

DOCTRINA

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Lean Antônio Ferreira de Araújo

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Alagoas

1 INTRODUÇÃO

1.1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Como adverte Alexandre de Moraes¹, citando alguns julgados dos Tribunais, “a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais”.

1.2. É de suma importância registrar, também, que o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm, também, direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.

1.3. Ao analisar os destinatários dos direitos individuais, os mestres Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins² assim se posicionam: “*A despeito da fórmula ampla que adotou, ainda assim cremos que ela não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendêu o constituinte. Senão vejamos: se por acaso um estrangeiro em trânsito pelo País, portanto não residente, fosse tolhido em sua liberdade de locomoção, chegar-se-ia ao ponto de denegar-lhe o habeas-corpus,*

¹ **Direito Constitucional.** Atlas, 1997, p.50.

² **Comentários à Constituição do Brasil.** v.2. Saraiva, 1989, p. 4-5.

sob o fundamento de que carece da residência no Brasil para dele se beneficiar? Por acaso ainda, recusar-se-ia a devida proteção à propriedade de um estrangeiro que porventura nem residisse no País? A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão “brasileiros e estrangeiros residentes no País” “é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira”.

1.4. Prosseguem, ainda, os insignes juristas asseverando: *“Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.*

É de pequeno alcance, a nosso ver, a discussão em torno do ponto de saber se estes direitos são deferidos às pessoas físicas, ou, também, às jurídicas. Mais uma vez, aqui, quer-nos parecer que o Texto disse menos do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade seria forçoso convir que ele só beneficiaria às pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos diante de uma interpretação absurda. Em muitas hipóteses a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas. O direito de propriedade é um exemplo disto. Se expropriável uma pessoa jurídica, ela há de o ser mediante as mesmas garantias por que o são as pessoas físicas.

1.5. Sem um aprofundamento maior acerca da classificação dos direitos fundamentais e ultrapassada a questão referente à abrangência dos destinatários da proteção (pessoas naturais e jurídicas), cumpre-nos registrar que a garantia contida no art. 5º, XII, da Carta da República é classificada como direito-garantia, pois institui o poder de se exigir que não se façam determinadas coisas. É direito a um não fazer, salvo as exceções estabelecidas pela ordem constitucional e na forma prevista em lei.

1.6. Consigna, literalmente, o inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal”*.

1.7. Deflui-se da leitura do dispositivo suso transcrito que, a exceção diz respeito apenas à interceptação telefônica, porém, o Supremo Tribunal Federal, através da 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650, assim se posicionou: *“Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”*.

1.8. Esta garantia individual contida na ordem constitucional vigente trouxe em seu contexto uma exceção (*possibilidade de interceptação telefônica*), exigindo, contudo, três requisitos: a) ordem judicial; b) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; c) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

1.9. Como explica o jovem constitucionalista Alexandre de Moraes, em sua obra anteriormente referida, *“Em relação ao último requisito (nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer), a doutrina dividia-se sobre a recepção e a possibilidade de utilização do Código de Telecomunicações, enquanto não fosse editada lei regulamentando as interceptações telefônicas, tendo porém o Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo a questão, afirmando a não recepção do art. 57, II, e, da Lei n.º 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações, vedando-se qualquer espécie de interceptação telefônica, até a edição da legislação exigida constitucionalmente, sob pena de decretar-se a ilicitude a prova por esse meio obtida”*.

1.10. Este entendimento foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal até a edição da Lei n.º 9.296, de 24.7.1996 - Interceptações Telefônicas, quando a hipótese foi regulamentada.

1.11. A propósito é de transcrever-se os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, antes da regulamentação legislativa, para um melhor entendimento da questão.

HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, 12 jun.1996: “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA” - Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) –, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do “frutos da árvore envenenada”, concedeu habeas corpus impetrado em favor do advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente ao se chegara exclusivamente em razão de escuta, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria “contaminado” pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – deveria ser desprezada. Precedentes citados HC 69912-RS (DJ de 26.11.93), HC 73351-SP (Pleno, 9.5.96; v. Informativo n.º 30). HC 72.588-PB, Rel. Ministro Maurício Corrêa, 12.6.96 - **INFORMATIVO STF - Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 - n.º 35**.

HC 73351-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, m.v., j. 9.5.96, **INFORMATIVO STF n.º 30** - **EMENTA**: habeas corpus. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5º, XII, da

Constituição Federal. Fruits of the poisonus tree. O Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la a viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (IBCCRIM - Boletim - Jurisprudência - agosto de 1996).

1.13. Infere-se, portanto, que antes da edição da lei definidora (Lei n.º 9.296, de 24.7.1996) das hipóteses e da forma estabelecida para consecução da escuta telefônica, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a prova coligida, mesmo com autorização judicial, era considerada ilícita pela Corte Suprema do País, conforme registra os julgados acima transcritos. E mais, as provas derivadas da escuta telefônica eram consideradas, também, ilícitas, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada.

2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

2.1. Como sabe, os meios de provas, no direito processual penal, estão definidos, de forma exemplificativa, nos artigos 155 a 250, do Código de Processo Penal. O título VII, do CPP, encontra-se subdividido em XI Capítulos, respectivamente, nominados: Disposições gerais; Do exame de corpo de delito, e das perícias em geral; Do interrogatório do acusado; Da confissão; Das Perguntas do Ofendido; Das Testemunhas; Do reconhecimento de pessoas e coisas; Da acareação; Dos Documentos; Dos indícios e Da busca e apreensão.

2.2. Com a introdução no sistema jurídico brasileiro da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996 passou-se, pois, a se permitir a interceptação das comunicações telefônicas, como meio de prova, a ser utilizado tanto na investigação criminal como na instrução processual penal.

2.3. A palavra interceptar significa interromper no seu curso. Isto consiste no acesso ao conteúdo do diálogo realizado através do sistema de telecomunicações, entre duas ou mais pessoas.

2.4. Regulamentado que foi o preceito constitucional que impõe como garantia constitucional, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, tornou-se possível o acesso, mediante segredo de justiça, ao conteúdo das conversações realizadas pela via telefônica, desde que tenha como finalidade instruir a peça preparatória da ação penal e a instrução processual penal.

2.5. Sem também aprofundar a questão sobre prova é necessária uma exposição rápida acerca deste instituto. O estudo da prova pressupõe o conhecimento da estrutura e da dinâmica do processo. Para melhor entender a matéria em estudo é de se trazer à colação os ensinamentos do jovem Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Fernando Capez³ acerca do Processo, procedimento e relação jurídica processual, para posterior análise sobre a prova em si mesma, vejamos: *“O processo, instrumento de atuação da função jurisdicional, pode ser encarado sob dois prismas distintos, mas intimamente conexos entre si: a) dos atos que representam sua forma extrínseca (objetivo); b) das relações que vinculam os sujeitos processuais (subjetivo)”*.

“Analisando-o sob o aspecto objetivo, isto é, dos atos, identificamos o seu primeiro elemento constitutivo: o procedimento, entendido como cadeia de atos e fatos coordenados, juridicamente relevantes, vinculados por uma finalidade comum, qual a de preparar o ato final, ou seja, o provimento jurisdicional, que, no processo de conhecimento é a sentença de mérito”.

“Sob o aspecto subjetivo, surge o segundo elemento constitutivo do processo, que lhe dá vida e dinamismo: a relação jurídica processual”.

“É possível caracterizar a relação jurídica processual como o nexo que une e disciplina a conduta dos sujeitos processuais em suas ligações recíprocas durante o desenrolar do procedimento. Tendo em vista que no arco do procedimento os sujeitos passam de situação em situação, de posição em posição, ativas e passivas, podemos dizer, ainda, que a relação jurídica processual apresenta-se como a sucessão de posições jurídicas ativas (poderes, faculdades e ônus) e passivas (deveres, sujeições e ônus) que se substituem pela ocorrência de atos e fatos

³ **Curso de Processo Penal.** Saraiva, 1997, p. 13-14.

procedimentais, porquanto de um ato nasce sempre uma posição jurídica, que, por sua vez, servirá de fundamento à prática de outro ato, que ensinará nova posição dos sujeitos processuais e, assim por diante, até o provimento final”.

2.6. Resulta evidenciado que essa sucessão de atos e fatos procedimentais, no processo penal, tem por finalidade a realização da ordem jurídica através da apuração do crime e identificação de seu autor, pelo Estado-Juiz, pela sentença (julgamento).

2.7. Sucede, porém, que para julgar, é preciso, antes, provar, isto é, demonstrar os fatos articulados na peça acusatória. Prova, na clássica definição de Mittermayer⁴, é o complexo dos motivos produtores da certeza. Prosseguindo, com o conceito de prova, torna-se imperativo o magistério de Sabatini⁵ para quem prova é o conjunto de fatos e circunstâncias sobre os quais o juiz funda sua convicção a respeito da existência do crime e que constitui objeto de sua indagine e decisão.

2.8. Lucchini⁶, após ressaltar que o objeto do procedimento é a descoberta da verdade, observa que esta se torna relativa, porque depende de nossos conhecimentos e percepções. Seu equivalente *nei rapporti soggettivi dell ' uomo é a certeza, constituída da convicção, ou seja, do reconhecimento subjetivo da verdade.*

2.9. A prova pode ser vista sob dois aspectos :

- a) objetivamente, é o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar a existência de fatos alegados no processo;
- b) subjetivamente, é a própria convicção que o juiz forma sobre a existência desses mesmos fatos.

2.10. Para melhor explicar estes aspectos é de se trazer à baila os ensinamentos de Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes⁷ “*Em verdade, os fatos só podem ser considerados provados no momento em que sobre eles o juiz forma a sua convicção (convencimento)*”.

⁴ **Tratado da Prova em Matéria Criminal.** 2. ed. Bookseller, 1996, p.75.

⁵ **Princípio di Diritto Processuale Penale.** v.1. 3. ed. Catânia, p.477.

⁶ **Elemento di Procedura Penale.** 5. ed. 1921, p. 159.

⁷ **Da prova penal.** 2. ed. Copola, 1994.

Ao magistrado só é lícito, por outro lado, formar o seu convencimento com base nas provas produzidas nos autos (*Quod non este in actis non est in mundo*).

Permitir ao juiz afastar-se dos elementos constantes do processo – não se perca de vista que o processo é o instrumento da realização da ordem jurídica – seria expor as partes à insegurança e, até mesmo, ao arbítrio.

O princípio do livre convencimento (livre convencimento motivado, no dizer de Arruda Alvim) não libera o juiz do exame das provas dos autos e da obrigação de justificar o seu convencimento.

2.11. Dispõem as partes dos mais diversos meios de prova para demonstração dos fatos alegados no processo, dentre eles a interceptação de comunicações telefônicas, para fins de instruir as preliminares investigações e a instrução processual penal.

2.12. Infere-se, portanto, na norma constitucional (art. 5º, XII, da CR), que a interceptação continua sendo vedada entre particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, independentemente da finalidade da gravação, ficando tão-somente permitida para ser utilizada como prova em investigação criminal e em instrução criminal.

2.13. Esta limitação de finalidade dá ensejo a um breve comentário acerca da utilização da prova obtida mediante interceptação telefônica no juízo cível, desde que a *quaestio juris* tenha por objeto bem de interesse público.

2.14. *A priori*, impõe-se algumas considerações sobre a prova emprestada. A doutrina tem recebida com cautela e restrições a chamada prova emprestada, sob o fundamento de que o Juiz somente poderá se basear nas provas produzidas na relação processual por este presidida. Mas, diante da ausência do princípio da identidade física do Juiz, não se pode de plano desprezar a prova emprestada.

2.15. Antes de enfrentar a questão de forma direta, cumpre-nos trazer à colação os ensinamentos de Mittermaier⁸ sobre as relações e analogias entre a prova em matéria criminal e em matéria civil. Expõe o citado mestre “*Sem dúvida seria um erro recusar certos pontos de contato: 1º, no cível como no criminal um processo é sempre um processo, e um, como noutro, devem aparecer alguns caracteres*

⁸ Tratado da Prova em Matéria Criminal. 1996.

genéricos e comuns; 2º, em ambos o fim que se procura atingir é igualmente a manifestação da verdade. Da primeira proposição seguem-se diversas conseqüências; e notaremos já que existem certos princípios comuns, que decorrem da mesma natureza do processo em geral; há sempre necessidade de duas partes contrárias, que se opõem, estabelecendo conclusões respectivamente adversas, e é da verdade de sua afirmação que depende a aceitação dessas conclusões. Entre estas conseqüências comuns devemos especialmente mencionar a regra fundamental que incumbe a prova dos fatos aqueles que os alega, (quer seja o autor na instância civil, quer o magistrado que tem a missão da acusação criminal em nome da sociedade), e que manda julgar em favor do réu, desde que tal prova se não deu".

2.16. Diante do texto acima transcrito, cumpre-nos uma pequena digressão, a fim de registrar que na ordem constitucional vigente incumbe ao Ministério Público, na condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Evidente que quando da edição da obra acima referida, a estrutura organizacional do Estado era outra, esta pois a razão de se atribuir ao magistrado a missão de acusar.

2.17. Retornando ao tema em comento, e considerando que a produção da prova no processo civil e no processo penal rege-se pelos mesmos princípios, é de registrar-se diversas situações traduzidas por Moacyr Amaral Santos⁹, *in verbis*:

- a) prova documental: não há restrições à sua utilização como prova emprestada;
- b) prova emprestada de processo entre as mesmas partes: desfrutará da eficácia inicial, se o fato probando for idêntico e se, no processo anterior, tiverem sido observadas as formalidades legais;
- c) prova emprestada de processo entre terceiros: valor simples adinículo de prova;
- d) prova produzida perante juiz incompetente: poderá ser utilizada em outro processo, porque a incompetência só torna nulos os atos decisórios;

⁹ **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** v. II. 1969, p. 323.

- e) prova coligida em processo declarado nulo: poderá ser aproveitada se a nulidade foi decretada por ato posterior à prova.

2.18. Quer-nos parecer, que se a prova produzida na relação processual criminal for transportada para relação processual cível e harmonizar-se com a prova nela produzida, não há razão para ser desprezada.

2.19. Para melhor vislumbrar a possibilidade de utilização da prova obtida através da interceptação de comunicação telefônica, no processo não-penal, é de consignar-se a existência da Lei n.º 8.429/92 (Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências). Como se sabe, o legislador infra constitucional ao editar a lei acima referida, instituiu três modalidades de atos de improbidade administrativa; são eles: a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e c) os que atentam contra os princípios da administração pública.

2.20. Não necessariamente os atos de improbidade administrativa, trazem, quando de sua realização, a concreção de condutas delitivas, mas a prática das modalidades descritas no art. 9º, da lei suso referida adapta-se a figuras descritas na lei penal, mormente as definidas no capítulo que trata dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública.

2.21. Imaginemos, pois, a produção de prova elucidando a prática do crime de concussão, obtida, exclusivamente, através da interceptação de comunicação telefônica. Decerto que esta prova ensejará a condenação do autor do delito na relação processual, porquanto legitimamente produzida e utilizada para o fim previsto constitucionalmente. Mas, seria correto afirmar pela impossibilidade dessa mesma prova na ação civil destinada ao ressarcimento do dano causado ao erário, com base na lei n.º 8.429/92, por se tratar de relação processual não-penal. Acreditamos que não; primeiro por entender que as garantias de ordem pública devem se sobrepor às garantias de ordem individual, conforme já tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, e por outro lado, não existe hipótese proibitiva dentro do sistema jurídico vigente de utilização da prova emprestada, conforme ficou amplamente demonstrado nas deduções anteriores.

2.22. Registre-se, por seu turno, que os atos de improbidade administrativa ofendem diretamente o patrimônio público, bem que se destina a todo o elemento humano da sociedade política organizada. Assim, preservar a inviolabilidade da intimidade do cidadão em detrimento do interesse coletivo, por ausência de finalidade específica de utilização da prova obtida mediante interceptação de comunicação telefônica, na relação processual civil, é ferir o princípio da proporcionalidade implícito nos sistemas constitucionais modernos.

2.23. Sem também aprofundar o tema, a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, em Conferência proferida por ocasião da posse na cadeira n.º 5 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio de Janeiro, 26.11.1996) assim se posicionou sobre o tema, *verbis*: “*Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque prova produzida em processo penal anterior, entre as mesma partes (v.g., vítima e acusado, ou Ministério Público e acusado) resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos no caso de improbidade administrativa (Lei n 8.429, de 2.6.1992)*”.

“*Poderá, em caso como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?*”

“*Penso que sim. E concordo, aqui também, com a posição sugerida por Barbosa Moreira. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável*”.

2.24. Acreditamos que com esta breve exposição realizada com o auxílio dos mais lúcidos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais é de concluir-se pela utilização da prova obtida através da interceptação de comunicação no processo não-penal. Com esta conclusão, e considerando a necessidade de se conhecer os termos da Lei n.º 9.296/96 que regulamentou o inciso XII, do art. 5º, da Carta da República, passamos à análise dos artigos da referida lei.

3 COMENTÁRIOS AOS DISPOSITIVOS DA LEI N.º 9.296/96

3.1. O art. 1º, da Lei em comento, estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, dependerá de ordem judicial, devendo, inclusive, ser processada sob o segredo de justiça. Isto significa, que a melhor terminologia, quando do acesso às informações obtidas pela interceptação de comunicações telefônicas, é a de transferência do sigilo para as autoridades com atribuições para elucidação dos fatos criminosos, não devendo se cogitar em quebra do sigilo, pois o sigilo permanece mantido, apenas ampliado o número de pessoas que passam efetivamente a ter conhecimento de seu conteúdo, porquanto existem aquelas pessoas que tem conhecimento em função de ofício relacionado com as comunicações telefônicas.

3.2. Neste mesmo dispositivo, o legislador, com estreita observância dos limites estabelecidos no ordenamento constitucional, consignou que a finalidade do acesso ao conteúdo das informações objeto das comunicações telefônicas é para a produção de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, porém é de reconhecer-se a possibilidade de utilização desta em sede de Ação Civil de Responsabilidade por atos de improbidade administrativa, sob a ótica de prova emprestada.

3.3. Por força dos constantes avanços tecnológicos o legislador, no parágrafo único, do art. 1º, tratou de consignar que havendo o fluxo de comunicações telefônicas, através dos sistemas de informática e telemática, também se admite sua interceptação, para os fins definidos no *caput* do mencionado artigo.

3.4. Em seguida, o legislador tratou de introduzir no diploma legal em apreço, precisamente em seu art. 2º, as hipóteses de inadmissibilidade da medida cautelar excepcional (interceptação de comunicações telefônicas), traduzindo-as da seguinte forma: a) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; c) o fato investigado constituir infração penal punida no máximo, com pena detenção.

3.5. A primeira hipótese de inadmissibilidade faz surgir a primeira condição para sua admissão, qual seja, a demonstração de indícios suficientes da autoria delitiva ou de ter dela participado. Esta condicionante tem por finalidade evitar o abuso das autoridades legitimadas na adoção da providência excepcional, porquanto está a

exigir, no mínimo, elementos primeiros que possam ensejar a indicação da autoria ou participação.

3.6. Com acerto agiu o legislador, pois limitou a interceptação de comunicações telefônicas à figura do autor ou do partícipe, evitando com isto o erro contido no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que chega a permitir, por incrível que pareça, a prisão temporária de uma testemunha, acaso utilize-se o método de interpretação literal, com desprezo do método sistemático.

3.7. A segunda hipótese de inadmissibilidade consigna a excepcionalidade do meio para obtenção de prova, pois sendo possível a produção de prova, através dos meios tradicionalmente utilizados, que elucidem autoria e materialidade da conduta delitiva, não é de se permitir a transferência do sigilo das comunicações telefônicas. Depreende-se, portanto, que o pedido deverá ser formulado com a demonstração da necessidade de utilização do meio excepcional para obtenção de prova na investigação criminal ou na instrução processual penal.

3.8. Finalizando as hipóteses de inadmissibilidade, o legislador proibiu a concessão da medida quando o fato investigado constituir infração penal punida no máximo, com pena de detenção. Com esta colocação não se permite a concessão da medida, também, quando o fato delitivo for apenado com prisão simples e multa, ficando a medida condicionada à existência de fato criminoso punido com pena de reclusão.

3.9. Bem se vê, que a medida excepcional traz como parâmetro para sua concessão o grau de lesividade da conduta delitiva, pois na verdade o direito é de se assegurar sempre a manutenção do sigilo das comunicações telefônicas, não podendo este direito ser excepcionado quando a ação delitiva possuir um grau mínimo ou médio de lesividade.

3.10. Exige o parágrafo único do artigo *sub examine*, que o pedido descreva com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. A ressalva aqui instituída deve ser analisada, sem prejuízo, do atendimento no mínimo da condição de admissibilidade implícita contida no inciso I, do mesmo artigo, que está a exigir indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

3.11. Os legitimados e a oportunidade de concessão da medida foram definidos no art. 3º da Lei n.º 9.296/96. Conferiu o legislador legitimidade à autoridade judiciária, para agir de ofício, levando em consideração, sem dúvida nenhuma, o poder de produção de prova de que é detentor em matéria processual penal, sempre na busca da verdade real, bem assim a autoridade policial, na fase pré-processual, e ao Ministério Público na investigação criminal e na instrução processual penal.

3.12. Resulta, de logo evidenciado, a impossibilidade de formulação da medida cautelar de interceptação de comunicações telefônicas pelo querelante e pelo assistente. Assim, na ação de iniciativa privada, surgindo no curso na relação processual essa necessidade, somente o Ministério Público, na condição de *custos legis* poderá peticionar, salvo, evidentemente, a determinação de ofício pela autoridade judiciária.

3.13. Quanto ao assistente, sujeito secundário na ação penal pública, vedou o legislador a formulação do pedido. Com isto não pode invocar o assistente as disposições do art. 271, primeira parte, – *“Ao assistente será permitido propor meios de prova”* – como fundamento para interposição do pedido.

3.14. Dessume-se da leitura do art. 4º e do § 1º da Lei em análise, que o pedido deverá ser sempre formulado por escrito, com o detalhamento das condições exigidas para sua concessão, inclusive com a indicação dos meios que serão empregados na interceptação das comunicações telefônicas, porém poderá o mesmo ser apresentado verbalmente, mas a sua concessão será condicionada a redução a termo. Isto significa que a autoridade ao decidir deverá analisar a pretensão formulada, devendo fundamentar a sua concessão, consoante exigência contida na primeira parte do art. 5º.

3.15. Dada a finalidade e urgência da medida, a lei fixou o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para o Juiz decidir sobre o pedido.

3.16. Dispõe o artigo 5º que a decisão deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade, e que o prazo de realização da diligência para colheita da prova não excederá a 15 (quinze) dias, devendo a autoridade judiciária indicar a forma de execução. Admitiu, ainda, a prorrogação por igual prazo, desde que demonstrada a indispensabilidade do meio de prova; isto significa que a parte requerente deverá expor à autoridade

judiciária a necessidade de manutenção da diligência, para a produção da prova, a fim de que esta conceda a renovação por igual prazo e determine o prosseguimento desta.

3.17. Após a concessão do pedido, quando for este formulado pela autoridade policial, esta conduzirá os procedimentos de interceptação, dando a devida ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. Esta disposição prevista no art. 6º dispensa a prévia ouvida o Ministério Público sobre o pedido, porém obriga a autoridade policial a comunicar a concessão da medida, bem assim faculta ao Órgão Ministerial o acompanhamento das diligências.

3.18. Os parágrafos primeiro, segundo e terceiro, bem assim o art. 7º da lei em apreço definiram o procedimento a ser adotado na execução da diligência. Havendo a gravação da comunicação interceptada será esta transcrita, isto é, a autoridade providenciará a conversão dos dados constantes da fita para o uso da linguagem como comunicação escrita, por meio de letras, sem alterar seu conteúdo original.

3.19. Assim, cumprida a diligência com a produção da prova necessária à investigação criminal ou à instrução processual penal, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao Juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas. É de se destacar, por força das prescrições do art. 9º, que além da transcrição, a autoridade policial deverá remeter a fita com o conteúdo da gravação para a autoridade judiciária, pois poderá conter dados que não interessem à prova, o que ensejará o incidente de inutilização, devendo a autoridade judiciária decidir, mediante requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

3.20. Recebidos os autos da interceptação, com relatório circunstanciado da autoridade, o Juiz determinará o apensamento aos autos do inquérito ou do processo criminal, dependendo da fase que foi realizada a diligência, com a devida ciência ao Ministério Público, preservando-se, sempre, o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, consoante prescrevem o § 3º e art. 8º, da Lei n.º 9.296/96. A inobservância desse segredo de justiça constitui o tipo penal previsto no art. 10, da Lei em exame, cuja pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa.

3.21. Indispensável a providência referida no art. 7º, que possibilita à autoridade policial a requisição de serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, dada a especialidade necessária para execução da diligência. Desnecessária a referência ao Ministério Público, quando for este o requerente da medida, pois o Poder requisitório já se encontra amplamente definido no art. 26, I, “a”, da Lei n.º 8.625/93, que confere o poder de 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.

3.22. Como se vê a apensação ocorrerá por determinação judicial ao inquérito ou ao processo, após o relatório da autoridade incumbida da realização, contudo presentes as hipóteses definidas no art. 10, § 1º, 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal admitiu o art. 9º da Lei em apreço a apensação imediata, antes mesmo da apresentação do relatório.

3.23. Esta permissibilidade ocorre no primeiro momento (art. 10, § 1º, CPP) por força da finalização das atividades da autoridade policial que presidiu o inquérito, devendo este enviar os autos da investigação preliminar ao juiz competente.

3.24. Na segunda hipótese prevista (art. 407, CPP) os autos do processo já se encontram conclusos à autoridade judiciária para prolação da decisão que encerra a primeira fase de julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e, supondo que a diligência tenha resultado em elemento de prova, nada mais lógico que sua apensação ocorra de imediato.

3.25. A terceira hipótese (art. 502, CPP) representa a fase de julgamento dos crimes de competência do juízo singular, e finalmente, a quarta hipótese representa o momento do saneamento do processo sumário, a fim de permitir a feitura da audiência de instrução e julgamento para um dos 8 (oito) dias subsequentes, cientificados o Ministério Público, o réu e seu defensor.

3.26. Definitivamente a Lei n.º 9.296/96 instituiu a legitimidade da prova colhida por meio de interceptação de comunicações telefônicas, desde que observados todos os atos procedimentais elencados em seus 9 (nove) artigos, mas este instrumento de regulamentação do art. 5º, XII, da Carta da República deverá ser utilizado de forma excepcional,

razão pela qual compete ao Ministério Público, em especial, zelar pelo não uso abusivo deste meio, dada a importância do sigilo das comunicações telefônicas, pois, sem dúvida alguma, a transferência dessas informações representa uma invasão à própria intimidade do indivíduo, ressalvando, sempre, a preservação das garantias coletivas, as quais devem sempre se sobrepor às garantias individuais.

3.27. Concluindo, de suma importância a introdução da presente lei no sistema jurídico brasileiro, porém forçoso reconhecer a necessidade de melhor interpretação pela doutrina e de maior efetividade na aplicação por parte da jurisprudência, a fim de tornar harmônica a convivência entre as garantias individuais e o permanente combate ao crescente avanço da criminalidade. Diante das constantes denúncias acerca do crime organizado em nosso Estado, envolvendo os mais diversos segmentos da sociedade (membros do legislativo, do judiciário e do executivo) torna-se imperativo a utilização desse meio de prova para aplicação das sanções e reprimendas devidas. Que este exame acerca desse elemento de prova possa ensejar novos estudos através dos operadores do direito de nosso Estado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO: ORIGEM, ATUAÇÃO PROCESSUAL E SUA LEGITIMAÇÃO PARA PLEITEAR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Edelzito Santos Andrade

Promotor de Justiça do Estado de Alagoas. Professor de
Direito Civil da FADIMA. Mestrando em Direito Privado pela
UFPE/UFAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Fundamentos Formais da Atuação Ministerial no Processo Civil. 2.1. O Ministério Público como Parte no Processo Civil. 2.2. O Ministério Público como Fiscal da Lei no Processo Civil. 2.3. O Ministério Público como Representante da Parte no Processo Civil. 2.4. O Ministério Público como Substituto Processual (= Curador à Lide) no Processo Civil. 3. A Desconsideração da Pessoa Jurídica. 3.1 A Desconsideração da Pessoa Jurídica a Pedido do Ministério Público. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Controverte-se a respeito da origem do Ministério Público, alguns identificam-na há cerca de quatro mil anos, com os *Magiaí*, funcionários reais do antigo Egito, que eram a língua e os olhos do rei, que castigavam os rebeldes e reprimiam os bárbaros, acolhendo os pedidos dos homens justos e verdadeiros, sendo o marido da viúva e o pai do órfão, fazendo parte da acusação e indicando os dispositivos legais aplicáveis ao caso *sub iudice*, participando, inclusive, da instrução processual para descobrir a verdade dos fatos.¹

Outros, vêem nos *Éforos* da Antigüidade Clássica Espartana, um Órgão Ministerial incipiente, embrionário, com a precípua função de denunciar aos Magistrados da época o cometimento de delitos suscetíveis de punição e cuja prática chegava ao seu conhecimento;

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 2.

idêntica incumbência dos *Thesmóstatas* e *Advocati Fisci* de Roma, aos quais também competia vigiar a administração dos bens do Imperador.²

Busca-se, da mesma sorte, na Idade Média, alguns traços históricos do Ministério Público, nos *Saions* germânicos ou nos *Baillos* e *Senescais*, incumbidos de defender os senhores feudais em juízo, ou, ainda, nos *Advocatus de Parte Pública* dos povos peninsulares.

Sustenta-se, inclusive, com base no *vindex religionis*, existir um elo de ligação entre as raízes do Ministério Público e o Direito Canônico.

À luz do escólio de um dos maiores doutrinadores da matéria no Brasil, Hugo Nigro Mazzilli, é a partir dos estudos de Faustin Hélie e Esmein que se pode afirmar que o Ministério Público é “uma instituição originária do direito judiciário francês, nascida e formada na França”³, mais especificamente a partir da Ordenança de 25 de março de 1932, de Felipe IV, primeiro texto legislativo a versar sobre o papel dos *procuradores do rei*, os quais prestavam o mesmo juramento dos juizes, sendo-lhes vedado patrocinarem outros que não o rei.⁴ Denota-se, destarte, que Felipe IV apenas regulamentou a atuação dos procuradores do rei, levando a crer que a instituição já existia.

Em lúcida análise pode-se afirmar com José Frederico Marques que “o Ministério Público se revelou primeiro por sua ação e, quando as ordenanças francesas dele se ocuparam, a instituição já está em pleno exercício. *Ces ordonnances ne le créent pas, elles l'adoptent*”⁵.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 297-298.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 3.

⁴ Ordenança, art. 15: “*Volumus insuper quod ipsi, et procuratores nostri jurent secundum formam infra scriptam ...*”. E ainda o art. 20: “*Ceterum volumus quod procuratores nostri jurent secundum nostro nomine ducent contra quascumque personas, jurent de clumnia, sicut predictae persone. Et si contingat ipsos facere substitutos, ipsis substitutis satisfaciant, et non partes adverse; nolentes, immo prohibentes expresse ne dicti procuratores nostri de causis alienis se intromittere, aut litteras impetrare presumant, nisi pro personis conjunctis ipsos contingeret facere predicta.*”

⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 37.

Sem sombra de dúvida, a maior evolução do Ministério Público deu-se no período da Revolução Francesa, quando algumas prerrogativas funcionais foram conferidas a seus integrantes, como a vitaliciedade (1790).

Termo muito usado no cotidiano forense como referência ao Ministério Público, o *Parquet* (= assoalho) provém da tradição francesa, e guarda resquícios discriminatórios, posto que os procuradores do rei antes de adquirirem a condição de magistrados (= *magistrature assise* - magistratura sentada) e assento ao lado dos juizes, sentavam-se sobre o assoalho, em vez de sobre o estrado ao lado da *magistrature*.

Não se pode olvidar, entretanto, a forte influência exercida pelo vetusto direito lusitano na instituição Ministerial brasileira, podendo-se considerar as Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas como os diplomas mais influentes, tratando, os dois últimos, especificamente, das atribuições do Promotor de Justiça.

Termo usado para designar a instituição, Ministério Público, do original latim *manus* e derivados *ministrar*, *ministro*, *administrar*, demonstra forte ligação como a denominação inicial dos agentes do rei, posto serem eles a *mão do rei*, sendo hoje procedente a metáfora, *mão da lei*.⁶

Mais recentemente, em 1713, na Suécia, foi criado pelo rei o *högste ombudsmännen* e, ao depois, o *justitieombudsman*, ambos com poderes de fiscalizar o fiel cumprimento da lei e a atividade dos funcionários públicos. Com a constituição escandinava de 1809 a instituição teve seu leque de atribuições alargado, passando a ter poderes para a persecução penal e para a representação da Coroa nas causas concernentes à segurança pública, exercendo, também, o controle externo do Poder Judiciário, tendo poder, inclusive, de processar juizes que atentassem contra a administração pública.

A doutrina mais abalizada⁷ entende que o modelo Ministerial adotado pelo sistema brasileiro assemelha-se ao da Suécia, pois comporta a conciliação da atividade desenvolvida no processo criminal com a atuação na seara cível, fiscalizando o cumprimento da

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 9.

⁷ LINS JÚNIOR, George Sarmento. *Revista de Ciências Sociais Aplicadas*. Maceió, v. 1, n. 1, p. 52, 1995.

lei, defendendo os hipossuficientes, bem como os interesses difusos da coletividade.

Hodiernamente, com o teor do que fora insculpido na novel Constituição de 1988, os integrantes do Órgão Ministerial têm não só e somente só, a função-précipua da titularidade da ação penal, o rótulo de acusador no Tribunal do Júri; mas sobretudo, constituem uma instituição de atribuições permanentes, essenciais à função jurisdicional do Estado, que tem como modernas incumbências a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública, bem como a promoção das medidas assecuratórias destes; a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas; a promoção de ação de inconstitucionalidade ou representação, com o fito de, nos casos previstos na Constituição Federal, requerer a intervenção federal nos Estados; o exercício do controle externo da atividade policial; a promoção de inquérito civil público e de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.⁸

Desde a vetusta incumbência penal – com a exclusividade na promoção da ação penal pública, trilhando pelo civil – na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis já frisados – chegando, por fim, ao campo extrajudicial – com o novel controle da atividade policial, bem como no zelo pelo respeito aos Poderes Públicos e na direção do Inquérito Civil Público e de procedimentos administrativos, atua o Ministério Público, fitando o bem-estar social.

Constitui-se o Ministério Público como uma entidade una, indivisível, com autonomia funcional, administrativa e financeira, fatores a permitirem a sua livre e independente atuação, isenta de pressões alienígenas. Confere-se, também, aos seus membros, as garantias pessoais da vitaliciedade após o decurso do lapso probatório, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, tudo denotando segurança aos integrantes de seus quadros.⁹

Consoante já frisado supra, cabe ao Órgão Ministerial, mister, hercúleo, não sendo deferido a seus integrantes que se instale ou

⁸ As atribuições do Ministério Público estão insculpidas no art. 129 da Constituição Federal.

⁹ Art. 127, §§ 1º e 2º.

perdure o chamado "estado de anomia social", bem descrito por *Gustav Radbruch*, situação na qual a população assiste apática aos desmandos político-administrativos, sem que qualquer medida preventiva ou corretiva seja devida e efetivamente assestada, impedindo, destarte, que ocorram ranhuras aos direitos e prerrogativas constitucionalmente asseguradas ao cidadão.

Cabe da mesma sorte, ao Ministério Público, pugnar pelo respeito ao Estado Democrático de Direito e, em virtude da sua atuação, colher os frutos da neo-política brasileira, que, se não imaculada de todos os vícios, encontra-se mais próxima da propagada "arte de bem governar", que prospera os Estados, moraliza as sociedades e honra as nações.

Hoje, sem sombra de dúvida, com a marcante atuação ministerial, os preceitos constitucionais da moralidade, da publicidade e da impessoalidade são mais observados e respeitados; com a certeza de que, dentro em breve, tornar-se-ão dogmas da administração pública, posto que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e Territórios legalmente constituídos, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, são severamente apurados e punidos.¹⁰

No exercício da atividade ministerial, não é permitido que se desenhem situações de injustiça, seguindo, assim, o exemplo do Pe. Manuel Bernardes, irando-se para evitar injustiças, visto que, nem toda ira é maldade, pois esta, se mais das vezes se rebenta agressiva e daninha, muitas outras, oportuna e necessária constitui o específico da cura. Quando um braveja contra o bem que não entende ou que contraria é ódio iroso ou ira odienta. Quando verbera o escândalo, a brutalidade ou o orgulho, não é agrestia rude, mas exaltação virtuosa, não é soberba que explode, mas indignação que ilumina; não é raiva desaçaimada, mas correção fraterna. Então, não somente não peca o que se irar, mas pecará

¹⁰ A Lei n.º 8.429 de 2 de junho de 1992, publicada no D.O.U. de 3 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública, direta, indireta ou fundacional.

não se irando. Cólera será, mas cólera da mansuetude, cólera da justiça, cólera que reflete Deus - o amor. Deve-se, pois, irar-se contra as injustiças sociais, contra os desmandos no Estado, contra as atrocidades que relevam os direitos humanos, e, assim, estar-se-á contribuindo para o cumprimento das leis e conseqüentemente para o engrandecimento da nação.

Deve-se ter em mente que repousa sobre os ombros do Promotor de Justiça tarefa das mais importantes, qual seja: a de lutar em prol dos esquecidos e preteridos pela sociedade, com o fito de minimizar o sofrimento deles, para que, assim, possam vir a ter condições aceitáveis de vida. Alcançar tal intento, depende do esforço institucional e pessoal, para que seja possível alcançar a regra da igualdade, quinhoando desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam, tendo sempre em mente que a desigualdade social decorre da desigualdade natural, e, assim, cada um dentro dos limites das suas energias pode reagir contra as desigualdades nativas, como preconizava Rui Barbosa.

2. FUNDAMENTOS FORMAIS DA ATUAÇÃO MINISTERIAL NO PROCESSO CIVIL

À luz do preconizado no art. 81 e segs. do Diploma Processual Civil compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesses de incapazes, nas que versem a respeito do estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposições de última vontade; assim como em todos os processos em que haja interesse público.¹¹

Diz-se, pois, que o Ministério Público é o órgão através do qual o Estado procura tutelar o interesse público e a ordem jurídica na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Como quer Chiovenda o Ministério Público age “como representante do interesse público numa causa entre outros.”¹² Complementando o raciocínio expendido, Frederico Marques demonstra que “pode ele (= Ministério Público), em outros casos, promover a instauração do processo, como autor, ou defender o interesse público, como réu, figurando, então, como parte não apenas coadjuvante.”¹³

¹¹ Vide arts. 81, 82 e 83 do Código de Processo Civil.

¹² CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. p. 126.

¹³ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 390.

Da conhecida função de titular da pretensão punitiva, incumbido de defender os interesses da sociedade vulnerados pela infração da lei penal, irradiam-se as atribuições do Ministério Público, atuando nas lides onde exista discussão a respeito de direitos indisponíveis ou, ainda, quando o interesse público corra o risco de ser sobrepujado pelo interesse particular.

Dessume-se, de logo, poder atuar o Órgão Ministerial como fiscal da lei (= *custos legis*), parte, representante da parte, substituto processual e curador ao vínculo.

2.1. Ministério Público como Parte no Processo Civil

Poder-se-ia afirmar, de forma sucinta, que a atuação ministerial como parte do processo resumir-se-ia à titularidade da *ação civil pública*, denominação, por certo, criada como paralelo da tradicional *ação penal pública*, posto que de competência exclusiva do Estado (= Ministério Público).

Todavia, tal designação guarda certa imprecisão terminológica, posto que na sistemática adotada pelo constituinte de 1988, não fora conferida ao Ministério Público legitimação exclusiva para a propositura deste tipo de ação, cabendo também a outras entidades legalmente constituídas e autorizadas a propositura da ação civil pública.

Atestando ser o Ministério Público parte autora (= não exclusiva) na ação civil pública, a Lei Orgânica do Ministério Público, em seu art. 25, determina que o ajuizamento desta ação fitará a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis homogêneos¹⁴, a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de sua administração indireta ou fundacional ou de entidade privada que participem.

Pode ainda o Ministério Público ser parte nas ações civis públicas tendentes a tutelar os interesses coletivos ou difusos das

¹⁴ A respeito vide Lei n.º 7.347/85.

pessoas portadoras de deficiência.¹⁵ No mesmo tom dispõe a Lei n.º 7.913/89 ao disciplinar as condições para o ajuizamento de ação civil pública que busque a responsabilização dos causadores de danos aos investidores no mercado financeiro. Por fim o Estatuto da Criança e do Adolescente possibilita o assestamento de ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos ligados à infância e à adolescência.

O Ministério Público, na seara do direito de família, pode propor ação de nulidade de casamento, *ex vi* do art. 207 e 208 parágrafo único, do Código Civil, ação para a suspensão e destituição do pátrio poder, assim como a nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, ainda pode o MP propor ação cautelar de busca e apreensão de menor (art. 839, CPC e art. 394 do CC) e a ação cautelar de depósito de incapaz (art. 882, CPC e art. 394, CC)

Portador de legitimação constitucional, pode o Órgão Estatal ajuizar, pelo Procurador-Geral da República, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, CF), ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, CF), ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, proposta perante os Tribunais de Justiça dos estados pelo Procurador-Geral de Justiça e mandado de injunção (arts. 102, I, "q"; 105, I, "h" e 129 da CF).

Não se pode olvidar a novel legitimação Ministerial para a propositura de ação de responsabilidade civil de agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, consoante prescreve a Lei n.º 8.429/92 em seu art. 58, § 3º.

É de ser ressaltado, ante a oportunidade do momento, que atuando como parte, o Ministério Público tem os mesmos direitos, poderes e ônus que a lei processual impõe às partes.¹⁶ Todavia, sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que trata-se apenas de isonomia formal, visto que goza o MP de privilégios processuais como o quádruplo de prazo para contestar, o dobro para recorrer, não

¹⁵ Vide Lei n.º 7.853/89.

¹⁶ Cf. arts. 81, 83, 85 e 499 do Código de Processo Civil.

subordinação ao ônus da impugnação específica¹⁷, dispensa do pagamento de despesas processuais, inclusive da sucumbência, devendo, também, ser intimado pessoalmente das decisões proferidas no processo (= art. 236, §2º, CPC)

2.2. Ministério Público como Fiscal da Lei no Processo Civil

Sob o enfoque do escólio de Frederico Marques “a intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, no processo ou em procedimentos de jurisdição voluntária, tem por fim assegurar a tutela administrativa de interesses privados, ou a do interesse público que deve predominar na resolução de determinados litígios, em razão da natureza destes.”¹⁸

Pode-se considerar o Ministério Público, agindo como *custos legis*, sujeito especial do processo ou do procedimento, atuando em nome próprio, fitando a defesa dos interesses legalmente tutelados pelo Estado, quer nos conflitos litigiosos, quer na administração judicial dos direitos subjetivos. O Órgão Ministerial, como fiscal da lei, é a *viva vox* dos interesses públicos, os quais serão, através de sua participação, salvaguardados na composição da lide.

Não obstante tais fatos, “a intervenção do Ministério Público no papel de *custos legis* no processo ou nos procedimentos de jurisdição voluntária se justifica pela sua importante missão constitucional de tutelar os interesses de determinadas pessoas que se encontram em possível condição de inferioridade na relação processual, e também de velar para que determinados interesses sociais e estatais prevaleçam diante de interesses privados das partes.”¹⁹

Fundamenta-se, destarte, a participação do Órgão Ministerial como fiscal da lei na necessidade de se dar realce a algumas *quaestiones facti* e de focalizar enfaticamente os imperativos do bem público, missão vedada ao Magistrado em face do perigo de se

¹⁷ Cf. art. 302, parágrafo único do Código de Processo Civil.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 394.

¹⁹ LINS JÚNIOR, George Sarmento. *Op. cit.*, p. 59

desvirtuar de sua imparcialidade e, impossibilitado o Juiz de exercer tal mister, poderia fenecer o interesse público.²⁰

Faz-se necessário, a guisa de exemplificação, traçar os casos da atuação ministerial fiscalizando a correta aplicação da lei: nos processos de falência, concordatas e liquidação extrajudicial; na fiscalização do funcionamento das fundações; nos processos de habilitação para o casamento; nas ações constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular, ação declaratória de inconstitucionalidade e de constitucionalidade); em usucapião; nos procedimentos de jurisdição voluntária; nos conflitos de competência e de atribuições; em uniformização de jurisprudência; na ação civil pública.²¹

Alfim, certo é que o Ministério Público agindo *custos legis*, velando pelos interesses primários da sociedade, tem ampla participação no processo, podendo, à luz do art. 83, II, do Código de Processo Civil, juntar documentos, certidões, produzir prova em audiência, requerer medidas e diligências necessárias ao

²⁰ Neste entendimento estamos acompanhados por Frederico Marques, *in verbis*: “na contenda entre as partes, os direitos conflitantes podem tomar tal 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 (ou mesmo totalmente ausentes ou omissos) 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 o 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 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 jurídica predominantemente tutelados, quando tenha esta de incidir para compor um litígio em que apareçam interesse público ou diretos que mereçam amparo especial.” (*Op. cit.*, p. 395)

²¹ Fato interessante ocorre quando a ação civil pública é ajuizada pelo Ministério Público, pois o Órgão Ministerial além de autor da ação (subscritor da peça inicial) atuará como fiscal da lei no processo por ele iniciado.

descobrimiento da verdade, assim como, recorrer em caso de irresignação com a decisão proferida (= art. 499, § 2º, do CPC).

2.3. Ministério Público como Representante da Parte no Processo Civil

Há situações em que o Ministério Público atua como verdadeiro representante judicial da parte, exercendo um trabalho de similar à assistência judiciária.

Essa atribuição ministerial, entretanto, com a implementação das defensorias públicas, tende a desaparecer, posto que a este órgão cabe postular em juízo em favor dos economicamente débeis.

Em três situações, no processo civil, pode-se encontrar o Ministério Público como representante da parte: na ação civil *ex delicto*, na qual o MP pode representar a parte comprovadamente pobre, consoante o insculpido no art. 64, do CPP, independentemente da pretérito ajuizamento de ação penal; na ação de execução de sentença penal condenatória trânsita em julgado, que tenha sido precedida de liquidação por artigos (art. 63, CPP c/c art. 584, II e 646 e segs. do CPC); na ação de acidente de trabalho quando a parte não possa arcar com as despesas processuais (Lei nº 6.367/76)

2.4. O Ministério Público como Substituto Processual (= Curador à Lide) no Processo Civil

A atuação do Representante Ministerial na qualidade de substituto processual, nas ações cíveis, é sentida nos casos de curadoria da lide, tratados pelo art. 9º do Diploma Adjetivo Civil, quando o Promotor de Justiça protege interesses de determinadas pessoas, assumindo a condição de *curador especial*, sob o pálio, inclusive, da Lei Orgânica pertinente.

Assim, será o Órgão Ministerial curador à lide quando no processo haja interesses de incapazes em conflito com os de seus representantes ou quando aqueles não disponham destes e, ainda, quando se tratar de réu citado por edital ou hora certa, desde que seja o réu incerto ou desconhecido.

Esta atuação do Ministério Público tem despertado várias contendas jurisprudenciais, já que alguns tribunais entendem que

nestes casos a atuação ministerial cinge-se, apenas, à fiscalização da regularidade formal do processo.

Em sendo admitida tal assertiva, restringir-se-ia o papel do Órgão Ministerial na defesa dos hipossuficientes, determinando-lhe só e somente só o papel de *custo legis*, sendo olvidado, ademais, o inteiro teor do art. 9º do Código de Processo Civil Pátrio.

Percebe-se, portanto, que a curadoria à lide é exercida pelo Órgão Ministerial, em nome próprio e em defesa de interesses de terceiros, como corolário da legitimidade extraordinária de que é dotado, sempre que na comarca não haja curadoria de incapazes e ausentes e que não esteja funcionando no processo como *custos legis*.

2.5. O Ministério Público como Curador ao Vínculo no Processo Civil

Os casamentos celebrados com infração aos incisos I a VIII do Código Civil são, *ex vi legis* (= art. 207 do Diploma de Condutas Cíveis), considerados nulos.

No processo tendente a obter a declaração da supramencionada nulidade, levado a efeito por qualquer interessado, desde que não seja o Ministério Público autor da ação, este funcionará como *fiscal da lei*, opinando pela validade ou invalidade do matrimônio vergastado e como *curador ao vínculo*, realizando a defesa da instituição do casamento, podendo inclusive recorrer da decisão declaratória de invalidade.

Entendemos, *permissa vênia*, que em processos tais, necessária a participação de dois Promotores de Justiça, pois relativamente incompatíveis as atribuições de *custo legis* e de *curador ao vínculo*, visto que enquanto na primeira busca-se a correta e efetiva aplicação da norma posta, com o cumprimento de todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas do casamento; na segunda, defende-se, assiduamente, o vínculo matrimonial, pugnando pela sua manutenção.

No processo de anulação de matrimônio a ausência de participação de curador ao vínculo gera defeito insanável, punido com a sanção da nulidade *ab initio*.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Uma criação da jurisprudência norte-americana entre nós conhecida como Desconsideração da Personalidade Jurídica, e alhures denominada *Disregard of Legal Entity*, *Disregard Doctrine*, *Lifting the Corporate Veil* ou *Durchgriff*, permite que seja vencido o hipotético véu que separa o patrimônio da pessoa jurídica da esfera patrimonial do seu controlador, responsabilizando-o pelo ato fraudulento a seus credores. Tal assunto é tema bastante atual da Ciência Jurídica, tendo sido tratado, pela vez primeira, por Maurice Wormser, em 1912.²²

A doutrina desenvolvida pelos tribunais visa impedir que integrantes da pessoa jurídica ou de grupos de sociedades fraudem a lei, seus credores ou abusem de seus direitos através do uso da entidade. “É uma elaboração teórica destinada à coibição de práticas fraudulentas que se valem da pessoa jurídica.”²³

Desde já, faz-se necessário externar nossa discordância do entendimento do eminente alagoano, Pontes de Miranda, para quem “o desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o *disregard of legal entity*, provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vezes, a ‘pessoa’ jurídica privada, prepara o caminho para negar a ‘pessoa’ do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas.”²⁴

Neste diapasão, equivocou-se o eminente tratadista, pois desde a sua formulação inicial, em 1912, a Teoria do Descerramento do Véu Corporativo tem aplicação “quando o conceito de pessoa jurídica é usado para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que

²² *Piercing the veil of Corporation Entity*. Columbia Law Review, 1912, p. 496-518, *apud* Piero Verrucoli, *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella “Common Law” e nella “Civil Law”*. Milão, Giuffré, p. 91.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.13.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Luiz Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. v. L. São Paulo: Borsoi, 1954, § 5.323, 6.

a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais.”²⁵

Assim, ao invés de atentar contra a existência da pessoa jurídica, a *Disregard Doctrine* tenta preservá-la do mau uso, desconsiderando episodicamente a incidência do art. 20 do Código Civil brasileiro e reponsabilizando o fraudador que se encontra por trás de seu véu. Visa, nesse tom, restringir as atividades do ente personalizado ao regimentalmente previsto, sem abusos, sem fraudes, respeitando o direito dos que com ele se relacionam. Quem atenta contra o instituto da pessoa jurídica é, efetivamente, o fraudador que a usa como meio para obter um fim ilícito.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica almeja impedir que tais atitudes escusas prevaleçam, fazendo - no plano da validade - uma seleção dos atos do ente personalizado (analisando a nulidade ou a anulabilidade dos mesmos), indicando, ao final, qual a real finalidade da personificação jurídica. Fita-se a proteção do instituto da personalização jurídica dos desmandos causados pelo seu mau uso, visto que a autonomia patrimonial outorgada pela lei como a mais importante característica da personalidade jurídica²⁶, dá ensanchas à consecução de fraudes e abusos de direito, que vão desde a simples transferência de bens do sócio para a sociedade, até sofisticadas transações jurídicas.²⁷

Sendo assim e assim é, prevalece, em nosso sentir, a opinião de Fábio Konder Comparato, em seu *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977) ao considerar as palavras de Pontes de Miranda como objurgatória destemperada.

Da mesma sorte, se a pessoa jurídica ao praticar atos em infração à lei provoca danos materiais ou morais a terceiro, tais danos poderão ser satisfeitos não somente com o patrimônio do ente de direito, mas também, com bens dos controladores ou constituintes da pessoa jurídica, caso no qual tem aplicação a Teoria da Desestimação da Personalidade Jurídica.

²⁵ WORMSER, Maurice I. *Disregard of the Corporation Fiction and Allied Corporations Problems*, apud Rubens Requião. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 69.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Idem, p. 71.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 13.

Percebe-se, então, a relatividade da separação patrimonial dos bens da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a compõem²⁸, tendo pertinência afirmar, que por atos praticados pelo ente ideal, em abuso ou fraude a direito ou a credores, possa responder o patrimônio do controlador ou do responsável direto pelo ato, sendo evitados, desta forma, prejuízos a terceiros.

Da mesma sorte, as pessoas jurídicas podem praticar atos abusivos, e, quando da prática destes, pode ocorrer, no caso específico, a desconsideração da personalidade jurídica, com a conseqüente penetração pelo véu que distingue a existência das pessoas físicas da existência da pessoa jurídica (art. 20, CC), com o fito de satisfazer os possíveis danos causados pelo abuso de direito, se o acervo patrimonial da pessoa jurídica for insuficiente para tanto.

Assim, o abuso do direito pode, e na maioria das vezes leva, ao abuso da pessoa jurídica, quando o ato abusivo é por ela praticado, podendo conduzir, por seu turno, ao superamento da personalidade jurídica, destarte, "*la designación 'desestimación de la personalidad jurídica', o sus sinónimos 'penetración de la personalidad' o 'allanamiento de la personalidad' u otros similares, apuntan más hácia un resultado que un método.*"²⁹, resultado este decorrente do abuso do ente personalizado, levado a cabo por seus controladores.

3.1. A Desconsideração da Pessoa Jurídica a Pedido do Ministério Público

Consoante fora asseverado no item 2, pode o Ministério Público agir no processo como parte, fiscal da lei, substituto da parte, representante da parte e curador ao vínculo.

Destarte, exceto na atuação Ministerial como substituto da parte e como curador ao vínculo, pode nas demais situações, caso haja prejuízo à interesse público levado a efeito por pessoa jurídica com patrimônio insuficiente para compor o dano, pedir o Ministério Público que seja desconsiderada episodicamente a autonomia patrimonial do ente de direito, insculpida no art. 20 do C.C.

²⁸ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 72.

²⁹ DOBSON, Juan M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el Derecho Privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 26.

Como autor do processo civil, nas situações processuais suso referidas³⁰, ocorrendo dano material ou moral a direito difuso, coletivo ou individual indisponível homogêneo e a conseqüente impossibilidade do ente ideal de arcar com a reparação do dano (= insolvência civil), poderá o Ministério Público pleitear judicialmente a desestimação da personalidade jurídica, fitando o resguardo de seus interesses como parte processual.

O mesmo seja dito no que pertine à atuação do Órgão Ministerial como representante da parte, na ação civil “ex delicto”, na execução de sentença penal condenatória com trânsito em julgado e na ação de acidente de trabalho, quando a parte ré seja pessoa jurídica com patrimônio insuficiente para arcar com o ônus do pronunciamento jurisdicional. Nesta particular situação, a *lifting the corporate veil*, teria como escopo precípua possibilitar a composição do dano causado pelo ente jurídico.

Como *custo legis*, nos processos cíveis, onde o Ministério Público pugna pela correta e efetiva aplicação dos ditames legais, para impedir a fraude à lei ou a infração direta à mesma, também é possível pronunciar-se o *Fiscal da Lei* pela *disregard of legal entity*, para que no plano sociológico sejam produzidos os efeitos preconizados pela norma no plano dogmático, evitando-se, destarte, prejuízo a terceiros, bem como, que controladores inescrupulosos venham a beneficiar-se da relativa separação patrimonial existente entre pessoas físicas controladoras e a pessoa jurídica.

4. CONCLUSÃO

Questão que tem suscitado alguns embates doutrinários diz respeito à impossibilidade da pessoa jurídica satisfazer os danos patrimoniais porventura sofridos pela vítima do ato fraudulento ou abusivo, em decorrência da insuficiência de seu acervo patrimonial ou até mesmo pela própria insolvência civil.

Teoria originada da jurisprudência Norte Americana, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, ou Teoria do Véu, ou Teoria da Desestimação da Pessoa Jurídica, ou ainda Teoria da Desconsideração do Ente Legal, permite que seja episodicamente desconsiderada a autonomia patrimonial existente entre a pessoa

³⁰ Cf. § 2.

jurídica e seus controladores, para que se torne possível atingir o patrimônio destes e, por conseguinte, satisfazer os danos causados pelo ente de direito a terceiros. É uma construção teórica que visa realizar uma assepsia no indevido uso da entidade legal, tanto aqui como alhures.

Neste passo, ratificamos nossa discordância do entendimento de Pontes de Miranda, quando afirma que desconsiderando a pessoa jurídica estar-se-ia a abrir caminho para a desconsideração da pessoa do Estado. Absolutamente, a *disregard of legal entity* visa impedir que terceiros tenham seu patrimônio desfalcado por ato abusivo e fraudulento do ente personalizado e não recomposto em decorrência da incidência do art. 20 do Código Civil brasileiro, que atribui à pessoa jurídica existência distinta dos seus membros e, como consequência lógica, independência patrimonial.

Desta feita, entendemos perfeitamente admissível a adoção da premencionada teoria na sistemática pátria, mormente quando aplicável a entes de direito que tenham agido fraudulentamente ou abusivamente em suas relações jurídicas.

Certamente, por beber na mesma fonte de inspiração, é que o legislador ordinário ao erigir o recente Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11.9.1990 – instituiu em seu âmbito uma seção intitulada “Da Desconsideração da Personalidade Jurídica” (seção V), prescrevendo que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, bem como se a empresa ingressar em estado de insolvência, encerramento das atividades, inatividade ou falência por má administração. Foi mais longe ainda, o novel estatuto legal, ao considerar subsidiariamente responsáveis as sociedades integrantes de grupos societários e as sociedades controladas, bem como as sociedades consorciadas. Determina, igualmente, a desconsideração da personalidade jurídica, quando, tal atributo, constituir, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Neste particular urge afirmar que o Ministério Público como parte do processo, fiscal da lei ou representante da parte, objetivando a defesa de direitos difusos e coletivos, a correta aplicação da lei e a produção de seus efeitos, assim como, a realização do jurisdicionalmente

determinado, respectivamente, poderá pugnar pela desconsideração episódica da autonomia patrimonial existente entre a pessoa jurídica e seus constituintes insculpida no art. 20 do Código Civil brasileiro.

Ressentimo-nos, ainda, de lei ordinária tendente a introduzir na sistemática civil nacional, explícita e definitivamente, a desconsideração da personalidade jurídica, sendo, nesta seara, por enquanto, realizada a desestimação do ente jurídico com base em decisões jurisprudenciais e com fundamento do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, que em nome do atendimento aos fins sociais da lei, bem como, às exigências do bem comum, veda o enriquecimento sem justa causa, não sendo permitido o locupletamento de alguém em detrimento de outrem

Destarte, a *lifting the corporate veil* visa coibir as constantes práticas abusivas ou fraudulentas perpetradas por controladores inescrupulosos, que, fazendo mau uso da autonomia patrimonial atribuída por lei, prejudicam a terceiros de boa-fé. Por isso, além considerar-se inválido (= nulo ou anulável, dependendo da sanção específica prevista em lei) o ato *in fraudem legis* ou *in abusus legis*; levantar o véu da pessoa jurídica para alcançar o patrimônio de seus constituintes e dele usar para satisfazer possíveis danos causados a terceiros é ato de extrema justiça.

TEORIA GERAL DO DIREITO: DA APLICAÇÃO DE CONCEITOS DE TEORIA GERAL DO DIREITO AO ATO ADMINISTRATIVO

Magno Alexandre Ferreira Moura

Promotor de Justiça no Estado de Alagoas; Professor da Faculdade de Direito de Maceió – extensão Arapiraca; e da Fundação Escola Superior do Ministério Público/AL; mestrando em Direito pela UFPE/UFAL

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Noção de ato administrativo. III. Conceito de ato administrativo. IV. Da classificação do ato administrativo. V. Os planos do mundo jurídico. VI. Plano da existência. VII. Plano da validade. VIII. Plano da eficácia. IX. Da invalidação do ato administrativo. X. Conclusão.

I. Introdução

1. A Teoria Geral do Direito trabalha os conceitos comuns a todos os ramos do direito. A sua atenção não se acha voltada para os valores e fatos que integram a norma jurídica, seu objeto consiste na análise e conceituação dos elementos estruturais e permanentes do direito, como um todo, por isto o porquê da sua nomenclatura: teoria geral, a exemplo de conceito de fato jurídico, classificação do fato jurídico, da existência, validade e eficácia jurídica, e de relação jurídica, dentre outros.

2. No dizer de Haesaert¹ a teoria geral do direito concerne ao estudo das condições intrínsecas do fenômeno jurídico.

3. Pontes de Miranda² estudou o sistema jurídico, o fenômeno jurídico, como um sistema lógico, instalado dentro do sistema elaborou conceitos em nível de teoria geral do direito, logo de

¹ HAESAERT, J. *Théorie générale du droit*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1948, p. 19.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo I, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. XIX.

aplicação em todos os ramos da ciência jurídica. É bem certo que Pontes de Miranda no prefácio do tratado de direito privado afirma que a parte geral do direito privado tem, necessariamente, de trabalhar com os conceitos que são comuns a todos os ramos do direito, apesar do Código Civil regular os direitos e obrigações de ordem privada, no entanto, regras de direito privado poderão servir como suporte fático de regras de direito público, além do que há regra jurídica privatística que revela a existência de princípio geral de direito que também se aplica no direito público, além do que, apregoa Pontes, o campo da liberdade no direito público, também, existe.

4. Neste estudo sobre aplicação de conceitos de teoria geral do direito ao ato administrativo, tenta-se demonstrar que o conceito e a classificação do ato jurídico que são conceitos de teoria geral do direito, se aplicam ao ato administrativo. Além do mais o surgimento do ato administrativo, como espécie do gênero fato jurídico se dá com a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, portanto, entra o ato administrativo no mundo do direito, no plano da existência, depois, passa para o plano da validade e neste plano tendo todos os elementos previstos se concretizado de seu suporte fático, diz-se que o ato é perfeito, daí, então, vai para o plano da eficácia para produzir lá os efeitos almejados.

5. Outrossim, a questão da invalidade é analisada.

6. Toda esta tentativa de demonstrar a aplicabilidade dos conceitos de teoria geral do direito ao ato administrativo, não descuro das peculiaridades que apresenta, nem dos princípios de direito público e do regime jurídico-administrativo ao qual se encontra subordinado.

II. Noção de ato administrativo

7. A noção de ato administrativo é de suma importância a fim de ser delimitado o campo de acepção que neste trabalho toma-se o ato administrativo. Pois, é tema que suscita debate na doutrina, sobre o verdadeiro alcance das definições de ato administrativo, dos critérios adotados, que o individualize como categoria própria, onde se incluam todos os atos da Administração que apresentem as mesmas características, sujeitando-os a idêntico regime jurídico. Não se pode deixar de reconhecer que tal tentativa é uma tarefa árdua de se realizar, em face das peculiaridades que os atos administrativos

apresentam, no entanto, visto em nível de teoria geral do direito, como ato jurídico, conjugado com as particularidades do regime jurídico-administrativo, será trabalhado seu conceito, classificação e validade.

8. Não se pode deixar de ressaltar que a noção de ato administrativo é produto de uma certa concepção ideológica, surgida em certo momento histórico, diante do problema da liberdade e do Estado, como problema de resistência ao absolutismo, a fim de se ter o mínimo de intervenção do Estado nas relações intersubjetivas³, no que fez o LIBERALISMO para se desenvolver no plano jurídico, limitando, ao mesmo tempo, o auto-regramento da vontade do Estado, subjugando-o a um quadro normativo. É tão provável a afirmação supra, que a noção de ato administrativo não ganhou o mesmo campo denotacional em todos os países. Só existindo nos países em que se adota um regime jurídico-administrativo⁴ a que se sujeita a administração pública, diverso do regime de direito privado.

9. Nos países filiados ao sistema da *Common-law*, onde não se adotam tal regime (o jurídico-administrativo), a noção de ato administrativo como se conhece não é aceita. São eles, e.g., E.U.A. e Inglaterra, onde embora se comece a elaborar o direito administrativo no presente século, não há submissão da Administração a um regime jurídico diverso a que estão os particulares, logo, como o próprio nome diz, o direito é comum para as duas espécies de sujeitos: o Estado e o indivíduo.

10. Somente na França, Alemanha e Itália, como filiados ao sistema europeu-continental é que se teve origem e desenvolvimento da concepção de ato administrativo como se conhece, no qual é seguida por boa parte da doutrina brasileira. Obviamente, nestes países há certas peculiaridades, em seus sistemas jurídicos, que os diferenciam no que pertine ao conceito de ato administrativo e de seu controle⁵.

³ Sobre a questão da liberdade no estado Liberal veja Paulo Luiz Netto Lôbo. **Do Contrato no Estado Social**. Maceió: Edufal, 1983.

⁴ Do que foi fruto das revoluções burguesas.

⁵ Veja ODETE MEDAUAR. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1993. Este livro contém estudo sobre o controle da administração pública no Brasil e em outros países.

III. Conceito de ato administrativo

11. Dois critérios principais foram levantados pela doutrina para formulação do conceito de ato administrativo, a saber o subjetivo orgânico ou formal que leva em consideração o órgão que pratica o ato, ou seja, somente os atos do Estado Administração.

12. O objetivo funcional ou material, é o critério onde se prepondera o tipo da atividade exercida, ou seja, é ato administrativo somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

13. O critério subjetivo é ultrapassado vez que não é apenas o Estado Administração que pratica atos administrativos, é ponto pacífico que também o Estado-Juiz e o Estado-Legislador os praticam, pois atos de aposentação, férias ou licenças podem ser praticados pelas três funções do Poder do Estado.

14. Contudo, o critério objetivo é aceito com restrições onde parte da doutrina procura completar no que pelo puro aspecto objetivo fica de fora. Assim levam em consideração a função Administrativa que é parcial, concreta e subordinada, entende-se por parcial por ser parte, concreta porque aplica a lei, e subordinada por estar sujeita a controle jurisdicional. Deflui-se dos que seguem tais premissas a fragilidade do conceito que elaboram, por não abarcar atos que produzem efeitos gerais e abstratos como os atos normativos. Mas, deve-se entender que tal formulação, dos que assim conceituam o ato administrativo, foi elaborada no sentido estrito. Por isto outra parte da doutrina procura completar o conceito se socorrendo do conceito de ato jurídico, donde deduzem os elementos que consideram indispensáveis para se contornar o conceito de ato administrativo.

15. Exemplo do que se afirma supra é Cretella Júnior⁶ que define o ato administrativo como “a manifestação de vontade do Estado, por

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966/1972. Do mesmo autor:

Do ato administrativo. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. **O direito administrativo no sistema do “common law”**. Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, v. 12, p. 9. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.”

16. Apesar do critério adotado por Bandeira de Mello⁷ ser semelhante, ao de Cretella Júnior, contudo se torna mais amplo quando defini o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei - a título de cumpri-la - sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

17. O conceito acima de Bandeira de Mello abrange atos individuais, normativos e unilaterais excluídos pelo conceito de Cretella Júnior, bem como distingue o ato administrativo do ato de direito privado quando faz referência a regime de direito público.

18. Aponta DI PIETRO⁸ que para definir o ato administrativo é necessário considerar a declaração do Estado, o regime jurídico-administrativo e controle judicial o qual está subordinado e os efeitos jurídicos imediatos que produz. Com esses elementos define o ato administrativo “como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

19. Diante de tais definições preocupadas mais com o aspecto externo do ato e de seus efeitos, esquecem da sua essência, onde todo elemento chave de sua compreensão e conceituação, dentro do sistema positivo do direito brasileiro, se apresenta na teoria geral do direito, pois o ato administrativo também é fato jurídico. Sendo que nenhum ato administrativo, propriamente dito, deve ser praticado sem

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. Do mesmo autor: **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: RT, 1981, p. 12-32. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. **Anulação de ato administrativo e dever de invalidar**. RDA 202/69.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989. Da mesma autora: **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 162.

observância das regras legais⁹, no que é um princípio vetor na prática dos atos administrativos. Quanto ao controle judicial, este existe para todos os atos que ameace ou lesione direitos¹⁰, o que se deve levar em consideração como diferença é que o ato administrativo é subordinado a um regime jurídico diferente dos atos jurídicos de direito privado, mas a sua essência como fato jurídico, e da maneira como surge no mundo do direito não transmuda.

20. O ato administrativo é resultado da incidência da lei sobre os fatos previstos na própria lei. O próprio fato jurídico nasce dessa forma, ou seja, da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático¹¹ juridicizando-o, daí o fenômeno da juridicização.

21. O ato administrativo é espécie de ato jurídico, e este por sua vez é espécie do gênero fato jurídico seu suporte fático tem como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível.

22. Porém, pode-se perguntar como o ato administrativo é uma exteriorização consciente de vontade, e se há esta vontade? o que a doutrina comenta sobre o assunto é que o ato administrativo é um ato de vontade do Estado, através de seus agentes. É certo que esta vontade não chega ao ponto de se entender como auto-regramento da

⁹ Em verdade, tanto no direito público, quanto no direito privado há regras permissivas e proibitivas, e a lei deve ser observada à prática do ato, a diferença reside que naquele há o interesse público a ser buscado, então a vontade do Estado encontra-se adstrita na lei, por ser esta um meio a alcançar o interesse público, só podendo fazer o que nela se permite em número fechado, ou diante de alternativas a escolher, por faculdade da lei. No âmbito do direito privado, se tem como brocardo (não como princípio) o que não está proibido é permitido, onde o poder de auto-regramento da vontade pode escolher o conteúdo da relação jurídica e as suas categorias, enquanto no direito público esta escolha deve ser feita dentro do estabelecido na lei.

¹⁰ Veja o Inc. XXXV do Art. 5º da CF/88.

¹¹ Suporte fático é expressão utilizada por Pontes de Miranda e muito bem explicada pelo Prof. Marcos Bernardes de Mello em **Teoria do Fato Jurídico** - plano da existência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. “É a hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico”. É a previsão dos fatos pela norma jurídica. É conhecido também, na doutrina estrangeira entre hispânicos, italianos e alemães, respectivamente, como supuesto de hecho, fattispecie e tatbestand.

vontade conforme concebida nos atos jurídicos de direito privado, porque a própria natureza do ato administrativo, como se sabe, é de direito público. Ademais a exteriorização de vontade do ato administrativo é de forma expressa, através de declaração. Já a vontade, como mais adiante será explicada, não é de forma que se escolha o conteúdo eficaz da relação jurídica, por estar toda vontade, ou de escolha de alternativas, determinada em lei. A exemplo dos **contratos administrativos**, que são atos jurídicos de direito público, mas especificamente, ato administrativo da espécie negócio jurídico. E o da **licença** que, é ato jurídico de direito público, classifica-se em ato administrativo vinculado, do tipo ato jurídico *strictu sensu*.

23. O que se afirma acima, tem razão de ser em função de todo ato que entra no mundo jurídico se constitui em ato jurídico *lato sensu*. Daí, é que, desde seu nascedouro ele traz em si as suas peculiaridades, que o identifica, que o caracteriza, dentro do ramo específico da Ciência Jurídica em que se situa. Assim é com o ato administrativo, e de acordo com suas peculiaridades como ato de direito público, mais especificamente ele ganha coloridos ou de negócio jurídico ou de um ato jurídico *strictu sensu*.

24. O ato jurídico *stricto sensu* “é fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”¹².

25. Levando em conta as peculiaridades do ato administrativo, e considerando-o como espécie do gênero fato jurídico, pode-se dizer que tem por elemento nuclear de suporte fático a declaração de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido, permitido e possível.

26. Tiramos a expressão **manifestação** de vontade, como espécie da exteriorização, porque a manifestação de vontade pode não ser

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico - Plano da existência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 135. Do mesmo autor: **Direito. Uma concepção de sua validade**. Maceió: Imprensa Oficial, 1973. **Teoria do fato jurídico - Plano de validade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

expressa, pois o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo. Além do que, na interpretação do conteúdo do ato administrativo prevalece o conteúdo **da declaração**, segundo o que está expresso, e não a intenção.

27. Assim, no regime jurídico-administrativo que estão submetidas as funções do Estado, se busca com a prática do ato administrativo o interesse público, que é adstrito em normatização jurídica peculiar, imperando o princípio da observância do que está disposto na lei, se deflui que a **vontade** do Estado é presidida pela legalidade, não havendo o auto-regramento da vontade na formação da relação jurídica e na escolha da categoria eficaz, o seu auto-regramento da vontade será expresso através da legislação pertinente para o ato praticado. Por isto trocamos a expressão não-proibido por permitido.

28. Porém, alguém pode indagar quanto a discricionariedade do ato administrativo praticado, se aí estaria o auto-regramento da vontade. Em verdade ela se prende ao aspecto da oportunidade e da conveniência da prática do ato, mas não ao ato em si e ao seu conteúdo. Mesmo porque os atos discricionários, também, têm o seu supedâneo na lei.

29. Já os contratos administrativos, como atos jurídicos, se enquadram nos negócios jurídicos de direito público.

IV. Da classificação do ato administrativo

30. O fato pode ser um evento ou conduta, e tal fato se revela jurídico, como já foi dito acima, com a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, e este fato jurídico se faz conhecer, se classifica, de acordo com o elemento de seu suporte fático, se ao examiná-lo a vontade é inexistente não há uma conduta descrita pela norma, tal fato entra no mundo jurídico, como fato jurídico *stricto sensu*, como é o caso da morte de um servidor público, que produz a vacância de seu cargo, tal acontecimento, no âmbito do direito administrativo é um fato (evento) administrativo. Se ocorrer de existir no suporte fático uma conduta, ou seja, um ato humano, mas neste ato a vontade não é relevante, o que importa para o sistema jurídico é a consequência do ato, dá-se a esta espécie o nome de ato-fato

jurídico¹³, a exemplo da prescrição, que é a inação do titular do direito, com o decurso de certo lapso de tempo, tal fato que é um evento (o decurso de tempo), mais a conduta (a não ação do sujeito do direito) é um fato jurídico administrativo. Sempre que normas de direito administrativo, revelar em seu suporte fático a conduta do Estado, trazendo sua vontade, diante de certas contingências do Estado ou da Administração, estaremos diante de um ato jurídico *lato sensu*, a exemplo: a) da outorga de licença, ao particular que pretende dirigir veículos automotores, e, b) dos contratos administrativos.

31. Adotando a classificação do fato jurídico conforme exposto por Mello em Teoria do Fato Jurídico (1994: 98)¹⁴ verifica-se que se trata de uma classificação em nível de Teoria Geral do Direito, onde todas as espécies possíveis ali se encaixam.

32. Tomando o Fato Jurídico em sentido amplo, pode-se inserir o ato administrativo conforme quadro abaixo:

Fato Jurídico <i>lato sensu</i>	a) Fato Jurídico <i>stricto sensu</i>	
	b) Ato-fato jurídico	
	c) Ato jurídico <i>lato sensu</i>	c1) ato jurídico <i>stricto sensu</i> de direito privado c2) negócio jurídico de direito privado c3) ato jurídico <i>stricto sensu</i> de direito público. De dir. administrativo. c4) negócio jurídico de direito público. De dir. administrativo.

33. O ato administrativo quando surge no mundo jurídico, ele é um ato jurídico no sentido amplo, ele se enquadrará na espécie conforme elementos de seu suporte fático, assim, se o Estado Administração **admite** alguém em escola pública, é porque preenheu os requisitos legais (a previsão normativa se realizou), aí estaremos

¹³ A expressão, utilizada por Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado, causa divergências doutrinárias, contudo, é bem explicada em Marcos Mello, Teoria do Fato Jurídico (1994, p.108-114).

¹⁴ MELLO, 1994, p. 98.

diante de um ato jurídico *strictu sensu* de direito público. Se por outro lado, o Estado Administração, necessitar executar uma obra para a instalação de uma escola pública, preenchido todos os requisitos legais (toda a previsão normativa concretizada) que antecede tal execução, por aquele que venceu o processo licitatório, teremos o contrato administrativo que si firmará entre o licitante vencedor e o Estado Administração. Com isto, o contrato administrativo é um negócio jurídico de direito público, que é espécie de ato jurídico *lato sensu*.

V. Os planos do mundo jurídico

34. Tratando-se de tema dos planos do mundo jurídico, é assunto de Teoria Geral do Direito. Acompanhando o pensamento de Pontes de Miranda sobre os planos no mundo jurídico, a análise do ato administrativo no campo da validade passa também de conceber o ato administrativo como fato jurídico e examinar os elementos do seu suporte fático.

35. Das combinações possíveis da existência, validade e eficácia do fato jurídico, há um pressuposto sem o qual não há que se indagar de validade e ou eficácia do ato administrativo; é o elemento existência que permanece sempre invariável. Assim, são situações distintas a existência validade e eficácia. são planos do mundo jurídico, após o fenômeno da jurisdicação do fato jurídico, para o surgimento do ato administrativo.

36. Mello fala com muita propriedade que o saber da distinção entre existência, validade e eficácia, apresenta grande utilidade e se evita as confusões que pode haver no trato do jurídico, pelos operadores do direito.

37. A doutrina costuma fazer muita confusão entre existência, validade e eficácia do fato jurídico. Veja-se:

38. Zanobini¹⁵ leciona que o ato administrativo têm existência, quando perfeitamente formado, sendo para ele o conceito de existência jurídica equivalente ao de perfeição jurídica.

¹⁵ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritti amministrativo*. v.1. Milão: A. Giuffrè, 1968. p. 271.

39. Miguel Reale¹⁶ afirma não ser tão absurda a tese de declarar que os atos inexistentes são juridicamente inválidos. Caio Mário da Silva Pereira¹⁷ diz: “empregamos os vocábulos ineficaz e ineficácia com sentido genérico, reservando as palavras nulidade e nulo, anulabilidade e anulável, inexistência e inexistente para a designação de tipos específicos de ineficácia. A nosso ver, ineficácia é gênero, de que são espécies a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia”.

40. Também confundindo os planos no mundo jurídico, entre o existir e o valer Weida Zancaner¹⁸ sustenta que os atos imperfeitos não são atos; são, em verdade, fatos jurídicos e jamais podem ser convalidados ou sanados.

41. Como dito acima, são muitos os autores que confundem os planos no mundo jurídico, mas a proposta de Pontes de Miranda em considerar o mundo jurídico em três planos, o existir, o valer e o ser eficaz, como planos distintos no mundo do direito, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações, como afirma Mello¹⁹, é de extrema propriedade e utilidade.

42. Sendo assunto de Teoria Geral do Direito, os planos no mundo jurídico, também, aqui se encaixam os atos jurídicos de direito público, onde se insere o ato administrativo. É bem verdade, que os atos jurídicos de direito público, a exemplo do ato administrativo tem suas peculiaridades, que os tornam diferentes dos atos de direito privado, mas na sua essência, analisados, não diferem do modo como surgem no mundo jurídico, e com suas particularidades são vistos nos planos da existência, validade e eficácia, porque tal fenômeno é observado dentro da dogmática jurídica. Tais peculiaridades dos atos administrativos é que prevalece, quanto ao seu conteúdo, no que foi expressamente declarado, e dentro dos limites definidos pela lei.

¹⁶ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 50.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Forense, 1966, v. I, p. 544, nota 1.

¹⁸ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2 ed. São Paulo: 1993, p. 50.

¹⁹ **Teoria do Fato Jurídico**, p. 76.

VI. Plano da existência

43. No plano da existência, mergulha o fato jurídico após sofrer a incidência de norma juridicizante. Neste momento, é o plano do ser, não se fala de validade ou eficácia, mas, somente se perquirir se os elementos do suporte fático previstos na norma se compõem, no que deu ensejo a incidência. Obviamente, se há falta de elemento do suporte fático, no que refere ao seu núcleo, não há que se falar da existência do fato jurídico.

44. O ato administrativo de exoneração de um servidor, praticado por quem não seja servidor público, por exemplo, não configura fato jurídico, este simplesmente, não existe. Não há que se discutir se é nulo ou ineficaz. Consequentemente, não precisa ser desconstituído judicialmente, porque inexistência é o não ser que não se qualifica.

45. No dizer de Mello²⁰ a existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de quem decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico.

VII. Plano da validade

46. Passando o fato jurídico pelo plano da existência, entrará ele no plano da validade, mas somente entrará aquele onde a vontade humana constitui elemento nuclear da previsão normativa, apenas o ato jurídico stricto sensu e o negócio jurídico são expressão da vontade. E o ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, certamente sob regime de direito público. Com isto, a análise da perfeição do ato administrativo é feita neste momento, dentro do plano da validade, onde o Direito faz a triagem entre o que é perfeito, por não apresentar vício invalidante, e o que está cividado de defeito que torna o ato inválido.

47. Tito Prates da Fonseca²¹ e Themistocles Brandão Cavalcanti²² afirmam que o ato administrativo é perfeito quando inteiramente válido.

²⁰ Marcos Mello, 1995, p. 78.

²¹ FONSECA, Tito Prates da. "Atos Administrativos Nulos e Anuláveis". Revista de Direito. São Paulo, v. 13, p. 45-46, 1966. No mesmo sentido: FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madri: Instituto de Estudos Políticos, 1970, p. 540.

²² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, t. III, p. 169.

48. A invalidade é gênero, onde são espécies a nulidade e a anulabilidade.

49. Para se saber do ato administrativo inválido se busca olhar o suporte fático do ato administrativo, se há deficiência de elementos da previsão normativa relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma. Contudo, já foi dito, para se falar em validade pressupõe-se a existência do fato jurídico, e há elementos do suporte fático em relação ao objeto e à forma que estão relacionados com a existência do ato. A exemplo, do ato que deve ser praticado, somente, dentro daquela forma legal e não é feito; e do ato onde o objeto é materialmente impossível. A validade dentro do plano dogmático é buscada nas normas do sistema legal, se o ato administrativo existe é válido e ineficaz, se existe é inválido e ineficaz ou se existe, é válido e eficaz.

VIII. Plano da eficácia

50. No plano da eficácia ocorrem os efeitos do fato jurídico, do ato administrativo; aqui se fala em relação jurídica, em situação jurídica, o conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções ou os extinguindo, é de bom alvitre que a relação jurídica, a situação jurídica e o conteúdo eficaz, no âmbito do direito administrativo já se encontra dentro da legislação, dentro do regime jurídico-administrativo, a declaração da vontade do Estado.

51. O pressuposto do plano da eficácia, como o da validade, é o da existência, contudo, o ato administrativo, como ato jurídico, passa por todos esses planos para poder irradiar seus efeitos jurídicos, sendo que sua perfeição é alcançada dentro do plano da validade, quando suficientes os elementos do suporte fático do ato.

52. Como aqui falamos de ato administrativo e se perfaz conforme dito acima, contudo, é de bom alvitre que o fato jurídico como gênero, no que toca ao fato jurídico *strictu sensu* e o ato-fato e os atos ilícitos como espécies, entram no plano da existência e diretamente vão ao plano da eficácia e lá já produzem seus efeitos. Porque essas espécies de fato jurídico não estão ligadas à vontade humana, no âmbito do direito administrativo à vontade do Estado, e consequentemente não sujeitos a termos, condições ou quaisquer determinações que atuem na sua eficácia.

IX. Da Invalidação do Ato Administrativo

53. A invalidade tem caráter de sanção, por não admitir o ordenamento jurídico que atos que estão contrários as emanções legislativas sejam tidos como lícitos, além do que a natureza do direito é do dever ser, e para preservar a validade de suas normas, repele por meios de sanções os comportamentos contrários aos desejados pelo sistema jurídico. As sanções vão variar de acordo com a gravidade da violação donde tais sanções serão mais intensas ou menos intensas. Assim, conforme concebida a dogmática jurídica o sistema jurídico se conserva como um todo coerente livre das incompatibilidades das proposições jurídicas entre si, e das proposições jurídicas e os fatos da vida, da realidade e da natureza das coisas.

54. O direito como processo de adaptação social, está voltado a evitar o entrelaço de conflitos que porventura possam existir na sociedade. Assim, também, o Estado é controlado em seu comportamento em conformidade com as normas jurídicas. A sua vontade é estampada na lei e o Estado Administração tem como finalidade, também, de realizar o direito, não como formadora do direito, mas como executora²³. Por isto os atos administrativos apenas realizam o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo. Sem se descuidar que a função

²³ Para Bonnard (BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1953, p.45), a norma de direito Administrativo tem como objeto atos de execução das regras de direito, que são atos materiais, mas também se liga aos fenômenos de sua formação, através de atos jurídicos. Para Seabra Fagundes (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984, p.19) não lhe parece, porém, que a função administrativa concorra à formação do direito, criando “regras de direito individuais”; explica o eminente estudioso do direito administrativo, que os atos jurídicos, por meio dos quais se exerce a administração, não constituem o direito. Não são atos de formação de regras jurídicas. Criam situações jurídicas individuais e nesse sentido, se poderá dizer que fazem nascer direitos, como atos jurídicos que são. Mas entre criar direitos (situações jurídicas pessoais), e criar o direito (lei, situação jurídica geral e abstrata), não é possível estabelecer identidade. A não ser, continua Seabra Fagundes, que se aceite a teoria de formação do direito por graus, de Kelsen e Merkl, que é incompatível com a distinção material das funções do Estado.

legislativa e a função judiciária, como componentes do Poder do Estado, praticam atos administrativos.

55. A validade dos atos administrativos, é analisada no mundo jurídico dentro do plano da validade, quando todos os elementos complementares do suporte fático se concretizaram, diz-se que o ato administrativo está perfeito, e quando procura-se falar em nulidades nos reportamos à Teoria Geral do Direito. Contudo, dentro da ciência jurídica, e conforme estudiosos do assunto²⁴, há enorme dificuldade de elaboração de uma teoria geral das nulidades onde pudesse se amoldar as diversas espécies dos ramos jurídicos. Mello (1995, p.13-14) afirma que “em face da desuniformidade com que as espécies são tratadas no plano do direito positivo. Para atender às realidades e necessidades sociais, o legislador se vê na contingência de adotar regras que, por constituírem exceções às regras gerais, criam a impossibilidade de ser traçadas as características essenciais comuns a todas as espécies, o que permitiria a definição dos princípios gerais extraídos das normas de direito positivo. Na verdade, não há ponto no campo das nulidades em que se possam enunciar regras sem que haja a necessidade de mencionar pelo menos uma exceção”.

56. Obstante, quando se fala de nulidade do ato jurídico, é no campo da dogmática jurídica, sua ótica é enquadrada dentro do sistema positivo do direito, assim a nulidade será conforme as normas descritoras de tais nulidades. É dentro das peculiaridades dos atos de direito público aonde não foge o ato de direito administrativo, que são, observadas as nulidades.

²⁴ A exemplo de Marcos Mello, em sua Teoria do Fato Jurídico - Plano da Validade (1995, p.13), onde cita autores que se deparam com dificuldades de elaboração de uma Teoria Geral das nulidades; destaca as obras de: René Japiot (*Des nullités en matière d'actes juridiques*); Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 407 e s.), Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*. 5e. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1897, p. 186), Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*. 10e. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1927, p. 329), e Guggenheim (*L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*) aponta dificuldades para elaboração de uma teoria da nulidade, em face da diversidade de tratamento com que o direito positivo resolve as questões de validade em cada um de seus ramos. E por fim o Prof. Marcos Mello cita Valle Ferreira (*Subsídios para o estudo das nulidades*, Rev. da Faculdade de Direito da UFMG, 3:29 e s.) onde esta chama atenção para as divergências terminológicas e metodológicas como causas das dificuldades no trato da matéria.

57. Afigura-se o ato administrativo como ato jurídico, decompondo aquele, observa-se o seu suporte fático, que é composto por um núcleo onde está o elemento cerne e completante, estes dois elementos dizem respeito a existência do ato administrativo.

58. O elemento complementar, é o que complementa o núcleo, sem o integrar, suas conseqüências são sentidas na validade ou eficácia do ato. Aqui se tem as partes constituintes do ato administrativo. Além destes requisitos vistos no núcleo do suporte fático, considera-se o interesse público, a declaração do que está expresso e o princípio da legalidade, este é o regime de direito público o qual estão submetidos os atos administrativos do Estado, além do que, a este, é permitido rever seus atos eivados de vícios, enquanto ao particular não.

59. Como o ato administrativo tem elementos que são pressupostos de sua validade, como elenca o Art. 2º da Lei nº 4.717, de 29.6.65 que trata da Ação Popular, que são considerados nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades elencadas no Art. 1º da lei supramencionada, nos casos de **incompetência**, vício de **forma**, ilegalidade do **objeto**, inexistência dos **motivos** e desvio de **finalidade**, se conclui à luz da dogmática jurídica que estes são os elementos complementares do núcleo do suporte fático do ato administrativo.

60. Vícios relativos ao sujeito são de duas categorias: 1) a **incompetência** do agente que praticou o ato administrativo fica caracterizada quando o ato praticado não se inclui em suas atribuições legais. O vício, ainda, pode se apresentar dentro da incompetência do agente de três formas quando ocorre: a) a **usurpação de função**, que é um tipo penal (Art. 328 do CP), praticado pelo particular contra a Administração em geral; b) o **excesso de poder**, quando o agente público excede os limites de sua competência, é espécie do abuso de poder, como é também o **desvio de poder** que é vício quanto a finalidade. Ambos constituem suporte fático abstrato do tipo penal abuso de autoridade, previsto na Lei nº 4.898, de 9/12/65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5/6/79; c) a **função de fato** ocorre quando a pessoa que pratica o ato administrativo está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda aparência de legalidade.

60.1 Ao contrário do ato praticado por usurpador de função, que a maioria dos autores considera como inexistente, o ato praticado por funcionário de fato é considerado válido, precisamente pela aparência de legalidade de que se reveste; cuida-se de proteger a boa-fé do administrado²⁵. Seabra Fagundes diz que se deve levar em consideração as circunstâncias especiais ocorrentes, tais como se exercia a função em época normal, e é por todos aceito como serventário legítimo, os seus atos podem ser tidos como válidos se praticados de boa-fé, onde razões de utilidade pública aconselham a isso²⁶. Os atos administrativos praticados, quando seja manifesta e evidente a incompetência, são visceralmente nulos.

60.2 A **incapacidade** do agente também afeta o ato praticado, nos termos do que está previsto no Art. 5º e 6º do CC, e os resultantes de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, esclarecendo desde já que tais critérios não servem, no direito administrativo, para distinguir os vícios relativos do absoluto, como serve no direito privado.

61. Na invalidade quanto à **forma**, consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (letra "b" do Art. 2º da lei que regula a ação popular). A forma aqui tem que ser seguida conforme expressamente exigida pela lei, ou quando determinada finalidade só é alcançada por determinada forma. Exemplo: o decreto é a forma que deve revestir o ato do chefe do Poder Executivo; o edital é a única forma possível para convocar os interessados em participar de concorrência. A norma diz em "formalidades indispensáveis à existência", em verdade a forma, em algumas situações, trata-se de um pressuposto de existência e não de validade do ato.

62. Nos vícios quanto ao **objeto** se reconhece quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. O objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado.

63. Nos vícios quanto ao **motivo**, a lei que regula a ação popular fala da inexistência dos motivos e quando ocorre a falsidade de tais motivos. Pois, a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente

²⁵ DI PIETRO, 1995, p.198.

²⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. 1984, p. 53.

inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. Exemplo: se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente; se ele praticou infração diversa, o motivo é falso.

64. Finalmente em relação à **finalidade** do ato administrativo, se houve desvio quanto ao fim visado pela lei, como consequência haverá nulidade do ato, porque o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

65. A inobservância do interesse público, ocorre exatamente quando o agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

66. Daí, também, o desvio de poder, pois afirma Cretella Júnior (1977, p.184) que a “base para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, o desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar os móveis que inspiram o autor de uma ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente, inspirá-lo”.

67. Há uma grande dificuldade de se identificar e comprovar o desvio de finalidade, até mesmo porque o agente não declara a sua verdadeira intenção, ele procura dar coloridos de legalidade no ato praticado, por isto, ensina Cretella Júnior (1977, p.209-210) que se deve observar os sintomas, que são os indícios, tais como: a) a motivação insuficiente; b) a motivação contraditória; c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato, d) a contradição do ato com as resultantes dos atos, e) a camuflagem dos fatos, f) a inadequação entre os motivos e os efeitos, g) o excesso de motivação.

68. A consequência dos vícios do ato administrativo gera a nulidade do ato, tal nulidade é grau de invalidação, esta tem como outra espécie a anulabilidade. Muitos doutrinadores advogam a impossibilidade de se aplicar as nulidades do direito civil as nulidades no campo do direito administrativo. Em verdade, a dificuldade não é intransponível vez que, observadas as devidas peculiaridades pertinentes ao ato administrativo, as nulidades do direito civil tem identidade de aplicação em muitas situações com as nulidades do

direito administrativo²⁹, e o princípio que deve prevalecer é o da possibilidade ou não de se convalidar o ato administrativo atingido por vício, observando se não prejudica terceiros de boa-fé, se atende ao interesse público, o de justiça, o de equidade e os motivos de ordem prática, é bem verdade que não são convalidados os atos que a lei taxativamente o declara como nulo, e o que tem conteúdo materialmente impossível de ser convalidados sob pena de se repetir a mesma invalidez. Assim, ocorre com os vícios quanto ao objeto, à finalidade, ao motivo e a forma. Em relação a anulabilidade, se diz atos anuláveis quando a lei assim o declare, mas há questões de incompetência que é caso de anulabilidade, mas podem ser convalidados e o vício sanado, dependendo apenas de ratificação. Não se pode olvidar que no direito administrativo, quanto ao ato administrativo praticado, o Estado não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa, em razão da preservação da legalidade administrativa, porém, a tal invalidez pode deixar de ser decretada por razões de interesse público, quando a invalidez do ato possa causar prejuízos maiores do que a manutenção do ato.

X. Conclusão

69. O ato administrativo é um ato jurídico, nasce como as outras espécies de fato jurídico, com a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático. O conceito de ato jurídico *lato sensu* aplica-se ao ato administrativo, atendidas as peculiaridades que apresenta.

70. O ato administrativo, também, passa pelos planos do mundo do direito, sendo analisado quanto aos pressupostos de existência, validade, e eficácia.

71. A perfeição do ato administrativo é alcançada no plano da validade, onde os elementos concretizados do suporte fático do ato administrativo estão formados.

72. Os graus de invalidez também se aplicam ao ato administrativo, porém, não pode a Administração esperar que o particular, na nulidade relativa, argua para só então rever seu ato, detectada tal nulidade, dependendo da situação pode haver

²⁹ Seabra Fagundes (1984, p.55), afirma que não há dúvida que os princípios do Código Civil se pode aplicar, em parte aos atos administrativos com efeito jurídico, pois que regem, de modo geral, atos jurídicos.

convalidação, ratificação ou revogação, porque a Administração pode rever seus próprios atos, e age sobre o princípio da legalidade.

73. Em verdade, grande parte de conceitos de teoria geral do direito tem aplicação no âmbito do direito público, no ato administrativo. É certo que uma teoria geral tem que alcançar um grau de abstração tal que abranja todas as situações previstas do ordenamento jurídico como um todo, mas em face das contingências do legislador, em atender determinadas necessidades sociais, aparecem as exceções que dificultam traçar as características comuns a todas os ramos jurídicos. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que os conceitos de fato jurídico, suporte fático, os planos do mundo jurídico, e os graus de invalidade, dentre outros da teoria geral do direito, são conceitos que tem aplicabilidade no âmbito do direito público, em qualquer ramo jurídico, obviamente, atendidas as particularidades que cada ramo possa apresentar pelos motivos acima expostos.

DA NATUREZA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Humberto Pimentel Costa

Promotor de Justiça, Professor de Direito Administrativo do CJUR/UFAL, mestrando em Direito Público (em convênio com a UFPE).

“O dilema de Giordano Bruno era o do homem moderno: jamais será capaz de garantir que está com a razão – o mais que pode fazer é insistir em seu direito de equivocar-se.”

MORRIS WEST

SUMÁRIO

1. Apresentação. 2. Os atos de improbidade administrativa como atos jurídicos. 3. Os atos de improbidade administrativa como atos jurídicos ilícitos. 4. Os atos de improbidade administrativa como atos jurídicos ilícitos caducificantes e invalidantes. 5. Da natureza dos atos de improbidade administrativa.

1. Apresentação

Em todo o mundo atual, e já há algum tempo, nos deparamos com a figura do Estado. Essa ficção jurídica, que como tal não pode ser vista ou tocada, é uma invenção humana que se tornou absolutamente necessária para a organização das sociedades e pacificação dos conflitos entre os homens.

Classicamente, em Teoria Geral do Estado ou Ciência Política, têm-se reconhecido três elementos essenciais, sem os quais não se poderia falar em Estado. Seriam eles uma dada população, um

determinado território e um governo independente dos demais Estados, segundo esclarece Darcy Azambuja¹.

Passando ao largo das diversas teorias que pretendem explicar o surgimento do Estado, bem como daquelas que almejam antever seu fim, nos fixaremos mais adiante no Estado contemporâneo, em especial no brasileiro.

O Estado, que ao longo do tempo vem sofrendo transformações; ora para intervir mais nas relações entre os homens, ora para abster-se dessa atitude; mantém sempre a constante de um mínimo de utilidade, sem a qual não poderia ser justificada sua existência.

Essa utilidade impõe a prática de atos pelo Estado. Conforme a orientação político-constitucional, podem os atos do Estado ser predominantemente de resguardo da liberdade, numa atitude que se convencionou chamar de liberal, havendo então uma obrigação negativa, ou de não agir além da manutenção da ordem e segurança; como podem trazer um enfoque de privilégio à igualdade, assumindo assim um perfil dito social, com o surgimento de obrigações positivas, ou medidas idôneas para a diminuição ou desaparecimento das desigualdades entre os homens.

Ainda pode haver a junção de ambas as prioridades, adicionando-se o elemento da solidariedade, o que tem recebido a denominação de democracia social; que aproveitando as conquistas dos modelos anteriormente frisados, traz à baila o prestígio de direitos que passaram a ser chamados de transindividuais.

De uma maneira ou de outra, e considerando que não existem atualmente formas puras, o Estado possui uma estrutura chamada Administração Pública, encarregada de levar a efeito grande parte de seus atos.

Numa divisão bastante primária e rústica, podemos dizer que seria a Administração Pública, dentro da estrutura do Estado, quem se encarregaria de produzir os atos estatais tendentes a alcançar os propósitos traçados pelas leis e pela própria Constituição.

¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1963. p. 22.

Os atos da Administração Pública, ou atos administrativos, seriam os atos do Estado que não se enquadrariam na categoria de atos políticos, legislativos ou jurisdicionais. Apesar de todos serem atos do Estado, seriam os atos jurídicos chamados atos administrativos que cuidariam de concretizar os planos, metas e prioridades do Estado.

Isso porque, salvo nas hipóteses raras de leis de efeitos concretos; onde o Poder Legislativo participa, de maneira atípica, da elaboração de verdadeiros atos administrativos que devem vir através da forma qualificada de lei, por uma opção do próprio legislador constituinte; temos que são os atos legislativos, em função mesmo de sua generalidade e abstração, comandos dirigidos às pessoas e ao próprio Estado, que tratam de atribuir um resultado, então chamado jurídico, quando da verificação de determinada realidade descrita pela própria norma.

Dessa forma, os atos legislativos possuem um evidente caráter de planejamento e disciplina das vicissitudes decorrentes do convívio humano, ao passo em que os atos administrativos buscam inovar no mundo físico, de acordo com a autorização dada pelos atos legislativos.

Os atos políticos trazem certa analogia com os atos legislativos próprios, quanto ao planejamento e independência para a escolha dos objetivos, chegando inclusive, em certos casos, a serem verdadeiras etapas da formação de atos legislativos.

Já os atos jurisdicionais, ou atos típicos do Poder Judiciário, atos de julgamento; em função da própria inércia dos órgãos da Magistratura, que via de regra só devem agir após provocação; constituem-se, em *ultima ratio*, em garantias dos direitos que são trazidos pelo sistema jurídico do Estado.

Por sistema jurídico entendemos o resultado coerente e consistente, livre de antinomias e lacunas, do conjunto de normas existentes no ordenamento jurídico, sendo este último a soma das normas jurídicas em vigor no Estado.

Em razão do que foi posto, podemos dizer com segurança que quase todos os atos administrativos, ou atos jurídicos da Administração Pública (que só têm de incomum, em relação aos atos

jurídicos em geral, a finalidade pública²), são praticados pelo Poder Executivo, apesar de os Poderes Legislativo e Judiciário praticarem também atos administrativos, quando cuidam de providências não afetas a suas funções precípua de legislar e julgar.

Voltando para a utilidade que torna possível a existência do Estado, e considerando certo que essa atitude legítima fica naturalmente a cargo de pessoas físicas, dotadas de virtudes e vícios, temos que existe a possibilidade de serem cometidos desvirtuamentos, ou a prática de atos alheios à finalidade pública ligada à utilidade do Estado, que são atos de desrespeito ao sistema jurídico.

Para tanto, lancemos o postulado de que há uma identidade entre finalidade pública e o conteúdo do sistema jurídico. Essa visão pouco crítica pode ser apontada como ingênua, mas decerto é mais útil para a análise a que nos propomos a fazer, na medida em que permite uma abordagem mais jurídica, embora menos sociológica. Portanto, para nós, finalidade pública ou interesse público, são as finalidades e os interesses que o Estado coloca como sendo de seu próprio escopo, através do sistema jurídico que deve obedecer.

Em se tratando de atos legislativos próprios, a deturpação, ou desrespeito ao sistema de normas, em especial às normas constitucionais, traz como consequência a própria não produção de efeitos jurídicos, quer pelo reconhecimento da invalidade do ato legislativo, pelo Poder Judiciário, via declaração de inconstitucionalidade; quer pela não aplicação pelos Chefes do Poder Executivo, em face do providencial poder-dever de descumprir as normas incompatíveis com a Constituição, prerrogativa já reconhecida por doutrinadores de qualidade e pela jurisprudência mais consentânea, como mostra Luís Roberto Barroso³.

Quando partimos para os atos jurisdicionais, o resultado dessa inadequação é quase o mesmo, uma vez que há a possibilidade de recursos para o restabelecimento da compatibilidade entre a decisão e

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 132.

³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 386-392.

o preceito legal aplicável, inclusive com efeito suspensivo, nos níveis inferiores do Poder Judiciário.

Já nos níveis superiores desse Poder isso não se verifica dessa forma, pois a divergência então passa a se chamar de nova interpretação e jurisprudência, dotadas do poder de modificar o próprio perfil inicialmente considerado das normas, fazendo desaparecer qualquer desrespeito ao sistema jurídico.

No tocante aos atos administrativos, ou de execução; que como dito acima são atos jurídicos que podem ser produzidos por quaisquer dos Poderes do Estado; as consequências da não observância da finalidade pública, ou utilidade, que investiu o agente de poderes para praticar esses atos, são bem mais graves.

Não que os atos de execução estejam fora do alcance de qualquer controle, pois para isso existem várias soluções dadas pela própria ordem jurídica, desde os recursos administrativos às provocações ao Poder Judiciário, que conforme a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, não pode ter retirado de sua apreciação lesão ou ameaça a direito, apanágio do Sistema de Jurisdição Única adotado entre nós.

Antes, o que revela a gravidade da prática de atos de execução dissonantes do sistema jurídico, logo também da finalidade e interesse públicos; além do fato de serem potencialmente mais propícios aos desvios; é a maior possibilidade de responsabilização dos agentes públicos faltosos, não só na seara administrativa, mas principalmente perante o Poder Judiciário.

Não há que se olvidar da responsabilização por infrações político-administrativas, ou crimes de responsabilidade, a que são passíveis os Chefes do Poder Executivo das três esferas da Federação, bem como seus Ministros de Estado e Secretários Estaduais. Tal procedimento, denominado *impeachment*, ou impedimento, propicia o julgamento político pelo Poder Legislativo, que por ser o juiz natural, isolado e independente, não resta de suas decisões a possibilidade de qualquer recurso de mérito.

Por outro lado, esse julgamento político guarda pouca semelhança com os julgamentos do Poder Judiciário, principalmente quanto a fundamentação jurídica, razão pela qual temos por bem não

incluir essa modalidade de responsabilização dentre as ordinárias, por atos de execução atentatórios à utilidade do Estado.

Sem embargo de haver previsão de responsabilidade de magistrados, nos casos de culpa grosseira, má fé ou abuso de poder, quando do desempenho da função jurisdicional, temos que essa responsabilização não só é excepcional como de difícil prova e verificação prática, em razão da grande independência inerente à função de julgar, o que autoriza uma enorme liberdade de interpretação e aplicação do direito.

O mesmo se diga em relação aos agentes do próprio Poder Executivo dotados de atribuições políticas, quando do desempenho dessas, incluindo-se aí os Chefes de Poder, ao propor projetos de lei, ao definir prioridades através de planos de governo e vetos; bem como dos integrantes do Ministério Público, pelas mesmas circunstâncias ventiladas quando do tratamento dispensado acima aos magistrados.

Com maior razão ainda afasta-se a responsabilização dos legisladores, quando do desempenho de sua atividade própria, em virtude da suprema independência de que são portadores, traduzida pela inviolabilidade, ou irresponsabilidade total, por suas palavras, votos e opiniões, conforme o trazido no texto constitucional, art. 29, inciso VIII e *caput* do art. 53.

Assim, resta a responsabilização ordinária, perante o Poder Judiciário, afastada desde já a responsabilização criminal, pelos atos estatais que não são de cunho político, jurisdicional ou legislativo. São esses os atos de execução, ou atos administrativos.

Quando, a pretexto de praticar ato de execução útil à finalidade do Estado, o agente público vai de encontro aos ditames basilares de sua conduta, a ele impostos pelo sistema jurídico, privilegiando interesses próprios ou interesses alheios aos interesses públicos, ou desrespeitando os princípios da própria Administração Pública, surge o que a Constituição Federal, no §4º do seu artigo 37, chamou de ato de improbidade administrativa.

A regulamentação da responsabilidade por ato de improbidade administrativa está prevista na Lei nº 8.429/92, que traz as seguintes espécies de atos assim considerados: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, atos de

improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Nesta empreitada procuraremos descobrir a natureza dos atos de improbidade administrativa.

2 Os atos de improbidade administrativa como atos jurídicos

Dá-se o nome de fato a todos os acontecimentos, da simples existência estática de qualquer coisa à sua eventual mudança de estado. Ser ou ocorrer, dessa forma, são fatos.

Basicamente, os fatos podem ser divididos em condutas ou eventos, como esclarece Marcos Bernardes de Mello⁴, a dependerem ou não da participação de ato humano.

O motivo da distinção não é outra senão a importância capital do ser humano, razão e medida de todas as coisas elaboradas pelo próprio homem, único animal capaz de raciocinar, logo criar classificações, e o único que é um fim em si mesmo.

Os eventos são os fatos que não dependem do concurso de ato humano ou conduta, para serem ou existirem, como os fatos da natureza. De qualquer forma, eventos e condutas formam o chamado mundo dos fatos, na terminologia adotada por Pontes de Miranda⁵.

Dentre todos os fatos que formam o mundo dos fatos, alguns são escolhidos, por sua relevância, para ingressar no mundo jurídico. Esses fatos eleitos passam a receber a denominação de fatos jurídicos, independentemente de serem eventos ou condutas.

O conceito de mundo jurídico é uma abstração muito útil para o entendimento e aplicação do direito, na medida em que facilita a discriminação do que é relevante para o direito, bem como dá logicidade e cientificidade ao sistema jurídico.

Consideram-se fatos jurídicos os fatos que recebem a atenção de uma norma jurídica, formando o que se denomina de suporte fático

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 8.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

da norma, que ao reputar um dado fato importante para o convívio entre os homens, atribui determinado resultado, chamado efeito jurídico, gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções.

É o que dilucida Marcos Bernardes de Mello⁶:

“Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes consequências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um plus quanto à natureza do fato em si. A norma jurídica, deste modo, adjectiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: - o ser fato jurídico.”

Podemos imaginar então dois círculos concêntricos, o círculo do mundo dos fatos e o círculo do mundo jurídico, este último contido dentro do primeiro. Assim, todos os elementos integrantes do mundo jurídico pertencem também ao mundo dos fatos, ao passo em que, sobeja no mundo dos fatos diversos elementos que não integram o mundo jurídico.

Sobre a entrada dos fatos no mundo jurídico oportuna é a lição de Pontes de Miranda⁷, formulador do raciocínio exposto:

“O fato jurídico provém do mundo fáctico, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, seleccionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fáctico, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fáctico de regra jurídica: no dizer o que é que

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. 1995. p. 8.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. 1954. p. 183.

cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fático de cada regra jurídica."

Dessa forma, os atos e improbidade administrativa são fatos jurídicos, em consequência da sua previsão em norma jurídica, ou seja, na Lei nº 8.429/92, que dá os contornos precisos ao que foi instituído pela Constituição Federal, no §4º do seu art. 37, atribuindo resultados, ou efeitos jurídicos aos atos dessa estirpe.

Poder-se-ia, inicialmente, ser alegada a incongruência de determinado ato, como o de improbidade administrativa, ser considerado jurídico, posto que seria o mesmo um desvio da atuação legítima do agente público.

Como a atuação legítima do agente público; aquela que dá ensejo à manifestação da utilidade do Estado; deve ser pautada pela legalidade e pela finalidade pública, logo não só conforme mas realizadora da intenção do sistema jurídico, um ato seu contrário ao imposto pelo sistema não poderia ser considerado "*jurídico*".

Tal concepção é por demais incompleta, na medida em que adota uma visão unilateral do mundo jurídico. Fazer coincidirem as noções de fato jurídico e fato conforme a direito é virar as costas à gama de efeitos jurídicos emanados de fatos contrários a direito.

Em verdade, a circunstância de um fato específico ser considerado contrário a direito, não gera confusão em relação ao seu caráter jurídico, posto que, trazendo mais uma vez a lição de Pontes de Miranda⁸: "*são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fáticos) que entram no mundo jurídico, portanto sem qualquer exclusão de fatos contrários a direito*".

Levando em conta que para a higidez do Estado não devem ser praticados atos contrários à sua finalidade, bem como que a sua finalidade é refletida pelas normas jurídicas que adota, temos que os atos de improbidade administrativa violam normas jurídicas, negando então algum direito.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. 1954. p. 184.

Com isso, são esses atos contrários a direito, embora sejam fatos jurídicos em razão da relevância de que são revestidos, por essa própria característica marcante, o que faz com que determinada norma jurídica os descreva e atribua algum efeito jurídico quando do seu acontecimento.

Por serem os fatos divididos em eventos e condutas, o que serve também para os fatos jurídicos, segundo a existência ou não de ato humano; surge como consequência óbvia que os atos de improbidade administrativa são atos jurídicos, em sentido lato.

3 Os atos de improbidade administrativa como atos jurídicos ilícitos

Por outro lado, os atos de improbidade administrativa, que conforme ficou acima demonstrado são fatos jurídicos contrários a direito, em especial atos jurídicos contrários a direito; são ainda fatos ilícitos, especificamente atos ilícitos.

Não há que se confundir ilicitude com contrariedade a direito. No presente caso existem as duas coisas, mas nada obsta que seja diferente.

Com efeito, o conceito de ilicitude é mais restrito do que o de contrariedade a direito. Nessa ocasião novamente nos valem dos círculos concêntricos, para afirmar que todo fato ilícito é contrário a direito, embora nem todo fato contrário a direito possa ser considerado ilícito.

Para um fato ser considerado ilícito, além da obrigatória contrariedade a direito, ou ser juridicamente proibido, na medida em que desrespeita os valores salvaguardados pelo sistema jurídico, é necessário ainda que esse fato seja imputável a alguém.

A imputabilidade é o segundo elemento cerne⁹ da ilicitude, juntamente com a contrariedade a direito, como expõe Marcos Bernardes de Mello¹⁰.

⁹ Elemento cerne, ou nuclear básico, é aquele que estabelece a diferença específica numa dada classificação, também chamado elemento eidético, presente só naquela espécie, que a faz diferente das demais do mesmo gênero.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. 1995. p. 192.

Ser um fato imputável a alguém significa que essa pessoa; quer tenha praticado um ato, quer esteja vinculado pelo sistema jurídico a responder em razão de um fato; tenha capacidade delitual, ou seja passível de responsabilização.

É exatamente o que ocorre com os atos de improbidade administrativa, em que a Lei nº 8.429/92 tem por finalidade imputar consequências jurídicas a atos, contrários a direito, de pessoas passíveis de responsabilização.

Pode parecer bizantina, mas a distinção é real. Isso fica mais claro se considerarmos que os atos dos absolutamente incapazes, quando contrários a direito, geram a reparabilidade do dano por parte do responsável pelo incapaz, não sendo um ato ilícito, em sentido próprio¹¹, pela inimputabilidade do agente.

Dessa forma, são os atos de improbidade administrativa atos ilícitos, em sentido lato, cabendo perfeitamente na seguinte conceituação:

"Constitui ato ilícito lato sensu toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem."

A Lei nº 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, em seus artigos 9º, 10 e 11, estabelece os suportes fáticos desses atos ilícitos:

"Art. 9º – Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:...

Art. 10 – Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. 1995. p. 195.

dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:...

Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:...” (Grifos nossos).

A importância da vontade está presente na essência dos atos de improbidade administrativa. No caso do art. 9º, cujo *caput* foi transcrito, *auferir* indica inequivocamente uma intenção do agente em se locupletar, que pode advir naturalmente de ação ou omissão. Nos casos dos arts. 10 e 11, fica mais fácil evidenciar o caráter volitivo, posto que o texto da lei traz os termos ação e omissão, no primeiro caso, ainda fazendo menção à indiferença de ser de caráter doloso ou culposos.

Ainda em socorro da demonstração da existência do elemento vontade nos atos de improbidade administrativa, vejamos os seguintes trechos do art. 1º e seu parágrafo único da Lei nº 8.429/92:

Art. 1º – Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração...

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade...” (Grifos nossos).

Com isso fica claro que os atos de improbidade administrativa possuem o aspecto da vontade, o que faz com que se enquadrem perfeitamente na categoria de atos ilícitos em sentido lato. O próprio conceito de improbidade¹², revela um significado semântico que nos autoriza a deduzir a presença da volição em seu âmbito.

¹² Improbidade, s. f. Falta de probidade; desonestidade; fraude; mau caráter; maldade. Cf. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11. ed. Rio de Janeiro: Gamma.

4 Os atos de improbidade administrativa como atos jurídicos ilícitos caducificantes e invalidantes

A Teoria do Fato Jurídico, de que nos valem até o presente momento, malgrado ser abrangente ao ponto de englobar e explicar todos os fenômenos lógicos da entrada de fatos no mundo do direito, independentemente da sua natureza, apresentando classificações científicas para esses acontecimentos, foi concebida no contexto do estudo do direito privado, o que faz com que surjam algumas dificuldades para uma análise dos atos de improbidade administrativa, naturalmente afetos à seara do direito público.

O direito público, em particular o direito administrativo, dada a sua pouca idade e incipiente formulação científica, carece da precisão e método encontrados no direito privado.

Os atos de improbidade administrativa, numa análise tradicional à luz do direito administrativo, seriam simplesmente denominados de atos nulos, tendo como consequência sua invalidade em razão de ferirem os nortes da legalidade e finalidade públicas.

A tarefa de procurar dar mais precisão à natureza desses atos, valendo-se de paradigma nascido num Tratado de Direito Privado, esbarra na impossibilidade de transferir determinados critérios de discriminação, muito freqüentes no direito privado e, por vezes, ausentes em direito público.

Isso ocorre nesta oportunidade, onde já partimos da constatação supra de que os atos de improbidade administrativa são atos ilícitos em sentido lato.

A Teoria do Fato Jurídico desdobra o ato ilícito, *lato sensu*, em:

- a) ato ilícito *stricto sensu* (ou absoluto);
- b) ato ilícito relativo;
- c) ato ilícito caducificante; e
- d) ato ilícito nulificante (invalidante)¹³.

As duas primeiras categorias de atos ilícitos; quais sejam a dos atos ilícitos absolutos, também denominados delitos, e a dos atos

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. 1995. p. 208.

ilícitos relativos; apenas fazem sentido se o critério de discriminação for a natureza do direito violado, ou do dever descumprido (contrariedade a direito).

Assim, a depender de ser o direito violado, pelo ato ilícito, absoluto ou relativo, agrega-se um novo adjetivo ao ato ilícito, que da mesma forma passa a ser considerado absoluto ou relativo.

Não cremos que seja possível, em direito público, classificar um ato de agente público, contrário à finalidade e utilidade públicas, como um atentado a direito absoluto ou relativo.

O direito público não possui essa precisão.

Se considerarmos que o ato de improbidade administrativa fere direito absoluto, daqueles cujo sujeito passivo é a coletividade, ou o *alter*, estamos fechando os olhos para a circunstância de que a própria lei especifica quem pode ser sujeito ativo de ato de improbidade administrativa, logo sujeito passivo das cominações da lei.

Se, por outro lado, considerarmos que o ato de improbidade administrativa fere direito relativo, alcançaríamos a conclusão de que a ilicitude do ato de improbidade afetaria apenas a Administração Pública, com quem o agente público teria um vínculo oriundo de ato jurídico em sentido estrito¹⁴, formando assim uma relação jurídica de direito relativo. Ou melhor, que apenas o agente público teria a obrigação de respeitar a finalidade e utilidade públicas.

Não concordamos com essa classificação, apesar de sua verossimilhança. Em primeiro lugar porque não vemos sentido na distinção entre direito absoluto e relativo no tocante aos interesses públicos. Depois, porque o art. 3º da Lei nº 8.429/92 estende seus

¹⁴ Ato jurídico em sentido estrito, ou *stricto sensu*, ou ainda *ato não-negocial* – “a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados, donde dizer-se que são *efeitos necessários*, ou *ex lege*. (MELLO, Marcos Bernardes de. 1995. p. 127). Dessa forma, o vínculo que uniria o agente público à Administração Pública seria um ato jurídico em sentido estrito, donde decorreriam automaticamente todas as consequências do regime jurídico que regulamentaria a situação de agente público perante a Administração Pública.

efeitos, no couber: *"àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta"*.

Portanto, por uma questão de coerência, nos abstermos de classificar os atos de improbidade administrativa como atos ilícitos absolutos ou relativos, deixando de lado, nesse ponto, o engendrado pela Teoria do Fato Jurídico.

Em relação às duas últimas categorias de atos ilícitos em sentido lato, ou atos ilícitos caducificantes e atos ilícitos invalidantes, cremos que os atos de improbidade administrativa são, a um só tempo, caducificantes e invalidantes.

São *caducificantes* na medida em que têm como efeito, para o agente, a perda de algum direito. O §4º do art. 37 da Constituição Federal deixa bem clara essa consequência:

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

A caducidade de direitos também é estabelecida pelo art. 12 da Lei nº 8.429/92, que comina, além do trazido pelo texto constitucional, as seguintes penas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado prazo.

Por fim, são *invalidantes* porque o ato praticado é um ato inválido, quer dizer, nulo.

Todos os atos realizados, à guisa de concreção da finalidade pública, sem contudo serem detentores dessa qualidade; como o são os atos de improbidade administrativa; não podem produzir efeitos válidos.

Como bem coloca Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵:

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 216.

“O ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas.”

Em sendo assim, os atos de improbidade administrativa são, como é de comecinho conhecimento em direito público, atos nulos. Essa nulidade tanto pode ser reconhecida de ofício pela Administração Pública, através da sua autotutela, na forma da Súmula 473 do STF¹⁶, como pode ser declarada pelo Poder Judiciário, desde que provocado.

5. Da natureza dos atos de improbidade administrativa

Como já declinado acima, tivemos como propósito descortinar a natureza dos atos de improbidade administrativa. Para tanto, optamos por utilizar o arcabouço científico da Teoria do Fato Jurídico.

Sem embargo das dificuldades encontradas pela circunstância de a referida teoria ter sido desenvolvida com ênfase no direito privado, consideramos que, por ser uma verdadeira teoria geral, a acuidade de seu método permite que seu foco seja revertido para os acontecimentos do direito público.

Como resultado do nosso intento, lembrando a ressalva colocada no tópico anterior, a respeito do caráter absoluto ou relativo do direito lesado pelos atos de improbidade administrativa, entendemos que restou evidenciado o caráter desses atos.

Assim, os atos de improbidade administrativa são fatos jurídicos, donde poderemos falar de sua natureza jurídica. São notadamente atos jurídicos, em especial atos jurídicos ilícitos, ao mesmo tempo caducificantes e invalidantes.

¹⁶ Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

DIREITO À EDUCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

José de Farias Tavares

Professor de Direito Civil da UEPB. Promotor de Justiça do Estado da Paraíba.

SUMÁRIO

1. Introdução. Direitos humanos fundamentais. 2. Responsabilidade estatal. 3. Responsabilidade da família. 3. Responsabilidade da sociedade. 4. Medidas sócio-educativas. 5. Missão dos operadores de Direito.

“A educação do povo é o nosso primeiro problema nacional; primeiro, porque é o mais urgente; primeiro, porque solve todos os outros; primeiro, porque, resolvido, colocará o Brasil a par das nações mais cultas, dando-lhe proventos e honrarias e lhes afiançando a prosperidade e a segurança; e se assim faz-se o primeiro, na verdade se torna o único.”

(Miguel Couto. Conferência na Associação Brasileira de Educação. Rio de Janeiro, 2 de julho de 1927)

1. Introdução

Direitos humanos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º o princípio geral das garantias aos direitos individuais, e assim, também, dos direitos sociais proclamando no *caput* a inviolabilidade dos bens supremos na hierarquia de valores para todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País. No art. 227 direciona garantia peculiar à população infanto-juvenil o alvo da doutrina da **proteção integral**, perfilhando o Direito Internacional editado pela Organização das Nações Unidas.

Determina, a Carta Magna, prioridade absoluta no atendimento às crianças e adolescentes como sujeitos dos direitos especiais: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária. No que foi secundada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em fiel regulamentação.

A natureza jurídica dos direitos da infância e da juventude, em geral, é, evidentemente, de direitos humanos fundamentais.

O direito a educação regular e acesso aos bens culturais é um dos direitos constitucionais fundamentais, espécie do gênero **Direitos Humanos Fundamentais**.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil expressamente consignados na Carta Magna (CF, art. 1º, III). Somente com dignidade será exercida a cidadania (CF, art. 1º, II). E não terá chance prática de exercer a cidadania pessoa alguma que não tenha as luzes da educação mínima. Quem não sabe o que diz nem o que faz, com segurança e lucidez, não saber impor a sua dignidade humana na sociedade. Fica à mercê dos outros, e daí a exploração ignóbil das massas ignorantes o que eterniza esse estado de miséria em que vivem enormes extratos da população brasileira.

Eduque-se o povo ou perecerá o Estado Democrático de Direito.

Vê-se que os direitos da criança (e do adolescente), tanto os individuais quanto os transindividuais, são direitos correspectivos dos deveres conjuntos da família, da sociedade e do Estado.

A Constituição proclama que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”(CF, art. 227).

E no artigo 205 universaliza o grande bem da vida social:

“A educação, direito de todos e dever do Estado, e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”

É bom lembrar a história do Direito, para assinalar a linha de evolução, a melhor cautela para evitar a recidiva, assegurando-se o progresso das instituições políticas que as gerações anteriores nos legaram para repassarmos às sucessivas gerações, crescentemente melhoradas.

Cidadania tem na atualidade, conceito muito mais amplo que o empregado nos primórdios do constitucionalismo. Anteriormente, cidadania restringia-se à capacidade eleitoral. E as regras levantavam óbices muito sérios para a aquisição de tal privilégio, dificultando a qualificação da imensa maioria da população nacional. O mecanismo legal tendia à seletividade do eleitorado com os requisitos do voto censitário, da exclusão das mulheres, vigente em países do dito primeiro mundo até há pouco tempo, o que hoje parece insólito, e dos analfabetos, a grande mancha na massa demográfica brasileira, infelizmente.

A educação, que é **direito de todos** (CF, art. 205), é uma prestação social devida sob a forma de macro obrigação solidária, pelo Poder Público, pela Família e pela Sociedade. Nenhum dos coobrigados se escusa de adimplir a sua prestação sob alegação de desídia de alguns dos parceiros.

2. Responsabilidade estatal

Os deveres estatais (CF, art. 208, ECA, art. 54 e LDB, art. 4º) são elencados sumariamente como deveres institucionais de:

1) Universalização do ensino fundamental obrigatório e gratuito com oferta de vagas em escolas públicas acessível a toda criança ou adolescente; 2) Progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; 3) Educação especial ao portador de deficiência; 4) Creche e pré-escola para criança de 0 a 6 anos de idade; 5) Educação artística; 6) Ensino noturno regular para

adolescente; 7) Programas suplementares de apoio ao ensino fundamental; alimentação escolar (municipalizada, Lei n.º 8.913/94) assistência à saúde (SUS, Lei n.º 8.080/90), fornecimento de material didático-escolar (livros, cadernos etc.), transporte escolar; 8) Censo Escolar e Chamada Escolar. Além de outros, obviamente, constantes dos textos legais, explicitamente, e até mesmo os implícitos.

Os deveres das autoridades públicas municipais, estaduais e/ou federais, a começar dos respectivos chefes dos Poderes Executivos conforme o caso, sob pena de responsabilidade por desídia, nas hipóteses expressas no Texto da Constituição e na legislação infraconstitucional podem ser sumariados:

- Destinação de recursos orçamentários em valores inferiores aos parâmetros constitucionais (CF, art. 212): Parte da receita de impostos, inclusive transferências, para aplicação na manutenção e no desenvolvimento do ensino nas escolas públicas (213) nos seguintes percentuais: União = 18% Estados federados e Distrito Federal = 25% e Municípios = 25%. Estes, devem destinar 60% dessa dotação orçamentária ao Ensino Fundamental e ao Desenvolvimento de Incentivo ao Magistério correspondente (Emenda Constitucional 14/96). Instituiu-se com tais recursos, o FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e Valorização do Magistério – que deve funcionar em cada Município sob fiscalização de um Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF (Lei n.º 9.424/96) com o que a comunidade participa da gestão desses recursos, e ainda, sujeitos ao exame do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (ECA, arts. 88, II, 90/91).

O emprego irregular de tais verbas dará ensejo ao processo penal para apuração de responsabilidade administrativo ou funcional, na forma da legislação pertinente.

O crime de responsabilidade do Presidente da República é matéria tratada nas normas que regulam o processo de *impeachment*, atribuição do Congresso Nacional, e o imputado ao Governador do Estado, será apurado em processo especial regulado na Lei n.º 1.079, de 10-4-1950. Quanto aos Prefeitos Municipais, as regras do Decreto-Lei n.º 201/67. Com a competência de foro estabelecida na legislação própria.

Os delitos praticados pelos demais agentes no exercício das funções públicas do ensino e educação, estarão sujeitos às regras do processo penal (CPP, arts. 513/518).

Por outro lado, a violação das normas constitucionais e infraconstitucionais a respeito da educação infanto-juvenil acarretam ações nos juízos extrapenais, tais como, a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII e Lei n.º 4.717, de 29.6.1965), a Ação Civil Pública (Lei n.º 7.437/85), ambas hoje de maior abrangência, e ECA, art. 210, além da ação inominada de rito sumário, prevista no art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394, de 4.12.1996).

Regulamentando o preceito constitucional de livre acesso ao ensino fundamental a LDB (art. 5º) o define como direito público subjetivo. Confere legitimidade a qualquer cidadão ou grupo de cidadãos interessados, associação comunitária ou entidade civil que vele pelos interesses coletivos ou difusos e ainda o Ministério Público, no zelo dos superiores interesses sociais para exigí-lo administrativamente das autoridades do Poder Executivo, seja na órbita Federal, Estadual ou Municipal. É o que dispõe expressamente esse diploma no seu art. 5º, *caput*, enquanto o § 3º estende às mesmas pessoas, além de outras, a *legitimatatio ad causam* para reivindicação judicial em ação pertinente, de rito sumário, isenta de custas, emolumentos e quaisquer despesas processuais. A Ação Civil Pública tem, aí, inteiro cabimento.

3. Responsabilidade da família

O **munus publico** do pátrio poder-dever obriga aos pais (pai e mãe conjuntamente), tutores ou guardiães a:

1) apresentação dos filhos, pupilos ou acolhidos para matrícula regular em escola pública de ensino fundamental, obrigatório e gratuito; 2) providências práticas permanentes para assegurar a freqüência escolar, velando pela assiduidade e pontualidade dos matriculados; 3) assistência moral e intelectual aos matriculados (ECA, art. 129,V) com verificação pessoal do desempenho escolar, e diligências preventivas para evitar os fenômenos negativos da repetência anual, e evasão escolar.

O pai ou mãe (tutor ou guardião), que descumprir o dever de assistência educacional a seu filho, pupilo ou acolhido de idade própria do ensino fundamental obrigatório, terá incorrido em crime de

abandono intelectual previsto no Código Penal, art. 246. A inexistência de vagas na rede oficial de ensino obrigatório e gratuito, por omissão do Poder Público, não elide a responsabilidade pessoal, inclusive penal, do titular do pátrio poder-dever, que terá de cumprir a obrigação legal em educandário do ensino particular, que existir na comunidade a que tenha acesso, às suas expensas, salvo no caso de impossibilidade econômica ou material. Aí a responsabilidade civil será da Administração Pública local a quem couber a atribuição de tal prestação de serviço essencial; a responsabilidade penal será atribuída à pessoa da autoridade, de qualquer grau ou escalão a quem incumbir a obrigação de providenciar a oferta de vagas ou providência administrativa de qualquer ordem para satisfação do dever estatal estabelecido na Constituição.

A Responsabilidade civil e penal dos titulares do pátrio poder-dever (pai e mãe, concomitantemente, ou seus substitutos – tutores, guardiães) é inarredável, segundo os preceitos da CF, art. 205, do ECA, art. 55, 101, III, e da LDB, art. 2º).

A inobservância desses deveres pode constituir fundamento de ações cíveis de suspensão ou destituição do pátrio poder-dever, (CC, arts. 394/395, ECA, art. 129, X, combinado com arts. 155 a 163, e arts. 22 e 24), destituição da tutela (CC, art. 445, CPC, arts. 1194/1197, ECA, art. 129, IX combinado com arts. 24, 38, 164 e 201, III), ou perda da guarda (ECA, art. 129, VIII, combinado com o art. 35) e até mesmo ações penais nos casos mais graves, ao se configurar o delito de abandono intelectual (CP, art. 246).

4. Responsabilidade da sociedade

A comunidade local e a sociedade civil em geral devem participar da política de proteção integral assegurada pela Constituição e pela legislação regulamentadora, como previsto no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A salutar participação comunitária, deve ser levada a efeito mesmo informalmente, através de contatos com os serviços de Curadoria do Ministério Público, com outras autoridades da rede oficial de ensino, ou com as diretorias de educandários, entidades de atendimento infanto-juvenil, ou organizações não governamentais. Forma expressiva de atividade cívica é a participação popular nos diversos Conselhos de cidadãos, como Conselhos dos Direitos da

Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Conselhos de Educação, Conselhos escolares ou de pais e mestres, Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e Valorização do Magistério. Ainda, promoção através da imprensa ou qualquer outro meio de comunicação para informar, aos interessados, e ao público em geral, o desempenho educativo das entidades locais e a conduta dos alunos e seus respectivos responsáveis pelo pátrio poder-dever.

4. Medidas sócio-educativas

A sociedade civil em geral, entidades de atendimento, organizações comunitárias e cada cidadão em particular, prestam inestimáveis serviços à causa infanto-juvenil, com realce na luta pela efetivação do gozo do direito à educação das crianças e adolescentes de cada localidade.

Avultam, entretanto, os esforços de coletividades dedicadas à redenção humana de adolescentes submetidos a medidas constritivas decorrentes da prática anti-social denominada **ato infracional**.

A interação com as atividades do sistema de Justiça da Infância e da Juventude têm a mais significativa validade nos casos de intervenção no **modus vivendi** do autor de ato infracional, operando de fato o controle social mais direto.

Infrações de natureza das cometidas no universo dos imputáveis, tipificadas que são como crimes ou contravenções penais, quando praticadas por menores de 18 anos de idade, são consideradas **atos infracionais**, em face da **inimputabilidade penal** fixada na Constituição Federal, art. 228, regulada no art. 104 do ECA, e mercê disso, as cominações transmudam-se de penas em **medidas sócio-educativas**.

A apuração de cada caso, tem o tratamento adequado no Juízo da Infância e da Juventude, com a substituição do processo penal comum pelo denominado **procedimento legal especial**, em que a equipe interprofissional e as representações comunitárias desempenham expressivo papel.

Na execução de qualquer das medidas sócio-educativas previstas no ECA pela prática de ato infracional, não será o adolescente

privado da educação regular que é um direito público subjetivo assegurado constitucionalmente.

Na sentença que imponha a prestação de serviços à comunidade, há que ser ressalvado pelo Juiz que a ocupação imposta ao adolescente não poderá prejudicar a sua frequência às aulas regulares (ECA, art. 117, parágrafo único). Na liberdade assistida (ECA, art. 119, II), o orientador deverá providenciar a matrícula em estabelecimento de ensino público, fundamental e gratuito, e velar pelo comparecimento do adolescente às suas aulas regulares, e cuidar do aproveitamento escolar, da permanência na escola, evitando a evasão escolar. Quando do regime de semiliberdade (ECA, art. 120, § 1º), a escolarização e a profissionalização do adolescente são indispensáveis. E por fim, no regime de internação, serão obrigatórias as atividades pedagógicas constituindo direito do adolescente recolhido (ECA, arts. 123, parágrafo único e 124, XI), o receber ensino intelectual e profissional no ambiente da internação. Pelo que se vê que tal ambiente jamais poderá ser reduzido a mero depósito de infratores amontoados e sem perspectiva de melhoria de vida pela educação redentora, como sói acontecer pelo Brasil afora desafiando a ordem pública, como escândalo administrativo nacional.

5. Missão dos operadores do Direito

O Estado, isto é consabido, desempenha a sua função através de Poderes com as respectivas atividades específicas aos influxos dos freios e contrapesos.

Um dos segmentos estatais de atendimento social regulando as soluções dos conflitos intersubjetivos, é a **Justiça Pública**, por sua vez um ente compósito em que instituições essenciais se complementam: a **Advocacia**, na defesa individual, o **Ministério Público**, defendendo os interesses sociais sentido amplo, e a **Magistratura** oficializando a solução em nome da soberania nacional.

Prestação jurisdicional, portanto, é exatamente, prestação de serviço público de interesse da cidadania na mais amplo sentido. O mecanismo operacional, composto pelas 3 peças de sua engrenagem, exige instrumentalização legal para o funcionamento regular. Daí o Processo. O **devido processo legal com ampla defesa e contraditório**, como garantias do exercício pleno da cidadania no

regime democrático. E o Processo aqui, para estas ligeiras digressões, pode ser encarado sob dois prismas, o Civil e o Penal. Sem prejuízo, obviamente, das suas especificidades.

Os serviços profissionais dos operadores do Direito são de relevância social maior quando, no mutirão cívico rumo ao **objetivo nacional número um – a educação do povo** – atuam no sentido de favorecer o ensino fundamental aos carentes na fase da infância e da juventude, fazendo aplicar a legislação apropriada.

Os princípios e normas constitucionais e disposições consectárias ganham força viva quando, em Juízo ou fora dele, os instrumentos legais são postos a serviço da causa nobre, por advogados, juizes e promotores de justiça.

A atuação pode e deve ser expedita mesmo nos processos judiciais comuns, quando se trata de defender os interesses escolares infanto-juvenis.

Nas demandas forenses, muitas vezes se discute por meio da Ação pertinente, a aplicabilidade da norma que estabelece a universalidade do ensino fundamental gratuito, obrigatório, que é impositivo para a Administração Pública, quanto à oferta, e para quem tem o **munus** do pátrio poder-dever, (pai/mãe ou, tutor ou guardião) quanto à matrícula, frequência, aproveitamento e permanência do aluno na rede de ensino.

É o instrumental de luta dos operadores do Direito em prol da causa de suma relevância social do Brasil. Missão precípua do Ministério Público. Dever de vigilância inelutável. A displicência nesse mister é desídia funcional.

Com a política da **proteção integral** consagrada na Carta Magna e sua regulamentação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, as pessoas em fase de desenvolvimento bio-psíquico-social, declarados assim por lei, os menores de 18 anos de idade, passaram a ser **sujeitos** de direito na forma dos princípios e das normas do Direito Internacional segundo os parâmetros da Organização das Nações Unidas.

Os preceitos constitucionais foram regulamentados em legislação apropriada, como a estatutária (ECA), primeiramente, e a lei escolar (LDB) em seguida, estabelecendo soluções jurídicas para os grandes problemas que afetam a infância e a adolescência. Isso ao

tempo em que se alargaram os conceitos de defesa de direitos e interesses metaindividuais, ou difusos, coletivos, individuais homogêneos, dos hipossuficientes, com a ampliação da Ação Civil Pública e da Ação Popular.

Cabe, aqui, esboçar em traços de síntese apertada, as linhas diretivas, da **prestação jurisdicional** em socorro do direito à **educação da criança e do adolescente**, definido desde logo (CF, art. 208, § 1º, ECA, art. 54, § 1º, LDB, art.5º) como **direito público subjetivo**.

Nesse direito especial figuram:

– **sujeito ativo:** titular do direito humano fundamental e subjetivo à educação é a criança ou adolescente;

– **sujeito passivo** (da prestação social) será, em primeiro lugar a Administração Pública da União, do Estado federado, do Distrito Federal ou do Município, segundo as circunstâncias, em litisconsórcio passivo necessário pessoal com os titulares dos Poderes Executivos respectivos; em segundo lugar, será família através dos pais (pai e mãe com responsabilidades conjuntas) ou os seus substitutos no exercício do pátrio poder-dever – tutor ou guardião; em terceiro lugar estará a sociedade, por meio das organizações não governamentais, dos conselhos populares, das entidades de atendimento, dos serviços de ensino, de vigilância, e de cuidados especiais devidos às pessoas (ECA, art. 6º) em fase de desenvolvimento bio-psíquico e social;

– **objeto do direito** educacional infanto-juvenil é o ensino fundamental regular, público, universal, e gratuito ministrado na forma da legislação própria, de modo adequado no ambiente da comunidade local.

A Justiça Pública, aparelho social compósito que é, como já dito, tem a destinação de velar pela educação da criança e do adolescente sob vários prismas de sua atuação. O processo é instrumento de sua realização democrática, já que somente se cogita do **devido processo legal** com as garantias da defesa ampla. Para tanto terá que funcionar harmonicamente como sistema que compreende suas três peças básicas: O Ministério Público, em nome da sociedade, a Advocacia representando o indivíduo, e a Magistratura dirimindo os conflitos de interesses.

A incumbência constitucional conferida ao **Ministério Público** na salvaguarda dos interesses de relevância social transfigurou a Instituição constituindo-a, no sentido maior, **Promovente da Defesa Social**.

É uma virada de página. Uma ótica nova que é uma viragem, e não uma miragem. Nova tomada de posição no combate aos males que afligem a comunidade nacional na questão crucial do seu futuro.

O **Ministério Público** recebe da ordem jurídico-constitucional legitimidade de parte processual em todos as instâncias, que tratem de direitos e interesses de crianças e adolescentes, além, como é curial, de sua legítima participação nos agora denominados *procedimentos especiais*, nas Varas da Infância e da Juventude. São extrajudiciais os fecundos trabalhos de Curadoria de atuação pragmática com a melhor acolhida na opinião pública.

A **Advocacia, privada ou pública** (a Defensoria Pública com valioso contributo a dar aos hipossuficientes), tem papel importantíssimo na defesa dos direitos e interesses individuais de qualquer criança ou adolescente. Ramo de atividade que exigirá, cada vez mais, especialização profissional.

O nobre trabalho do advogado nunca será mais nobilitante do que quando defende interesses socialmente superiores da criança ou adolescente que carece do seu patrocínio ilustrado. Mormente quando o pequeno cidadão necessita de um lugar ao sol da escola, que deve ser para todos. Como diria Castro Alves reivindicando a praça para o povo e o céu para o condor.

A advocacia escolar merece destaque pelo mais alto interesse social que patrocina. Deve o advogado dedicado à nobre causa, manter altivamente postura objetiva de defesa especializada dos direitos fundamentais da pessoa humana à educação básica elementar.

Os **juizes** passam a desempenhar suas funções com peculiaridades inovadoras, dando a prestação jurisdicional especialíssima que refoge ao esquema do clássico ofício judicante. Sem o tecnicismo que se lhe exige em outras instâncias, nem a rigidez dogmática, ou imparcialidade mecânica, mas com a motivação da sensibilidade social harmonizando sentimento e razão. A fundamentação de suas graves decisões que ultrapassam as individualidades na ressonância da nação brasileira será a sintonia do

direito vivo com a realidade da vida vivida no chão pelo povo. Julgamentos que não se circunscrevem ao âmbito do indivíduo mas se projetam, multifariamente, no cenário nacional. Isto porque, segundo a sabedoria aristotélica, a destinação do homem é a convivência. E a boa convivência depende do grau de educação de cada um e de todos.

O futuro da infância e da juventude – o mais valioso patrimônio do Brasil – somente alcançará o respeito da dignidade humana e plenitude de cidadania pelo acesso democrático ao universo educacional.

Eis aí o objetivo nacional número um, para o qual será decisiva a abnegação dos operadores do Direito que devem ser engajados na luta coletiva pela redenção do homem de amanhã.

O certo é que somente se forem respeitados os direitos humanos fundamentais à educação da criança e do adolescente, o amanhã amanhecerá.

O MINISTÉRIO PÚBLICO, AS FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL

Relatório & Sugestões

Failde Soares Ferreira de Mendonça

Promotora de Justiça do Estado de Alagoas

1. Avanços estruturais

Em agosto de 1998, logo após assumir suas funções na Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Lean Antônio Ferreira de Araújo convocou-nos a Dr^a Kícia Oliveira e eu para uma reunião, quando manifestou o desejo de ver incrementada a atuação do Ministério Público Estadual na área de Fundações, expondo que já havia se reunido com os Promotores de Justiça titulares da função, (Promotorias de família, à época, 18^a, 19^a, 20^a 21^a) e que estes, face ao grande volume de trabalho, não possuíam disponibilidade de tempo para atuar conforme o pretendido, disso dando ciência a ele mediante ofício, ocasião em que designou comissão para atuar na área em nível de assessoria técnica.

Ainda no mês de agosto, visitamos por ocasião de um Congresso em Belo Horizonte, a Curadoria de Fundações que funciona com dois Promotores de Justiça e uma ótima estrutura, composta de departamentos, como de imprensa, contadoria etc. e recebemos do Dr. Marco Túlio, informações e material de Estudo. Logo após, no caminho de volta, no Rio de Janeiro, onde desta feita, sozinha, visitei as curadorias do Interior, com a Dr^a Dolores Ferreira e da Capital, com o Dr. Luiz Fabião, lá, recebemos mais material de estudo e informações sobre o funcionamento do controle de Fundações.

Nesta oportunidade, tomamos também conhecimento de movimento nacional de Curadores de Fundações e Entidades de Interesse Social no sentido de uniformizar a atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, elaborar um cadastro nacional e manter um banco de dados comum, passando o Ministério Público de Alagoas a partir daí, a ter não só uma visão do idealizado pelo Dr. Lean, mas trazendo para ele a possibilidade de um atuar num sentido mais amplo, tendo

sido acolhida totalmente a idéia que hoje nos aparelhamos para fazer concretizar, estando amplamente viabilizada a atuação na área de Fundações e em fase de estruturação e normatização a de Entidades de Interesse Social sendo hoje o nosso Procurador-Geral o Presidente da Comissão Permanente de Fundações e Entidades de Interesse Social do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça.

2. Fundações Privadas

Velar pelas Fundações não é atribuição nova para nós do Ministério Público, já que esta decorre de dispositivo inserido no Código Civil Brasileiro, lei 3.071 que data de 1º de Janeiro de 1916, onde o seu art. 26, diz: “Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas”. A efetivação deste dispositivo, se dava basicamente pela análise e aprovação ou não dos Estatutos.

Com o advento na nossa atual Constituição Federal onde fomos enfocados como Instituição Permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, cabendo-nos a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), e aparelhados também pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993), Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75 de 20 de Maio de 1993) e Lei complementar n.º 15/96, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público de Alagoas, passamos a vislumbrar, ante a esta nova feição dada ao Ministério Público, a necessidade de concretizar, de realizar, de tirar do papel essa nova postura exigida pelo constituinte: de um Ministério Público mais forte em defesa dos direitos sociais, seja do patrimônio Público, do deficiente, do idoso, do meio ambiente, do consumidor, enfim, de tantos outros interesses difusos ou coletivos e, evidentemente também do patrimônio que constituem as fundações.

Atuação do Ministério Público

Primeiramente haveremos de saber o que é uma fundação: É um patrimônio (bens livres) que face a determinação de seu proprietário (instituidor) passa a servir a determinado fim (idealizado por ele), que tem de ser lícito, possível e não lucrativo.

Com o nascimento da pessoa jurídica, constituição da fundação, o instituidor desvincula-se totalmente do bem ou bens, e aí, como dizem alguns, este(s), passa(m) a ser patrimônio de ninguém,

ou como dizem outros, patrimônio da Sociedade ou de parcela dela, em verdade, patrimônio de domínio Público.

As fundações prestam serviços a coletividade gratuitamente e sem fins lucrativos, dentro dos objetivos idealizados pelo instituidor, seja complementando a atividade governamental, seja substituindo-a, recebendo muitas das vezes verbas públicas para prestação destes serviços, isenções e outros benefícios.

Criadas por tempo indeterminado ou não, elas estão atreladas as suas finalidades, sendo estas imutáveis em sua essência, carecendo de estrutura organizacional compatível para sua completa realização, podendo neste particular, o Ministério Público atual, forte, social, contribuir, orientando, cuidando, enfim, velando.

Formas de atuação

- 1) Fiscalizando desde a sua constituição: se constituídas através dos instrumentos próprios: escritura pública ou testamento, e com os requisitos mínimos exigidos: dotação especial de bens livres, especificação do fim a que se destina, apresentação do estatuto da entidade ou designação de pessoa que os elabore, da denominação e sede da instituição (código Civil- art. 24 e Resolução 001/99- art. 13). Portanto, deve o Ministério Público ter vista de minuta da escritura pública antes de sua escrituração em cartório;
- 2) Analisando minuta do estatuto da Fundação: se os bens são suficientes à satisfação das finalidades e se foram observadas as bases da constituição da fundação. Cumpridos os requisitos legais, autorizando seu registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, através de Ato próprio (Código Civil- art. 19 e, Código de Processo Civil- art. 1.200- Lei dos Registros Públicos 119 e 120- Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil- art. 1º parágrafo 2º - Resolução 001/99 da PGJ- art. 18);
- 3) Fiscalizando a sua contabilidade: analisando contas, orçamentos, planos de aplicação de recursos, livros, enfim toda sua vida econômico-financeira (fundamentação implícita no Código Civil- art. 24 e Parágrafo único do art. 30 e Código de Processo Civil- 1204, inciso II), só pode o Ministério Público promover a extinção da Fundação por

impossibilidade de sua manutenção se tiver ciência de suas contas e é como saberá desta impossibilidade, e em tendo o dever de velar por elas, exatamente para que tenham existência indeterminada ou bom termo como lhe designar o instituidor, deve fazer tal controle anualmente e sempre que necessário, eficazmente. No nosso Estado, algumas Fundações, face ao volume de recursos movimentados anualmente, efetuarão auditoria e apresentarão certificado ao Ministério Público, que o utilizará como amparo em seu parecer, quando declarar formalmente corretas as contas (RESOLUÇÃO 001/99);

- 4) Efetuando visitas de inspeção e de controle finalístico das Fundações: fazendo-o diretamente ou através de equipe de assistentes sociais e peritos contadores, que poderá acompanhar ou não.

Fundamentação

Como já vimos, na constituição de 1988, no Código Civil, Código de Processo Civil e na Resolução 001/99 da PGJ, e ainda amparado pelas Leis Orgânica do Ministério Público dos Estados, do Estatuto do Ministério Público da União e nossa Lei Orgânica (Estadual), Lei Complementar n.º 15/96.

3. Entidades de Interesse Social

São todas as pessoas jurídicas, descritas no art. 16 e constituídas na forma do art. 18 do Código Civil Brasileiro que têm por finalidade, objetivos de natureza social e assistencial, ou seja, associações e sociedades civis sem fins lucrativos.

Acompanhamento e fiscalização

Iniciou-se já em todo País no dizer de Eduardo Sabo Paes, sempre muito consultado por nós da área, em virtude de ser precursor desse caminho, “um processo irreversível” de atuação extrajudicial do Ministério Público sobre as Entidades de Interesse Social, que consiste no acompanhamento de sua vida contábil-financeira e do controle finalístico.

Como já mencionamos, a atual Constituição atribuiu ao Ministério Público a incumbência da defesa da ordem jurídica, do

regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é inegável pois, que direitos coletivos e difusos são direitos sociais, portanto, tutelados pelo Ministério Público.

Essas entidades, tendo em vista a importância de suas ações sociais, têm estado cada dia mais presentes nessa transição para a realização do dito Estado Liberal imposto pelas diretrizes da nossa atual Constituição Federal, onde o estado se ausenta da prestação direta de determinados serviços, ficando reservado apenas, à atuação nas áreas da saúde, educação e segurança, e ainda assim, caminha-se para o implemento de suas realizações através de parcerias com o setor privado.

O Ministério Público goza atualmente de índices altíssimos de credibilidade, e em sendo as Entidades de Interesse Social mantidas basicamente por doações, convênios e contribuições de associados ou populares, esta intervenção protetora amparada constitucionalmente, só tende a beneficiar e facilitar a vida de tais entidades.

Formas de atuação diferenciadas do Ministério Público quanto às Fundações e Entidades de Interesse Social

- 1) Controle financeiro e finalístico: basicamente o controle financeiro e finalístico das Entidades de Interesse Público é o mesmo das Fundações, guardadas as peculiaridades de cada pessoa jurídica e da situação que se apresenta, se recebe verbas públicas, se há irregularidades, que tipo de serviço presta, etc., aliás, o art. 1º e 3º do Decreto Lei n.º 41 de 18 de novembro de 1996, incumbe ao Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requerer ao juízo competente a dissolução da sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do poder público ou que se mantenha no todo ou em parte com contribuições periódicas de populares, caso deixe a entidade de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que fora destinada, aplique as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos em seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais ou fique sem efetiva administração por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores (inciso I a III do art. 2º do citado Decreto) onde se conclui,

que tal poder não haveria de ser dado ao Ministério Público sem lhe possibilitar fiscalizar e acompanhar as entidades de modo a poder detectar a ocorrência dos fatos descritos na lei, do mesmo modo, a recente lei 9.790 de 23 de março de 1999, em seu art. 7º, atribui a iniciativa de processo para perda da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ao popular e ao Ministério Público, deixando claro no enunciado do art. 8º, que a iniciativa do cidadão devidamente respaldada por evidência de erro ou fraude deve respeitar nossas prerrogativas;

- 2) Constituição: no começo da existência legal das Entidades de Interesse Social não interfere o Ministério Público, analisando ou aprovando seus estatutos, só atuando após o seu registro, já no controle finalístico e contábil- financeiro;
- 3) Extinção: no meu entendimento, em se tratando de Fundação, a extinção só pode ocorrer nos casos do art. 1.204 do Código de Processo Civil, judicialmente ou por deliberação de seus dirigentes, enquanto que as demais pessoas jurídicas de direito privado, na forma do artigo 21 do Código Civil.

4. Conclusão

Que fique claro que a atuação do ministério Público na área de Fundações e Entidades de Interesse Social é sempre de protetor, parceiro e incentivador das ações sociais, coibindo evidentemente os excessos na forma da lei, mas sempre em benefício da coletividade. Esperamos que essa nova feição do Ministério Público seja recebida pelas entidades como algo bom, proveitoso, valorizador de suas atuações e que venham elas, expondo-se, desvelando-se, também, ao nosso encontro.