processo de produção, sem que no novo bem se incorporem, devem ser havidos como consumíveis. É o caso, por exemplo, do combustível utilizado para o aquecimento de caldeiras, a seu turno, empregadas na geração de outros bens. Pela sua destinação esse combustível deve ser considerado bem de produção, à medida que servem à geração de outros bens. Todavia, pelo seu desaparecimento durante o processo de produção, pode ser enquadrado na categoria dos bens consumíveis.

Em suma, as duas categorias - bens de consumo e bens consumíveis - não se confundem, podendo haver bens de consumo que não são consumíveis, e também bens de produção que consumíveis são.

Dito isso, cabe voltar agora à indagação acerca de quando uma determinada coisa estará atendendo à sua função social e quando isso não estará ocorrendo, ou, como posta a indagação antes, em qual dos elementos inerentes ao direito de propriedade (faculdade de usar, de fruir ou de dispor) se deve situar a função social da propriedade.

Tendo em conta a classificação dos bens a que já se aludiu, uma coisa qualquer, que forme objeto de propriedade privada, estará atendendo à sua função social, quando no seu uso se tiver em conta a finalidade a que ela se destina e no seu uso realmente se estiver atendendo a essa finalidade. A terra, bem de produção, estará cum-



prindo sua função social quando for utilizada para a produção de outros bens, quer esses, produzidos com o emprego do solo, sejam destinados diretamente à satisfação de uma necessidade humana, quer se destinem a ser transformados ainda em outros, que finalmente serão destinados à satisfação direta ou indireta dessa necessidade.

Em se tratando de bens de consumo, classificação que pode ser aplicada inclusive aos imóveis, vale o mesmo raciocínio. Se um imóvel (característica primordialmente de determinados imóveis urbanos) se destina a que sobre ele seja erigida moradia para seres humanos, ou se sobre o terreno efetivamente já existe moradia, estando esta a ser utilizada por pessoas, então essa coisa, que é bem de consumo, porque se destina a atender diretamente à necessidade humana de habitação, estará cumprindo sua função social. Caso contrário, não.

Num primeiro momento, portanto, nisto consiste a função social da propriedade: no uso efetivo da coisa segundo a finalidade a que se destina - bem de produção ou bem de consumo. Toda coisa que não esteja sendo utilizada para produzir outros bens ou para satisfazer direta ou indiretamente a uma necessidade humana, não está a cumprir sua função social.

No ponto, deve-se apenas acrescentar que a coisa pode não estar sendo utilizada diretamente por aquele que detenha a sua propriedade. O uso pode estar ocorrendo concretamente por um terceiro, como o arrendatário de um imóvel rural, que sobre ele desenvolve atividade agrícola ou pecuária, ou como o morador da cidade, que reside em imóvel alugado. A circunstância de não ser o detentor do direito de propriedade aquele que no momento está a fazer uso da coisa segundo a sua "vocação" (dela, coisa, e não dele, proprietário), não faz com que essa coisa não esteja, naquele contexto, atendendo à sua função social. Estará atendendo a ela, se estiver sendo utilizada por um terceiro, inclusive quando esse a esteja a utilizar por força de contrato celebrado com o proprietário e, pois, por ele autorizado ao uso da coisa.

No *jus utendi* é que se situa, portanto, a idéia da função social da propriedade.

De que modo essa conclusão se liga à regra do antigo art. 153 da Constituição do Império Alemão, segundo a qual a propriedade

obrigava? Não há dificuldade em compreender como a propriedade possa obrigar. Para que se alcance essa compreensão, que será a mesma da idéia da função social da propriedade, basta que se rememore a possibilidade da existência de situações outras, que conferem às pessoas um direito, cujo exercício é todavia considerado também como um dever, tanto que a omissão da atividade atrai a possibilidade da imposição de uma sanção<sup>17</sup>.

A simples lembrança, entre nós, do direito de voto, já permite vislumbrar tal circunstância. O direito de sufrágio é certamente um direito. Mas, segundo a legislação brasileira, consiste também em um dever, tanto que o não-exercício desse direito sujeita o eleitor não apenas à multa como também a uma série de outras possíveis sanções previstas pelo Código Eleitoral.

Acontece o mesmo com o direito de propriedade, quando encarado nessa perspectiva da sua função social. O não-uso da coisa para a finalidade a que se destina - seja como bem de consumo, seja como bem de produção - pode atrair como sanção a sua desapropriação pelo Poder Público, para que depois seja entregue a quem esteja efetivamente disposto a utilizá-la, e não a servir-se dela como mero valor especulativo, deixando-a ociosa, para futuro enriquecimento, operado justamente custas da escassez de certos bens, particularmente os imóveis, cuja disponibilidade é evidentemente limitada.

Toda consideração de um caráter absoluto do direito de pro-

---

17 A palavra “sanção” pode ser entendida aqui tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo que lhe conferiu Kelsen. Em sentido estrito, a sanção é consequência que deve acontecer (dever-ser) em face da prática de uma conduta cuja realização o Direito proscreve (ilícito). Em sentido mais amplo, a sanção é toda consequência que deve incidir (novamente dever-ser) em face de qualquer situação social que se entende inadequada. A esse respeito, KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1976, título original: *Reine Rechtslehre*, p. 67-68 e 71. O não-uso da coisa sobre a qual incide o direito de propriedade constitui ilícito, na medida em que neste estudo se sustenta que a propriedade é também um dever, e que tal se evidencia justamente porque o uso da coisa é imposto para que se possa afirmar estar ela cumprindo sua função social. Por isso, a desapropriação pelo não-uso ou pelo uso inadequado configura sanção em sentido estrito. Todavia, ainda quando se entendesse que o não-uso ou o uso inadequado da coisa não configurassem ilícito, tais situações ainda assim de todo modo ingressariam no contexto das situações socialmente indesejáveis, o que ainda permitiria o enquadramento da desapropriação como sanção, somente que agora no anunciado sentido amplo.

priedade, que ainda permeava a doutrina mais antiga, deve, portanto, ser abandonada. Quando menos, deve ser abandonada a idéia de que o proprietário, embora possa usar e fruir, pode também, se assim o desejar, abster-se tanto do uso quanto da fruição, mantendo inteiramente ociosa a coisa.

Carvalho Santos<sup>18</sup> ainda teve oportunidade de observar, acerca do direito de propriedade, o seguinte:

o direito de propriedade é o direito real por excelência, sendo o mais amplo dentre todos êles, o que constitui a sua qualidade fundamental, o traço típico que o caracteriza.

Daí a afirmativa da doutrina: o direito de propriedade tem dois caracteres essenciais: ser absoluto e exclusivo. *Absoluto* porque a pessoa é sôbre a coisa sua *moderatur et arbiter*, tendo sôbre ela um poder ilimitado, quase despótico, e poder fazer dela aquilo que melhor lhe apraz, gozá-la, usá-la, destruí-la; *exclusivo*, por isso que o proprietário tem o poder privativo, em virtude do qual pode impedir que outrem goze e disponha da coisa sua, podendo reivindicá-la de terceiro possuidor, repelindo qualquer ofensa ao seu direito [...].

O direito de propriedade persiste sendo exclusivo, por força do direito de reivindicar a coisa de quem injustamente a detenha ou possua. Deixou, todavia, de ser absoluto, ao menos na perspectiva do não-uso<sup>19</sup>. Havendo vários modos pelos quais uma coisa possa ser

---

18 CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Volume VII. Arts. 485 a 553. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979, p. 270. Os itálicos constam do original e a acentuação gráfica também lhe está conforme.

19 Também Rosalinda Pinto da Costa Rodrigues Pereira afirma que a propriedade, embora persista sendo um direito, tanto que assegurada expressamente pela CRFB, “não pode mais ser entendida nos seus caracteres tradicionais: direito individual exclusivo, absoluto e perpétuo”, devendo na atualidade compatibilizar-se com a sua função social (PEREIRA, Rosalinda Pinto da Costa Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 17, n. 65, julho-setembro/1993, p. 118).

utilizada, todos capazes de darem a ela destinação apropriada como bem de consumo ou de produção, a opção entre tais modos persiste sendo do proprietário. Não é ele livre, todavia, para pura e simplesmente deixar de usar a coisa, ou de ceder seu uso, contratualmente, a outrem. Se assim procede, viola a função social da propriedade.

No dizer de Celso Ribeiro Bastos<sup>20</sup>,

o cerne do nosso sistema jurídico-político repousa no fato de que não há uma oposição irrefragável entre o social e o individual ou mesmo de que o social avança na medida em que se sufocam os direitos individuais. A feição ainda predominantemente liberal da nossa Constituição acredita que há uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais.

O liberalismo não consagra a propriedade como privilégio de alguns, mas, sim, acredita ser a gestão individual do objeto do domínio a melhor forma de explorá-lo, gerando destarte o bem social. Este não é senão um subproduto natural e espontâneo da livre atuação humana que, motivada pela recompensa que pode advir da exploração do bem, sobre ele exerce uma criatividade e um trabalho sem equivalente nos países que a renegam<sup>21</sup>.

---

20 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 7. volume. Arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 284-285.

21 Este pensamento parece deitar raízes em Aristóteles, para quem o sistema da propriedade privada era o mais adequado, na medida em que, “com todos ocupados em melhorar a própria situação, a produção crescerá”. Com tal afirmativa, pretendia o filósofo sustentar que, dedicando-se cada qual com mais afincamento à coisa de sua propriedade privada, do que se dedicaria à coisa que fosse comum, cresce a produção da comunidade, pelo crescimento da produção de cada proprietário particular, e todos ganham com isso. Ademais, os homens tenderiam, segundo o pensamento de Aristóteles, a cuidar da propriedade pública apenas quando isso os afetasse de maneira pessoal (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 172; 176).

Portanto, há uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e o atingimento da sua função social. Só esta harmonia e compatibilização podem explicar porque os países que mais se desenvolvem economicamente são os que o fazem sob a modalidade do capital privado.

Sem embargo, o mesmo autor também pondera que, tal qual pode acontecer com qualquer direito, também o de propriedade pode ser exercido de modo abusivo, “exclusivamente personalista e egoísta”, situação em que o detentor do domínio se expõe a duas ordens de sanções: aquelas inerentes ao poder de polícia e a perda da propriedade<sup>22</sup>.

Confirmando, de certa forma, também a idéia de que é por meio do uso da coisa que se revela o efetivo cumprimento da função social da propriedade, deve-se fazer uma referência às regras dos artigos 183 e 191 da CRFB/88<sup>23</sup>.

O primeiro desses dispositivos afirma que aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de algum outro imóvel, seja urbano, seja rural.

O segundo artigo, a seu turno, consagra a aquisição da propriedade do imóvel rural com área de até cinquenta hectares por aquele que, sendo seu possuidor por cinco anos ininterruptos e sem oposição, torná-lo produtivo pelo seu trabalho ou de sua família, tendo nele ademais a sua morada. Também nesse caso é exigível que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, nem urbano, nem rural.

---

22 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 7. volume. Arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva. 1990, p. 285.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121 e 123.

Essas duas figuras - conhecidas respectivamente como usucapião especial urbana e usucapião especial rural - apontam no sentido do acolhimento da idéia formulada por Locke, no sentido de que aquele que se apossa de mais do que aquilo que efetivamente pode usar, usurpa algo do fundo comum. O proprietário que não utiliza o imóvel que lhe pertence perde-lhe a propriedade para o possuidor que o torna útil com a sua morada e também por fazê-lo produtivo, quando se trata de imóvel rural. Confirmando também a idéia de que aquele que se apossa de mais do que realmente lhe pode servir usurpa algo da coletividade, a exigência, aplicável às duas modalidades de usucapião, de que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel.

A usucapião não conflita com a garantia constitucional da propriedade. Afinal, há necessidade de que se passe o prazo previsto - no caso, de cinco anos -, durante o qual presumivelmente se haja mantido inerte o detentor do domínio, tanto que se exige que a posse seja sem oposição, para que a propriedade seja adquirida pelo possuidor. Ao proprietário continua facultado o direito de reivindicar a coisa de quem a detenha ou possua sem título jurídico que a tanto o habilite. Somente quando se queda inerte, acentuando a idéia de que, pelo não-uso, deixa de conferir à propriedade a sua função social, é que a posse se converte em modo de aquisição do domínio (e, naturalmente, de sua perda pelo proprietário anterior).

Uma derradeira observação é ainda necessária, no tocante ao ponto, em face do Direito Constitucional do Brasil.

Em se tratando de imóvel rural, a CRFB/88, em seu artigo 186, não apenas afirma a necessidade de que o imóvel seja utilizado para o fim a que se destina, ou seja, venha a ser efetivamente empregado como meio de produção, quer diretamente pelo detentor do domínio (palavra que aqui está sendo utilizada como sinônima de propriedade), quer por terceiro, a quem o proprietário ceda contratualmente o uso da coisa, como também exige que nesse uso ocorra o atendimento a determinados parâmetros.

No âmbito dos imóveis rurais, portanto, a função social da propriedade, no Direito Brasileiro, foi dilargada para além da exigência do próprio uso da coisa. Abrange também o atendimento a

determinados parâmetros, quando do seu uso. Imóvel rural utilizado sem atendimento a tais parâmetros também não estará cumprindo sua função social.

Isso é o que se depreende do artigo 186 da CRFB/88<sup>24</sup>, assim redigido:

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.<sup>25</sup>

Celso Ribeiro Bastos<sup>26</sup> afirma que “o fornecimento pela própria Constituição de quais os requisitos objetivos que atendem à conceitualização de função social é extremamente conveniente”, por retirar o conceito do campo de “abstrações e vaguidades sob o qual tudo acaba encontrando guarida para conferir indicadores de natureza objetiva”.

Sem embargo, inclusive em virtude do que nele existe de impreciso, a motivar justamente a exigência do disciplinamento por lei

---

24 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 122.

25 Segundo Raul Machado Horta, o atendimento desses requisitos deve ser simultâneo (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 263).

26 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 7. volume. Arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 286.

desses parâmetros para reconhecimento do atendimento à função social pelo imóvel rural, o dispositivo tornou-se também passível de certas críticas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>27</sup>, por exemplo, além de afirmar que tais parâmetros não são adequados para a caracterização da função social da propriedade, considera que o inciso IV do artigo não resiste à menor crítica, ao provocar perguntas cuja resposta não pode ser fornecida, senão mediante recurso a total subjetivismo, como aquela que indagará como caracterizar o bem-estar dos proprietários e o dos trabalhadores que desenvolvem seu labor no imóvel rural.

A exigência de que ao imóvel rural seja dado aproveitamento racional e adequado, para que se considere estar ele atendendo à sua função social, não permite, todavia, que o Estado pretenda impor dirigismo no exercício da atividade econômica rural. Ao proprietário continua livre definir que destinação dará a seu imóvel, no sentido de caber-lhe a escolha da espécie de atividade econômica que nele irá desenvolver - pecuária, agrícola ou extrativa - e também, dentro de cada espécie e respeitadas as peculiaridades de cada situação, a natureza dos animais que sobre o terreno irá criar, ou a natureza dos produtos agrícolas que nele produzirá.

Há que respeitar, na aplicação do requisito do adequado e racional aproveitamento do imóvel rural, o princípio norteador da atividade econômica, expressamente consagrado pela CRFB/88, representado pela liberdade de iniciativa econômica (art. 170, *caput*), ainda quando a própria Constituição, mesmo consagrando tal liberdade, volte a fazer referência a que, na sua implementação, deva ser observada a função social da propriedade (CRFB/88, art. 170, inciso III)<sup>28</sup>.

---

27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 2. Arts. 104 a 250. 2. ed., atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 203-204.

28 Modesto Carvalhosa, embora escrevendo a propósito da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, produziu o seguinte conceito operacional dogmático de “livre iniciativa”, cuja validade persiste em face da CRFB de 1988: “conceitua-se, portanto, a iniciativa econômica privada como direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital” (CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: RT, 1972. p. 116).



Em suma, não se pode, a pretexto da exigibilidade do aproveitamento racional e adequado do terreno rural, impor ao seu proprietário que se dedique a esta ou àquela atividade econômica. Estando o país afastado da idéia da planificação econômica, por força da qual ao Estado cabia decidir quem produzia o que, quanto, como e onde, então se deve concluir que remanesce ao proprietário do terreno rural o poder de escolha do que produzir<sup>29</sup>.

Finalizando esse aspecto da temática, como foi observado por Sílvio de Salvo Venosa<sup>30</sup>, o Estado deve “fornecer instrumentos jurídicos eficazes para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em proveito de sua família e de seu grupo social”. Deve também, todavia, “criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil”, à medida que “bem não utilizado ou mal utilizado é constante motivo de inquietação social”.

## 2 Desdobramentos normativos da idéia da função social da propriedade, no Direito Infraconstitucional brasileiro

Tendo sempre em mira que as coisas podem ser classificadas segundo sua destinação econômica (bens de consumo e bens de produção) e também a idéia de que a função social da propriedade se cumpre quando uma determinada coisa está mesmo sendo utilizada para a finalidade a que se destina, pode-se enumerar, ainda que sem a menor pretensão de completude ou de análise detalhada de cada um deles, uma série de desdobramentos alcançados pelo Direito Positivo Brasileiro, a partir da idéia da função social da propriedade.

Inicialmente, o próprio artigo 184 da CRFB/88, antes invocado, contém já uma consequência da idéia da função social da propriedade imobiliária rural. Manda ele que seja desapropriado, para fins

---

29 Não se está, portanto, diante daquele conceito de função social da propriedade construído pelo nazi-fascismo, como noticiado por Alcino Pinto Falcão (*apud* CUNHA, Fernando Whitaker da, e outros. **Comentários à Constituição**. 1. volume. Arts. 1º ao 7º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 234-235).

30 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direitos Reais**. Volume 5. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 154.

de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja atendendo à sua função social. Os imóveis rurais são essencialmente bens de produção. Destinam-se, pelo cultivo da terra ou pelo seu uso para a criação de animais, a produzir outros bens, que depois serão diretamente destinados à satisfação de diversas necessidades humanas, ou serão utilizados na produção de outros bens que a tal satisfação serão a seu turno então destinados. A sanção pelo desatendimento à função social da propriedade consistirá então na sua perda, embora mediante justa indenização, para que depois a coisa possa ser entregue a quem efetivamente lhe dê emprego adequado como bem de produção.

De certa forma, ressurgiu a idéia de Locke, de que aquele que se apossa de mais do que realmente pode utilizar, ainda que seja para produção de bens destinados ao consumo de outros, apodera-se de algo do fundo comum que não lhe cabe e mereceria ser desapossado da coisa, para que essa passasse a terceiro.

Fora do âmbito diretamente constitucional, mas na vertente da função social da propriedade, situam-se várias regras legais, todas destinadas justamente a fomentar o uso da coisa, particularmente da coisa imóvel, seja urbana, seja rural, de modo a que atenda efetivamente à sua função social.

Assim, para exemplificar, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que passou a ser conhecida como Estatuto da Cidade<sup>31</sup>, em seus artigos 5º e 6º, disciplina o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória de imóveis urbanos não utilizados, subutilizados ou não edificados, num claro desdobramento da idéia da função social da propriedade. A mesma Lei, em seu art. 7º, também autoriza os Municípios a efetuar cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), com alíquotas progressivas no tempo, em caso de imóveis não utilizados, não edificados ou subutilizados. Da mesma forma, caso a aplicação das alíquotas progressivas no tempo não se mostre ainda eficaz a fazer com que o proprietário dê ao seu imóvel urbano uso socialmente adequado (que pode, no caso, ser

---

31 BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.408-1.425.

tanto como bem de consumo quanto como bem de produção), a Lei antes referida autoriza a desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos de dívida pública<sup>32</sup>.

A progressividade do IPTU no tempo significa que o Município poderá determinar majoração de alíquotas desse imposto de um ano para outro, enquanto não forem tomadas pelo proprietário do imóvel as providências previstas em lei e destinadas a eliminar as situações de não edificação, não utilização ou subutilização do imóvel, todas incompatíveis com a função social da propriedade.

Nessa perspectiva, o *caput* do art. 7º da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, afirma que, em caso de descumprimento das condições e nos prazos previstos na Lei Municipal relativos a parcelamento ou edificação compulsórios de terrenos urbanos, “o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos”.

O § 1º do art. 7º, a seu turno, afirma que o valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei municipal específica a que se refere o *caput* do artigo 5º da Lei nacional (artigo este que cuida do parcelamento, edificação ou utilização obrigatórios do solo urbano) e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. O § 2º do art. 7º da Lei ordena que o Município mantenha a alíquota máxima do IPTU utilizado progressivamente, caso, decorridos cinco anos, o proprietário do solo não tenha providenciado seu parcelamento ou na utilização adequada. Finalmente, o § 3º do mesmo artigo proíbe a concessão de isenções ou anistias do IPTU, quando empregado

---

32 Vale a pena lembrar que o § 2º, do art. 182 da CRFB (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121), afirma que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Fica, dessa maneira, condicionado o reconhecimento e, portanto, o não-reconhecimento do uso do imóvel urbano de forma a atender à sua função social, ao contido no plano diretor de cada Município.

progressivamente<sup>33</sup>.

Confirmando também a idéia de que é pelo uso que a coisa cumpre sua função social, deve-se lembrar neste passo também a regra do parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002<sup>34</sup>, segundo a qual o prazo da usucapião extraordinária fica reduzido para dez anos, quando o possuidor haja estabelecido no imóvel sua morada habitual, ou haja nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Aponta no mesmo sentido ainda a regra dos §§ 4º e 5º, do artigo 1.228 do Código Civil<sup>35</sup>, segundo as quais pode não ocorrer a denegação do regresso do imóvel reivindicando a posse de seu proprietário, quando se tratar de área extensa, que esteja na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, “de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”, hipótese em que deverá ser fixada a justa indenização devida ao proprietário.

Situação de transferência compulsória do domínio da coisa a quem, sendo-lhe possuidor pelo tempo mínimo exigido pela regra legal, também haja empregado nela seu trabalho, realizando nela obras e serviços que o juiz considere de interesse social e econômico relevante. A transferência do domínio, nesse caso, todavia, salvo possibilidade de reconhecimento de usucapião especial urbana ou rural, ficará condicionada ao pagamento da indenização fixada.

Em tema de imóveis rurais, a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962<sup>36</sup>, já cuidava da desapropriação por interesse social, para

---

33 A propósito do tema, DECOMAIN, Pedro Roberto; **Diretrizes gerais da política urbana**; Lei nº 10.257/2001; IPTU progressivo no tempo; <<http://www.saraivajur.com.br>>, acesso em 15 de julho de 2004. Toshio Mukai designou o IPTU progressivo no tempo, destinado a desestimular não uso ou subutilização de imóveis urbanos como modalidade de “tributação extrafiscal de finalidade punitiva” (MUKAI, Toshio. **O Estatuto da cidade**. Anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11).

34 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Editora Sugestões Literárias. **Novo Código Civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002. p. 143.

35 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Editora Sugestões Literárias. **Novo Código Civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002. p. 142.

justa distribuição da terra ou para seu uso conforme o bem-estar social, expressão situada muito próxima daquela da função social da propriedade. O Decreto nº 95.715, de 10 de fevereiro de 1988<sup>37</sup>, regulamenta as desapropriações para reforma agrária e, já em seu artigo 1º, salienta que tal reforma ocorrerá em área inexplorada ou com exploração que contrarie os princípios que informam a ordem econômica e social, numa clara alusão, mesmo antes da vigência da CRFB/88, à necessidade de observância da função social da propriedade rural.

De referir-se também a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964<sup>38</sup>, conhecida como Estatuto da Terra. Já, no *caput* de seu artigo 2º e no respectivo § 1º, a mencionada Lei afirmava:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;

---

36 BRASIL. Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962. Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.408-1.425.

37 BRASIL. Decreto n. 95.715, de 10 de fevereiro de 1988. Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.408-1.425.

38 BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Presidência da República. Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários. Programa Nacional de Política Fundiária. **Coletânea**. Legislação agrária; legislação de registros públicos; jurisprudência. Brasília: Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários. Programa Nacional de Política Fundiária, 1983.

d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Em seu artigo 2º, § 2º, alínea *b*, a mesma Lei também estabelece ser incumbência do Poder Público “zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo”.

A Lei nº 8.174, de 30 de janeiro de 1991<sup>39</sup>, prevê os princípios da política agrícola. Já a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993<sup>40</sup>, dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. Por fim, a Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993<sup>41</sup>, com as alterações determinadas pela Lei Complementar nº 88, de 23 de dezembro de 1996, dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

A Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, atendendo ao que consta do *caput* do art. 186 da CRFB/88, define os critérios e graus de exigência em face dos quais serão considerados atendidos os requisitos contidos nos incisos daquele artigo constitucional, para que se considere que a propriedade rural atende à sua função social.

Assim, no que tange ao requisito previsto pelo inciso I do art. 186 da CRFB/88, o § 1º do art. 9º da Lei nº 8.629/93 afirma que o aproveitamento do terreno rural será havido por adequado quando atender aos parâmetros previstos nos §§ 1º a 7º do artigo 6º da mesma Lei.

---

39 BRASIL. Lei n. 8.174, de 30 de janeiro de 1991. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de julho de 2004.

40 BRASIL. Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de julho de 2004.

41 BRASIL. Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993. Editora Saraiva. **Código de Processo Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 758-762.

Para conhecimento de tais parâmetros, interessante a transcrição do *caput* e dos §§ 1º a 7º do art. 6º da Lei mencionada:

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

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do *caput* deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

§ 3º Considera-se efetivamente utilizadas:

I - as áreas plantadas com produtos vegetais;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, ob-

servado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes;

§ 4º No caso de consórcio ou intercalação de culturas, considera-se efetivamente utilizada a área total do consórcio ou intercalação.

§ 5º No caso de mais de um cultivo no ano, com um ou mais produtos, no mesmo espaço, considera-se efetivamente utilizada a maior área usada no ano considerado.

§ 6º Para os produtos que não tenham índices de rendimentos fixados, adotar-se-á a área utilizada com esses produtos, com resultado do cálculo previsto no inciso I do § 2º deste artigo.

§ 7º Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens tecnicamente conduzida, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie.

Com relação ao requisito da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (CRFB/88, art.



186, inciso II)<sup>42</sup>, o tema vem disciplinado pelos §§ 2º e 3º do artigo 9º da Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, cuja redação é a seguinte:

Art. 9º. [...]

§ 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Os dois dispositivos, por evidente, apresentam textura aberta, para utilizar a expressão de Herbert Hart<sup>43</sup>. Evidencia-se isso no uso da expressão “vocação natural da terra”, no § 2º, e “medida adequada do equilíbrio ecológico da propriedade e saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas”.

Já o § 4º do artigo 9º da Lei referida dispõe sobre o requisito constitucional da observância das disposições que regulam as relações de trabalho (CRFB/88, art. 186, inciso III), o que faz nos seguintes termos:

Art. 9º. [...]

§ 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis

---

42 Ressalte-se que, de um modo geral, o § 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002 afirma o seguinte: “Art. 1.228. [...] § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Editora Sugestões Literárias. **Novo Código Civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002, p. 142).

43 HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, abril de 1986, p. 223.

trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

Por fim, o § 5º do mesmo artigo da Lei mencionada dispõe sobre o requisito constitucional da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (CRFB/88, art. 186, inciso IV):

Art. 9º. [...]

§ 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

No que diz respeito à preservação da função social da propriedade rural, é interessante referir-se ainda, sem qualquer pretensão a esgotar a análise das hipóteses de situações legais que procuram obter a dita preservação, à Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996<sup>44</sup>, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), e que estabelece alíquotas progressivas em função tanto da área do imóvel quanto do seu grau de utilização, podendo chegar a 20% (vinte por cento) do valor da terra nua, em se tratando de imóveis com mais de 5.000 (cinco mil) hectares e grau de utilização até 30% (trinta por cento).

O objetivo, por evidente, reside em fomentar o uso dos imóveis rurais em atendimento à sua função social, tanto que a alíquota do aludido imposto, mesmo para imóveis com área superior a 5.000 (cinco mil) hectares, mas com grau de utilização superior a 80% (oitenta por cento), será de apenas 0,45% (quarenta e cinco centésimos por cento) do valor da terra nua.

Trata-se de mais uma situação em que a tributação é empregada com finalidade extrafiscal, fenômeno que também ocorre com o IPTU

---

44 BRASIL. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Editora Saraiva. **Código Tributário**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 663-671.

progressivo no tempo, em caso de imóveis urbanos não-utilizados ou subutilizados. O objetivo dos tributos de um modo geral é basicamente a obtenção de receita para o Tesouro Público, de sorte que o Estado possa cumprir suas finalidades. Situações há, todavia, nas quais a tributação acontece não com esse propósito, mas sim para servir como mecanismo destinado ou a fomentar ou a desestimular determinadas atividades.

De acordo com o ensinamento deixado por Aliomar Baleeiro<sup>45</sup>:

quando pretende uma intervenção através de processos tributários, o Estado ora usa dos efeitos drásticos que uma imposição produz sobre os preços e o valor, conforme vimos a propósitos dos fenômenos de repercussão, absorção e transformação, ora afasta esses efeitos através de imunidades e isenções, discriminando, para esse fim, as coisas, fatos ou atividades, que deseja preservar e encorajar.

Logo em seguida, o mesmo autor, apresentando diversas situações em que a tributação é empregada não com o propósito de obter renda, mas sim com o de moldar determinadas atividades econômicas, fomentando-as ou desestimulando-as, inclui entre elas “a fragmentação dos latifúndios ou remembramento de minifúndios e punição do ausenteísmo por impostos progressivos sobre a área desocupada ou sobre heranças recebidas por pessoas residentes fora da jurisdição do governo, que exerce o poder de tributar”.<sup>46</sup>

É essa exatamente a situação, tanto no IPTU progressivo no tempo, com alíquotas crescentes ao longo dos anos, destinado a fomentar o adequado uso dos imóveis urbanos, quanto das elevadas alíquotas do ITR, em face de imóveis de ampla extensão, mas de uso insignificante ou nulo.

Tanto no caso da elevada tributação dos imóveis rurais por incidência do ITR quanto do crescimento progressivo da alíquota do

---

45 BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 190.

46 BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 191.

IPTU ao longo dos anos, ambos em face de imóveis que, por ociosos, não cumprem sua função social, o evidente objetivo é o de conduzir o proprietário ou a dar aproveitamento adequado à terra, ou a transferir-lhe o domínio a outrem, que então o venha a fazer.

## Referências

### Livros e Artigos

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 7. volume. Arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 1. volume. Porto Alegre: Editora Globo, 1952.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Volume VII. Arts. 485 a 553. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979.
- CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: RT, 1972.
- CUNHA, Fernando Whitaker da, e outros. **Comentários à Constituição**. 1. volume. Arts. 1º ao 7º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume 2. Arts. 104 a 250. 2. ed., atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, abril de 1986.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. Série Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. vol. 3. Direito das Coisas. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MUKAI, Toshio. **O Estatuto da cidade**. Anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PEREIRA, Rosalinda Pinto da Costa Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 17, n. 65, julho-setembro/1993, p. 104-128.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1979.
- SILVEIRA, V. César da. **Dicionário de Direito Romano**. 2. volume. São Paulo: José Buschatsky, Editor, 1957.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direitos Reais**. Volume 5. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). **Código de Hamurabi**. Código de Manu - excertos (livros Oitavo e Nono). Lei das XIII Tábuas. São Paulo: EDIPRO, 1994.

## Legislação

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 95.715, de 10 de fevereiro de 1988. Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil). Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 52. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962. Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- \_\_\_\_\_. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Presidência da República. Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários. Programa Nacional de Política Fundiária. **Coletânea**. Legislação agrária; legislação de registros públicos; jurisprudência. Brasília: Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários. Programa Nacional de Política Fundiária, 1983.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8.174, de 30 de janeiro de 1991. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de julho de 2004.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de julho de 2004.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Editora Saraiva. **Código Tributário**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Editora Saraiva. **Código Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Editora Sugestões Literárias. **Novo Código Civil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2002.
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993. Editora Saraiva. **Código de Processo Civil**. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

## O MINISTÉRIO PÚBLICO NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Mário Moraes Marques Júnior  
*Promotor de Justiça - RJ*

*Sumário: 1 Introdução - 2 O veto ao artigo 4º da Lei nº 11.101 (Nova Lei de Falências) - 3 A aplicação das normas do Código de Processo Civil em matéria de intervenção do Ministério Público na área falimentar - 4 A atuação do Ministério Público como custos legis nos processos de recuperação judicial e falência - As normas constitucionais e a atuação do Ministério Público no âmbito falimentar - 6 Conclusões.*

### **1 Introdução**

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), que regula os processos de recuperação judicial, extrajudicial e de falência, instituindo uma nova ordem jurídica em matéria falimentar, uma questão primordial que deverá ser enfrentada desde os primeiros dias de sua aplicação, será a da intervenção do Ministério Público nesses feitos.

A Lei de Falências revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), em seu artigo 210, dispunha expressamente:

*Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*  
*v. 3, n. 6, maio/ago. 2005 – Florianópolis – pp 127 a 148*

O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência e à concordata.

Por força do mencionado dispositivo legal, o Ministério Público exercia uma atividade ampla e diversificada, por seus órgãos de execução, as Promotorias de Massas Falidas, que, com o tempo, foram se especializando profundamente na matéria falimentar, aparelhando-se, inclusive, com apoio de peritos e contadores, como se verifica no Rio de Janeiro.

As Promotorias de Massas Falidas, no âmbito do Ministério Público, foram se constituindo em órgãos de atuação tradicional, exercendo atividade de natureza híbrida e dúplice, pois atuante tanto como *custos legis* (como órgão interveniente) quanto como parte (órgão agente), ao investigar a conduta dos administradores das sociedades empresárias em processo falimentar, empreendendo a persecução criminal, por meio do inquérito judicial e propositura de denúncias pela prática de crimes falimentares.

O Ministério Público, assim, como fiscal da lei, intervinha em todas as fases dos processos de falência e de concordatas preventivas e suspensivas, sendo sua oitiva obrigatória antes da decisão de qualquer questão incidente importante, inclusive nos processos correlatos, como, por exemplo, nas habilitações de crédito, pedidos de restituição e ações revocatórias, oferecendo promoções e pareceres, que, em muito, contribuíram para o deslinde das questões jurídicas complexas, que se apresentaram ao longo de mais de cinquenta anos de vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Além dessa atuação, por força da norma inserta no art. 210 da Lei revogada, a intervenção do Ministério Público se fazia obrigatória em todas as causas em que a massa falida ou sociedade concordatária fosse autora ou ré, sob pena de nulidade do processo, estivesse o feito em trâmite no juízo falimentar ou em outro juízo qualquer, devendo



ser intimado pessoalmente para intervir como *custos legis*.

O Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado ao Presidente da República para sanção previa, em seu art. 4º, *verbis*:

Art. 4º. O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.

Tal dispositivo reproduzia o teor do art. 210 da Lei de Quebras revogada, sendo enfático ao determinar, como obrigatória, a intervenção do Ministério Público em qualquer processo de recuperação judicial ou de falência, e ainda nas ações em que a massa falida fosse parte, seja como autora, seja como ré.

A prevalecer o entendimento firmado sob a égide da Lei revogada, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público estender-se-ia aos processos em que sociedade em regime de recuperação judicial fosse parte, como se vinha entendendo em relação às causas em que concordatária fosse autora ou ré.

Assim, a intenção do legislador foi a de manter inalterada a intervenção do Ministério Público, por meio das Promotorias de Massas Falidas, exercendo a importante função de *custos legis*, fiscalizando o cumprimento da lei falimentar em todos os momentos processuais importantes, seja no processo de recuperação judicial, seja no processo de falência.

Como veremos, no entanto, o art. 4º do Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional foi vetado inteiramente pelo Presidente da República, o que impõe uma análise mais aprofundada da disciplina da intervenção ministerial em matéria falimentar, após a entrada em vigor da nova Lei.

Este estudo tem por escopo uma primeira abordagem dessa matéria, que certamente suscitará uma viva controvérsia no meio

jurídico, sendo oportuna, portanto, uma atenta e sistemática visão do tema, a que nos propomos, por ora, com ênfase na atuação do Ministério Público como *custos legis*, nos processos regulados pela nova lei.

## 2 O veto ao artigo 4º da Lei Nº 11.101 (Nova Lei de Falências)

Após muitos anos de tramitação no Congresso Nacional, o projeto que institui a nova Lei de Falências e regula também os processos de recuperação judicial e extrajudicial foi encaminhado para sanção ao Presidente da República, que vetou poucos artigos, dentre eles o art. 4º, que justamente determinava a intervenção obrigatória do Ministério Público nos processos de recuperação judicial, de falência e naqueles feitos em que a massa falida fosse parte.

As razões do veto são assim expostas:

O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências - Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.

Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal.

Após serem elencados diversos dispositivos da nova Lei que prevêem a intervenção do *Parquet*, as razões do veto prosseguem, *verbis*:

Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferi-

mento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito.

A fundamentação do veto, como se percebe, afigura-se bastante precária, pois a atuação fiscalizadora do Ministério Público, ainda que exercida em processos de pequeno significado econômico, sempre assume importância e expressão, tendo em vista a relevância dos interesses tutelados e a necessidade de uma vigilância permanente da instituição.

O Ministério Público, após a promulgação da Carta da República de 1988, em que teve o seu campo de atribuição significativamente ampliado, vem se aparelhando para o fiel desempenho de sua missão constitucional, já estando à altura das importantes funções a ele cometidas como guardião do ordenamento jurídico, dos direitos indisponíveis e da própria ordem democrática.

As razões do veto, portanto, não têm base na realidade fática, e sim raízes políticas, e correspondem a anseios de certos segmentos, incomodados com a firme e decisiva atuação do Ministério Público nos processos falimentares, sempre exigindo o cumprimento da lei e coibindo toda a sorte de manobras fraudulentas e lesivas ao interesse público, não se podendo falar em causas irrelevantes, sendo certo que as Promotorias de Massas Falidas têm se desincumbindo bem dos seus misteres, estando preparadas para enfrentar a demanda de feitos.

Ao revés, vetos dessa natureza, mal disfarçam a intenção de reduzir a atuação ministerial, em desprestígio à instituição e a sua atividade processual fiscalizadora, valendo lembrar que o Ministério Público dos Estados jamais interveio em reclamações trabalhistas, por ausência de atribuição legal, sendo duvidosa a atribuição para intervir em execuções fiscais, em que o interesse meramente patrimonial da

entidade pública não se confunde com o interesse público justificador da atuação do *Parquet*, em que pese entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em contrário<sup>1</sup>, sustentando a obrigatoriedade da intervenção ministerial nas execuções fiscais, quando a Massa Falida for executada, e a inaplicabilidade, nessa hipótese, do disposto no enunciado nº 189 da Súmula do próprio tribunal, que afirma desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

As razões do veto revelam pouco conhecimento do trabalho profícuo do Ministério Público na área falimentar, especialmente após o advento da Constituição da República de 1988, quando a instituição se fortaleceu e se preparou para enfrentar os desafios e árduas tarefas que lhe foram confiadas, somente encontrando respaldo em antigos doutrinadores, que rejeitavam uma ampla atuação do *Parquet* nos processos de falência<sup>2</sup>, por enxergar ser demasiada a sua intervenção, o que dificultaria e tornaria moroso o processo.

A prática forense tem demonstrado, ao contrário, que o Ministério Público tem sido um importante catalisador dos processos falimentares, sempre atento ao fiel cumprimento da lei especial, pugnando por diligências úteis e indispensáveis ao bom andamento dos feitos, que acabam por atingir bom termo graças à atividade fiscalizadora ministerial, por si só saneadora e impulsionadora do correto trâmite processual, coibindo manobras fraudulentas e procrastinatórias bem como prevenindo a ocorrência de nulidades processuais.

A importância da atuação do Ministério Público, no campo falimentar, vem sendo reconhecida amplamente por nossos Tribunais Superiores, sendo unânime o entendimento da sua obrigatoriedade, sob pena de nulidade, admitindo-se até mesmo legitimidade ativa para opor embargos em execução fiscal promovida contra massa falida<sup>3</sup>, na defesa dos interesses sócio-econômicos envolvidos.

---

1 RESP nº 614262 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ, de 14. 2.2005, p. 172.

2 J.C. Sampaio de Lacerda, **Manual de Direito Falimentar**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 124. No mesmo sentido, veja-se Trajano de Miranda Valverde, **Comentários à Lei de Falências**. 4. ed. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, p. 435.

3 RESP nº 28529, Rel. Min. Laurita Vaz, RSTJ vol. 160, p.183.

Assim, o veto em comento, além de apresentar insubsistentes fundamentos, pode levar à errônea interpretação de que a intervenção do Ministério Público poderia ser, a partir da vigência da nova lei falimentar, dispensada nas hipóteses em que a própria Lei nº 11.101 não disponha expressamente.

Certamente tais entendimentos serão sustentados, gerando incerteza jurídica e controvérsias desnecessárias, que teriam sido evitadas caso mantido o artigo como aprovado pelo Congresso Nacional.

Cumpre-nos, como intérpretes da nova legislação falimentar, buscar uma aplicação sistemática das normas referentes à atuação do Ministério Público no processo civil, para, adequando-as ao universo falimentar e aos procedimentos especiais regulados na Nova Lei de Falências, encontrar a correta disciplina da intervenção do *Parquet*, compatível com o seu perfil constitucional e com a sua relevância institucional, permitindo-lhe uma atividade fiscalizadora em todos os momentos processuais importantes no campo falimentar, no resguardo do interesse público que informa a sua atividade como *custos legis*.

### **3 A aplicação das normas do Código de Processo Civil em matéria de intervenção do Ministério Público na área Falimentar**

Analisada a inconsistência das razões do veto ao artigo 4º da Lei Falimentar que determinava a intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e de falências, incumbe-nos examinar a questão da intervenção à luz das normas gerais do Código de Processo Civil, que regulam a atividade ministerial no processo civil.

O fundamento da intervenção do Ministério Público no processo de insolvência civil ou comercial é o interesse público, que, nessas hipóteses, reside na necessidade de tutela do crédito, da fé pública, do comércio, da economia pública e na preservação do tratamento

---

4 FÜHRER, V Maximilianus Cláudio Américo. **Crimes Falimentares**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p.23.

igualitário dos credores, pilar da execução concursal falimentar.

Aliás, é oportuno lembrar que os crimes falimentares, como bem ressalta Maximilianus Führer<sup>4</sup>, são pluriofensivos, porque atingem ou podem atingir diversos bens jurídicos tutelados pela norma penal, sendo imperioso, portanto, que o Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública falimentar, acompanhe o processo de insolvência, desde a fase pré-falencial.

Com efeito, parece-nos evidente que o interesse público que determina a intervenção do Ministério Público manifesta-se, ainda mais cristalino, no momento em que é deduzido o pedido de falência em juízo, por quaisquer dos legitimados processuais listados no art. 97, incisos I a IV, da Nova Lei de Falências.

É justamente nesse momento processual que sobreleva o interesse público justificador da intervenção ministerial, visto que a decretação da falência tem efeitos graves na economia, produzindo, por vezes, a quebra de outras sociedades, desemprego e um abalo geral no crédito, sendo necessário e imprescindível que o Ministério Público, como fiscal do fiel cumprimento da lei, seja chamado a opinar antes da sentença, analisando detidamente a presença dos pressupostos falimentares.

Aliás, o interesse público que determina a intervenção do Ministério Público, nos processos de falência e também nos de recuperação judicial, é o chamado “interesse público primário”, que conforme Renato Alessi<sup>5</sup>, é o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade na sua totalidade, não se confundindo com o interesse público secundário que é o modo como os órgãos da administração vêem o interesse público, como esclarece Hugo Nigro Mazzilli<sup>6</sup>.

Sendo inegável, portanto, a presença de interesse público nas ações falimentares e de recuperação judicial, não há como estar ausente o Ministério Público, em todos os momentos processuais relevantes, como guardião do fiel cumprimento da lei e zelador dos interesses indisponíveis envolvidos.

---

5 **Sistema istituzionale Del diritto amministrativo italiano**, Milão, 1960. p.197-8.

6 **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.42.

A intervenção é obrigatória e ditada, em termos expressos, pelo art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil, que determina que deve o Ministério Público intervir em todas as causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Com efeito, pela natureza da ação falimentar e da ação de recuperação judicial, não resta dúvidas que há interesse público relevante a justificar e tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade, a fulminar o processo a partir do ato em que deveria ter sido intimado a intervir.

Nas ações de falência e de recuperação judicial, a intervenção ministerial, além de obrigatória, deve ser determinada pelo órgão jurisdicional desde o ajuizamento do pedido, possibilitando que se manifeste o Promotor de Massas Falidas quanto à presença dos requisitos e dos pressupostos legais, antes de proferir sentença de quebra, determinar o processamento da recuperação judicial ou decretar de plano a falência.

Conforme Nelson Nery Junior<sup>7</sup>, a norma inserta no art. 82, inciso III, do CPC

deixa aberta a possibilidade de o Ministério Público intervir nas demais causas em que há interesse público. Quando a lei expressamente determina a intervenção, não se pode discutir ou questionar a necessidade de ela ocorrer. A norma ora comentada somente incide nas hipóteses concretas onde a participação do MP não se encontra expressamente prevista na lei. Caberá ao MP e ao juiz a avaliação da existência ou não do interesse público legitimador da intervenção do *Parquet*.

Como se observa, a intervenção ministerial nas ações falimentares e nas ações de recuperação judicial é obrigatória e inafastável, não sendo ditada por razões de conveniência e oportunidade do órgão do Ministério Público, pois inequívoco o interesse público, devendo intervir o Promotor de Massas Falidas em todo momento

---

7 **Código de Processo Civil Comentado** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.503.

processual relevante, ainda que omissa o texto legal.

É fundamental se observar que a aplicação das normas gerais de intervenção do Ministério Público no processo civil, previstas nos artigos 81 a 85 do Código de Processo Civil, aos procedimentos regulados pela Nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) é determinada pela própria Lei Falimentar, em seu art. 189, quando determina a aplicação subsidiária do Diploma Processual, pelo que a atuação do *Parquet* deverá ser regulada por esses dispositivos do *codex*.

Assim, no exercício da sua atividade como *custos legis*, o Promotor de Massas Falidas, atuando nos processos de falência ou de recuperação judicial, terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo, nos termos do art. 83, inciso I, do CPC, podendo juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (inciso II do art. 83 do CPC).

Ainda, como órgão interveniente, nas falências e nos processos de recuperação judicial, o Ministério Público deverá ser intimado pessoalmente (art. 236, parágrafo 2º, do CPC), para todos os atos do processo, sob pena de nulidade (art. 84 do CPC).

Frise-se que o Ministério Público deve ser intimado pessoalmente para intervir, após já terem se manifestado as partes e todos aqueles que deveriam ser ouvidos naquela oportunidade processual, porém previamente à decisão da questão processual incidente, possibilitando-se que ofereça promoção ou parecer fundamentado, a fim de exercer amplamente o seu *munus* de fiscal da lei e guardião do interesse público.

Após cada decisão judicial ou sentença, deverá ser intimado o Ministério Público, de igual forma, para que possa recorrer das decisões injustas ou ilegais, completando a sua atividade fiscalizadora, sendo certo que sua legitimidade recursal é ampla e está expressamente prevista no art. 499, parágrafo 2º, do CPC, já sendo objeto do enunciado nº 99 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>.

---

8 Enunciado nº 99 da Súmula do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.



Não somente nos processos de falência e recuperação judicial deverá ser intimado o Ministério Público a intervir, mas também em todos os processos correlatos e a eles vinculados, como, por exemplo, nas habilitações de crédito retardatárias, nas impugnações de crédito, nos pedidos de restituição, bem como em qualquer ação proposta pela massa falida ou contra ela, ainda que em trâmite em juízo diverso do falimentar.

Isso se explica, porque não há como se conceber que a atividade fiscalizadora do Ministério Público seja limitada ou restrita aos autos principais da falência ou da recuperação judicial, eis que se vislumbra nestes processos correlatos, também chamados de “satélites”, a mesma *ratio* determinante da intervenção, que é a tutela do interesse público, que não se confunde com o interesse dos credores, mas deve ser entendida como uma abrangente fiscalização da aplicação da lei, no atendimento do interesse da coletividade na sua totalidade, na proteção ao crédito, aos mercados e à economia pública, fortalecendo a crença nas instituições financeiras e econômicas e na própria administração da Justiça.

De nada adiantaria a atuação do Ministério Público nos autos falimentares, se, em importantes processos correlatos, fosse verificada violação à lei, conluíus, fraudes de todo o gênero, prejudicando a massa falida e esvaziando o seu ativo, por ausência de intervenção fiscalizadora do *Parquet*.

Também, nesses processos, a atuação do Ministério Público obedecerá às normas do Código de Processo Civil (art. 82 a 85), devendo ser feita a sua intimação pessoal, após a manifestação das partes, para oferecer promoções e pareceres sobre questões incidentes e sobre o mérito, bem como para intervir em todos os atos do processo, estar presente às audiências e aos atos que demandem sua presença, devendo ser intimado de toda decisão e sentença, para que possa interpor eventual recurso.

Impende frisar que a atuação do Ministério Público não está restrita às hipóteses expressamente previstas em dispositivos esparsos da novel Lei nº 11.101/2005, como, por exemplo, nos artigos 8º, 19, 22, parágrafo 4º, 30, parágrafo 2º, 52, inciso V, 59, parágrafo 2º, 99, inciso XIII, VI, 132, 142, parágrafo 7º, 143, 154, parágrafo 3º, 184,

parágrafo único, e art. 187, parágrafos 1º e 2º.

A intervenção do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação judicial, como veremos adiante, deverá ocorrer em cada oportunidade processual em que tenha que ser decidida questão incidente pelo juízo falimentar e, para tanto, deverá ser intimado previamente, para que possa oferecer promoção ou parecer, sempre após já terem se manifestado os demais interessados.

#### **4 A atuação do Ministério Público como custos legis nos processos de recuperação judicial e falência**

Uma das características mais marcantes da Lei nº 11.101/2005, a par de graves defeitos técnicos e alguns dispositivos ofensivos à lógica jurídica, é a sua omissão quanto à solução de diversas situações antes expressamente previstas na Lei revogada.

Apenas para exemplificar, examinemos o disposto no 6º, parágrafo 1º, da nova Lei, que dispõe, *verbis*:

“§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”.

Tal dispositivo tem seu equivalente na lei revogada, que dispunha em seu art. 24, parágrafo 2º:

§2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:

I - os credores por títulos não sujeitos a rateio;

II - os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

Como se observa, a Lei revogada previa outras hipóteses em que haveria de prosseguir a ação ou execução, além dos casos de demanda por pagamento de quantia ilíquida, que eram as causas para entrega de coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

Pela Lei atual, que silencia a respeito, não há previsão de tais

hipóteses, simplesmente ignoradas, o que poderá gerar controvérsias absolutamente desnecessárias, não fosse a omissão legal.

Na mesma impropriedade, incorre a nova Lei, ao se omitir sistematicamente quanto à intimação do Ministério Público, para se manifestar nos diversos momentos processuais, tanto na recuperação judicial quanto na falência.

As omissões são inúmeras e, como a intervenção ministerial é obrigatória, sob pena de nulidade do ato em que deveria intervir o Promotor de Massas Falidas, limitaremos-nos apenas a listar aquelas que, por sua relevância, prejudicam sobremaneira o exercício da atividade fiscal do *Parquet*, na função de *custos legis*.

Assim, será obrigatoriamente intimado o órgão do Ministério Público a intervir, seja por meio de manifestações (pareceres e promoções), seja por meio da presença ao ato, nos seguintes momentos processuais, enumerados por ordem crescente de artigos da nova Lei Falimentar:

1) nas impugnações de crédito, devendo ser intimado para se manifestar após o devedor, o Comitê e o administrador judicial (art.12, *caput* e parágrafo único);

2) antes da homologação da relação dos credores constante do edital do art. 7º, parágrafo 2º, como quadro geral de credores, possibilitando um controle prévio do passivo da massa falida ou da sociedade em recuperação judicial (art. 14), justificando-se a intervenção, ademais, porque pode o Ministério Público, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito (art. 19), o que demonstra a necessidade de sua atividade fiscal *ab initio*;

3) para comparecer à audiência especial designada pelo juízo falimentar, quando for intimado a prestar declarações qualquer credor, o devedor ou seus administradores (art. 22, parágrafo 2º), sob pena de nulidade do ato, sendo certo que o Ministério Público também pode tomar a iniciativa de pleitear a oitiva em juízo de quaisquer das pessoas listados no art. 22, inciso I, alínea “d”, para prestar informações sobre fatos de interesse da falência;

4) quando o administrador judicial, na falência, pleitear autorização judicial para transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, devendo o órgão do Ministério Público se manifestar sobre o pedido, após ouvido o Comitê e o devedor e previamente à decisão (art. 22, parágrafo 3º);

5) quando convocada assembléia-geral de credores, para que o Promotor de Massas Falidas avalie quanto à necessidade de sua presença, sendo recomendável o seu comparecimento, especialmente em falências de grande porte, para observar o cumprimento das disposições legais que regem o ato, especialmente as relativas ao *quorum* de instalação e deliberação (art. 36 e seguintes) bem como quanto à dinâmica das votações;

6) antes da decisão que defere o processamento da recuperação judicial (art. 52, *caput*), abrindo-se oportunidade de o Ministério Público examinar o preenchimento de todos os requisitos legais para o processamento do pedido bem como toda a documentação que deve instruí-lo. Embora deva ser intimado também da decisão que deferir o processamento (art. 52, inciso V), a atividade ministerial não pode ser exercida apenas *a posteriori*, tendo em vista os efeitos graves advindos do processamento, especialmente a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor (inciso III do art. 52), estando evidenciado o interesse público na manifestação prévia do órgão ministerial;

7) antes da decretação da falência, se rejeitado o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, pela assembléia-geral de credores (art. 56, parágrafo 4º), ocasião em que o Ministério Público deverá, na tutela dos interesses indisponíveis de que é guardião, verificar se a rejeição do plano obedeceu, em sua votação, às regras da Lei Falimentar, bem como se não é abusiva ou arbitrária;

8) antes da concessão da recuperação judicial, ocasião em que será verificado pelo Ministério Público o cumprimento dos requisitos legais, o cumprimento do disposto no art. 57 (apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor) e a efetiva inexistência de objeções de credores ao plano de recuperação (art. 55), sendo certo que, se o Ministério Público é legitimado a recorrer da decisão de concessão (como de resto, aliás, de qualquer decisão

neste processo), nos termos do art. 59, parágrafo 2º, é curial que se manifeste previamente, podendo exigir o cumprimento de qualquer requisito ou apresentação de documento faltante;

9) antes da sentença que julgar encerrado o processo de recuperação judicial, para que verifique se foram cumpridas todas as obrigações do devedor previstas no plano (art. 63, *caput*);

10) antes de ser decidido quanto à destituição do administrador prevista no art. 64, parágrafo único, vez que tal decisão, inclusive, pode se dar em razão da prática de ilícito falimentar, o que exige o pleno conhecimento pelo órgão do *Parquet* quanto à conduta do administrador, para fins de propositura da ação penal.

11) antes de ser autorizada a alienação de bens ou direitos integrantes do ativo do devedor, após manifestação do Comitê (art. 66), vez que cabe ao Ministério Público velar pela preservação do ativo e pelo fiel cumprimento do plano de recuperação;

12) antes da decisão que concede a recuperação judicial a uma microempresa ou a empresa de pequeno porte (art 72, *caput*), com base no plano especial de recuperação (art. 71), possibilitando que o órgão do Ministério Público verifique se a sociedade efetivamente se enquadra no conceito legal de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação e, portanto, sujeita à disciplina especial mais benéfica da nova lei.

13) antes da decisão que convolar a recuperação judicial em falência, nas hipóteses do art. 73, velando pela legitimidade e legalidade da decretação;

14) antes de ser decidido pedido de restituição, após oitiva do falido, do Comitê, dos credores e do administrador judicial (art. 87, parágrafo 1º), devendo o órgão ministerial se manifestar fundamentadamente quanto ao pleito, recorrendo da decisão, se necessário. Intervirá, ademais, em eventual embargos de terceiro (art. 93);

15) antes da sentença que decretar a falência requerida pelo próprio devedor (autofalência), por credor ou qualquer outro legitimado, devendo ser intimado após o prazo da contestação ou após o ajuizamento do pedido, em caso de autofalência. Sobreleva, nesse momento, o interesse público, sendo a ocasião em que o interesse meramente

privado do requerente da quebra ou mesmo do próprio devedor (no caso de autofalência) deve ser contraposto ao interesse social. É nessa oportunidade que avulta a necessidade de intervenção do Promotor de Massas Falidas, que deverá aquilatar e sopesar os interesses envolvidos, para que cumpra o processo falimentar o seu objetivo maior de saneamento do mercado, de preservação do crédito e das instituições, bem como da tutela da economia na sua totalidade, velando pela rápida solução da controvérsia e evitando a procrastinação do feito e a situação de indefinição jurídica do estado falimentar da sociedade. Não pode, por evidente, limitar-se a atuação do Ministério Público a um controle posterior, depois de já decretada a quebra, como poderia se supor, a teor do art. 99, inciso XIII, que prevê a obrigatoriedade da intimação do Ministério Público, a ser ordenada na própria sentença de quebra. É ainda nesse momento que se abre oportunidade ao Ministério Público, levando em consideração a função social da empresa e os princípios que norteiam a sua preservação, de avaliar a necessidade de exclusão do mercado daquela unidade produtiva, geradora de empregos, renda e arrecadação de tributos, bem como as conseqüências da sua insolvência no mercado, inclusive em relação a outras sociedades, já sendo possível, por vezes, vislumbrar-se a ocorrência, nessa fase, de diversas condutas tipificadas como crimes falimentares, o que torna inquestionável a necessidade da sua intervenção;

16) para acompanhar, se julgar necessário, a arrecadação dos bens da sociedade falida, a cargo do administrador judicial (art. 110, *caput*). Como na Lei revogada, a participação direta no ato é facultativa, mas é indispensável a ciência do órgão ministerial, que pode julgar relevante acompanhar a diligência, especialmente em certas circunstâncias, como, por exemplo, a existência de substâncias tóxicas ou controladas, dentre as possivelmente encontradas (falência de drogaria ou indústria farmacêutica), ou quando tenha receio ou suspeita da ocorrência de desvio de bens;

17) antes da concessão de autorização a credores para adquirir bens da massa falida arrecadados, após a oitiva do Comitê (art. 111);

18) para se manifestar sobre a celebração de contrato referente aos bens da massa falida (art. 114), pelo administrador judicial, após a autorização do Comitê, cumprindo verificar se efetivamente o ne-

gócio é vantajoso para a massa. Frise-se que, a despeito da omissão do texto legal, não basta a autorização do Comitê, somente sendo possível a celebração de negócio envolvendo bens da massa, após decisão judicial. Do mesmo modo, por igual razão, deverá se manifestar o Promotor de Massas Falidas quanto ao cumprimento de contrato bilateral (art. 117) ou unilateral (art. 118) pelo administrador judicial, após manifestação do Comitê;

19) para intervir em todos os atos da ação revocatória, como *custos legis* (art. 134), quando não tiver proposto a ação (tem legitimidade, nos termos do art. 132). Vale lembrar que o Ministério Público não detinha legitimidade para a propositura de ação revocatória, pela Lei revogada, sendo nova a atribuição prevista no art. 132 da Lei nº 11.101/2005;

20) para opinar sobre a modalidade de realização do ativo da massa falida, após a oitiva do administrador judicial e do Comitê (art. 142, *caput*, art. 144 e 145, parágrafo 3º). Insta acentuar que a Lei prevê, no parágrafo 7º do art. 142, que “o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade”. Esse dispositivo revela-se bastante lacônico, pois não indica o objetivo da intimação, se para a presença ao ato de alienação ou simplesmente para se manifestar sobre a modalidade mais apropriada. Ademais, encerra expressão supérflua, vez que toda intimação a órgão do Ministério Público é obrigatoriamente pessoal, com vista dos autos, nos termos do art. 41, inciso IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93). A interpretação da norma legal em comento mais consentânea com a atividade fiscalizadora do Promotor de Massas Falidas é a de que ele deverá ser intimado para opinar sobre a modalidade de alienação e também para o ato, devendo estar presente ao leilão ou pregão (art. 142, incisos I e III) e ao ato de abertura dos envelopes pelo Juiz, no caso de alienação por propostas (art. 142, parágrafo 4º), velando pela obediência às regras estatuídas pelo art. 142, parágrafo 6º, e para que não sejam alienados os bens da massa por preço vil;

21) após a apresentação do relatório final da falência pelo administrador judicial (art. 156) e antes do seu encerramento por sentença bem como em caso de ser requerida a declaração de extinção das obrigações pelo falido (art. 159), para se manifestar previamente à decisão; e

22) para opinar sobre o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial bem como sobre eventual impugnação apresentada (art. 164, parágrafos 4º e 5º). O fundamento da intervenção ministerial, nessa hipótese, é o mesmo justificador da atuação nos processos de falência e recuperação judicial, considerando a necessária tutela de interesses indisponíveis e o interesse público primário que sobressai de igual modo. Frise-se que, por uma interpretação sistemática da própria Lei, chega-se à conclusão de que a intervenção do Ministério Público é obrigatória não somente para atuar como *custos legis* mas também para que possa constatar e reprimir a prática de crimes falimentares. Com efeito, nos tipos penais previstos pelos artigos 168, 171, 172, 175 e 178, estão descritas condutas incriminadoras praticadas antes ou depois da homologação da recuperação extrajudicial, sendo indispensável, portanto, a intervenção do Ministério Público durante o processamento do pedido homologatório, propiciando-se ao titular da ação penal a colheita dos elementos necessários à propositura de ação penal.

Além das hipóteses de intervenção mencionadas, como já ressaltado, deverá ser intimado o Ministério Público a se manifestar sobre qualquer questão incidente surgida no curso de processo de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, sempre opinando após os interessados e previamente à decisão judicial, possibilitando-se o pleno exercício da sua atividade fiscalizadora, não estando adstrita a atuação ministerial àquelas situações mencionadas na lei expressamente.

Vale lembrar, ainda, em reforço a essa ordem de idéias, que a própria Lei, ao conceder ao Ministério Público legitimidade para a propositura de ação revocatória (art. 132), com o objetivo de coibir a prática de atos fraudulentos e prejudiciais aos credores da sociedade falida ou em recuperação judicial, induz à obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em todas as fases processuais, a fim de que possa ter conhecimento de qualquer ato atentatório à lei e aos interesses da massa falida, sujeitos à declaração de ineficácia, listados nos incisos do art. 129, bem como da prática de qualquer conduta com intenção de prejudicar credores, nos termos do art. 130 da nova Lei.

De igual forma, somente será possível a colheita de elementos de prova e a efetiva repressão aos ilícitos falimentares, se o Ministé-



rio Público acompanhar todos os atos do processo falimentar, para verificar a ocorrência desses ilícitos, procedendo à sua investigação, podendo, se for necessário, requisitar a abertura de inquérito policial (art. 187, *caput*).

Somente com a presença do Ministério Público, em todas as fases dos processos de falência e de recuperação judicial (vez que há possibilidade de convação em falência), poderá ser efetivamente reprimida a prática dos ilícitos falimentares, que tiveram suas penas consideravelmente agravadas na nova Lei, que, ademais, tipificou novas condutas criminosas, exigindo atenção especial do Promotor de Massas Falidas e a sua presença a todos os atos processuais na falência e na recuperação judicial, podendo, inclusive, promover ação penal imediatamente após a decretação da quebra, se já presentes elementos probatórios suficientes da ocorrência de crime, nos termos do art. 187, *caput*.

## **5 As normas constitucionais e a atuação do Ministério Público no âmbito falimentar**

Analisada a intervenção do Ministério Público em matéria falimentar, à luz das normas gerais que regem a atuação do *Parquet* no processo civil, impende um rápido exame das normas constitucionais que traçaram o perfil da instituição, para melhor aclarar a questão da natureza dos interesses que justificam e determinam a intervenção ministerial na área do Direito Falimentar.

Encontramos justificativa e base constitucional para atuação do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação judicial na própria norma inserta no art. 127, *caput*, da Carta da República de 1988, que exemplarmente o define como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Com efeito, o interesse público primário, ou seja, o interesse social (da sociedade em geral ou da coletividade na sua totalidade) é que norteia e define como obrigatória a atuação do Ministério Pú-

blico nos processos falimentares e de recuperação judicial, tendo em vista os extensos e incomensuráveis reflexos no âmbito empresarial, econômico e do crédito, alcançando mesmo a credibilidade das instituições e da própria Justiça.

A intervenção ministerial, na seara da falência e da recuperação judicial, portanto, encontra raízes constitucionais, sendo certo que o Promotor de Massas Falidas atuará na função de guardião do ordenamento jurídico falimentar e na tutela dos interesses sociais indisponíveis envolvidos nesses processos.

Impende salientar, ademais, que não importa a natureza jurídica que venha a ser reconhecida doutrinariamente à recuperação judicial ou extrajudicial (matéria que refoge do objeto deste estudo), vez que, ainda que se vislumbre nesses institutos mera administração judicial de interesses privados e, portanto, de interesse exclusivo dos credores da sociedade empresária participantes, a atuação do Ministério Público se impõe, vez que não age na tutela dos interesses dos credores ou de quaisquer interesses privados, mas, em razão da repercussão que tais processos, têm, na esfera social, no âmbito público e das relações econômicas, pelo que, há interesse público primário no exercício da atividade fiscalizadora ministerial.

Assim, não há como se vislumbrar na atuação do Ministério Público, nos processos de falência e recuperação judicial, a tutela de interesses metaindividuais, também denominados transindividuais, que são aqueles compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, pois esses interesses, como elucida Hugo Nigro Mazzilli<sup>9</sup>, são os que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público.

Conforme visto, não tutela o Ministério Público o interesse dos credores da falida, nem da sociedade em recuperação judicial, e, assim, não há como se confundir o interesse público (sempre indisponível) que norteia a atividade ministerial nos processos regulados pela Nova Lei de Falências, com os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, embora estes também reclamem defesa por parte do Ministério Público (art. 127, *caput* e art. 129, III da Constituição Federal).

---

9 Ob. cit., p. 43

A intervenção ministerial nesses processos é ditada pelo interesse público evidenciado pela própria natureza da lide e suas repercussões no ordenamento jurídico e econômico. As conseqüências, por vezes de proporções nacionais, que podem advir da falência ou recuperação judicial de sociedade empresária de grande porte, no abalo ao crédito e na credibilidade dos nossos mercados, podem influenciar, inclusive, os investimentos externos no país, pelo que, o Ministério Público, em sua missão constitucional de guardião do ordenamento jurídico e dos interesses sociais indisponíveis, não pode ser afastado de tais processos, configurando-se inconstitucional qualquer iniciativa normativa com esse propósito.

## 6. Conclusões

Do estudo da matéria analisada, em síntese, podemos chegar às seguintes conclusões:

1) a intervenção do Ministério Público é obrigatória nos procedimentos de falência, recuperação judicial e extrajudicial, reguladas pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como em qualquer outro processo correlato ou em que o devedor seja parte, aplicando-se o disposto no seu art. 189, e regula-se pelas normas do Código de Processo Civil (arts. 81 a 85), tendo em vista o interesse público primário evidenciado pela natureza da lide (art. 82, inciso III, do CPC), devendo ser intimado para todos os atos processuais, sob pena de nulidade, a fulminar o processo a partir do ato em que deveria ter sido intimado a intervir;

2) nas ações de falência e de recuperação judicial, a intervenção ministerial deve ser determinada pelo órgão jurisdicional desde o ajuizamento do pedido, possibilitando que se manifeste o Promotor de Massas Falidas quanto à presença dos requisitos e dos pressupostos legais, antes de proferir sentença de quebra ou determinar o processamento da recuperação judicial, além de permitir a colheita de elementos probatórios para a propositura de eventual ação penal por crime falimentar bem como para que possam ser identificados atos fraudulentos passíveis de declaração de ineficácia em ação re-

vocatória a ser proposta pelo Ministério Público;

3) a intervenção do Ministério Público deverá ocorrer em cada oportunidade processual em que tenha que ser decidida questão incidente, pelo juízo falimentar, e, para tanto, deverá ser intimado previamente, para que possa oferecer promoção ou parecer, sempre após já terem se manifestado os demais interessados, ainda que, em cada hipótese, a nova Lei não preveja expressamente a oitiva do *Parquet*, vez que a atuação ministerial é regulada pelo art. 83, I, do CPC, sendo obrigatória a abertura de vista dos autos após as partes.

4) a intervenção ministerial, na seara da falência e da recuperação judicial, encontra raízes constitucionais, sendo certo que o Promotor de Massas Falidas atuará na função de guardião do ordenamento jurídico falimentar e na tutela dos interesses sociais indisponíveis envolvidos nesses processos, não podendo ser afastada a atuação do Ministério Público, em razão do interesse público primário, configurando-se inconstitucional qualquer iniciativa normativa com esse propósito.

## PROCEDIMENTO PENAL NA NOVA LEI DE FALÊNCIA

Renato Marcão  
*Promotor de Justiça - SP*

“Saber as leis, dizem os juriconsultos, não é ter-lhes em mente as palavras, mas conhecer-lhes a força e a intenção. *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”. (Rui Barbosa)

*Sumário: 1 Introdução - 2 Competência - 3 Ação penal - 4 Oferecimento da denúncia - 5 Procedimento em juízo - 6 Regras de aplicação subsidiária - 7 Últimas considerações.*

### 1 Introdução

Foi publicada em edição extra do Diário Oficial da União, no dia 9 de fevereiro de 2005,<sup>1</sup>a Lei nº 11.101, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, por isso conhecida como “Nova Lei de Falência”.

Entre outras coisas, conforme o disposto em seu artigo 200, pela nova Lei, ficam revogadas as disposições dos artigos 503 a 512 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal, que tratam “do processo e do julgamento dos crimes de falência”.

---

1 Brasília, 9 de fevereiro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

Por força do que estabelece seu artigo 201, a nova Lei entrará em vigor em 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, vale dizer, em 9 de junho de 2005, observada a regra do §1º do art. 8º da LC 95/98,<sup>2</sup> não havendo que se cogitar, por aqui, da aplicação do princípio da incidência imediata estatuído no art. 2º do CPP.

A matéria penal e processual penal vem regulada no Capítulo VII. Deste, a Seção I, que compreende os artigos 168 a 178, cuida “Dos crimes em espécie” e “fraude a credores”; a Seção II, na qual estão os artigos 179/182, traz as “Disposições Comuns” e, por fim, a Seção III, do artigo 183 ao 188, cuida “Do procedimento penal”, sendo este o objeto das reflexões que buscaremos expor nas linhas seguintes, cumprindo anunciar, desde logo, a inexistência de qualquer pretensão no sentido de esgotar a matéria nos estreitos limites deste trabalho.

## 2 Competência

Conforme a norma geral do Código de Processo Penal, art. 70, a competência jurisdicional será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Em se tratando de crime falimentar, mesmo sob a regulamentação do Dec.-Lei nº 7.661/45, a antiga “Lei de Falência”, “o foro competente para o propositura da ação penal é o juízo onde foi declarada a falência”.<sup>3</sup> É o juízo da quebra.

Segundo Fernando Capez, “Recebida a denúncia ou queixa, os autos serão remetidos ao juízo criminal competente, para prosseguimento da ação, de acordo com o procedimento ordinário, seja o crime

---

2 Art. 8º. A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “Entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

§ 1º. A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002. p. 611.

apenado com detenção, seja com reclusão. Ocorre que, em São Paulo, por força da Lei Estadual nº 3.947/83, firmou-se a competência do juízo universal da falência para o julgamento dos crimes falimentares”. E arremata: “Essa lei estadual constitui norma de organização judiciária, de simples divisão de competência, não ofendendo assim, a Constituição Federal. O Código Judiciário do Estado dispõe que a mesma competência firmada para a capital aplica-se no interior”.<sup>4</sup>

É certo que o art. 504 do CPP determina que “a ação penal será intentada no juízo criminal, devendo nela funcionar o órgão do Ministério Público que exercer, no processo de falência, a curadoria da massa falida”, entretanto, ensina Damásio E. de Jesus com a inteligência de sempre e o costumeiro acerto que: “Embora a disposição determine que a ação penal por delito falimentar deva ser intentada no juízo criminal, os arts. 109, § 2º, e 194 da Lei de Falências afirmam que ela é iniciada no juízo da falência, excepcionalmente podendo ter início no juízo criminal”.<sup>5</sup>

Nos precisos termos do art. 183 da “Nova Lei de Falência”: “Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei”.

Referindo-se ao “juiz criminal” da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, a Lei afasta qualquer dúvida e retira do “juízo universal da falência”, que é de natureza extrapenal, a competência para o processo e julgamento dos delitos falimentares.

Lembrando que a “nova lei” não prevê a possibilidade de concordada preventiva ou suspensiva, uma vez decretada a quebra, concedida a recuperação judicial, ou homologado plano de recuperação extrajudicial, competente para as questões penais eventualmente surgidas será o juiz criminal da jurisdição onde tais atos se derem, aplicando-se quanto ao mais, para a fixação da competência, no caso de pluralidade de juízes igualmente competentes, as regras gerais do Código de Processo Penal (arts. 70 e seguintes).

---

4 **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 576.

5 **Código de Processo Penal anotado**. 15. ed. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 364.

### 3 Ação penal

Porquanto essencialmente público o bem jurídico tutelado na esfera penal, como se verifica na grande maioria dos casos, em regra a ação penal será pública incondicionada e, somente nos casos especialmente destacados na Lei, ela será de outra natureza, vale dizer: pública condicionada ou privada, em quaisquer de suas modalidades.

Segundo o artigo 503 do CPP, “Nos crimes de falência fraudulenta ou culposa, a ação penal poderá ser intentada por denúncia do Ministério Público ou por queixa do liquidatário ou de qualquer credor habilitado por sentença passada em julgado”.

A previsão contempla, em se tratando de falência fraudulenta ou culposa, as possibilidades de *ação penal pública incondicionada*, por *denúncia* de iniciativa do *Ministério Público*, e *ação penal privada*, por *queixa* a ser ofertada pelo *liquidatário* ou *qualquer credor habilitado por sentença passada em julgado*.

Tal regra, que continuará a ser aplicada até que entre em vigor a “nova lei”, sofreu modificação visceral.

Foi excluída a possibilidade de ação penal privada em se tratando de crime falimentar, pois, consoante dispõe o art. 184 do novo diploma, “os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada”.

Afastado qualquer interesse particular primário na persecução penal, subsiste, expressamente, apenas a ação penal de iniciativa do Ministério Público, por denúncia.

Há que se considerar, entretanto, a possibilidade de *ação penal privada subsidiária da pública*, prevista no art. 5º, LIX, da Constituição Federal e também nos arts. 29 do CPP e 100, § 3º, do CP.

Evidentemente, observados os princípios da hierarquia e da verticalidade das normas, o disposto no *caput* do art. 184 não tem força suficiente para retirar do ordenamento a regra de base constitucional. Aliás, nem foi esse o propósito do legislador, tanto assim que, no parágrafo único, cuidou de estabelecer: “Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público



ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses”.

Quanto à decadência e o prazo para o oferecimento da *queixa subsidiária*, a regra reproduz o que está disposto no art. 38 do CPP.

Assim, verificada a absoluta inércia do órgão Ministerial, *qualquer credor habilitado* ou *o administrador judicial* poderá intentar a ação penal nos moldes da regulamentação normativa, cumprindo observar, quanto ao mais, as disposições gerais do Código de Processo Penal.

#### **4 Oferecimento da denúncia**

Dispõe o art. 508 do CPP que: “O prazo para denúncia começará a correr do dia em que o órgão do Ministério Público receber os papéis que devem instruí-la. Não se computará, entretanto, naquele prazo o tempo consumido posteriormente em exames ou diligências requeridos pelo Ministério Público ou na obtenção de cópias ou documentos necessários para oferecer a denúncia”.

O art. 187 da “nova lei” cuidou da matéria nos seguintes termos: “Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial”.

Em outras palavras, porém, com o mesmo objetivo, cuidou a Lei de estabelecer, mantendo as linhas do regramento anterior, que a ação penal não poderá ser iniciada sem que exista prévia sentença de decretação da quebra, e, também agora, concedendo a recuperação judicial.

Fica mantida, portanto, a discussão a respeito da natureza jurídica da sentença declaratória da falência, em que também se insere, a partir da nova Lei, a natureza da decisão que concede recuperação judicial.

No particular assunto, entendemos que a melhor lição é aquela apresentada por Damásio E. de Jesus, que assim se expressa: “Pensamos que nos delitos falimentares, conforme a figura penal, a declaração da falência constitui condição de procedibilidade ou elemento do tipo. A diversidade da natureza jurídica da declaração da quebra depende dos elementos contidos no tipo penal. Quando a figura incriminadora não contém a declaração da falência como elementar, ela configura condição de procedibilidade”. E arremata no notável jurista: “Quando, entretanto, a definição do crime contém a declaração da quebra, esta constitui elemento do tipo. Sem ela o fato a atípico”.<sup>6</sup>

Nos termos do *caput* do art. 187, intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto na Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal, prescindindo da instauração de inquérito policial, porquanto dispensável, apesar de sua inquestionável utilidade e necessidade na esmagadora maioria dos casos.

Se o material probatório disponível não for suficiente para a formação de uma convicção segura e responsável acerca dos fatos sob análise, o representante do Ministério Público deverá requisitar a abertura de inquérito policial.

Com ou sem inquérito, seguindo as linhas do § 1º do art. 187 do novo regramento, “o prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

De forma saudável, a Lei adota como regra geral a ser observada, a adoção dos prazos regulados no art. 46 do CPP. Vale dizer: 5 (cinco) dias, estando o investigado preso, e 15 (quinze) dias se o investigado estiver solto.

Há, entretanto, uma ressalva. Em determinados casos, o representante do Ministério Público poderá “decidir”, a juízo exclusivamente seu, portanto, sem ingerência ou fiscalização judicial anômala, por aguardar a exposição circunstanciada de que trata o art. 186 da

---

6 Ob. Cit., p. 366.

“nova lei”,<sup>7</sup> devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias, conforme dispõe a parte final do art. 187.

De tal hipótese, somente se poderá cogitar em se tratando de investigado solto.

## 5 Procedimento em juízo

De início é preciso anotar que apenas o crime do art. 178 é punido com *detenção*, de 1 a 2 anos, e multa. Todos os demais são punidos com *reclusão*, de 2 a 4 anos, e multa, exceção feita em relação aos crimes dos arts. 168 e 176, para os quais o legislador estabeleceu pena de *reclusão*, de 3 a 6 anos, e multa, em relação ao primeiro, e de *reclusão*, de 1 a 4 anos, e multa, quanto ao último.

Como se vê, é bastante reduzida a hipótese de aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal (Leis 9.099/95 e 10.259/01), em se tratando de “crimes falimentares”, e a fixação da pena de *reclusão* para a maioria dos ilícitos, somada ao patamar mínimo alcançado por ocasião da individualização formal da pena, bem demonstra a intenção de se punir com maior rigor as condutas tipificadas.

Se, por um lado, o novo diploma é claro quanto à intenção acima destacada e se até merece algum aplauso por ter pretendido maior celeridade nos processos criminais, em se tratando de “delitos falimentares”, como deixa entrever, por outro, é digno do mais forte repúdio, ao estabelecer no art. 185 que, “recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal”.

---

7 Art. 186. No relatório previsto na alínea *e* do inciso III do caput do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor.

Para que se esclareça mais uma vez, é preciso lembrar que a única *queixa* que pode ser recebida em tais hipóteses é a *queixa subsidiária*, portanto, instauradora de *ação penal privada subsidiária da pública*.

Superada a questão com o simples esclarecimento em termos de complementação, o que resta é espanto e desalento, além da certeza de que o legislador realmente está despreparado para o enfrentamento das questões penais e processuais penais, o que, aliás, já nos ocupamos de escrever outras tantas vezes.<sup>8</sup>

Com efeito. O procedimento regulado nos arts. 531 a 540 do CPP é o procedimento sumário, e vários dos dispositivos que cuidavam da matéria já foram revogados, sendo recomendada para a perfeita compreensão do assunto consulta aos ensinamentos de Damásio E. de Jesus, em sua consagrada obra “Código de Processo Penal anotado”, em que a matéria se vê abordada em toda sua amplitude e, bem por isso, esgotada.

Pela nova Lei, indistintamente, o procedimento a ser aplicado é aquele previsto para os crimes punidos com *detenção*.

Não se desconhece que, em outras hipóteses, o Código de Processo Penal prevê a aplicação de um só procedimento para crimes punidos com *detenção* e *reclusão*, dando tratamento isonômico. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de crimes contra a honra, nos termos regulados no art. 519 do CPP. De ver-se, entretanto, que por aqui estamos diante de procedimento especial, inclusive e notadamente, em razão do disposto no art. 520 do mesmo “Codex”, realidade que não se confunde com a indicada pela nova Lei de Falência.

É certo que o novo tratamento procedimental dispensado, de certa maneira, também pode ser nomeado de *especial*, entretanto, tal reconhecimento decorreria exclusivamente do fato de se ter determinado a aplicação de um procedimento *próprio para delitos punidos com detenção* a delitos que basicamente são *punidos com reclusão*, sem qualquer regra “especial”, diferenciadora do procedimento (ao con-

---

8 MARCÃO, Renato. **Apontamentos sobre influências deletérias dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria penal.** RT 806/431. **Direito penal brasileiro: do idealismo normativo à realidade prática.** RT 781/484.

trário do que ocorre, p. ex., na hipótese do art. 520 do CPP).

A *especialidade*, aqui, é bastante simples e resume-se ao fato de se ter escolhido normativamente, para crimes punidos com *reclusão*, um procedimento próprio para delitos mais brandos.

A incompatibilidade que disso decorre é preocupante e chega aos limites de um questionamento fundado em base constitucional, à medida que se esbarra no princípio da ampla defesa, pois é cediço que uma das formas básicas de se permitir o exercício desse princípio é estabelecer uma maior amplitude procedimental para os crimes combatidos com maior rigor punitivo no plano formal.

Deve haver uma co-relação; uma congruência; e, sempre, uma coerência entre a *pena* formalmente fixada e o *procedimento* a ser aplicado na persecução em juízo.

Para os delitos mais brandos, com conseqüências menos sensíveis, os procedimentos mais céleres e menos formais. Para os delitos mais graves, punidos com *reclusão*, os procedimentos mais amplos, com maior amplitude de defesa e formalismo.

Não é, entretanto, o que se vê na normatização sob comento, em que apenas um delito é punido com detenção, e o procedimento previsto para o processo em relação a todos os crimes é o mais brando do Código de Processo Penal.

O descompasso é flagrante, tanto quanto o equívoco da opção adotada pelo órgão legiferante.

## **6 Regras de aplicação subsidiária**

Como soldado de reserva cuidou a “nova lei” de estabelecer em seu art. 188, quando nem precisava, que se aplicam “subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

## 7 Últimas considerações

É absolutamente inadmissível que, após mais de uma década de tramitação, venha para o universo jurídico uma lei com tamanha incompatibilidade.

A evolução do conhecimento científico; a realidade prática experimentada todos os dias nas mais variadas instâncias judiciárias, nitidamente estranha aos olhos do Poder Legiferante, bem como o prestígio que se quer dar à “Justiça brasileira”, estão por merecer melhor atenção; mais respeito, o que determina a necessidade de um intransigente conhecimento do sistema normativo em sentido amplo, e da técnica de elaboração legislativa. No particular, era de se esperar especial atenção na “escolha” do procedimento penal a ser adotado em juízo, rendendo-se homenagem, inclusive, ao princípio constitucional da ampla defesa.

## A CLASSIFICAÇÃO JUDICIAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

Andreas Eisele  
*Promotor de Justiça - SC*

Em julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611-8, ocorrido em 22/10/03 (cujo teor foi publicado no DJ, em 13/05/05), o Plenário do Supremo Tribunal Federal classificou o lançamento do crédito tributário (decorrente da constituição definitiva de sua exigibilidade, devido à conclusão do procedimento administrativo respectivo) como condição objetiva de punibilidade para a configuração de crime material contra a ordem tributária, definido na Lei nº 8.137/90.

Como justificativa da referida classificação, o relator do respectivo acórdão afirmou que, antes de constituída a exigibilidade do crédito tributário, mediante o lançamento correspondente, não estaria consumado o crime, pois tal lançamento é uma condição objetiva de punibilidade relativa à modalidade delitiva em análise, em decorrência do que, até então, não haveria justa causa para a propositura da ação penal respectiva.

A ilustração do raciocínio foi elaborada mediante a indicação da suposta semelhança das relações existentes entre o lançamento tributário e os fatos anteriores realizados pelo sujeito ativo de crime contra

a ordem tributária, e a sentença de falência e os atos realizados pelo sujeito anteriormente à quebra, o que evidencia o recurso analógico utilizado para a equiparação (no plano ideal) das situações.

A consequência dessa premissa teórica é o fato de que, antes de implementado o referido lançamento, não há justa causa para eventual propositura de ação penal, pois o crime ainda não estaria consumado.

Essa conclusão serviu de referencial para diversos julgados posteriores, dentre os quais podem ser indicados:

a) o *Habeas Corpus* nº 85.428-1, julgado em 17/5/05, pela 2ª Turma do mesmo Tribunal (no qual foi adotada a conclusão apresentada pelo Plenário naquela ocasião); e

b) o *Habeas Corpus* nº 83.414-1, julgado em 2/3/04, pela 1ª Turma do mesmo Tribunal (em que foi adotada uma conclusão similar, porém estruturalmente diversa).

O relator do HC nº 83.414-1 formulou a mesma conclusão operacional (ou seja, a ausência de justa causa para a propositura de ação penal na hipótese, anteriormente à conclusão do procedimento de lançamento do crédito tributário), porém, mediante fundamento diverso, qual seja, a classificação da constituição da exigibilidade do crédito tributário, mediante o lançamento respectivo como elemento normativo do tipo, por considerar que antes de tal lançamento não há “tributo” evadido.

Ocorre que ambas as classificações são juridicamente impossíveis, pois são incompatíveis com a norma veiculada pelo art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e pelo art. 1º do Código Penal, consistente no princípio da reserva legal.

Embora o conceito de condição objetiva de punibilidade não seja formulado, de modo unívoco, pela ciência jurídica, um aspecto suficientemente definido de sua configuração pode ser deduzido de seus elementos, qual seja, a característica de tratar-se de **uma situação de fato cuja ocorrência tem como consequência a implementação concreta do poder estatal de aplicação de uma pena.**

Ou seja, um fato do qual decorre uma consequência jurídica desfavorável ao sujeito.



Em termos teóricos, um aspecto cuja realização tem, como efeito, a instauração da intervenção penal, limitante da liberdade do responsável pela prática do crime.

Quaisquer das hipóteses reconhecidas (com um âmbito reduzido de polêmica) pela ciência jurídica ou pela jurisprudência como características de condições objetivas de punibilidade implicam tal consequência, como é o caso:

a) da prolação da sentença que institui a falência em relação aos crimes pré-falimentares (art. 186 do Dec.-Lei nº 7.661/45 e art. 180 da Lei nº 11.101/05);

b) da anulação do casamento em relação ao crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento (art. 236 do Código Penal); e

c) da ocorrência de morte ou lesão corporal em relação ao crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal).

Em todas essas hipóteses, até o advento da situação fática classificada como condição objetiva de punibilidade, o fato é criminalmente irrelevante, somente passando a sê-lo após a realização da situação em decorrência da qual surge concretamente o poder estatal de impor uma pena ao responsável.

Portanto, a implementação da condição objetiva de punibilidade instaura concretamente o poder penal do Estado, até então somente definido na legislação de forma abstrata.

Essa característica implica a consequência de a condição objetiva de punibilidade ter que ser, necessariamente, um elemento constitutivo do crime ou um aspecto do qual decorre a possibilidade de aplicação da pena.

Inclusive, a maior polêmica existente no âmbito da ciência jurídica não se refere aos efeitos da condição objetiva de punibilidade (instituição concreta do poder de intervenção penal), mas à classificação teórica.

Dessa forma, como o fato era penalmente irrelevante até sua realização, a hipótese configuradora da condição objetiva de punibilidade compõe a situação cuja consequência jurídica concreta é a

aplicação de uma pena ao sujeito.

Essa abordagem, conforme a qual a condição objetiva de punibilidade é um aspecto instituidor da intervenção penal, foi originalmente formulada por Binding<sup>1</sup> e desenvolvida por diversos autores, havendo divergências somente no que se refere a sua classificação na teoria do delito, seja como elemento do tipo (Manzini,<sup>2</sup> Zaffaroni e Pierangeli<sup>3</sup>); elemento adicional ao tipo (Beling,<sup>4</sup>Wessels,<sup>5</sup>Maurach e Zipf<sup>6</sup> e Soler<sup>7</sup>); aspecto configurador da antijuridicidade concreta (Reale Júnior<sup>8</sup>); aspecto adicional à culpabilidade (Stratenwerth<sup>9</sup>); elemento adicional ao fato típico, antijurídico e culpável, para a formação do delito (Liszt,<sup>10</sup> Mezger,<sup>11</sup> Battaglini,<sup>12</sup> Marinucci e Dolcini<sup>13</sup> e Polaino Navarrete<sup>14</sup>) ou um aspecto que, embora seja certa sua

- 
- 1 BINDING, Karl. *Compendio di Diritto Penale*. 8. ed. (trad. BORETTINI, Adelmo) Roma: Athenaem, 1928, p. 162.
  - 2 MANZINI, Vicenzo. *Tratatto di Diritto Penale*. vol. I. 4. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, s/data, p. 601/603.
  - 3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 769.
  - 4 BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. (trad. SOLER, Sebastian) Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 93.
  - 5 WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte geral. (trad. TAVARES, Juarez) Porto Alegre: safE, 1976, p. 30-37/38.
  - 6 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. vol. I. 7. ed. alemã. (trad. GENZSCH, Jorge Bofill; GIBSON, Enrique Aimone) Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 372/373.
  - 7 SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. tomo II. reimp. Buenos Aires: TEA, 1951, p. 202/203.
  - 8 REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte geral. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-229.
  - 9 STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general*. vol. I. 2. ed. alemã. (trad. ROMERO, Gladys Nancy) Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 1999, p. 18/20.
  - 10 LISZT, Franz von. **Direito Penal Alemão**. tomo I. (trad. DUARTE PEREIRA, José Hygino) Rio de Janeiro: F. Briguier, 1899, p. 308.
  - 11 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. tomo II. 2. ed. alemã. (trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo) Madrid: Revista de Derecho Privado, s/data, p. 110.
  - 12 BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale. Parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1949, p. 276-281-289.
  - 13 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale. Parte generale*. vol. I. 2. ed. Milano: Guiffirè, 1999, p. 497.
  - 14 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. tomo II. vol. I. Barcelona: Bosch, 2000, p. 66.

conseqüência limitadora da liberdade individual, devido à instituição do poder interventivo estatal de conteúdo penal, não tem sua classificação teórica definida (Welzel,<sup>15</sup> Nuvolone,<sup>16</sup> Bettiol,<sup>17</sup> Jiménez de Asúa,<sup>18</sup> Fragoso,<sup>19</sup> Dotti,<sup>20</sup> Tavares<sup>21</sup> e Mestieri<sup>22</sup>).

Paralelamente, alguns autores abordam o instituto no âmbito da pena e não do delito, como é o caso de Rocco,<sup>23</sup> Antolisei<sup>24</sup> e Régis Prado,<sup>25</sup> o que não altera a característica de seus efeitos, pois, independentemente de as condições objetivas de punibilidade instituírem o crime ou a pena, implementam o poder punitivo estatal, restringindo a liberdade individual do sujeito.

Portanto, há suficiente acordo teórico no que se refere à característica implementadora da intervenção estatal das condições objetivas de punibilidade.

Jiménez de Asúa chega, inclusive, a afirmar que todos os aspectos que configuram um pressuposto para a intervenção punitiva

---

15 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte general*. 11. ed. alemã. 4. ed. castellana. (trad. BUSTOS Ramírez, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sergio) Santiago: Juridica de Chile, 1997, p. 69/70.

16 NUVOLONE, Pietro. *Corso di Diritto Penale. Parte generale*. Milano: La Goliardica, 1966, p. 154.

17 BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale. Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1969, p. 197/198.

18 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal – La ley y el delito*. 3. ed. reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 423/426.

19 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266/267.

20 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 670.

21 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 244-246/247.

22 MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. vol. I. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 315.

23 ROCCO, Arturo. *L'oggetto Del reato e della tutela giuridica penale*. Torino: Fratelle Bocca, 1913, p. 527.

24 ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 142-395/397.

25 RÉGIS PRADO, Luiz. *Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa*. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 776. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 441.

26 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *op. cit.*, p. 423.

estatal mediante a aplicação da pena são condições de punibilidade,<sup>26</sup> independentemente de tal aspecto fático ser classificado no âmbito da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade (ou qualquer outro âmbito no qual se decomponha analiticamente o conceito de delito).

As concepções divergentes, que consideram as condições objetivas de punibilidade como aspectos restritivos da pena, cuja expressão teórica se encontra em Jescheck<sup>27</sup> e Roxin,<sup>28</sup> decorrem do equívoco, salientado por Figueiredo Dias,<sup>29</sup> da equiparação entre as condições objetivas de punibilidade e as causas de exclusão de pena (como é o caso, por exemplo, da relação de parentesco nos crimes contra o patrimônio, prevista no art. 181 do Código Penal), as quais acarretam conseqüências jurídicas completamente diversas, motivo pelo qual não podem ser consideradas mediante a mesma perspectiva teórica.

Ou seja, antes de ocorrer a condição objetiva de punibilidade, não há relevância penal do fato e sua realização instaura concretamente o poder penal do Estado, enquanto, antes da ocorrência das causas de exclusão de pena, a punibilidade (poder punitivo estatal) já existe e sua realização a exclui, somente tornando o fato penalmente irrelevante desde então.

A diferença entre ambas as hipóteses, e o caráter constituinte das condições objetivas de punibilidade, são acentuados pela crítica formulada por Zaffaroni e Pierangeli à concepção teórica que considera as condições objetivas de punibilidade como aspectos restritivos (e não constitutivos) do poder de intervenção penal do Estado.

Nesse contexto, afirmam que tal perspectiva é “insustentável, porque se a falta das condições objetivas de punibilidade dá lugar à impunidade, isto significa que sua presença também fundamenta

---

27 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 4. ed. alemã. (trad. SAMANIEGO, José Luis Manzanares) Granada: Comares, 1993, p. 504.

28 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. tomo. I. 2. ed. alemã. 1. reimp. (trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; CONLLEDO, Miguel Díaz y García; REMESAL, Javier de Vicente) Madrid: Civitas, 1999, p. 972.

29 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 244.

a punição”.<sup>30</sup>

Portanto, como as condições objetivas de punibilidade implementam restrição à liberdade individual, por constituírem o crime ou viabilizarem a aplicação da pena, não podem ser instituídas mediante definição jurisprudencial, pois o princípio da legalidade impede tal criação mediante instrumento diverso da lei.

Essa necessidade é expressamente indicada no ordenamento jurídico italiano, no texto do art. 44 do Código Penal de 1930, que dispõe sobre o instituto indicando seus elementos constitutivos nos seguintes termos:

“Quando per la punibilità del reato **la legge richiede** il verificarsi di una condizione il colpevole risponde del reato anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto” (ressaltei).\*

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não disponha de forma específica sobre os aspectos característicos de tal instituto, sua natureza jurídica é idêntica em ambos os sistemas penais, assim como sua configuração teórica. Devido a tal identidade, o instituto disciplinado pelo Direito italiano é o mesmo que o existente no Direito brasileiro (assim como ocorre no Direito alemão, no espanhol, no argentino, no português etc).

O requisito estrutural à instituição jurídica de uma condição objetiva de punibilidade é a anterior irrelevância penal do fato (o que não ocorre nos crimes contra a ordem tributária, conforme será adiante demonstrado). Por esse motivo, a condição objetiva de punibilidade constitui, juntamente com os demais elementos do crime (fato típico, antijuridicidade e culpabilidade), a hipótese em decorrência da qual é aplicada uma pena e, portanto, a possibilidade jurídica de sua definição é subordinada ao princípio da legalidade.

Essa necessidade é identificada por Fragoso, o qual, ao definir

---

30 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 773.

\* Quando para a punibilidade do crime a lei exige a verificação de uma condição o sujeito responde pelo crime mesmo se o evento, do qual depende a verificação da condição, não é por ele querido (trad. do autor).

as condições objetivas de punibilidade, consignou tratarem-se de “acontecimentos exteriores ao tipo, **que a lei estabelece** como indispensáveis à punibilidade do fato” (ressaltei).<sup>31</sup>

Portanto, para a regular instituição de qualquer aspecto cuja realização implemente a possibilidade de aplicação de uma pena (como é o caso das condições de punibilidade), é necessária a existência de um dispositivo legal que o defina expressamente.

O que o Plenário do Supremo Tribunal Federal fez, no julgamento do HC nº 81.611-8, ao equiparar o lançamento tributário à sentença de falência, para classificar o primeiro como condição objetiva de punibilidade, foi instituir, mediante analogia, um aspecto configurador da hipótese de fato cuja realização implementa o poder punitivo estatal.

Porém, a analogia não é um meio juridicamente apto para a definição dos elementos constitutivos da situação cuja consequência jurídica seja a aplicação de uma sanção penal.

Essa conclusão decorre imediatamente da regra veiculada pelo art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e pelo art. 1º do Código Penal.

Portanto, como a decisão que classificou o lançamento tributário como condição objetiva de punibilidade, por tê-lo equiparado à sentença de falência, definiu um dos aspectos constitutivos da hipótese cuja consequência é a implementação do poder interventivo penal do Estado, mediante analogia, é juridicamente impossível, por ser inconciliável com a norma da reserva legal.

A única possibilidade de utilização do recurso analógico para a classificação de determinada situação de fato em um instituto jurídico seria a da hipótese em que sua incidência ampliasse o âmbito de liberdade individual, pela restrição ao poder interventivo estatal.

Porém, como foi demonstrado, uma condição objetiva de punibilidade implementa a relevância penal de um fato, até então irrelevante, motivo pelo qual instaura a punibilidade (e não a restringe, como seria o caso de uma causa de exclusão de pena),

---

31 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *op. cit.*, p. 266.

configurando a hipótese em decorrência da qual pode ser aplicada uma pena ao sujeito, restringindo sua liberdade (sendo equivocado o entendimento diverso, além de divergente da expressiva maioria das abordagens formuladas pelos mais importantes cientistas do Direito Penal, conforme anteriormente indicado).

Por esse motivo, não pode ser definida mediante atividade jurisprudencial, realizada com base na analogia.

A mesma situação ocorre em relação à justificativa adotada no julgamento do HC nº 83.414-1, em que o lançamento tributário foi considerado aspecto constitutivo de elemento normativo do tipo.

Nesse caso, com maior evidência está apresentada a impossibilidade jurídica de criação, mediante definição jurisprudencial, de um elemento do tipo penal pois, assim como no caso das condições objetivas de punibilidade, como não há crime sem lei que o defina, os elementos do tipo devem ser expressamente definidos no dispositivo legal que o veicula.

Portanto, os fundamentos das duas decisões são incompatíveis com o princípio da legalidade.

A classificação jurídica do lançamento tributário, como condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo, decorreu da incorreta compreensão da configuração do instituto processual denominado como “justa causa para a propositura de ação penal”.

A justa causa decorre da segura convicção da ocorrência de materialidade (e autoria) delitiva, o que pressupõe a ocorrência (prévia) do delito.

Após a consumação do crime material contra a ordem tributária, que se implementa no momento da evasão (e não da posterior constituição do crédito tributário, pois, se assim fosse, não haveria sonegação sem que o Fisco a descobrisse, posteriormente, em procedimento de fiscalização, cuja finalidade é, conforme explica Alberto Xavier,<sup>32</sup> constatar o fato anteriormente ocorrido), pode surgir uma dúvida sobre a ocorrência da evasão afirmada pelo fiscal no contexto

---

32 XAVIER, Alberto. **Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 380/381-383.

de um procedimento de lançamento tributário.

Caso tal dúvida afete a convicção referente à consumação de um delito, ou seja, sobre a ocorrência de um fato imponible que tenha implementado uma obrigação tributária cuja prestação não foi satisfeita pelo pagamento do tributo no prazo legal, mediante a realização de uma conduta típica, não haverá justa causa para a propositura de ação penal.

Portanto, a justa causa é um instituto processual e seu objeto se refere à instrução da propositura da ação.

Como os elementos constitutivos da justa causa se referem ao crime (ou seja, os elementos deste são o objeto de análise para a constatação daquela), este deve estar consumado anteriormente à verificação da configuração daquela.

Durante o procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, pode ser constatada uma anterior evasão e, conseqüentemente, a consumação de um crime contra a ordem tributária.

A evasão (assim como o crime) não pode decorrer de um ato constatatório da Administração, mas de um comportamento do sujeito, motivo pelo qual a consideração do lançamento como o momento consumativo do delito seria como considerar consumado o crime, ao final do inquérito policial, cujo objeto é a investigação de sua ocorrência.

No lançamento tributário, é constatada a ocorrência ou não de uma evasão (e, eventualmente, de um crime) ocorrida anteriormente. Se, durante tal constatação, surgir uma dúvida sobre tal ocorrência, não haverá justa causa para propor ação penal em relação ao fato.

Porém, tal situação somente pode ser analisada no caso concreto, porque as discussões realizadas no contexto de impugnações administrativas apresentadas em procedimentos de lançamento tributário têm conteúdos variados, os quais não necessariamente têm por objeto o questionamento da ocorrência da evasão, pois podem se referir a vícios do lançamento ou mesmo abordar a dimensão da evasão, sem o questionamento de parte de seu objeto.

Ou seja, algumas impugnações, mesmo que sejam reconhecidas



pela Administração como procedentes, não produzirão, como efeito, a conclusão de inexistência de evasão.

Portanto, a análise da justa causa deve ser realizada de forma individualizada, com a consideração do objeto da impugnação, assim como a aferição da viabilidade dos argumentos apresentados pelo impugnante, de modo a instaurar, ou não, dúvida referente à ocorrência de uma evasão.

Ocorre que não é porque a discussão ocorrida no contexto de um procedimento administrativo de lançamento tributário possa afetar a justa causa para a propositura de ação penal que esta deva configurar uma condição de punibilidade ou elemento do tipo. Na verdade, a discussão poderia versar sobre a ocorrência ou não de uma condição de punibilidade ou elemento do tipo, ou seja, ter tal tema por objeto, mas não ser, a própria definição da discussão (ou sua conclusão), uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento do tipo.

A questão é processual e, portanto, refere-se à prova, cujo objeto é demonstrar a viabilidade da acusação, implementando um âmbito mínimo necessário de convicção referente à ocorrência da evasão e, conseqüentemente, do crime contra a ordem tributária.

Portanto, embora, em alguns casos, seja necessário aguardar a definição, no âmbito administrativo, da confirmação da anterior ocorrência da evasão, para obter a certeza referente à consumação do crime, essa situação não decorre somente da pendência de um procedimento de lançamento, mas do conteúdo de eventual impugnação apresentada naquele contexto.

Não obstante, a necessidade dessa definição não decorre do fato de o lançamento ser uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo, mas da incerteza referente à ocorrência da evasão.

Portanto, a conclusão dos julgamentos anteriormente indicados, qual seja, a de que, antes de encerrado o procedimento administrativo de lançamento, não haveria justa causa para a propositura de ação penal, não necessariamente decorre das premissas adotadas (a classificação do lançamento como condição objetiva de punibi-

lidade ou elemento do tipo, o que seria, inclusive, juridicamente impossível), mas do fato de que, conforme o conteúdo da discussão eventualmente ocorrida durante o procedimento administrativo, o que deve ser aferido no caso concreto, pode haver dúvida sobre a efetiva ocorrência anterior do delito.

Ou seja, embora a conclusão seja parcialmente adequada (necessidade de definir no âmbito administrativo, em caso de dúvida, a ocorrência da evasão), seus fundamentos são juridicamente impositivos (a classificação jurisprudencial de tal definição como condição objetiva de punibilidade ou elemento do tipo).

Além disso, a preocupação apresentada pelo relator do HC 81.611-8, no sentido de que, somente após a definição do crédito tributário mediante o lançamento, o sujeito terá certeza do montante a ser recolhido, viabilizando a reparação do dano que lhe acarreta a extinção da punibilidade, é perfeitamente compatível com o sistema jurídico existente e acima descrito, pois o que afetaria a justa causa, para eventual propositura de ação penal, seria a dúvida sobre a ocorrência de evasão e, nos casos em que tal dúvida não ocorresse (seja devido ao fato de na impugnação administrativa não ter sido discutida a obrigação tributária, mas somente aspectos formais do lançamento ou referentes à regularidade da posterior constituição da exigibilidade do crédito, seja devido ao fato de ser impugnada apenas uma parcela do objeto da obrigação, como é o caso das diferenças de alíquotas, por exemplo), o sujeito passivo da obrigação poderia recolher o valor não impugnado, pois ele teria conhecimento certo de seu montante, independentemente da decisão relativa à impugnação, porque os objetos da discussão e da evasão são reciprocamente independentes.

Portanto, o interessado somente deixaria de recolher (para fins de extinção da punibilidade) a parcela de dívida objeto de impugnação administrativa, em relação à qual não haveria justa causa para a propositura de ação penal.

Dessa forma, o sujeito não seria processado em relação à situação em que não há certeza da evasão e poderia obter a extinção da punibilidade em relação à parcela evasão cuja existência é certa.

Em síntese, a exposição apresentada demonstra que a constituição da exigibilidade do crédito tributário mediante o lançamento não pode ser classificada como condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo mediante decisão judicial, pois tal medida seria incompatível com o princípio da legalidade, e a justa causa, para a propositura de ação penal, deve ser aferida caso a caso, para se verificar se, no contexto de uma impugnação a um lançamento tributário, é instalada dúvida sobre a ocorrência da evasão tributária ou não, além do fato de que a discussão não obsta o conhecimento de evasões não abrangidas pela impugnação administrativa, quando é certo seu conteúdo, o que viabiliza a respectiva reparação do dano, por parte do sujeito em relação a esse objeto.

Por esses motivos, a classificação realizada no julgamento em análise é juridicamente impossível, e seus argumentos não são adequados para fundamentar as conclusões apresentadas, pois essas não decorrem das premissas propostas.



## PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OMISSÃO NO PAGAMENTO DE TRIBUTO

Eraldo Santos

### 1 Prisão civil e prisão penal

O vocábulo prisão designa, em sentido *lato*, uma sanção imposta ao sujeito, restringindo sua liberdade de locomoção, mediante a execução de uma pena privativa de liberdade, a qual apresenta como modalidades a detenção e a reclusão, sendo estas espécies, e aquela gênero.

A prisão caracteriza-se por infração de uma norma, um preceito legal, decorrendo sempre da prática de um ato ilícito.

Para distinguir-se a prisão civil da penal, não basta a simples análise da modalidade de pena a ser aplicada, ou seja, indiferentemente da previsão legal descrita no tipo como modalidade de sanção, pois há pena de multa (patrimonial), prevista como modalidade de sanção para o agente que comete infração penal, bem como há previsão legal de aplicação de pena privativa de liberdade para o agente que pratica ilícito civil.

A prisão civil e penal determina-se pelo seu antecedente lógico, qual seja, a modalidade do instituto em que estão inseridas. Percebe-se que uma prisão é civil pelo fato de estar prevista como modalidade de sanção de um tipo classificado no direito positivo como de natureza civil, ou é penal se a natureza do tipo a que está atrelada for de natureza penal.

Costa Junior [1991, p. 03] dita: “sanção, categoria jurídica indissociável de seu antecedente lógico, que é a infração”.

A modalidade de sanção é identificada pela norma que a antecede. Assim, se o preceito normativo for de natureza civil a sanção será civil, enquanto que, se a natureza da norma for penal, a sanção será penal, independentemente da modalidade de sanção, prisão, multa etc.

Eisele [2001, p. 141] tratando da questão diz que:

A sanção apenas pode existir em face de uma situação preestabelecida no preceito, pois é consequência deôntica do descumprimento da norma contida naquele enunciado.

Na estrutura da norma, o que identifica o ramo do direito positivo a que este pertence não é o tipo de sanção previsto, e sim as elementares descritas no preceito.

Nesse sentido, Ramírez [1992, p. 90] explica:

A sanção não aparece como definidora da norma sem sequer, das demais regras jurídicas: o caráter e a natureza destas não estão dados pela pena.

Tanto que pode ser modificado o conteúdo da sanção de uma norma penal, o qual anteriormente previa a aplicação de uma pena privativa de liberdade e passa a prever a aplicação de uma pena de multa, que é sanção patrimonial, sem nada alterar quanto à natureza daquela, permanecendo norma penal. O mesmo ocorre com a norma civil.

Um exemplo clássico é a lei de alimentos, que comina como forma de sanção, pena de prisão para o agente que deixa de pagar pensão alimentícia, entretanto, tal previsão legal não modifica a natureza da norma citada, sendo essa indiscutivelmente civil.

Da mesma forma ocorre com alguns tipos penais que prevêm a pena de multa como forma de sanção, não implicando tal previsão a perda da natureza penal da norma.

Na mesma esteira, ocorrendo mudança na natureza do preceito descrito na norma, modificando ou não a modalidade de sanção, aquela e esta passarão a revestir-se das características do novo ramo do direito positivo tutelado, ou seja, se um ilícito civil que contém como forma de sanção pena de multa passar a constituir crime por legislação específica, sua natureza será a penal, mesmo que continue prevendo a pena de multa como modalidade de sanção.

Não há especificamente uma sanção ou prisão, civil ou penal, e sim sanção ou prisão, decorrente do cometimento de um ilícito de natureza civil ou penal, a sanção, pelo caráter de acessoriedade em relação ao preceito, assume a natureza da norma a que está subordinada.

Destarte, chega-se à conclusão de que a prisão civil decorre da violação de um preceito de natureza civil e a prisão penal decorre da violação de um preceito de natureza penal.

A par das considerações descritas, conclui-se que a atual Constituição brasileira – em seu artigo 5º, LXVII – veda a prisão por inadimplência de uma dívida de “natureza civil”, o que quer dizer não decorrente de infração de norma penal, pois, conforme relatado, a norma é que é penal ou civil e não a sanção que apenas agrega o significado do preceito. Questão que será melhor abordada no título seguinte.

## **2 A prisão pelo inadimplemento de uma dívida à luz da Constituição da República Federativa do Brasil**

Questão muito debatida na doutrina e nos tribunais, a prisão pelo inadimplemento de uma dívida desafia renomados juristas, pois possui alta carga de fundamento constitucional, afigurando-se de um lado a proteção à liberdade do ser humano e do outro o interesse social, o qual, segundo alguns, pode legitimar a imposição de restrições à liberdade individual em face do bem jurídico ameaçado.

No que tange aos crimes previstos nos artigos 168-A do Código

Penal e artigo 2º da Lei nº 8.137/90, parte da doutrina entende ser constitucional a pena privativa de liberdade prevista como modalidade de sanção para o agente que infringir tais preceitos, pois fundamentam tratar-se de prisão penal, ou seja, decorrente de infração a uma norma de natureza penal, apesar de tratar-se do inadimplemento de uma dívida.

Com efeito, Rocha [1992, p. 68] destaca tal posição ao escrever:

Não socorre ao contribuinte a garantia do nº LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, pois ali se proíbe a *prisão civil* por dívida, e aqui estamos no campo do apenamento criminal.

Quanto à prisão prevista na norma do artigo 5º, LXVII, Bastos [1989, p. 306] afirma categoricamente que “a prisão de que trata a Constituição é de natureza civil. Com isto quer-se significar que ela não visa a aplicação de uma pena[...]”.

Argumenta-se que o legislador, ao tipificar criminalmente determinada inadimplência de uma dívida, reveste-a de natureza penal, seguindo as regras previstas no ordenamento jurídico penal, portanto, ausente da garantia constitucional da prisão “civil” prevista no artigo 5º, LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Quanto à restrição constitucional, Eisele [2001, p. 148] defende a constitucionalidade da prisão, dizendo:

Assim, a restrição constitucional apenas abrange os limites especificados pelo dispositivo (prisão civil), não podendo ser ampliada para abranger outras espécies de prisões, como, no caso, a penal.

Assim sendo, à margem da vedação constitucional, que prevê a prisão civil pelo inadimplemento de uma dívida, é admissível a previsão legal de pena privativa de liberdade para o agente que incidir nos crimes destacados, os quais apresentam como modalidade de sanção a pena de prisão.

Decomain [1994, p. 105] assim se manifesta: “não se trata de prisão civil por dívida, mas sim da criminalização do não pagamento de uma”.



Sendo ambos os dispositivos aventados, tipificados criminalmente, cominando penas com finalidade retributiva/preventiva, a aplicação de pena privativa de liberdade para o agente que cometer os crimes previstos naqueles diplomas legais consiste em prisão penal e não civil.

Quanto à criminalização da conduta, Decomain [1994, p. 105] diz que:

O inciso constitucional aventado não impede, com efeito, que o legislador considere criminoso o não pagamento de uma dívida, desde que repete essa conduta suficientemente grave para se constituir em ilícito penal.

Outra questão guindada pelos defensores da corrente que diz ser constitucional a prisão pelo inadimplemento de uma dívida, quando revestida de caráter penal, especificamente quanto aos dispositivos destacados, refere-se à interpretação do dispositivo constitucional, argüindo que, caso a vedação constitucional abrangesse todas as espécies de prisões, não haveria razão do adjetivo “civil”, classificando a modalidade de prisão.

Maximiliano [1991, p. 110] adverte:

Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; todas devem ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase.

Assim, partindo-se de uma interpretação gramatical do texto constitucional, conclui-se que a garantia da vedação da prisão civil por inadimplemento de uma dívida não abrange a prisão penal pelo mesmo fato.

Em artigo jurídico publicado na *Internet* de autoria do jurista Hugo de Brito Machado, colhe-se o seguinte comentário:

O Supremo Tribunal Federal, em ato de seu ilustre presidente, negou medida liminar no HC 77.631-SC, afirmando, nesse juízo provisório, ser compatível com a Constituição Federal de 1988 a prisão por dívida tributária. Em outras palavras, a corte maior

afirmou, ainda que monocrática e provisoriamente, a constitucionalidade do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, que define como crime deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos. O despacho do eminente ministro Celso de Mello tem dois fundamentos, a saber: a) a prisão por dívida, vedada pela Constituição, é a prisão civil, simples meio para compelir o devedor a pagar sua dívida, que não se confunde com a prisão penal, sanção pelo cometimento de um crime; e b) o Pacto de São José da Costa Rica, como qualquer outro tratado internacional, não pode prevalecer sobre norma da Constituição Federal.

Sendo os dispositivos que prevêm a prisão do agente de retenção que não recolhe prestação tributária devida ao fisco, normas de natureza penal que incriminam a conduta de inadimplemento de dívida e a garantia constitucional que veda a prisão decorrente de norma de natureza civil, não há falar-se em inconstitucionalidade da reprimenda em relação ao agente cuja conduta seja o inadimplemento de dívida prevista como crime pela legislação pátria.

### **3 A prisão por inadimplemento de uma dívida à luz do Pacto de São José da Costa Rica**

Em análise ao tema proposto, prudente ressaltar a questão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual é conhecida pela denominação de Pacto de San José da Costa Rica - do qual o Brasil é signatário -, que trata da questão realçando ainda mais a polêmica da prisão por inadimplemento de uma dívida.

Referido pacto estabelece, em seu artigo 7, item 7, que:

**Artigo 7, item 7.** Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em vir-

tude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nasce assim mais uma celeuma jurídica, pois diversamente do que ocorre no artigo 5º, LXVII, da Carta Magna, aqui não há qualquer ressalva quanto ao adjetivo “civil”, o que demanda maior esforço de interpretação hermenêutica para sustentar a tese aventada pela corrente doutrinária que admite a possibilidade da prisão pelo inadimplemento de uma dívida, em especial a prevista no artigo 168-A do Código Penal e artigo 2º da Lei nº 8.137/90.

Parte da doutrina e jurisprudência entende que os tratados e as convenções internacionais – mesmo os que versem sobre direitos e garantias fundamentais –, por integrarem o ordenamento jurídico brasileiro, mediante referendo do poder legislativo (decreto), passam a adquirir a posição hierárquica de lei ordinária.

Sobre o tema, Eisele [2001, p. 151] cita entendimento jurisprudencial do STF para fundamentar tal entendimento:

[...] não houve modificação da sistemática de recepção da ordem jurídica internacional pelo Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, permanecendo válido o entendimento jurisprudencial adotado, desde 1977, pelo Supremo Tribunal Federal (acima mencionado por Gomes), segundo o qual, a norma de Direito Internacional recepcionada possui eficácia interna no mesmo nível hierárquico que a lei ordinária.

Concluindo-se que a convenção ou o tratado internacional ratificado por decreto legislativo possui a mesma hierarquia de lei ordinária, pode essa suspender a eficácia daquele e vice-versa, pelo princípio da *lex posterior derogat priori*, tendo alguns doutrinadores entendido que o pacto, por prever que “ninguém será detido por dívidas”, revogou o artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90, e não o artigo 168-A do Código Penal que é posterior ao pacto.

Entretanto, advertem os doutrinadores que, se for o caso de revogação de tal dispositivo, na mesma esteira, terão de ser revogados inúmeros dispositivos expostos no código penal, nos quais a conduta típica configura inadimplência, como exemplo: artigo 334 (na modalida-

de de descaminho; 171, parágrafo 2º, VI (na modalidade de frustração de pagamento); 176; 179 e ainda várias leis esparsas que prevêm a prisão como forma de sanção pelo inadimplemento de uma dívida, portanto, uma interpretação extensiva do artigo 7, item 7, do Pacto, acarretaria em ineficácia de inúmeros dispositivos penais, com exceção dos artigos 168-A e 337-A do código Penal, que lhe são posteriores.

Para solução do impasse, estudiosos do assunto propõem interpretar sistematicamente o pacto, nos termos da legislação internacional que o inspirou teleologicamente, a fim de suprir a “lacuna” existente no artigo 7, item 7, do Pacto, pela falta da palavra “civil”.

Sobre a forma de interpretação Bobbio [1997, p. 76] esclarece:

Chama-se interpretação sistemática aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento [...] constituam uma totalidade ordenada [...], e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.

Por espírito do sistema entende-se aquilo que a lei (legislador) quis dizer, em consonância com as demais normas, no entanto não disse, foi omissa, ou disse de maneira desajustada.

Partindo dessa premissa faz-se necessária a análise da norma sob um contexto geral do sistema, evitando-se contradição interna, utilizando-se do conteúdo das demais normas que fornecerão os parâmetros nos quais será identificado o significado daquela.

As normas a serem analisadas como parâmetro ao artigo 7, item 7, do pacto são as fixadas no ordenamento jurídico constitucional dos Estados americanos, por ser a norma do pacto orientadora dessas.

A Constituição de Honduras, em seu artigo 98, assim especifica:

**Artigo 98.** Nenhuma pessoa poderá ser detida, arrestada ou presa por obrigações que não provenham de crime ou contravenção.

No mesmo sentido, o artigo 17 da constituição mexicana delimita:

**Artigo 17.** Ninguém pode ser aprisionado por dívidas de caráter puramente civil.

A constituição do Panamá não foge à regra:

**Artigo 21.** Não há prisão, detenção ou arresto por dívidas ou obrigações puramente civis.

A Constituição da Nicarágua, assim como a brasileira, excepciona a prestação alimentícia.

**Artigo 41.** Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judicial competente por descumprimento de deveres alimentares.

A carta política da Venezuela, nos mesmos termos da Hondurenha, não contém expressamente o adjetivo “civil”, mas deixa claro a intenção de excluir da garantia a dívida decorrente de crime ou contravenção, veja-se:

**Artigo 60.** ninguém poderá ser privado se sua liberdade por obrigações cujo descumprimento não tenha sido definido pela lei como crime ou contravenção.

Verifica-se, nas constituições americanas citadas, que não é, em nenhuma delas, estendido à norma garantista ao campo do direito penal, mesmo naquelas que não se restringem expressamente ao campo do direito civil.

Em uma análise harmônica dos dispositivos das constituições americanas com o dispositivo delimitado no artigo 7, item 7, do Pacto, chega-se a um resultado de interpretação hermenêutica restritiva do dispositivo, estendendo a vedação à prisão de caráter estritamente civil, ou decorrente de norma de natureza civil.

Outra questão levantada na doutrina é quanto à exclusão no dispositivo do Pacto – idêntica à Constituição brasileira – da dívida referente à prestação alimentícia, ou seja, a exclusão de uma norma

de natureza civil, por si própria, indica a natureza da regra, limitando-a, identificando-a de forma indireta.

Nesse contexto, Eisele [2001, p. 161] dita que “o gênero respectivo é restrito à dívida civil, da qual a alimentícia é espécie”.

Sob esse aspecto, pode-se concluir que a exceção dada pelo dispositivo quanto à prestação alimentícia, da mesma forma que a Constituição brasileira, revela que a sanção (prisão) não deverá ser utilizada como meio coercitivo de cobrança de uma dívida, salvo a exceção contida no texto, o que não abrange, necessariamente, a conduta tipicamente penal que configure inadimplência de uma dívida, até porque o objetivo finalístico da norma penal é diverso da coação ao pagamento da dívida, como no caso da prisão do agente por inadimplência de prestação alimentícia.

Nesse contexto, o que o pacto veda é a prisão como medida de coagir o inadimplente a pagar uma dívida de natureza civil, no entanto, a legislação penal tributária não se vale para esse fim específico, o que faz é criminalizar determinado ilícito tributário elevando seu escopo de simples norma indenizatória/compensatória a norma preventiva/retributiva.

O acórdão abaixo transcrito, da lavra do Ministro Fernando Gonçalves, demonstra a inaplicabilidade do pacto ao crime praticado pelo agente que não recolhe ao erário contribuição social previdenciária:

EMENTA: PROCESSUAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 619, DO CPP. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PAGAMENTO. INEXISTÊNCIA. ART. 34, DA LEI Nº 9.249/95. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. INAPLICABILIDADE. 1 - Se o Tribunal de origem, ao solucionar a controvérsia, longe de ser omissivo, bem delinea as questões a ele submetidas, não há se falar em violação ao art. 619, do CPP, mesmo porque o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa tecer considerações acerca de

todos os argumentos expendidos, apresentando-se adequado quando se pronuncia sobre as matérias de fato e de direito, exprimindo o sentido geral do julgamento. 2 - A questão federal, nos moldes em que foi delineada, demanda incursão na seara fático-probatória, incidindo a censura da súmula 07 - STJ. 3 - Inexistindo pagamento ou parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, não há possibilidade de aplicação do art. 34, da Lei nº 9.249/95, com vistas à extinção da punibilidade do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. 4 - O crime decorrente da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se equivale à prisão por dívida, daí porque se afigura inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica. 5 - Recurso especial não conhecido. (Superior tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208527 / SC. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Publicado no Diário da Justiça em 04/02/2002).

Destarte, se o fato caracterizador da inadimplência estiver previsto na norma penal como crime propriamente dito, não há falar-se em revogação da norma, pois não existe qualquer colisão normativa com a regra prevista no Pacto e aquela, porque o Pacto interpretado da maneira exposta pressupõe a vedação de prisão civil (decorrente de norma de natureza civil), enquanto que a prisão penal, decorre de infração a norma de natureza penal.

## Referências:

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (trad. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos) Brasília: UnB, 1997
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

EISELE, Andréas. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **A pena e suas teorias**. Porto Alegre: Fascículos de Ciências Penais, 1992. v. 5.

ROCHA, João Luiz Coelho da. **A Lei 8.137 e a prisão por débito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 87.

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc>



## PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO

Ivo Zanoni

*Mestre em Ciência Jurídica e Auditor Fiscal da Receita Estadual - SC*

*Sumário: 1 Introdução – 2 Os problemas da doutrina – 3 A Lei Complementar e as normas gerais – 4 Decadência – 5 Prescrição – 6 Considerações finais.*

**1 Introdução**

O presente artigo aborda, de forma descritiva, informativa e, quando necessário, interpretativa, breve estudo a respeito da prescrição e da decadência em direito tributário, sem incorrer em uma visão fiscalista, tampouco empresarial, mas ajustada, na medida do possível, a uma visão *ex lege*, no sentido da justiça fiscal e da equidade tributária. Maior ênfase foi dada ao instituto da decadência (caducidade do direito de lançar), por ser o que tem gerado maior polêmica entre os tributaristas.

Assim, o conteúdo poderá subsidiar pesquisas, acadêmicas ou não, relacionadas ao assunto, esclarecer dúvidas e orientar os estudiosos do tema a respeito das interpretações vigentes e também alertá-los para os respectivos vínculos com as bases de interesse motivadoras de quem interpreta a norma tributária.

O Estudo será sistemático, do mais geral ao mais particular, sendo essa seqüência temática mais adequada ao assunto tratado<sup>1</sup>.

## 2 Os problemas da doutrina

### Doutrina tributária para consumo

Não é novidade que a literatura fiscal tributária publicada pelo mercado é predominantemente aquela para consumo empresarial, existindo dificuldade na publicação, por motivos ligados à lei da oferta e da procura, de artigos ou livros sem compromisso com as bases de interesse predominantes.

É pacífico que, conforme a base de interesse em que se situa, o intérprete da norma tende a adotar uma visão claramente parcial em relação ao seu ponto de vinculação, mesmo que não assuma claramente tal posicionamento. A ideologia nunca pode ser descartada, seja de quem escreve, seja de quem interpreta. Diante dessa realidade, Ataliba, em diversas oportunidades, manifestou-se a respeito.

Ao prefaciar a tradução brasileira da obra de Villegas, assim se expressa, quanto à dificuldade de estudo das sanções tributárias:

A meu ver, os inúmeros problemas postos, em matéria de sanções tributárias, pelo nosso direito, ainda não foram satisfatoriamente resolvidos. Nossa legislação não é sistemática. A doutrina existente é escassíssima. A jurisprudência tumultuária.

Penso que, em grande parte, isto se deve ao atrativo que outras questões oferecem, empanando a beleza deste tema. A dificuldade do estudo, por outro lado, fê-lo relegado pelos nossos doutrinadores<sup>2</sup>.

Prefaciando trabalho de Martins, Ataliba assevera que “o

---

1 Este trabalho contou com a cooperação de Reinaldo da Silva Lelis.

2 Prefácio da tradução de: VILLEGAS, Hector. **Direito penal tributário**. Trad. Elisabeth Nazar et alii. S. Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 11.

material abundante assim produzido padece dos males da visão parcial e episódica, sofre das deficiências próprias de preocupação imediatista”<sup>3</sup>.

Por outro lado, já é clássico o posicionamento de Maximiliano, baseado nas teorias de Black e Cooley: “Não se interpreta a lei tendo em vista só a defesa do contribuinte, nem tampouco a do Tesouro apenas. O cuidado do exegeta não pode ser unilateral: deve mostrar-se equânime o hermeneuta e conciliar os interesses em momentâneo, ocasional, contraste”<sup>4</sup>.

### **Intérpretes dos intérpretes**

Existem também os intérpretes dos interpretadores, mormente dos interpretadores já falecidos, que, a pretexto de atualizar, acabam desvirtuando sobremaneira a obra analisada. Mais adequado seria que tais interpretações secundárias tecessem artigos de própria autoria, em vez de adotarem uma postura quase espiritualista, tentando vasculhar o pensamento ou captar mensagens de pessoas já não presentes, em busca de apoio a suas idéias. E, anote-se, existem edições atuais de obras, publicadas como obras póstumas, sem definir com clareza o que o autor original escreveu e o que os atualizadores inseriram no contexto. Ao se fazer uma referência a tais publicações, já não se sabe a quem atribuir a autoria dos escritos. A solução mais indicada seria sempre, em caso de autores falecidos, o recurso aos seus textos originais.

### **3 A Lei Complementar e as normas gerais**

O assunto acha-se regulado no Código Tributário Nacional. Entretanto, se tido como lei complementar, o tal código só poderá versar sobre matéria especificamente prevista na Constituição.

---

3 Prefácio de: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**, S. Paulo: Saraiva, 1980. p.xi.

4 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11 ed. Rio: Forense, 1991. p. 333.

É de Carrazza a lição de que,

evidentemente, a lei complementar veiculadora de normas gerais de direito tributário não cria (e nem pode criar) limitações ao poder de tributar. Disto se ocupa o texto máximo. O que ela faz é regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, prevenindo a ocorrência de conflitos de competência entre as pessoas credenciadas a legislar acerca da matéria<sup>5</sup>.

## 4 Decadência

### Noção geral

Decadência, no direito tributário, significa a perda do direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento. Existe um prazo para o lançamento, vencido o qual, a Fazenda Pública perde o direito de constituir o crédito tributário. Pela regra geral da decadência, não realizado, no prazo, o lançamento, a Administração perde o direito de fazê-lo, conforme prediz o artigo 173 do Código Tributário Nacional. Não há dúvida de que o lançamento é indispensável para tornar exigível o cumprimento da obrigação tributária. Pelo artigo 173, citado, *verbis*, tem-se que:

Art. 173. O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

---

5 CARRAZZA, Roque Antonio. **Conflitos de competência**. Col. Textos de direito tributário. S. Paulo: RT, 1984. p. 48-49 (v. 3).

A indagação que suscita a parte final do inciso I é qual o exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado?

O lançamento do crédito tributário é *múnus* público. Não tendo esse o caráter punitivo e considerando a prevalência da coisa pública, em caso de dispensa de pagamento ou de qualquer espécie de benefício fiscal, a interpretação, nesse caso, é restrita e não pode o fisco abrir mão do recurso público à guisa de interpretação mais favorável ao contribuinte. E tal jamais se justificaria no caso de dolo, fraude ou simulação, que são condutas de transgressão e falta que o agente não pode aludir a seu favor.

Na interpretação da norma, é de suma importância, especificamente no campo do direito tributário, o ensinamento de Carlos Maximiliano: o rigor é maior em caso de disposição excepcional, de isenções ou abrandamentos de ônus em proveito de indivíduos ou corporações. Em havendo dúvida, decide-se contra as isenções totais ou parciais, e a favor do fisco; ou melhor, presume-se não haver o Estado aberto mão da sua autoridade para exigir tributos<sup>6</sup>.

O lançamento tanto poderia ser efetuado no primeiro dia em que a obrigação tributária surge como no último dia do 5º ano que se seguir. Ora, uma hipótese não exclui a outra, logo, o prazo máximo para que a Fazenda Pública constitua ou revise o valor do crédito tributário, no caso de tributos sujeitos ao lançamento homologação, é de 5 (cinco) anos, contados do último dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, do último dia do 5º ano subsequente ao da ocorrência do fato gerador. A categoria “Prazo” subentende *termo final* para exercício de algum direito e, falando-se de termo final, não há dúvida de que seja o último dia em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Essa interpretação foi adotada pelo ministro Humberto Gomes de Barros, como relator do julgamento do Recurso Especial nº 58.918-5-RS, pelo STJ, com o qual também concorda Antonio de Pádua Ribeiro<sup>7</sup>. Depreende-se ainda tal interpretação dos precedentes REsp. 198631/SP<sup>8</sup>, ERESP 169246/SP<sup>9</sup> e REsp. 186546/PR<sup>10</sup>.

---

6 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Cit., p. 333-334.

## Termo inicial

a) Se o contribuinte efetuar o autolancamento e pagar o tributo, o prazo decadencial começa a contar a partir da data do fato gerador;

b) caso ele não efetue e pagamento, o prazo começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte, tendo a Fazenda Pública até o último dia do quinto exercício subsequente ao do fato gerador para efetuar o lançamento; e

c) em caso de dolo, fraude ou simulação, situação em que o prazo só começa a fluir para fins tributários após o conhecimento do fisco sobre a fraude.

Alguns colocam a objeção de que, no caso da alínea “c”, a decadência não transcorreria indefinidamente. Entretanto, o fato gerador, nessa hipótese, está sendo ocultado por uma fraude. A fraude é caso em que o agente tem a reserva mental de prejudicar deliberadamente, é erro deliberado, logo a sociedade exige tratamento muito mais rígido do que o caso de simples falta de recolhimento do tributo. Não se pode pretender equiparar as duas situações sob pena de estar o agente da fraude sendo beneficiado pela própria transgressão. Se alguém pratica fraude deve responder também criminalmente à sociedade<sup>11</sup>, e, perdendo os benefícios da regra de decadência, a obrigação tributária fica sujeita ao prazo prescricional, podendo ser constituída neste prazo. O que ocorre é que, no caso de fraude, enquanto a Fazenda Pública não tomar conhecimento do fato, o seu direito de constituir o crédito tributário não decai, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação. Em se tratando de fraude, portanto, o sujeito ativo tem até o prazo da prescrição para constituir e cobrar o respectivo valor (o mesmo prazo da revisão do lançamento), se a Fazenda Pública não tiver conhecimento do fato gerador dentro do prazo decadencial normal.

---

7 RIBEIRO, Antonio de Pádua. **Reflexões jurídicas – palestras, artigos e discursos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 45.

8 DJ de 22.5.2000, da relatoria do Min. Franciulli Netto.

9 DJ de 4.3.2002, da relatoria do Min. Milton Luiz Pereira.

10 DJ de 11.3.2002 da relatoria do Min. Milton Luiz Pereira.

O Superior Tribunal de Justiça, 1ª e 2ª turmas, em diversas manifestações, entendeu que, quando não há pagamento, não se trata de lançamento por homologação, considerando o início da contagem do prazo de decadência após o final dos 5 (cinco) anos, contados a partir do fato gerador, sendo, portanto, de 10 (dez) anos o prazo de decadência. Transcreve-se uma das ementas:

PRAZO DECADENCIAL - TRIBUTÁRIO - TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA - PRAZO. Estabelece o artigo 173, inciso I do CTN que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento por homologação poderia ter sido efetuado. Se não houve pagamento, inexistente homologação tácita. Com o encerramento do prazo para homologação (05 anos), inicia-se o prazo para a constituição do crédito tributário. Conclui-se que, quando se tratar de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Embargos recebidos. (STJ. 1ª Turma. Unânime. EREsp nº 132.329/SP. Rel. Min. GARCIA VIEIRA. DJ de 07.06.99)<sup>12</sup>

Essa é a interpretação mais adequada em vista do princípio da equidade e do princípio democrático republicano. É evidente que a situação de não-conhecimento por parte do fisco não poderá prevalecer indefinidamente. Nesse caso, é de entender-se que o direito de lançamento extingue-se conjuntamente com o de ação. Uma vez ocultado o fato gerador pela fraude, o prazo máximo, para exercício do direito pelo fisco, será de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, computando-se o prazo prescricional. O Superior Tribunal de Justiça (STJ)

---

11 No direito positivo alemão, no caso de imposto fraudado, não prescreve a pretensão enquanto não estiverem prescritos o processamento e a execução penais. Fonte: FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. S. Paulo: Resenha Tributária, 1970. p. 75.

considerou que o lançamento torna-se definitivo 5 (cinco) anos após o fato gerador, podendo ser revisado pelo fisco nos 5 (cinco) anos seguintes. Nas hipóteses de inexistência de pagamento antecipado ou não-homologação expressa do fisco, o Tribunal interpretou em conjunto e sistematicamente os artigos 173, I, e 150, § 4º, computando, a partir de então, outros 5 (cinco) anos, agora com base no artigo 173, I, pelo que o *die ad quem* passa a ser de 10 (dez) anos após o fato gerador. Estabelecendo-se um parâmetro com a prescrição em Direito Penal (Código Penal, art. 109, inc. I a VI) e a Lei nº 8137/90: o artigo 1º, II, da Lei nº 8137/90 estipula pena de 2 a 5 anos. Para cálculo da prescrição, leva-se em conta o máximo da pena (5 anos, no caso). Assim, a prescrição é de 12 (doze) anos (Código Penal, art. 109-III).

Para Rubens Gomes de Sousa (autor do Ante-Projeto do Código Tributário Nacional):

A jurisprudência admite que o fisco pode sempre fazer a revisão dos lançamentos, enquanto não prescrever o direito de cobrar o tributo [...]: esta opinião tem por fundamento a idéia de que enquanto o fisco possa cobrar o tributo, pode praticar todos os atos necessários à verificação de quanto lhe é exatamente devido (TJ São Paulo, Ver. Trib. 175/350 e 184/288, Rev. Dir. Adm. 21/62; TRF, Rev. Fisc. (imp. Renda) 1950/624). Existem, porém, algumas decisões no sentido de que o lançamento não pode mais ser revisto se o tributo já foi pago (TJ São Paulo, Rev. Trib. 184/287, Rev. Dir. Adm. 21/65; TJ Minas Gerais, Rev. For. 109/148), o que não é necessariamente exato se o tributo pago não havia sido lançado corretamente em função das circunstâncias do fato gerador<sup>13</sup>.

Para realizar o lançamento, o fisco necessita de informações, que, se sonegadas de forma fraudulenta, impedem a sua atividade vinculada de lançamento. A fraude, a simulação, o conluio são trans-

12 Ver também Recurso Especial nº 148698/SP (2ª Turma)

13 GOMES DE SOUSA, Rubens. **Compêndio de legislação tributária**. 4 ed. (póstuma) 3 tir. S. Paulo: Resenha Tributária, 1982. p. 108. (216 p.)



gressões à regra jurídica, com base nas quais nenhum contribuinte poderá auferir vantagens posteriores.

Esse princípio está bem reproduzido na obra de Carrió, quando esse reflete:

A nadie debe permitírsele obtener provecho de su próprio fraude o sacar ventajas de su propia transgresión. Estas máximas están inspiradas por consideraciones que atañen al orden público, tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todos los países civilizados y no han sido derogadas por las leyes<sup>14</sup>.

Fábio Fanucchi assim discorre sobre o caso de dolo, fraude ou simulação:

O que a parte final do § 4º do artigo 150 do Código Tributário está sugerindo, é a projeção no prazo de decadência no tempo, quando revestido de vícios o lançamento sujeito a homologação ou quando esse lançamento não tenha sido iniciado pelo sujeito passivo do crédito tributário, no instante em que a lei o obrigue a tanto.

O dolo, a fraude e a simulação, mencionados na lei são vícios de prática que implicam repercussão de ordem tributária, devendo se caracterizar como ilícitos tributários. Dois elementos principais devem integrar qualquer dessas figuras: *a vontade e o prejuízo* à Fazenda Pública. [...] Isto verificado materialmente, de forma a se comprovar irrefutavelmente o procedimento doloso do sujeito passivo da obrigação tributária principal, esse não poderá se escudar na alegação de decadência do direito da Fazenda Pública no prazo de cinco anos contado da

---

14 CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970. p. 23. Tradução: “A ninguém é permitido obter proveito de sua própria transgressão. ... Estas máximas estão inspiradas por considerações que se ajustam à ordem pública, têm seu fundamento no Direito universal administrado em todos os países civilizados e não têm sido derogadas pelas leis”.

data do fato gerador, decadência que importaria em homologação tácita do lançamento. A decadência incorre contada da data em que se verificou o fato gerador porém, subsiste com um novo termo inicial, marcado esse: ou pela lei tributária específica a cada tributo, à qual a lei nacional deixa a liberdade de estipulação de nova data de início do prazo extintivo (segundo se depreende do § 4º do art. 156); ou, *pelo conhecimento* que o Poder Público passe a ter da ocorrência do fato gerador ou das circunstâncias materiais exatas que o cercaram. A Fazenda Pública submete o sujeito passivo que procedeu com vício, jungindo-o a um lançamento e a partir deste instante passará a correr o prazo de prescrição. No direito italiano [...], com a constatação de crime [...], se verifica uma interrupção no prazo prescricional. No direito alemão [...], no caso de imposto fraudado, não prescreve a ação enquanto não estiverem prescritos o processo e a execução penal. Esses são casos de prescrição mas podem informar as práticas legislativas que se recomendam inclusive para os casos de decadência<sup>15</sup> (grifamos).

E Ruy Barbosa Nogueira avaliza tal posicionamento, ao tecer considerações a respeito do trabalho de Fanucchi, quando diz: “isto lhe tem valido a confiança de ambos os sujeitos da relação tributária. Parece que compreendeu bem a máxima moderna de que a interpretação não deve ser ‘pró fisco’ nem ‘pró contribuinte’, mas ‘pró lege’”<sup>16</sup>.

Sendo o assunto constante do Código Tributário Nacional e tendo-se o tal código como lei complementar, a interpretação segue dois caminhos, tratantes da lei complementar, conforme leciona Ferreira Jardim:

As discussões doutrinárias pautam por duas variáveis: a primeira, sobraçada pela escola clássica,

---

15 FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. S. Paulo: Resenha Tributária, 1970. p. 101-104. (141 p.)

16 Prefácio de: FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. Cit., p. 9.

nela entrevê prerrogativas para o exercício de três funções, na exata consonância com a literalidade do artigo 146, incisos e alíneas. Assim caber-lhe-ia versar sobre conflitos de competência, regular as limitações ao poder de tributar e, por derradeiro, estabelecer normas gerais de direito tributário, a exemplo de definir tributos, espécies tributárias, fato gerador, base de cálculo, contribuinte, etc. Já a segunda corrente, chamada dicotômica, admite tão-somente duas funções à lei complementar, vale dizer, regular conflitos de competência e dispor sobre as limitações ao poder de tributar. Conquanto minoritária, esta corrente desfruta de inegável prestígio na comunidade jurídica e tem por grande paladino o jurista Geraldo Ataliba<sup>17</sup>.

Isso também vale para a prescrição e a decadência. Adicionalmente, ilustra Ferreira Jardim:

Em sentido oposto, a opinião divergente sustenta que o legislador ordinário abebera a sua competência diretamente no Texto Supremo, e por isso não poderia ficar na dependência do legislador complementar, máxime porque não há qualquer hierarquia entre os aludidos estatutos normativos. Proclama, sobre mais, que aquele juízo da escola convencional passa ao largo de uma série de postulados constitucionais, dentre eles o federativo. A nosso pensar, o ponto de vista da chamada escola clássica atrita com a dimensão do exercício da competência tributária, além de afrontar o primado federativo, conforme assevera com descortino Geraldo Ataliba, no que é seguido por Paulo de Barros Carvalho, Roque Carrazza e outros. Cumpre assinalar que concordamos integralmente com a objurgatória dirigida à escola clássica, uma vez que a visão meramente literal do

---

17 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 5 ed. S.Paulo: Saraiva, 2000. p. 124-127 (355p.).

artigo 146 faz tábula rasa da interpretação sistemática do direito e, por isso, afigura-se inconciliável com o princípio da competência tributária<sup>18</sup>.

Partindo-se da pertinente colocação de Cretella Júnior, no sentido de que

o lançamento, como ato declaratório, não cria, não modifica, nem extingue direitos, apenas atesta a existência da obrigação tributária, que nasce da lei diante da ocorrência do fato ou da situação. Seus efeitos retroagem, são *ex tunc*, recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido, e equiparando-se ao processo de execução, que segue à fase de conhecimento<sup>19</sup>

Pode-se concluir que o lançamento não modifica a situação obrigacional, mesmo quando a incidência esteja sendo impedida por ocultação fraudulenta do fato gerador.

A jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o prazo decadencial é de 10 (dez) anos em relação aos tributos em que se aplica o lançamento por homologação.

Exemplificando:

Fato gerador ocorrido em junho de 1990; homologação tácita do lançamento, junho de 1995, isto é, 5 (cinco) anos após o fato gerador; aplicação do artigo 173-I do CTN: 5 (cinco) anos a contar do 1º (primeiro) dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (lançamento por homologação em junho de 1995); 1995 – ano em que o lançamento poderia ter sido efetuado; 1996 – Exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; 1º/1/1996 – 1º (primeiro) dia do exercício seguinte = contagem 0 (zero); 1º/1/1997 – 1 (um) ano; 1º/1/1998 – 2 (dois) anos; 1º/1/1999 – 3 (três) anos; 1º/1/2000 – 4 (quatro) anos; 1º/1/2001 – 5 (cinco) anos<sup>20</sup>.

18 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit. p. 128.

19 CRETELA JÚNIOR, José. **Curso de direito tributário constitucional**. Rio: forense Universitária, 1993. p.66 (288p.)

20 De interesse verificar o Ac. Un. da 1ª Seção do STJ - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - ERESP 151163/SP - DJU I de 22.02.1999, p. 59.

## Ilícito tributário

[...] O ilícito tributário comporta duas modalidades: a) infração puramente tributária, apurável pela autoridade administrativa, sem necessidade de processo penal; b) infração tributária e penal em virtude do delito repercutir simultaneamente nas duas esferas do direito, conquanto a apuração penal tenha caráter autônomo<sup>21</sup>.

Exemplificam as primeiras a falta de recolhimento do imposto sobre a renda, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, dentre inúmeras hipóteses... Representam as segundas as condutas tributárias e penais, assim como a utilização de notas fiscais frias com o objetivo de reduzir o imposto a pagar ou a emissão de notas fiscais espelhadas... De todo modo compre esclarecer que a infração tributária consiste na falta de pagamento do tributo devido, enquanto o crime repousa na fraude ou falsificação cometida. Enfim, trata-se de um único comportamento que gera um débito tributário e um crime, fatos distintos e inconfundíveis a serem apurados pela Fazenda Pública e pela autoridade policial competente, respectivamente. Não sobeja dizer que mesmo nesse caso, a relação entre o infrator e a Fazenda Pública reveste natureza administrativa e civil, jamais penal<sup>22</sup>.

A ocorrência de dolo, fraude ou simulação obstaculiza, embaraça e impede o lançamento, ao ocultar indevidamente a ocorrência do fato gerador. Navarro Coelho leciona que, havendo obstáculo ao exercício do lançamento, não pode correr o prazo decadencial<sup>23</sup>. Tal

---

21 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit. p. 239.

22 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit. p. 240

23 NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **A decadência e a prescrição em matéria tributária**. In: MATTOS, Mauro Gomes de et alii (Coord.). **Revista ibero-americana de direito público, RIADP: doutrina, pareceres, jurisprudência**. v. II, Ano I, nº 2 (Out/Dez 2000) – Rio: América Jurídica, 2000, p. 226.

afirmação é efetuada a propósito do prazo que o contribuinte tem para efetuar o pagamento. Entretanto, a ocultação das informações dilata a situação de obstáculo ao lançamento até o momento em que o fisco tem conhecimento da transgressão. Evidencia-se novamente que a prática transgressora não poderá beneficiar quem a praticou.

## 5 Prescrição

O instituto da prescrição tem estrita ligação com o da decadência e configura a perda do prazo para a Fazenda Pública acionar o sujeito passivo do crédito tributário já constituído. Esse prazo é de 5 (cinco) anos e conta-se a partir do lançamento do crédito tributário. Trata-se, assim, de um instituto de caráter processual, em contraposição à decadência, que é um instituto do direito material. O pagamento indevido somente será restituído pela Fazenda Pública se comprovadas e reconhecidas efetivamente as razões do pedido, não se efetivando se o único motivo for a situação de prescrição à data do pagamento. Se considerarmos a exceções admissíveis no processo de execução e a possibilidade de alterações do *quantum debeatur*, pode-se considerar a sua revisibilidade até decurso do prazo prescricional.

## 6 Considerações finais

A interpretação mais adequada de qualquer tema jurídico será sempre aquela desvinculada de interesses imediatos das partes, ou seja, a mais próxima da visão sistemática, tendo-se em vista o sistema tributário constitucional, por tal interpretação ser a mais legítima e a mais comprometida com a lei e com a justiça fiscal.

Quando o julgador necessita socorrer-se da doutrina, estando ele numa posição equidistante entre um e outro pólo da relação jurídica tributária, deverá sopesar os fatores que interferem na interpretação, procurando entender em que base de interesse se situa o intérprete, adotando uma postura isenta de qualquer espécie de influência prática.

O juízo de equidade pressupõe uma projeção do que a sociedade necessita. Assim, os interesses particulares deverão adequar-se dentro de suas paralelas, pois que a Justiça como equidade não está submetida à influência absoluta de interesses e necessidades concretas.

Inspirado na filosofia de Rawls, Ronald Dworkin preleciona que casos semelhantes devem ter resultados semelhantes. Para ele, não se pode aceitar a força da jurisprudência como força de lei, mas se deve localizar sua força gravitacional justamente no Princípio da Equidade, ao garantir tratamento semelhante a casos semelhantes. Assim:

“La fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoria que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoria, superior. La fuerza gravitacional de un precedente su puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semajante los casos semajantes”<sup>24</sup>.

O emprego da equidade não pode resultar na dispensa do pagamento do tributo devido. “a obrigação principal é estritamente ‘ex lege’, de Direito Público, não tendo as partes a disponibilidade da relação jurídico-tributária”<sup>25</sup>.

Conclusivamente pode-se, dessa forma, afirmar que:

Decadência, no direito tributário, significa a perda do direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento. Existe um prazo para o lançamento. Se o contribuinte efetuar o autolancamento e pagar o tributo, o prazo decadencial começa a contar a partir da data do fato gerador. Caso ele não efetue o pagamento, o prazo começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte, tendo a Fazenda Pública

---

24 Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p.185. Tradução: “A força gravitacional do precedente não pode ser adotada por nenhuma teoria que atribua ao precedente força igual à da lei. Mas a inadequação de tal enfoque sugere outra teoria superior. A força gravitacional de um precedente só pode explicar apelando-se, não à jurisprudência de impor leis, mas à equidade de tratar de maneira semelhante casos semelhantes”.

25 ROTHMANN, Gerd Willi et alii. **Temas fundamentais do direito tributário atual**. Belém: CEJUP, 1983. p. 109.

até o último dia do quinto exercício subsequente àquele no qual o lançamento poderia ter sido efetuado, exceto em caso de dolo, fraude ou simulação, caso em que o prazo só começa a fluir para fins tributários após o conhecimento do fisco sobre a fraude, uma vez que o fato gerador, nesse caso, estaria sendo ocultado por uma fraude. Em relação à fraude, a sociedade exige tratamento muito mais rígido do que o caso de simples falta de recolhimento do tributo. Como alerta Leonetti, a prescrição e a decadência são institutos do direito civil<sup>26</sup>. No direito penal, mesmo no arrependimento eficaz, o sujeito responde pelos danos já praticados e esses danos têm caráter civil. Não se pode pretender equiparar as duas situações sob pena de estar o agente da fraude sendo beneficiado pela própria transgressão. Se alguém pratica fraude deve responder também criminalmente à sociedade, e, perdendo os benefícios da regra de decadência, a obrigação tributária fica sujeita ao prazo prescricional das obrigações pessoais, podendo ser constituída nesse prazo. Enquanto a Fazenda Pública não tomar conhecimento do fato, o seu direito de constituir o crédito tributário não decai, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação. Em se tratando de fraude, portanto, o sujeito ativo tem até o prazo da prescrição do direito pessoal para constituir e cobrar o respectivo valor, se a Fazenda Pública não tiver conhecimento do fato gerador dentro do prazo decadencial normal. Essa é a interpretação mais adequada em vista do princípio da equidade e do princípio democrático republicano. Já a prescrição configura a perda do prazo para a Fazenda Pública acionar judicialmente o sujeito passivo do crédito tributário já constituído. Esse prazo é de 5 (cinco) anos e conta-se a partir da constituição do crédito tributário ela inscrição em dívida ativa<sup>27</sup>.

---

26 LEONETTI, Carlos Araujo. **Prescrição e decadência no direito tributário**. Disponível em 23/10/2004, no sítio virtual <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto309.htm>

27 Fato que configura a exigibilidade do crédito tributário.



## SUSTENTAÇÃO ORAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS TRIBUNAIS

Celso Jerônimo de Souza<sup>1</sup>  
*Promotor de Justiça - AC*

*“Ou nós encontramos um caminho, ou abrimos um”.*  
(Aníbal)

*Sumário: 1 Introdução – 2 Fundamentação – 2.1 A função processual dos Procuradores de Justiça – 2.1.1 Procurador-Geral de Justiça – 2.1.2 Procurador de Justiça – 2.2 A intervenção nos recursos – 2.3 A sustentação oral do Ministério Público nos Tribunais de Superposição – 2.4 A posição da Segunda Turma do STJ – 2.5 A ciência da Sessão de Julgamento – 3 Conclusões.*

### **1 Introdução**

Como é sabido, vem de longe a faculdade de as partes promoverem a defesa oral das suas teses jurídicas nos tribunais, ora em processos originários, ora em sede de recurso. Não são poucas as vezes em que o resultado de um julgamento acaba sendo modificado a partir dos debates nas tribunas, porquanto o poder de persuasão do orador acaba convencendo o colegiado que seu direito é melhor.

---

1 Este ensaio contou com a inestimável colaboração do Dr. Antônio Avelino Mendes, Dr. Bruno Langoni Salgado, Dr<sup>a</sup> Denizi Reges Gorzoni, advogados e Janaina Guedes Bezerra, acadêmica sextanista do curso de Direito da Universidade Federal do Acre.

O ponto que nos interessa discutir neste trabalho é tão-somente quanto aos debates orais no julgamento dos recursos manejados ou respondidos pelo Ministério Público Estadual.

O controle dos atos judiciais, por órgão superior, mediante o reexame do ato contrastado, é mecanismo de aperfeiçoamento das decisões judiciais que não se pode prescindir. A idéia de restringir o acesso ao Judiciário, mediante a racionalização do aviamento de recursos, é um fato que gera inquietações. Porém, se é ou não positiva a idéia, isso não será objeto de análise neste texto.

Se o recurso é deflagrado para combater decisão exarada pelo juízo de Primeiro Grau, em ação proposta pelo Ministério Público, é axiomático que a legitimidade para recorrer ou responder será do Promotor de Justiça que oficia perante aquele juízo, se sucumbente ou vitorioso, conforme o caso.

Alçado ao tribunal, o recurso será julgado pelo órgão colegiado competente, e a intervenção ministerial, no processo, dar-se-á por intermédio do Procurador-Geral e, de regra, pelo Procurador de Justiça, já agora como fiscal da lei.

No Segundo Grau de jurisdição, a quem competirá defender o recurso ou a decisão? Ao Promotor que recorreu ou respondeu, ou ao Procurador que oficia como *custos legis*? Na hipótese deste divergir das razões que motivaram o recurso ou a resposta ministerial, poderá se manifestar contra ou a favor da pretensão recursal? No caso, quem faria a defesa do recurso ou da resposta? Poder-se-ia admitir no tribunal, excepcionalmente, o Promotor representando o Ministério Público, como parte, e o Procurador de Justiça, como fiscal da lei? É disso que ousaremos tratar.

## 2 Fundamentação

Na doutrina, **Hugo Nigro Mazzilli**, combativo e reconhecida-mente uma das maiores autoridades em Ministério Público, resiste à idéia de dois membros da Instituição atuarem no mesmo processo, mas reconhece que nem a doutrina e jurisprudência firmaram critérios para

essa intervenção simultânea. Diz que grassam muitas discussões sobre a atuação única ou múltipla de membros nos processos notadamente nos feitos cíveis, afirmando, desde logo, que, nas ações penais ou civis públicas propostas pela instituição, não cabe a intervenção simultânea de dois membros ministeriais, um como autor, e outro, como fiscal da lei. É interessante destacar a lição do ilustre doutrinador<sup>2</sup>, na qual ele afirma que “pouco importa se a atuação do Ministério Público num feito se dá por promotores ou procuradores de justiça: importa a causa da atuação institucional. Assim, se o Ministério Público propõe uma ação penal pública, é ele órgão autor, e essa é a posição que assume tanto o promotor de justiça que faz a audiência, como o procurador de justiça que oficia no tribunal.”

Se a afirmação for verdadeira, corolário lógico, na ação civil pública, iniciada pela instituição, o tratamento será igual ao sugerido pelo raciocínio do eminente Autor. Não obstante, a excelência e reconhecida autoridade do ex-membro do Ministério Público paulista, assim não pensamos, por conta da evidente distinção existente entre as funções de cada um no processo, em caso de decisão desafiada pelo membro oficiante na instância singela. Se a resistência repousasse na simultânea atuação verificada no mesmo grau de jurisdição, seria uma coisa, outra é a sincronia entre membros de instâncias distintas. É dessa última que iremos discorrer.

A introjeção apressada da noção de dois membros atuando no mesmo processo, com funções distintas, parece absurda, ainda mais quando se lembra que o Ministério Público é regido pelo princípio da unidade e indivisibilidade. No entanto, não pode ser olvidado que, além desses princípios, existe um outro, o da independência funcional, que acaba por mitigá-los. Reside neste a razão de se relativizarem os dois primeiros, sob pena de ocorrer situação de difícil assimilação pela Sociedade, nem sempre afeita às questões técnico-jurídicas. Não se quer aqui promover a defesa da intervenção simultânea, como regra, mas como exceção.

De fato, não é incomum ocorrer recurso manejado ou respondido pelo órgão que atua no Primeiro Grau e, chegando o feito no

---

2 **Regime Jurídico do Ministério Público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva. p. 335.

Tribunal, o órgão que ali oficia, agindo como *custos legis*, manifestar-se no sentido contrário ou a favor da pretensão recursal, tornando o recurso ou a resposta indefesa. Ainda que assim não fosse, afigura-se imprescindível a presença daquele que recorreu ou respondeu, **pelo menos**, para promover a defesa oral das razões ou contra-razões que motivaram o desafio da decisão, atuando como órgão-agente, e o Procurador de Justiça atuará como órgão-interveniente. Não há qualquer obstáculo ou impedimento legal para isso. Uma coisa é certa, recurso ou resposta sem defesa está fadada ao insucesso. Ademais, é de rigor prestigiar o princípio da ampla defesa, porque aos litigantes são assegurados: o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (CF, art. 5º, LV).

Os opositores dessa tese dirão, simplesmente, que o Ministério Público é uno e indivisível, e a intervenção do Procurador de Justiça no Tribunal, supre a ausência do membro que recorreu, e, se entender que o recurso não merece prosperar, opinando nesse sentido, ele não ficou indefeso. O Ministério Público, decerto, é uno e indivisível, porém, possui inúmeras funções constitucionais e legais e são inconfundíveis as de *fiscal da lei e parte*.

Outro importante e notável arauto da doutrina, o professor **Tourinho Filho**, adverte sobre a distinção que existe entre as funções institucionais em relevo e a possibilidade de o órgão acusador não conseguir demarcar as fronteiras entre uma e outra, se traíndo, para fazer prevalecer a concepção acusadora, em vez de o fiscal da lei, e sugere: “para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal, deixando a apreciação do mérito aos Tribunais”<sup>3</sup>. Essa conclusão só faz reforçar a idéia da plausibilidade de o recorrente defender oralmente a tese ou antítese recursal, como parte e o Procurador de Justiça, será mero órgão interveniente.

**Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**<sup>4</sup>, de outro lado, observa que

não se pode confundir a função de parte com a de fiscal da lei e acrescenta dizendo: no processo

3 **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. II. p. 213.

4 **O Processo Penal em face da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 85.

criminal por ação de iniciativa pública é o MP, uno e indivisível, quem oferece denúncia; é ele quem postula a aplicação da sanção penal; e é ele quem, mesmo em grau de recurso, tem legitimidade para sustentar oralmente o recurso do promotor... Então não se pode falar que o mesmo órgão público... possa ser, ao mesmo tempo, fiscal da lei e parte, ao ponto de, na instância recursal, desaparecer a parte, permanecendo apenas o fiscal da lei, em uma estranha ação penal sem autor.

Essa posição doutrinária reforça a distinção entre as funções agentes e intervenientes, admitindo, *data venia*, ainda que implicitamente, a simultaneidade rejeitada por **Mazzilli** e, por conseguinte, só vem confortar nossa posição.

Demais disso, se foi assegurada a independência funcional ao Ministério Público, disso resulta a possibilidade de um membro divergir do posicionamento do outro. Essa aparente antinomia poderá ferir interesse da Sociedade, principal destinatária das atividades ministeriais. É em nome dessa possibilidade que se defende a razoabilidade da sustentação oral por aquele que acompanhou os fatos de perto, lá onde eles aconteceram.

Nesse passo, vale conferir a agudeza de **Antônio Cláudio da Costa Machado**<sup>5</sup> na lição que nos dá acerca da indisponibilidade do interesse que reclama tutela ministerial, como *custos legis*, citando **Chiovenda**, ensina que a ordem jurídica o insere na relação processual para velar imparcialmente pela correta aplicação da lei, trazendo à luz fatos que conduzam à verdade real e argumentos judiciosos que mais se aproxime da justiça ideal. Enriquece sua posição, invocando **Enrico Allorio** para registrar que nesta condição a função do Ministério Público é fiscalizar a atuação das partes e do juiz com vista à correta aplicação da lei, de sorte a viabilizar o prevalecimento dos interesses indisponíveis da sociedade quando estes, de fato, existam, bem como impedir que interesses relevantes em tese, mas não amparados pelo Direito, recebam a chancela do Poder Judiciário.

---

5 **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**, 2. ed., Saraiva, p.280/1.

Outro belíssimo legado nos deixou **José Frederico Marques**, muito bem lembrado por **Antônio Cláudio**<sup>6</sup>, sobre a importância e peculiaridade da função interveniente quando averba que na contenda entre as partes, os direitos conflitantes podem tomar realce que os interesses supremos da ordem jurídica acabem imperceptíveis, por falta de um sujeito que por eles propugne. Certo é que o juiz tem o dever de aplicar os mandamentos da ordem jurídica, fazendo prevalecer os valores mais altos que, numa situação concreta, o direito objetivo assegura. Mas, ante a focalização enfática e retumbante, pelas partes, do que a cada uma interessa, deixando em plano secundário os imperativos do bem público, ou o juiz desceria à arena do litígio para dar a esses imperativos, na formação das *quaestiones facti*, o realce adequado, ou risco haveria de continuarem eles na penumbra: na primeira hipótese, surgiria o perigo de desvirtuar-se a imparcialidade do órgão jurisdicional; e na segunda, o de periclitar o interesse público. Essa é a razão pela qual se justifica, de um modo geral, a atuação, no processo, de um fiscal da lei para assegurar o respeito aos valores e bens na ordem predominantemente tutelados, quando tenha esta de incidir para compor um litígio em que apareça o interesse público, ou direitos que mereçam amparo especial.

Cabe assinalar que, na condição de *fiscal da lei*, o *Parquet* está legitimado a recorrer, da Primeira para a Segunda Instância e, desta, para os Tribunais Superiores. No entanto, ao recorrer transmuda sua condição para **órgão-agente** e, sendo assim, poderá sustentar oralmente o recurso no órgão *ad quem*.

Nessa linha é a lúcida opinião externada por **José Carlos Barbosa Moreira**<sup>7</sup> acerca da feição formal assumida pelo fiscal da lei quando recorre, dizendo: “recorrendo, assume o Ministério Público, no procedimento recursal, a condição de parte com iguais ‘poderes e ônus’, à semelhança do que ocorre quando exerça o direito de ação, salvo regra especial.”

Como se percebe, a posição de *custos legis* reclama do *Parquet* a mesma eqüidistância exigida do Julgador, motivo pelo qual, quando

---

6 Op. Cit. p. 281/2.

7 **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5, p. 235.

age nessa qualidade, pode ser ele recusado pela parte, se lhe faltar isenção e, só excepcionalmente, quando atuar como parte. (CPC, art. 138, I).

Importante ressaltar a decisão proferida, em 13/9/2000, pelo STJ, no ERESP 216.721-SP, Rel. Min. Felix Fischer publicada no Informativo nº 70, com esta Súmula:

MP. SEGUNDO GRAU. ATUAÇÃO. STJ.

Os membros do Ministério Público de segundo grau, tanto federal quanto estadual, não têm legitimidade para atuar em Tribunais Superiores, ou seja, não têm legitimidade para recorrer dos julgamentos destes Sodalícios, ressalvada a hipótese de habeas corpus. Recorrer para um Tribunal Superior contra decisão de segunda instância é diferente de recorrer ou atuar nesse mesmo Tribunal.

O julgado, em vez de contrapor a tese que ora se defende, só faz reforçar a sua concepção ideológica, porque não será objeto do trabalho a legitimidade de o Promotor ou Procurador de Justiça **postular no Tribunal de Justiça, Regional Federal** e nos **Tribunais Superiores**. O que afirmamos, não tem correlação com o referido julgado, não sendo aquela situação objeto deste trabalho. Até porque a *sustentação oral* pelo recorrente não significa postular **no tribunal**, mas o exaurimento da sua faculdade de postular **ao tribunal**, situação, portanto, muito distinta. O v. acórdão suso mencionado encerra a primeira, este trabalho pretende cuidar apenas da segunda situação.

## 2.1 A função processual dos Procuradores de Justiça

### 2.1.1 Procurador-Geral de Justiça

Aqueles que negam ao Promotor de Justiça o direito de fazer sustentação oral na 2ª Instância, se amparam no argumento de que ali só oficia Procurador de Justiça.

Dispõe a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993:

Art. 29 - Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

III - representar o Ministério Público nas sessões plenárias dos Tribunais;

V - ajuizar ação penal de competência originária dos Tribunais, nela oficiando;

VI - officiar nos processos de competência originária dos Tribunais, nos limites estabelecidos na Lei Orgânica;

IX - delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.

A Lei Orgânica Estadual nº 8, de 18 de julho de 1983<sup>8</sup>, no seu artigo 7º, decreta:

Art. 7º Ao Procurador-Geral de Justiça incumbe:

XII - officiar junto ao Tribunal Pleno, nos Mandados de Segurança e nos recursos em que houver interesses da Fazenda Nacional ou que haja participação do Ministério Público no primeiro grau de jurisdição;

XIV - officiar junto a quaisquer das Câmaras de Tribunal, nos recursos em que houver interesse da Fazenda Estadual, podendo delegar esta atribuição a qualquer Procurador de Justiça;

XXXIV - exercer a Ação Pública e acompanhá-la, até o final, em todos os processos de competência originária do Tribunal de Justiça, podendo delegar esta atribuição a Procurador que especialmente designar.

---

8 Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Acre.



Por seu turno, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Acre (RITJ), no seu artigo 7º, legitima o Procurador-Geral de Justiça a funcionar no Pleno com esta imposição: O Tribunal Pleno funciona com a presença de, pelo menos, seis Desembargadores, com a presença do Procurador-Geral de Justiça ou Procuradoria-Geral de Justiça. Consagra, ao final, a possibilidade de outro membro, designado pelo PGJ, comparecer à sessão. Mas dirão os opositores: este será um Procurador de Justiça, necessariamente.

Cuidou o Regimento Interno, no artigo 28, das Sessões do Tribunal, dizendo: *As sessões do Tribunal, assim como as audiências serão públicas, salvo:*

Parágrafo único - Nas sessões reservadas só permanecerão no recinto, além dos Desembargadores, o Secretário das Sessões e o Procurador-Geral de Justiça, bem como as partes e seus patronos, exceto quando houver expressa proibição legal.

Art. 29 [...].

§ 4º - As sessões extraordinárias serão convocadas mediante edital [...] e, aviso pessoal aos Desembargadores, que a ela devam comparecer, e ao Procurador-Geral de Justiça [...].

Art. 30 - O Presidente tem assento no centro extremo da mesa, ladeado pelo Procurador-Geral de Justiça, à direita [...].

O citado Regimento, de outro lado, pelo artigo 34, demonstra:

Art. 34 - À hora regimental ou designada, o Presidente, ou quem o substituir [...] presentes o Procurador-Geral de Justiça [...].

Art. 35 - Iniciado os trabalhos, o presidente, após o toque dos tímpanos:

III - conhecerá de qualquer solicitação ou proposta [...] do Procurador-Geral de Justiça [...].

Art. 36 [...].

§ 1º A ata mencionará:

III – os nomes [...] do Procurador-Geral de Justiça [...];

IV – [...] se houve defesa oral pelo advogado [...].

Art. 39 – Os advogados [...] falarão de pé, na tribuna [...].

Versejando acerca da ritualística da ação penal originária, declarou:

Art. 95 - Distribuído o Inquérito ou representação sobre crime [...] de ação pública ou de responsabilidade, o Relator encaminhará os autos ao Procurador-Geral de Justiça [...].

Art. 96 - O pedido de arquivamento requerido pelo Procurador-Geral de Justiça é irrecusável e será deferido por despacho do Relator.

Art. 98 - Verificando a extinção da punibilidade, ainda que não haja iniciativa do ofendido [...] ouvida a Procuradoria-Geral de Justiça.

Art. 102 - [...].

Parágrafo único – Na Ação Penal Privada, será ouvida, em igual prazo, a Procuradoria-Geral de Justiça;

### 2.1.2 Procurador de Justiça

E, no tocante às funções dos Procuradores de Justiça, proclama a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:

“Art. 31 - Cabe aos Procuradores de Justiça **exercer as atribuições junto aos Tribunais**, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste.” (Com nosso destaque).

Já, a Lei Orgânica Estadual assentou:

Art. 28. Aos **Procuradores de Justiça** incumbe:

I - **promover** a ação penal e civil pública, nos casos de competência originária do **Tribunal de Justiça**, quando designados pelo Procurador-Geral;

II - **oficiar perante** as **Câmaras Criminais ou Cíveis**, separadamente ou reunidas, do **Tribunal de Justiça**, de acordo com a designação firmada pelo Procurador-Geral de Justiça, e assistir facultativamente as suas sessões;

III - emitir pareceres nos processos que lhes forem distribuídos;

V - interpor os recursos legais, inclusive para o Supremo Tribunal Federal, nos processos em que oficiarem. (O negrito é proposital).

Nossa lei se reporta apenas ao STF, olvidando o STJ, pelo fato de, na época da sua promulgação, 18/7/1983, este ainda não existir.

Ao excogitar a audiência, sobredito regulamento *interna corporis* do TJ/AC resolveu que:

“Art. 46 [...].

Parágrafo único - Ao Procurador de Justiça e aos advogados será permitido falar ou ler sentados”.

Bom que se diga, o velino se reporta, ainda, à intervenção da **Procuradoria-Geral de Justiça**, nos artigos 113, 122, Parágrafo único, 150, 151, que tratam da **Ação Rescisória, Desaforamento e Perda da Graduação** de praça. Faz menção a **Procurador de Justiça** no processamento do *habeas corpus* e **Precatório**, artigos 127, 128, 162; enquanto no *habeas data*, art. 132, § 1º, exclama que os autos serão remetidos à *Procuradoria-Geral* ou à *Procuradoria-Geral de Justiça*, como se fossem órgãos distintos. No Mandado de Segurança, art. 138, faz alusão ao parecer da **Procuradoria de Justiça**, o mesmo acontecendo nos artigos 147, 157, 162, Parágrafo único, VII, quando ritualiza a **Reclamação, Revisão Criminal e Precatório**.

Por derradeiro, volta a mencionar **Procurador-Geral de Justiça** nos artigos 158, § 1º, e 163, § 1º, quando aborda a **Suspensão de Segurança e Precatório**.

Todos os dispositivos referem-se ora à função de **fiscal da lei**, ora à função de **parte**. Poder-se-ia imaginar o Procurador de Justiça enfeixando simultaneamente as duas funções? Seria razoável, no julgamento, ora ele agir como **fiscal**, opinando pela rejeição, e, em seguida, agir como **órgão-agente**, defendendo o recurso? Já vimos anteriormente que é temeroso. De qualquer sorte, nada impede que o Promotor e o Procurador de Justiça atuem na sessão de julgamento, naqueles recursos encetados ou respondidos pelo primeiro, cabendo-lhe fazer a sustentação oral na função de parte-recorrente e ao segundo, a de *fiscal da lei*.

## 2.2 A intervenção nos recursos

O multicitado Regimento focaliza os recursos na sua Sessão II, do Capítulo VII, iniciando com o agravo.

“Art. 168 - Distribuído o Agravo, ou [sic] autos só serão remetidos à Procuradoria de Justiça **para oferta de parecer** em 10 (dez) dias, se o Ministério Público houver oficiado no Primeiro Grau de Jurisdição. (G. N).”

Sucede-se a Apelação Cível.

“Art. 172 - Distribuída a Apelação, os autos só serão remetidos à Procuradoria de Justiça, **para oferta de parecer** em 15 (quinze) dias, se o Ministério Público houver oficiado no 1º Grau de Jurisdição.” (Sem grifo no original).

Na disciplina da apelação criminal, vale conferir o artigo 175, § 1º, *verbis*:

Art. 175 - Registrada, autuada e distribuída a Apelação [...] na hipótese do artigo 600, do Código Processual Penal, abrirá vista ao apelante e, após o oferecimento das razões ou sem elas, remeterá os autos ao representante do Ministério Público, junto à Vara ou Comarca de origem, para as contra-

razões.

§ 1º Não ocorrendo a hipótese acima prevista, os autos serão remetidos à Procuradoria de Justiça **para oferta de parecer** em 10 (dez) dias [...]. (O negrito e o grifo não são originais).

Quando o assunto é Carta Testemunhável, assenta:

“Art. 177 [...].

Parágrafo único - Após a distribuição, os autos serão remetidos à Procuradoria de Justiça, **para oferta de parecer** no prazo de 05 (cinco) dias.” (G.N).

Se houver recurso em *habeas corpus*, então, deve-se observar o seguinte:

“Art. 181 - Distribuído o Recurso, independentemente de despacho do Relator, tratando-se de réu preso, os autos serão remetidos à Procuradoria de Justiça **para oferta de parecer** no prazo de 02 (dois) dias.” (No original não consta destaque).

Agora, se se tratar de Recurso em Sentido Estrito, o procedimento será:

“Art. 185 - Distribuído o recurso, os autos irão à Procuradoria de Justiça, **para oferta de parecer** no prazo de 05 (cinco) dias” (Destacamos).

Percebe-se que o ponto comum destes dispositivos é que os autos irão ao *Parquet* para *colher seu parecer*. Quem emite parecer, decerto, não é parte. Se isso é verdadeiro, a atuação ministerial nestes recursos, em 2º Grau de Jurisdição, será tão-somente como órgão-interveniente. Nada mais.

Se o recurso exercitado for os Embargos Declaratórios, diz o Regimento:

Art. 188 [...].

Parágrafo único - Nas hipóteses previstas nos artigos 187 e 188, o **representante da Procuradoria Geral de**

*Justiça manifestar-se-á somente em sessão e não haverá sustentação oral. (O destaque é do autor).*

A exceção deve ser regrada. Foi pensando nisso que o diploma arrolou as hipóteses que não comportam sustentação oral.

Para o caso dos Embargos Infringentes Cíveis, orienta que:

“Art. 193 - Após a distribuição, a Secretaria do Órgão Julgador intimará o embargado para impugná-los. Impugnados ou não, os autos serão remetidos à Procuradoria de Justiça, desde que haja se manifestado em sede de Apelação.” (Grifamos).

Por sua vez, se a situação reclamar Embargos Infringentes e de Nulidades Criminais, terá a seguinte metodologia:

“Art. 194 [...].

§ 2º Após a distribuição, os autos serão remetidos à Procuradoria de Justiça para parecer, no prazo de 10 (dez) dias.” (Destacamos).

Finalmente, quanto aos Recursos Especial, Extraordinário e Ordinário, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Acre uniformiza a redação dos artigos 200, 206 e 212, dispondo: “decorrido o prazo legal, com ou sem contra-razões e manifestação do Ministério Público, **quando for o caso**, os autos serão conclusos ao Presidente para apreciação da admissibilidade ou não do recurso, se não estiver impedido, circunstância que deverá ser certificada.” (Destaquei).

A avaliação dos dispositivos regimentais supracitados reforça uma crença: o Procurador de Justiça, quando oficia nesses recursos, fá-lo como fiscal da lei. Assim sendo, surge uma outra certeza: o Promotor de Justiça, na função de parte, pode sustentar oralmente no Tribunal de Justiça, quando cabível, as razões e/ou contra-razões do recurso interposto. Negar-lhe tal direito, encerra intolerável violência ao princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, porque, se for o **recorrente**, apenas o **recorrido** estará no julgamento para a defesa oral das suas contra-razões, com probabilidade de ter o reforço do parecer lançado pelo Procurador de Justiça, como amiúde acontece e aqui, mais do que nunca, merece aplauso a censura de **Cas-**

**tanho de Carvalho.** Nesse contexto, se a manifestação for simpática ao recorrido, então, a Sociedade estará totalmente indefesa.

Nem mesmo o argumento da dificuldade em operacionalizar o deslocamento do Promotor de Justiça que oficia no interior até a Capital, pode ser usado como mote para negar-lhe a faculdade, porque a viabilidade disso passará a ser uma questão *interna corporis*. Ademais, as sedes dos Ministérios Públicos Estaduais ficam distantes de Brasília, onde se localizam os Tribunais Superiores, nem por isso, a longitude pode servir de obstáculo para que se lhes admitam a defesa oral nos seus recursos nesses Sodalícios, quando cabível.

### **2.3 A sustentação oral do Ministério Público nos Tribunais de Superposição**

*Mutatis mutandis*, nos recursos interpostos ou respondidos pelo Ministério Público Estadual, dirigidos ao STF e STJ, cabe, igualmente, sustentação oral pelo Procurador-Geral de Justiça, ou pelo membro que ele delegar atribuição, não havendo impedimento legal ou regimental para o ato processual.

Os argumentos utilizados alhures valem aqui. Nessas Cortes, todos sabemos, funciona o Ministério Público Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República, ou Subprocuradores-Gerais da República, por delegação daquele, consoante prevê a Lei Complementar nº 75/93 e os Regimentos desses Tribunais.

O Procurador-Geral ou os Subprocuradores-Gerais da República funcionará na condição de fiscal da lei, enquanto o Ministério Público Estadual, como órgão-agente. Não havendo qualquer dificuldade para identificar a posição de um e de outro, no processo e na sessão de julgamento.

Cabe assinalar que a Carta Política, ao definir os legitimados a propor ADIN, descortina, também, no art. 103, § 1º, a atribuição de *custos legis*, conferida ao Chefe do *Parquet* federal, dispondo:

Art. 103. Podem propor ação de inconstitucionalidade:

VI - o Procurador-Geral da República;

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente **ouvido** nas ações de inconstitucionalidade e **em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal** (G.N).

Dessa redação, resulta inferir que o Procurador-Geral da República só vai officiar como fiscal da lei, se não for ele o autor da ADIN. O comando constitucional vai além, para dizer que a audição não se limita ao controle da constitucionalidade do ato ou texto impugnado, mas a todo e qualquer processo que tramitar na Suprema Corte. O texto do parágrafo se reporta à função fiscalizatória, bem distinta daquela reservada no *caput* e inciso transcritos, que cuidam da atividade parcial da Instituição, quando exercita um dos instrumentos que dispõe para tutelar os interesses mais caros da Sociedade.

Interessante observar, por outro lado, que a Carta Acreana reproduziu o texto acima, no seu artigo 104, II, § 1º, restringindo a intervenção do Procurador-Geral de Justiça à ADIN de lei, ou ato normativo estadual e municipal contestado em face da Constituição local.

A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que organiza o Ministério Público da União e regula suas atribuições, narra que o Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público Federal, art. 45.

A seguir, no artigo 46, o legislador usou outras palavras para reproduzir o § 1º do art. 103 da CF, com esta redação:

Art. 46 - **Incumbe** ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, **manifestando-se previamente** em todos os processos de sua competência.

Parágrafo único - O Procurador-Geral da República **proporá** perante o Supremo Tribunal Federal:

I - a **ação** direta de inconstitucionalidade de ou ato normativo federal ou estadual e o respectivo pedido de medida cautelar;



II - a **representação** para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, nas hipóteses do art. 34, VII, da Constituição Federal;

III - as **ações** cíveis e penais cabíveis. (Sem realce no original).

Nem mesmo o intérprete mais obstinado concluiria que o *caput* do dispositivo legal acima afasta a atuação excepcional dos Ministérios Públicos Estaduais naquela Corte. Impede-lhe, entretanto, de agir como órgão-interveniente, porque isso é exclusividade do MPF, não, porém, *como órgão-agente*, fazendo a defesa oral no recurso interposto contra decisão do Tribunal local. A parte final realça esse entendimento, quando define a função do PGR nos autos, vale dizer: **opinar** sobre as questões processual e meritória contidas no bojo do processo.

O parágrafo único cuidou, tão-só, da legitimação ativa. Não passa despercebida a vontade reproduzida pelo *caput* desse artigo. De fato, afigura-se que a aspiração primeira do legislador, em relação ao Ministério Público, foi de lhe confiar a missão de fiscalizar a lei e, apenas num segundo momento, a incumbência de agir como parte.

Examinemos, agora, o art. 47 e o seu § 1º, que têm este texto:

Art. 47 - O Procurador-Geral da República designará os Subprocuradores-Gerais da República que exercerão, por designação, suas funções juntos aos diferentes órgãos jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º As funções do Ministério Público Federal junto aos Tribunais Superiores da União, perante os quais lhe compete atuar, somente poderão ser exercidas por titulares do cargo de Subprocurador-Geral da República.

O *caput* sugere duas coisas: a uma, no pleno do STF, funciona o PGR; a duas, nas Turmas, a função ministerial pode ser delegada aos SGR (Subprocuradores-Gerais da República).

No mesmo diapasão, recolhe-se do parágrafo único do artigo

48 do Regimento Interno do STF, o reforço desse entendimento, senão vejamos:

“Art. 48. O Procurador-Geral da República toma assento à mesa à direita do Presidente.

Parágrafo único. Os Subprocuradores-Gerais poderão officiar junto às Turmas mediante delegação do Procurador-Geral.”

Importante alvitar que, enquanto o art. 46 dispõe que as funções do **Ministério Público**, junto ao Supremo, são do Procurador-Geral da República, o § 1º do art. 47 diz que as funções do **Ministério Público Federal**, perante os TRIBUNAIS SUPERIORES DA UNIÃO, serão exercidas por Subprocuradores-Gerais. É inegável que dentre os TRIBUNAIS SUPERIORES está o próprio STF. No entanto, neste funcionará apenas perante as suas Turmas.

Disso resulta uma conclusão muito clara: malgrado o Ministério Público tenha como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional<sup>9</sup>, o campo de atuação do Ministério Público Federal é distinto do campo de ação dos Ministérios Públicos Estaduais, CF, art. 128, I, II. A Lei, quando preconiza que as funções daquele perante os TRIBUNAIS SUPERIORES serão exercidas por Subprocurador-Geral da República, não significa dizer que afastou a possibilidade de atuação, ainda que limitada, aos últimos, através dos Procuradores-Gerais de Justiça, nas hipóteses de recorrer ou responder recursos.

Com efeito, a função de **órgão-agente** perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do artigo 48, da citada lei complementar,

---

9 CF, art. 127. [...]. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Para Hugo N. Mazzilli: *unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão, sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que seus membros poder ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas segundo a forma estabelecida em lei. Nesse sentido, não há unidade ou individualidade ou indivisibilidade entre os membros de Ministérios Públicos diversos, só dentro de cada Ministério Público.* Lembra Eurico de Andrade Azevedo, para dizer que autonomia funcional *significa que os seus membros, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder [...] submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei...* (Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 23/27).

igualmente será exercida pelo PGR, podendo ser delegada a Subprocurador-Geral da República, como determina o parágrafo único, *verbis*:

Art. 48 - **Incumbe** ao **Procurador-Geral da República** **propor** perante o **Superior Tribunal de Justiça**:

I - a **representação** para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, no caso de recusa à execução de lei;

II - a **ação** penal, nos casos previstos no art. 105, I, "a", da Constituição Federal.

Parágrafo único - A **competência** prevista **neste artigo** **poderá** ser **delegada** a Subprocurador-Geral da República. (Destacamos).

A leitura dessa regra não oferece dificuldade, mas o que merece registro é o que não está escrito. Considerando que a Lei apenas regulou que será delegada a função de **órgão-agente**, significa dizer que, como nada se referiu quanto à função de **órgão-interveniente**, é porque esta independe de delegação, sendo recolhida da própria lei.

Esse raciocínio foi reforçado pelo art. 66, § 1º, senão vejamos:

"Art. 66 - Os Subprocuradores-Gerais da República serão designados para officiar junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior Eleitoral [...].

§ 1º No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral, os Subprocuradores-Gerais da República atuarão por delegação do Procurador-Geral da República".

Observe que o parágrafo não contempla o STJ, fazendo menção tão-somente no *caput*. Todavia, a delegação para funcionar no STJ, como vimos, é para agir na qualidade de **parte, órgão-agente**, silenciando a lei quando a situação reclamar intervenção do *custos legis*. Desse modo, afigura-se que a atuação como **órgão-interveniente**, no STJ, independe de delegação do PGR aos Subprocuradores-Gerais, porque a legitimação destes, decorre da própria Lei.

Se isso é verdadeiro, então, como resolver a aparente antinomia com o artigo 61 do Regimento Interno do STJ?

Art. 61. Perante o Tribunal, funciona o Procurador-Geral da República, ou o Subprocurador-Geral, **mediante delegação** do Procurador-Geral. (O negrito é nosso).

Da forma como está a redação, poder-se-á inferir que tanto a função de órgão-interveniente quanto a de órgão-agente do Ministério Público serão exercidas pelo PGR, podendo este delegá-las aos Subprocuradores-Gerais. No entanto, *data venia*, não é isso o que preconiza a lei complementar, a qual se refere, apenas, à delegação da primeira função, silenciando-se quanto à segunda.

Por falar em Regimento Interno, o do Superior Tribunal de Justiça, aqui e acolá, regula a atuação ministerial, deixando cristalina a distinção entre as funções que o Ministério Público executa. O exemplo a seguir é do fiscal da lei.

Art. 62. O Ministério Público Federal manifestar-se-á nas oportunidades previstas em lei e neste Regulamento.

Art. 64. O Ministério Público terá vista dos autos<sup>10</sup>:

Não há como confundir que nesses dispositivos, o Regimento identifica a atuação do *custos legis*, excetos os incisos VIII e IX deste último dispositivo. Afigura-se correto dizer que, tanto neste como no diploma legal comentado em linhas pretéritas, o Ministério Público Federal estará funcionando perante os Tribunais Superiores, nos recursos do e contra o Ministério Público Estadual, como órgão-interveniente, daí porque nada impede que este promova a defesa

---

10 Este artigo possui treze incisos e consagra que o MP terá vista dos autos, nas arguições de inconstitucionalidade; nos mandados de segurança, mandados de injunção, habeas corpus e habeas data, originários ou em grau de recurso; nas ações penais originárias e nas revisões criminais; nos conflitos de competência e de atribuições; nas ações rescisórias e apelações cíveis; nos pedidos de intervenção federal; nas notícias crime; nos inquéritos de que possa resultar responsabilidade penal; nos recursos criminais; nas reclamações que não houver formulado; nos outros processos em que a lei impuser a intervenção do Ministério Público; nos demais feitos quando, pela relevância da matéria, ele a requerer, ou for determinado pelo relator.

oral, tendo em conta sua condição de órgão-agente.

Voltando ao RISTJ, proclama este nas sessões de julgamento o seguinte:

Art. 159. Não haverá **sustentação oral** no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar.

§ 1º Nos demais julgamentos, o Presidente da Corte Especial, da Seção ou da Turma, **feito o relatório, dará** a palavra, sucessivamente, ao autor, **recorrente** ou impetrante, e ao réu, **recorrido** ou impetrado, para sustentação de suas alegações.

§ 2º **Se o** representante do **Ministério Público** estiver agindo **como fiscal da lei**, fará uso da palavra **após** o **recorrente** e recorrido. (G.N).

O Regimento não excepciona, em momento algum, a sustentação oral do Ministério Público dos Estados. Fez bem, porque a defesa ocorrerá na condição de órgão-agente. O prazo dessa defesa não excederá quinze minutos, RISTJ, art. 160. A regra se refere, genericamente, a **recorrente** e **recorrido**, sem restringir o seu alcance. Desse modo, se o Ministério Público Estadual recorre ou é o recorrido, a norma regimental não lhe obsta sustentar oralmente sua tese ofensiva ou defensiva.

De outro lado, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal reservou um título não ao Ministério Público propriamente dito, mas à Procuradoria-Geral da República, como se esta fosse um órgão distinto do *Parquet*. Contudo, quando se examinam os dispositivos, percebe-se que estão versando sobre as funções ministeriais.

Atua como fiscal da lei quando:

Art. 49. O Procurador-Geral manifestar-se-á nas oportunidades previstas em lei e neste Regimento.

Art. 50. Sempre que couber ao Procurador-Geral manifestar-se, o Relator mandará abrir-lhe vista antes de pedir dia para julgamento ou passar os autos ao Revisor.

Art. 52. O Procurador-Geral terá vista dos autos<sup>11</sup>:

XIV - nos outros processos em que a lei impuser a intervenção do Ministério Público.

XV - nos demais processos quando pela relevância da matéria, ele a requerer, ou for determinado pelo relator, Turma ou Plenário.

Pedimos vênia para uma breve digressão. Pois bem, atente-se que os três últimos comandos suso transcritos, parecem contradizer à Constituição Federal e à própria Lei Complementar 75/93, quando sugere a condição: *sempre que couber; processos que a lei impuser a intervenção; demais processos quando pela relevância da matéria*, deixando no ar a seguinte indagação: poderá haver processo que não caiba a intervenção? Se a resposta for afirmativa, então como conciliá-la com a parte final do imperativo extraído do § 1º do artigo 103 da Magna Carta, e art. 46, *caput*, da LC 75/93, que manda ouvir o Procurador-Geral da República em todos os processos de competência da Suprema Corte?

A propósito, embora não seja objeto deste ensaio, o art. 103, § 1º, e art. 46, *caput*, LC 75/93, já reproduzidos, aparentemente conflitam com o *caput* do artigo 127 da mesma Carta Política, porque este comete ao *Parquet* a tutela da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, enquanto aqueles reclamam manifestação em todos os processos. Se não excepciona, admite, como corolário lógico, a intervenção em processos de matéria disponível.

Forçoso é convir que, se é obrigatória a audiência do Ministério Público em todo e qualquer processo da competência do STF, verse

---

11 O dispositivo possui quatorze incisos e informa que o Procurador-Geral (leia-se: MP) terá vista dos autos, nas representações e outras arguições de inconstitucionalidade; nas causas avocadas; nos processos oriundos de estados estrangeiros; nos litígios entre Estado estrangeiro e organismo internacional e a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; nas ações penais originárias, nas ações cíveis originárias; nos conflitos de jurisdição ou competência e de atribuições; nos *habeas corpus* originários e nos recursos de *habeas corpus*; nos mandados de segurança; nas revisões criminais e ações rescisórias; nos pedidos de intervenção federal; nos inquéritos de que possa resultar responsabilidade penal; nos recursos criminais; nos outros processos em que a lei impuser a intervenção do Ministério Público; nos demais processos quando pela relevância da matéria, ele a requerer, ou for determinado pelo relator, Turma ou Plenário.

ou não sobre direito indisponível, a sua não-convocação, importará nulidade processual, CPC, art. 246.

Com efeito, a Suprema Corte, ao examinar os Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 158.725-1-MG, no qual foi questionado que o feito não havia sido remetido ao PGR para a sua audição, o embargante foi até irônico ao pedir que a Corte explicitasse acerca do dispositivo constitucional que teria alterado o § 1º, do art. 103 da CF. Essa, então, por meio da sua Segunda Turma, em aresto da lavra do Ministro Marco Aurélio, de 18/12/95, deliberou:

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - AUDIÇÃO. O preceito inserto no § 1º do artigo 103 da Constituição Federal há de merecer interpretação teleológica. Visa ao conhecimento da matéria pelo Ministério Público, não implicando, necessariamente, seja-lhe enviado automaticamente todo e qualquer processo. O pronunciamento do órgão pode ocorrer na assentada em que apreciado o recurso. Precedente: recurso extraordinário nº 177.132-2/RS, relatado pelo Ministro Carlos Velloso perante o Pleno, em 24 de maio de 1995.

O SFT nada disse sobre a natureza da matéria, objeto da dissidência entre os contendores, admitindo, assim, que, em todos os processos da sua competência, independentemente da matéria, haverá audiência prévia do *Parquet*. Isso só faz corroborar o raciocínio de que ao Regimento não cabe restringir, onde a CF ampliou.

Feita a digressão, voltemos à análise do RISTF, que versa no Título III, acerca das Sessões de julgamento, merecendo destaque os artigos do 131 e 132.

Art. 131. Nos **juílgamentos**, o **Presidente** do Plenário ou da Turma, feito o relatório, **dará** a palavra, sucessivamente, ao autor, **recorrente**, petionário ou impetrante, e ao réu, **recorrido** ou impetrado, para sustentação oral.

§ 2º **Não** haverá **sustentação oral** nos julgamentos

de agravo, embargos declaratórios, argüição de suspeição e medida cautelar. (Os destaques são nossos).

Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos [...]

§ 1º O Procurador-Geral terá prazo igual ao das partes, falando em primeiro lugar se a União for autora ou recorrente.

Também o RISTF, como é perceptível, não veda a defesa oral do Ministério Público Estadual em recurso que este agitou ou respondeu. A audiência do PGR dar-se-á na condição meramente de **fiscal da lei**.

Uma última palavra é preciso reservar ao artigo 68 da Lei Complementar nº 75/93, o qual está gizado nestes termos:

Art. 68 - Os Procuradores Regionais da República serão designados para officiar junto aos Tribunais Regionais Federais.

A referência à norma retro tem razão de ser, porque nos recursos propostos perante os citados Tribunais, o Procurador Regional da República, inexoravelmente, atuará como *custos legis*. Excepcionalmente, o Promotor de Justiça poderá recorrer a esses Sodalícios ou rechaçar recurso nos processos por tráfico internacional de entorpecente, que tramitam em Comarca que não é sede da Justiça Federal. Por reserva de coerência lógica, também, deve-se admitir a sustentação oral pelo Promotor de Justiça no TRF, quando couber.

## 2.4 A posição da Segunda Turma do STJ

Não é de hoje que vimos defendendo essa tese, debatendo-a com os colegas de Ministério Público brasileiro.

No final do primeiro semestre do ano de 2.000, quando fizemos uma visita ao brioso e respeitado Ministério Público gaúcho, ali chegando, tivemos a oportunidade de conhecer o **Departamento de Recursos e Projetos Especiais**, vinculado à Procuradoria-Geral



de Justiça, ao qual, dentre outras atribuições, competia o manejo de recursos excepcionais. Na época, coordenado pelo brilhante e atencioso colega *Procurador de Justiça* **Ricardo de Oliveira Silva**.

Pois bem, o colóquio, como não podia ser diferente, acabou no tema: sustentação oral em recurso especial ou extraordinário pelo *Parquet* estadual nos Tribunais Superiores.

O colega confidenciou o incidente que protagonizou, quando se habilitou no STF para a defesa oral de um recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público sul-rio-grandense. Dizia ele que o Procurador-Geral da República, presente na sessão de julgamento, insurgiu-se, dizendo que naquele Tribunal somente o Ministério Público Federal poderia atuar. No entanto, em resposta, o colega sustentou que o Procurador-Geral da República oficiava, naqueles autos, apenas como órgão-interveniente, e que estava ali na condição de órgão-agente, e, nesta, pretendia fazer a defesa do recurso.

Os Ministros findaram admitindo a legitimidade do Ministério Público do Rio Grande do Sul para promover a sustentação oral, abrindo um importante precedente. Mais que depressa, indaguei ao colega se o incidente fora registrado em ata, o mesmo respondeu negativamente, asseverando o benefício da falta de registro, porque disso resultaria a conclusão de que não houvera controvérsia sobre a questão. A princípio achei interessante seu raciocínio.

Tempos mais tarde, numa viagem que fizemos a Brasília, para acompanhar o julgamento de um Recurso Especial, tivemos o privilégio de conhecer o colega do Ministério Público de São Paulo, o *Procurador de Justiça* **Gabriel Bittencourt Perez**, que fazia o acompanhamento dos recursos da Instituição, oportunidade em que, novamente, colocamos em debate a matéria. O colega adiantou que algumas turmas do STJ e o próprio STF, não estavam admitindo sustentação oral do Ministério Público Estadual em recurso por este agitado, sob o vetusto argumento de que, em ambos, só oficiava o Ministério Público Federal.

Chegamos a propor que o tema fosse discutido no Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, tendo o colega **José Eduardo Sabo Paes**, eminente Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do

Distrito Federal e Territórios, sinalizado com a possibilidade de fazer o seu encaminhamento e defesa perante aquele colegiado, para que se firmasse uma posição, naquela sede, sobre a matéria.

Finalmente, o tempo conspirou a nosso favor e chegou o momento de pacificar nosso espírito, submetendo a tese a um dos órgãos fracionários do STJ. Dessa feita, era preciso deixar registrado em ata o incidente. Dito e feito. O Ministério Público do Acre interpôs o Recurso Especial nº 445.664, que tramita perante a Segunda Turma daquele Sodalício, tendo como relator o nobre *Ministro Francisco Peçanha Martins*, que foi levado a julgamento no dia 6 de maio de 2003. Por delegação do Procurador-Geral de Justiça, coube a mim a honra de fazer a sustentação oral. Antes, porém, procuramos saber qual era a posição de cada Ministro da Colenda Segunda Turma, acerca da questão e, com exceção do Relator, com quem não falamos sobre o assunto, os demais, eram simpáticos à tese.

Fomos para sessão de julgamento, aonde chegamos bem cedo para habilitarmos à sustentação oral. O recurso foi o segundo a ser julgado. A *Ministra Eliana Calmon*, digníssima Presidente da Turma, **liderou** a votação da preliminar, admitindo a defesa oral, recebendo o apoio dos seus pares. Com isso, *por unanimidade*, a Segunda Turma do STJ admitiu a sustentação oral do Ministério Público do Acre, em certidão vazada nos seguintes termos:

A Turma, preliminarmente, decidiu, por unanimidade, pela sustentação oral do Ministério Público Estadual, na qualidade de parte; e, no mérito, após o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, dele divergiu a Sr<sup>a</sup> Ministra Eliana Calmon, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhada pelo Sr. Ministro Franciulli Netto. Pediu vista dos autos Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Agora há um precedente formalmente reconhecido. Antes desse trabalho, nós já havíamos alinhavado o pensamento, por meio de um artigo que nem foi concluído, e agora, com a decisão, sentimo-nos fortalecidos para levar adiante o propósito de submetê-lo aos colegas do Ministério Público brasileiro, não com a finalidade de estabelecer

verdades absolutas, mas sim, contribuir, de alguma forma, para o debate e reflexão sobre o assunto.

## 2.5 A ciência da Sessão de Julgamento

Para arrematar, falta dizer como o Ministério Público, por meio do Promotor ou Procurador-Geral de Justiça será cientificado da Sessão de Julgamento, que, por certo, não será pelo modo estampado no art. 552 do CPC.

*De lege ferenda*, um e outro poderão ser intimados via correio eletrônico, mediante aviso de confirmação ou carta registrada com AR, que, diante da peculiaridade, importará exceção à regra do artigo 236, § 2º, do CPC e artigo 41, IV, da Lei nº 8.625/93.

Enquanto não houver lei regulando a questão, tanto o Promotor quanto o Procurador-Geral ou seu delegado poderão comparecer à Sessão, independentemente de intimação formal, e, nesta, habilitarem-se à defesa oral.

## 3 Conclusões

3.1 O **Promotor de Justiça** que inaugurar a instância recursal ou responder recurso poderá fazer a sustentação oral no segundo grau, quando couber, por ocasião do seu julgamento, **na qualidade de órgão-agente**, enquanto o Procurador de Justiça funcionará como **órgão-interveniente**, vale dizer, fiscal da lei.

3.2 O **Procurador-Geral de Justiça**, ou o membro delegado, tem legitimidade para promover a sustentação oral, quando couber, no julgamento dos recursos que o Ministério Público Estadual manejar ou responder perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, na **condição de órgão-agente**, enquanto o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral ou Subprocuradores-Gerais da República, agirá como **fiscal da lei**.

3.3 Tanto o **Promotor** quanto o **Procurador-Geral de Justiça**,

que **recorrerem** das decisões do juízo *a quo*, na qualidade de custos legis ou de parte, ou, na hipótese de responderem recurso, a **sustentação oral**, no juízo *ad quem*, dar-se-á na **condição** de **órgão-agente**, enquanto o Procurador de Justiça e PGR, ou seu delegado, respectivamente, oficiarão, na qualidade de **órgão-interveniente**.

3.4 A sustentação oral, nos recursos iniciados pelo ou contra o Ministério Público, por intermédio do Promotor ou Procurador-Geral de Justiça, não representa, nem se confunde com postulação **no tribunal**, importando, ao reverso, exaurimento da postulação **ao tribunal**.

ASSUNTO ESPECIAL: PEÇAS PROCESSUAIS

## MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO CONTRA ATO PRATICADO PELO DIRETOR-GERAL DA POLÍCIA CIVIL

Ministério Público de Goiás

EXM<sup>o(a)</sup> SR<sup>(a)</sup>. DR<sup>(a)</sup>. JUIZ(A) DE DIREITO DA \_\_\_\_ VARA DA FAZENDA  
PÚBLICA ESTADUAL DA COMARCA DE GOIÂNIA

O **Ministério Público do Estado de Goiás**, por seu Procurador Geral de Justiça, pelos Coordenadores dos Centros de Apoio Operacional Criminal e do Controle Externo da Atividade Policial, com domicílio à Rua 23, esquina com Av. B, Q. A-67, Lts. 15/24, Sala 224-B, 2º Andar, Edifício Sede do Ministério Público Estadual, Jardim Goiás, Goiânia-GO, CEP 74.805-100 - Telefax (62) 243-8000, vem, perante este douto juízo, impetrar o presente **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO** contra ato abusivo e ilegal praticado pelo Sr. Humberto de Jesus Teixeira, brasileiro, casado, Delegado de Polícia, Diretor Geral da Polícia Civil do Estado de Goiás e Conselheiro-Presidente do Conselho Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás, domiciliado necessariamente à Av. Anhanguera nº 7.364 - Setor Aeroviário, nesta Capital (art. 76 do Código Civil), ante os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

## DOS FATOS E DO DIREITO

1. No dia 19.05.2005 foi publicado no Diário Oficial do Estado de Goiás nº 19.645 a Resolução nº 01/2005 do Conselho Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás (CSPC-GO), que limita a atuação do Ministério Público Estadual na sua atividade do Controle Externo da Atividade Policial, impondo medidas normativas restritas alheias às atribuições do dito conselho, as quais, então, padecem de ilegalidade por ferirem frontalmente dispositivos legais inerentes à independência funcional do órgão do ministerial.

1.1 A independência funcional do Representante do Ministério Público, além de elencada na Constituição da República, está reiterada na Lei Federal nº 8.625/93 - LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, que dispõe:

Art. 1º - ..... *omissis* .....

Parágrafo único - **São princípios institucionais do Ministério Público** a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**.

1.2 Como será observado no decorrer deste *writ*, a Resolução emanada do CSPC-GO afronta esta independência em lei estabelecida, quanto mais não tem aquele órgão deliberativo atribuições para regular atuação funcional que não do organismo policial civil, tanto é que o Decreto Estadual nº 6.077, de 25 de janeiro de 2005, assim regula a competência do Conselho:

Art.1º - **O Conselho Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás**, órgão colegiado consultivo, normativo e deliberativo da Diretoria-Geral da Polícia Civil do Estado de Goiás, **tem por finalidade**:

I - **velar pela perfeita exação e eficiência dos serviços da Diretoria-Geral da Polícia Civil e de seus integrantes;** (grifos nossos)

1.2.1 Foi exatamente nesse dispositivo que os Conselheiros do CSPC-GO sustentaram a emissão da resolução aqui atacada, como pode se constatar do primeiro parágrafo da Resolução nº 01/2005-CSPC-GO - documento IV.

1.3 Denota-se, pois, que ao regular a atuação do Ministério Pú-

blico tanto nas investigações quanto no controle externo da atividade policial, o CSPC-GO suplantou as atribuições que lhe foram deferidas pela legislação, e mais que isto, **através de uma resolução pretende vergar o princípio da legalidade, vez que o direito do Ministério Público controlar a atividade fim dos organismos policiais decorre de fixação em lei complementar. Ademais, a regulamentação da investigação pelo Ministério Público tem sustentação em ato *interna corporis*, que como veremos a seguir não teve sua validade e eficácia suspensas pelo Excelso Pretório, até mesmo por que não trata deste direito em si, e sim da sua forma de exercício.**

1.4 Há que ser observado atentamente que de acordo com as normas próprias do Direito Administrativo, **RESOLUÇÃO se trata de espécie destinada tão somente a regulamentar matéria atinente ao próprio órgão que a emite**, conforme lições doutrinárias abaixo acostadas:

“De acordo com essa norma, a diferença entre os vários tipos de atos está apenas na autoridade de que emanam, podendo uns e outros ter **conteúdo individual** (punição, concessão de férias, dispensas), ou **geral, neste último caso contendo normas emanadas em matérias de competência de cada uma das referidas autoridades.**”<sup>1</sup> (grifos nossos)

“É a fórmula de que se valem os órgãos colegiados para manifestar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou **para dispor sobre seu próprio funcionamento**”.<sup>2</sup>

Dos ensinamentos supra conclui-se que o CSCP-GO ultrapassou os limites da sua competência ao regulamentar atribuições exclusivas do Ministério Público.

2. Infere-se do texto da Resolução combatida que o CSCP-GO – documento IV - pasme-se, que ela **‘proíbe o atendimento a requisição e solicitação do Ministério Público que se fulcre na Resolução nº 04/2005 do Colégio de Procuradores de Justiça’.**

2.1. Como poderá ser verificado por este ilustrado juízo na

1 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 13. Ed. , Editora Atlas, p. 215.

2 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 7. Ed., Editora Saraiva, p. 85.

Resolução nº 004/2005-MPGO - documento V - esse ato buscou tão somente impor medidas de cunho procedimental e discriminar os casos em que a investigação será feita diretamente pelo Ministério Público, ressaltando também as atribuições de outros órgãos investigativos, senão vejamos a transcrição abaixo:

**Art. 1º. O Promotor ou Procurador-Geral de Justiça conduzirá as investigações de infrações penais de ação pública nas seguintes hipóteses:**

**I - Julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares** ou novos elementos de convicção não constantes das peças de informação ou do inquérito policial (art. 47 do CPP);

**II - Nos casos em que a gravidade da infração e as circunstâncias assim indicarem.**

**Parágrafo único. A investigação conduzida por promotor ou procurador-geral de justiça não exclui a possibilidade de formalização por outros órgãos da administração Pública e não constitui pressuposto para o ajuizamento da ação penal. (grifos nossos)**

2.2 Ademais e incisivamente, o direito de requisição pelo Ministério Público de documentos, diligências, instauração de procedimentos, exames, perícia, dentre outros, não decorre da Resolução nº 004/2005-MPGO, que como supra expendemos visa regular procedimento interno da Instituição, e sim de Leis Federais e Estaduais específicas a cada caso, conforme colações abaixo:

#### LEI ORGÂNICA NACIONAL - LEI 8.625/93

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

**I - ..... *omissis* .....**

**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 officie;

..... *omissis* .....

**V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;**

#### LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 025/1998

**Art. 47 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:**

I - ..... *omissis* .....

**b) requisitar informações, exames periciais, certidões e outros 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;**

..... *omissis* .....

**II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie;**

..... *omissis* .....

**VIII - requisitar meios materiais e servidores públicos, por prazo não superior a 90 (noventa) dias, para o exercício de atividades técnicas ou especializadas, nos procedimentos administrativos afetos à sua área de atuação;**

2.3 Do confronto entre a Resolução nº 001/2005-CSPC-GO e as disposições legislativas supra elencadas, nota-se que o órgão superior

do organismo da polícia judiciária estadual quer fazer cair por terra o princípio constitucional da legalidade, tanto ao violar lei federal e estadual em plena vigência, o que é típico tão somente dos regimes ditatoriais, o qual nossa Nação conseguiu abolir, a muito custo e luta, inclusive do Ministério Público, há mais de duas décadas.

3. De bom alvitre neste tópico registrar que esta última resolução nasceu de deliberação do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos do Brasil, e foi elaborada e aprovada por unanimidade pelo Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás - documento V. **Frisamos, todavia, que o ato objetivou a regulamentação das investigações somente no âmbito do órgão fiscal da ordem jurídica, e, em nenhum momento, trata de qualquer atribuição da Polícia Civil, e nem de qualquer outra instituição ligada ao Sistema de Segurança Pública e Justiça, de forma a se adequar perfeitamente ao objeto desta espécie de ato administrativo.**

4. Inobstante, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal, isto no dia 11.05.2005, tendo sido designado Relator o Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro Gilmar Mendes, que **não deferiu a liminar pleiteada pela mencionada associação classista**, como se vê do extrato de acompanhamento processual em anexo - documento VI.

4.1. Ora, não tendo sido deferida pelo Supremo Tribunal Federal liminar suspendendo os efeitos da Resolução n<sup>o</sup> 04/2005 do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de Goiás é certo que essa permanece em plena vigência e surtindo a devida eficácia.

4.2. Apesar da clareza solar de tal regra, vem o Conselho Superior da Polícia Civil, e, arvorando-se de todo o “**poder**” de regulamentação no Estado possível, determina:

Art. 3<sup>o</sup> **Fica suspensa a inspeção ou vistoria realizada pelo Ministério Público em Delegacias de Polícia ou outras repartições da Polícia Civil do Estado de Goiás**, exceto aquelas procedidas em celas e carceragens porventura existentes nessas unidades policiais.

4.3. Via deste dispositivo pretende o CSPC-GO vetar a possibilidade legal do exercício do controle externo da atividade policial pelo

Ministério Público, prerrogativa em lei assegurada, de modo que aquele órgão deliberativo agiu em flagrante ilegalidade e abusividade.

4.4. Nessa especificidade impende esclarecer inicialmente que a Constituição da República determinou em seu art. 129, inciso VII, que o controle externo da atividade policial, **na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior àquele**, que se trata do § 5º do art. 128 da CF e a remessa às leis complementares organizacionais, que nos Estados é de iniciativa privativa dos respectivos Procuradores-Gerais, as quais estabelecem as atribuições de cada Ministério Público.

4.5. No Estado de Goiás trata-se da Lei Complementar nº 25/1998, que dispõe:

**Art. 49 - O controle externo da atividade policial será exercido por meio de medidas judiciais e extrajudiciais**, podendo o membro do Ministério Público:

**I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais, civis e militares;**

**II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade fim policial;**

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

..... *omissis* ..... (grifos nossos)

4.6. Prosseguindo a mesma legislação elaborada com base nos princípios constitucionais decorrentes do controle externo da atividade policial, dispôs:

**Art. 87 - Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício da função:**

..... *omissis* .....

VI - ingressar e transitar livremente:

..... *omissis* .....

**c) em qualquer edifício ou recinto em que funcio-**

ne repartição judicial, policial ou estabelecimento de internação coletiva onde deva praticar ato, colher prova ou informação útil ao desempenho de suas funções, inclusive, quando indispensável, fora do expediente regulamentar, requisitando, nesse caso, a presença de funcionário;

d) em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio.

..... *omissis* .....

XI - examinar, em qualquer repartição policial, autos de prisão em flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XII - ter acesso ao réu ou indiciado preso, a qualquer momento, mesmo quando decretada a incomunicabilidade; (grifos nossos)

4.7. Veja Ex<sup>a</sup> que a legislação específica não impôs o acesso somente a celas e carceragens, **mas sim à repartição policial como um todo e suas atribuições referentes à atividade de polícia judiciária, bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis**, muito além, é claro, da mera parte prisional das Delegacias de Polícia, donde se comprova outra flagrante ilegalidade da ato normativo expedido pelo CSPC-GO.

5. Em última teratologia jurídica, o Conselho Superior da Polícia Civil, no art. 6º da Resolução nº 001/2005-CSPC-GO, **se auto instituiu ‘corte administrativa’** para dirimir conflitos dos atos executivos entre membros do Ministério Público do Estado de Goiás e Delegados de Polícia, novamente em clara afronta à autonomia funcional da Instituição Ministerial.

6. Do exposto, é de se concluir também pelo alcance concreto e não abstrato da Resolução nº 001/2005-CSPC-GO.

7. Por fim, verifica-se que o CSPC-GO, ao arvorar-se do “poder regulamentador”, deu interpretação enviesada ao sobrepôr as normas resolutivas às disposições constitucionais e legislativas complemen-

tares, em clara retaliação à descrição do procedimento investigatório no âmbito do Ministério Público.

7.1. No documento VII a este incluso, que se trata do Ofício nº 294/2005-DGPC, o Diretor Geral da Polícia Civil do Estado de Goiás ao encaminhar a resolução ora tacada à Procuradoria Geral de Justiça, afirma *ipsis verbis*: **“Esclareço-lhe, por oportuno, que as vedações ali contidas terão vigência até que o Supremo Tribunal Federal decida se o Ministério Público tem ou não atribuição para promover diretamente a investigação criminal”**.

7.1.1. Como demonstrado em linhas volvidas, especificamente através do documento VI, o Excelso Pretório não deferiu liminar na ADI 3494-4, que tem como objeto a Resolução nº 004/2005 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público Estadual. Invertendo o papel e competência dos órgãos públicos na ordem nacional, resolveu o Conselho Superior da Polícia Civil determinar a suspensão (sic).

7.2. Nesse tópico vale registrar que no último dia nove (09/06) o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás julgou improcedente Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava ato da Procuradoria Geral de Justiça que criou o Grupo de Combate ao Crime Organizado - GRC - Processo nº 200.202.184.632.

## DA COMPETÊNCIA DESTE ILUSTRADO JUÍZO

Consoante dispõe o art. 125, § 1º, da Constituição da República, somente compete aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento das causas especificadas nas Constituições Estaduais.

Nesta Unidade Federada a previsão está contida no art. 46, inciso VIII, e quanto ao Mandado de Segurança na alínea ‘g’ do dispositivo mencionado, que estabelece ao E. TJGO a competência para processar e julgar o *“o mandado de segurança e o “habeas-data” contra atos do Governador, da Mesa da Assembléia, do Tribunal de Contas do Estado, do Tribunal de Contas dos Municípios, do Procurador-Geral de Justiça do Estado, do Procurador-Geral do Estado, do Procurador-Geral de Contas, do Comandante-Geral da Polícia Militar, do Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar, do titular da Defensoria Pública e do próprio Tribunal de Justiça”*.

Não se inclui na previsão constitucional estadual o Diretor-Geral da Polícia Civil, de sorte que a esta autoridade se aplica as disposições da Lei nº 9.129, de 22 de dezembro de 1981, com suas alterações posteriores, qual seja o CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS, que estabelece as competência dos Juizes de Direito:

**Art. 30** - Compete ao Juiz de Direito:

I - Na Vara da Fazenda Pública Estadual:  
a) processar e julgar:

..... *omissis* .....

**2 - os mandados de segurança contra atos das autoridades estaduais, inclusive os administradores e representantes de autarquias e pessoas naturais ou jurídicas com função delegada do poder público estadual, somente no que entender com essa função, ressalvados os mandados de segurança sujeitos à jurisdição do Tribunal;**

É certo, pois, a competência deste juízo para processar e julgar o presente feito.

## **DA NECESSIDADE DE DEFERIMENTO LIMINAR DA SEGURANÇA**

Visando obter este instrumento importantíssimo de tutela imediata ao direito líquido e certo do impetrante, em face da possibilidade de superveniência de dano irreparável à própria sociedade nos procedimentos investigatórios já instaurados e na fiscalização dos estabelecimentos policiais e prisionais, demonstra-se nas linhas seguintes a presença indiscutível dos requisitos processuais do *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Aliás, este é o ensinamento do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles:

**“Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido**

**na decisão de mérito - *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.**" (Hely Lopes Meirelles; Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública; Malheiros Editores, 14ª edição) - (grifos nossos).

Demonstrados todos os vícios de competência, elaboração e alcance da Resolução nº 01/2005-CSPC-GO, incumbe descrever que a segurança preventiva advém da iminente prática de atos por parte dos Delegados de Polícia que delimitem a atuação do Ministério Público em investigações nos casos descritos na Resolução nº 004/2005-CSMP, vez que como frisado em linhas volvidas as requisições de documentos, diligências e perícias decorre da legislação aplicável ao órgão ministerial e não por "**autorização**" do Conselho Superior da Polícia Civil.

Ainda, estando o controle externo da atividade policial regulamentado naquelas leis, determinou a Corregedoria Geral do Ministério Público visitas mensais, ao menos em uma oportunidade, a todas as repartições policiais e prisionais do Estado de Goiás, não podendo o conselho deliberativo de questões internas da Polícia Civil "suspender" dita atuação ministerial fulcrada na lei complementar da instituição.

Em se considerando que o *fumus boni iuris* envolve a possibilidade fundada de que o direito líquido e certo pleiteado pelo impetrante possa ser amparado pelo ordenamento jurídico pátrio, constata-se estar por demais comprovada sua incidência no caso *sub examen*, no qual encontra-se consubstanciado a aberrante inobservância de regras de atuação administrativa pelo Conselho Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás.

O *periculum in mora* está exposto pelas espécies de determinações repassadas aos Delegados de Polícia do Estado de Goiás através do equivocado instrumento resolutivo, bem como da colocação dos interesses difusos e individuais indisponíveis dos cidadãos, mormente quanto ao da fiscalização das atividades policiais e da obrigatoriedade da ação penal pública em favor da sociedade sofrerem grave ameaça de não mais estarem sob efetivo controle do órgão pela Constituição da República e leis dela decorrentes para este mister, ainda mais porque a Lei Complementar nº 025/1998, no Título II, Capítulo I, aos tratar dos DEVERES DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, IMPÔS:

Art. 91 - São deveres do membro do Ministério

Público, além de outros previstos em lei:

I - desempenhar, com independência, zelo, presteza, serenidade e exatidão suas funções, exercendo com probidade as atribuições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil e na legislação infraconstitucional;

..... *omissis* .....

**XXVIII - encaminhar, mensalmente, até o dia dez do mês subsequente, Relatório Estatístico de seus trabalhos, Relatório de Visita e Inspeção à Delegacia de Polícia, à Cadeia Pública, unidades de Polícia Militar e Relatório de Visita e Inspeção aos estabelecimentos que abriguem idosos, incapazes, deficientes ou crianças e adolescentes, estendendo-se este prazo até o dia vinte nas hipóteses de acumulação e de plantão forense;**

Do exposto, requer deste nobre juízo o deferimento liminar da suspensão da eficácia da Resolução nº 001/2005-CSPC-GO, por não estar o ato administrativo alicerçado em premissa legal; por ausência de competência normativa daquele colegiado para regulamentar ação de outra instituição, no caso o Ministério Público Estadual; e, por ferir o ato atacado prerrogativas e múnus de atuação dos membros do órgão impetrante em lei fixadas.

## DA TUTELA INIBITÓRIA EXECUTIVA

A necessidade de exposição detalhada deste tópico surge não só do pleito deduzido no item 'c', mas da própria natureza do mandado de segurança e a efetividade da decisão judicial.

Na obra Manual do Processo de Conhecimento, 2ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, p. 482/3, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, prelecionam:

“É possível admitir, em determinados casos, o emprego de meios de execução direta para evitar a prática, a repetição e a continuação do ilícito.



Com efeito, há meios que, independentemente da vontade do réu (e portanto independentemente de a multa ter ou não convencido o demandado), podem evitar a prática, a repetição do ilícito, ou sua continuação. ...

Isso não quer, entretanto, que não seja legítima, quando necessária, a intervenção judicial na forma executiva, ... independente da vontade daquele que pode praticá-lo.”

A tutela inibitória ‘executiva’, **assim como a tutela inibitória ‘mandamental’, configura tutela genuinamente preventiva. A diferença é que esta última atua mediante a coerção indireta, e assim visa convencer o demandado**, ao passo que a primeira atua através de meios executivos que não levam em consideração a vontade do réu”. (grifos nossos)

No mesmo sentido é a lição doutrinária de Fernão Borba Franco, Mestre em Direito Processual Civil e Juiz de Direito no Estado de São Paulo, *in*, Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança - 51 DEPOIS - Editora Revista dos Tribunais, p. 354/6, conforme colação abaixo:

“O mandado de segurança é instrumento processual destinado à rápida e eficaz corrigenda do Poder Público. ...

...clara a natureza mista do mandado de segurança, um instrumento jurídico (jurisdicional) para a defesa contra atos do Estado; como essa defesa, para possuir eficácia, **deve pressupor o mesmo poderio utilizado pelo Estado, é natural que os atos jurisdicionais do mandado de segurança tenham características semelhantes às dos atos administrativos contra que se volvam.**

Daí os caracteres únicos de que se revestem as execuções da liminar e da sentença no mandado de segurança, ...

Antes, contudo, necessário observar que outra das

marcantes peculiaridades do mandado de segurança é a presença, no polo passivo, da autoridade responsável pelo ato ou omissão que se diz ilegal, e não da pessoa jurídica de que é representante esta autoridade ...

Isso porque, apesar de ser parte a pessoa jurídica representada pela autoridade coatora, o mandado de segurança é processo sumário, de forma que esse proceder possibilita tanto a apresentação de informações seguras em prazo relativamente reduzido como também o cumprimento da ordem judicial sem delongas, o que é necessário, sendo o mandado de segurança um contraponto à exigibilidade e executoriedade dos atos administrativos (**praticados diretamente pela autoridade coatora**, em nome da pessoa jurídica)". (grifos nossos)

Na mesma obra, no artigo XXIV - EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA, o mestre Marcelo Lima Guerra, Doutor em Direito pela PUC-SP e Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Santa Catarina, p. 650/1, discorre sobre a **multa diária contra o agente administrativo responsável pelos atos concretos de cumprimento da decisão judicial:**

"O único instrumento que vem sendo utilizado, com certa frequência, para assegurar o cumprimento de decisões judiciais que não envolvam pagamento de soma em dinheiro - sejam elas finais ou interlocutórias, proferidas no mandado de segurança ou em outra ação qualquer, por parte do Poder Público **vem a ser a multa diária**. No entanto, tal instrumento, quando imposto contra o Poder Público, tem se revelado inoperante. Isso compreende, facilmente, quando considerada a própria natureza da multa diária como medida coercitiva. ...

**Para contornar tal situação, sugere-se a aplicação da multa diária contra o próprio agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*.**"

Tal lição tem assentamento nas disposições processuais civis sobre os requisitos e efeitos da sentença:

**Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação** ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

..... *omissis* .....

**§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (grifos nossos)**

Ademais Excelência, nas hipóteses que se delineiam a segurança pleiteada é de nenhuma aplicação o § 5º do art. 461 do CPC, principalmente a requisição de força policial, visto que o Diretor-Geral de uma destas se afigura como autoridade coatora.

## DOS PEDIDOS

Objetivando o *mandamus* assegurar direito líquido e certo do impetrante, e estando passível de comprovação de plano da violação às prerrogativas legais de controle externo e de impossibilidade jurídica do CSPC-GO impor ato normativo para vedar investigações pelo Ministério Público, observa-se, ínclito(a) julgador(a), a perfeita adequação dos fatos apresentados a esta exigência, confirmado pela existência inequívoca da situação fática que se amolda à previsão jurídica abstrata, já que o presente *writ* não está a postular o amparo de mera conjectura, e sim a ilegalidade e abusividade plenas da Resolução nº 001/2005-CSPC-GO.

Presentes, pois, os pressupostos processuais e condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, além dos específicos do mandado de segurança vislumbrado no ato de autoridade colegiada,

ilegalidade, abuso e desvio de poder, ameaça de lesão a direito por lei atribuído, e, por, direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, pugna o órgão impetrante:

a) A **concessão de medida liminar** na forma pleiteada no tópico específico.

b) Seja notificada a Autoridade Coatora, qual seja o Conselheiro-Presidente do CSPC-GO, no ápice desta qualificado, para, em querendo, vir prestar as informações de estilo, e, após a audiência do Ministério Público, seja deferida a segurança impetrada, com vistas a declarar nula de pleno direito a Resolução nº 001/2005-CSPC-GO.

c) Face o caráter mandamental das decisões a serem proferidas nesta sede, seja fixada multa (*astreinte*) em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada ato de descumprimento, a ser aplicada em desfavor das Autoridades Policiais Cíveis do Estado de Goiás, vinculados funcionalmente à autoridade coatora, e em favor do Fundo Especial de Modernização e Aprimoramento Funcional do Ministério Público - Lei Estadual nº 14.099/04.

Dá-se a causa o valor de R\$ 100,00 ( cem reais), para mero efeito fiscal.

Aguarda deferimento.

Gabinete da Procuradoria Geral de Justiça, nesta Capital do Estado de Goiás, aos treze dias do mês de junho do ano de dois mil e cinco (13.06.2005).

Saulo de Castro Bezerra  
**Procurador Geral de Justiça**

Carlos Alberto Fonseca  
**Promotor de Justiça**  
**Coordenador do CAOEx**

Fernando Braga Viggiano  
**Promotor de Justiça**  
**Coordenador do CAOCrim**

