



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pt n°. 026.786/094  
Pt. n°. 067/94-CGMP

EMENTA: Recurso contra anotação de conceito de demérito nos assentamentos de membro do Ministério Público, junto à Corregedoria-Geral, a que se dá provimento.

## RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso tempestivamente interposto a fls. 35 pelo Dr. XXX, d. Promotor de Justiça de XXX, fundado no art. 42, § 3º, da Lei Complementar estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993, contra a resp. decisão de fls. 25/31 do Ex.<sup>mo</sup> Dr. Corregedor-Geral do Ministério Público, que mandou lançar em seus assentos funcionais o conceito de demérito, formulado por douto Procurador de Justiça, no exercício de atividades de fiscalização permanente (fls. 2).

Em síntese, em suas razões de recurso, o digno Dr. Promotor de Justiça diz não se conformar com o conceito de insuficiência, que lhe foi dado a fls. 2 pelo Procurador de Justiça, já que tal conceito lhe adveio simplesmente porque referido Procu-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

rador manifestou opinião processual diversa da sua, em autos de apelação criminal; contudo, ao lançar sua manifestação processual, externava sua convicção jurídica, dentro dos limites de sua independência funcional (fls. 41/3); com o recurso, juntou cópia de sua manifestação processual que lhe valeu a apreciação de demérito do Dr. Procurador (fls. 44/48), bem como cópia de artigo doutrinário, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais (fls. 49/55).

VOTO

2. Oficiando em 28 de julho de 1993, em fase de contra-razões de apelação, no processo criminal n. 204/92, da 2ª Vara Criminal de XXX, o d. Promotor de Justiça entendeu que o réu XXX, condenado como incurso nas penas do art. 16 da Lei n. 6.368/76 pela posse de 20 g de cocaína, deveria ser absolvido com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, ou seja, *por não constituir o fato infração penal*.

Por sua vez, o d. Procurador de Justiça, dando parecer nos mesmos autos, agora junto ao Tribunal de Justiça (Ap. Cr. n. 151.495.3/6), em 20 de abril de 1994 entendeu de remeter *ficha de conceito funcional* à E. Corregedoria-Geral do Ministério Público, com as seguintes avaliações ao trabalho do Dr. Promotor de Justiça:

- |                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 1. Forma e qualidade da redação ..... | boa |
| 2. Conteúdo jurídico .....            | mau |
| 3. Sistematização lógica.....         | boa |



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4. Poder de convencimento.....	mau
5. Poder de iniciativa do Promotor .....	mau
6. Desempenho na fase recursal .....	mau
7. Participação ativa na prova .....	prejudicado
8. Observância de prazo .....	sim
CONCEITO GERAL .....	insuficiente

Considerações: Oficiando só em contra-razões o Dr. Promotor, contrariando sua *função básica institucional*, opinou pela absolvição do réu condenado, por entender que a lei de tóxicos é inconstitucional. Anexo cópia do parecer.

Instado a manifestar-se sobre a avaliação exarada pelo d. Procurador de Justiça, o Dr. Promotor fê-lo a fls. 21/3; lembrou que não tinha sustentado a inconstitucionalidade da Lei de Tóxicos, e sim apenas de seu art. 16, para o que invocou doutrina e jurisprudência; entendeu que não poderia receber tal conceito pois que, ao lançar sua manifestação, estava acobertado pela independência funcional; outrossim, não violou sua função básica institucional, que é aquela prevista nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, em nada sendo exigível que peça sempre a condenação do réu.

Por sua vez, o douto Corregedor-Geral do Ministério Público entendeu que o Dr. Promotor estava negando aplicação a uma lei vigente e agindo como se a conduta estivesse descriminalizada, e assim excedeu os limites legais de sua independência funcional, razão pela qual mandou lançar em seus assentos individuais o conceito de insuficiência que lhe fora dado (fls. 25/31).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nas razões do recurso, o Dr. Promotor de Justiça insistiu na sua posição anteriormente sustentada (fls. 41/3).

3. Segundo a ficha de conceito de fls. 2, a avaliação de insuficiência, conferida ao Dr. Promotor, prende-se a dois grupos de problemas: *a)* de um lado, ao pedir a absolvição de um réu com base na suposta inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Antitóxicos, o Dr. Promotor teria contrariado sua função institucional básica; *b)* de outro, o conteúdo jurídico, o poder de convencimento, o poder de iniciativa e o desempenho na fase recursal do Dr. Promotor foram considerados de má qualidade.

Assim, para maior clareza do raciocínio, separaremos em duas partes o exame deste recurso. Em primeiro lugar, veremos se merece ser mantido o conceito de insuficiência à vista de ter o Dr. Promotor de Justiça pedido a absolvição do réu, com base no seu entendimento pessoal de que seria inconstitucional o art. 16 da Lei de Tóxicos. Depois, caso vencido o primeiro ponto, veremos se, pelos demais motivos expostos na ficha de conceito, a avaliação de demérito merece ser mantida.

4. Inicialmente, cumpre deixar claro que, sob o aspecto doutrinário, o ilustre Dr. Promotor de Justiça defende que o art. 16 da Lei n. 6.368/76 teria sido derogado pela Constituição de 1988, como se vê de trabalho publicado na Rev. Brasileira de Ciências Criminais, v. 5, p. 121-6. E fê-lo dentro da mais irrestrita liberdade de pensamento.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Entretanto, mais que defender doutrinariamente tal entendimento, já agora no desempenho de suas atribuições funcionais, sustentou o Dr. Promotor a inconstitucionalidade desse dispositivo legal vigente. Isso, porém, também ainda em tese, é perfeitamente lícito que o faça, pois no exercício de suas atividades funcionais, os órgãos do Ministério Público gozam da mesma liberdade e da mesma independência funcional que é atributo dos agentes políticos, semelhantes àquelas conferidas aos Juízes em seus julgamentos, como já temos sustentado em nossos trabalhos anteriores (*v.g.*, *Manual do Promotor de Justiça*, p. 81-3, 2ª ed., Saraiva, 1991; *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 72-3 e 115-6, Saraiva, 1993; *O Ministério Público na Constituição de 1988*, p. 52-3,78-9, Saraiva, 1989).

Aliás, não é incomum que os Juízes e membros do Ministério Público manifestem-se em favor da inconstitucionalidade de leis vigentes ou então contra uma aplicação puramente literal das leis vigentes. Os exemplos seriam incontáveis, e para não ir muito longe, e tão-somente com o fito de exemplificar, poderíamos lembrar que este próprio Conselho Superior do Ministério Público, em episódio recente, pôs em concurso de provimento os cargos de Promotores da Cidadania, por entender inconstitucional o § 2º do art. 299 da Lei Complementar estadual n. 734/93; por sua vez, o Sr. Procurador-Geral de Justiça tem-se recusado a cumprir as determinações deste E. Conselho para instauração de inquérito civil, por entender que o art. 106 da mesma lei estadual não tem o alcance entendido pela maioria do colegiado a que



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

também pertence; de sua parte, o Sr. Corregedor-Geral do Ministério Público recusou cumprimento à deliberação deste mesmo colegiado sobre a instauração de processo administrativo contra Procurador de Justiça, por entender que o art. 36, XVI, da mesma Lei Orgânica Estadual do Ministério Público não tinha o alcance pretendido pelo Conselho, de que também participa Sua Excelência.

Já temos dito que a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do Ministério Público, e sem ela os órgãos do Ministério Público nada mais seriam do que meros funcionários hierarquizados; não o são, precisamente porque estão apenas sob a égide da lei e de suas consciências.

Certo é que há limites para a independência funcional. A começar pela Constituição, que prevê a independência funcional como princípio institucional do Ministério Público (art. 128, § 1º), mas ao mesmo tempo impõe-lhe o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 *caput*). Assim, por exemplo, não pode o órgão do Ministério Público legitimamente invocar a independência funcional para violar a ordem jurídica ou para obter fim incompatível com a defesa do regime democrático, ou ainda para preterir a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Também a legislação infraconstitucional vai na mesma esteira: a LC federal n. 40/81, cuja subsistência em nosso ordenamento jurídico temos sustentado (*Regime jurídico cit.*, p. 182-193), enquan-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

to assegura a independência funcional aos membros do Ministério Público (art. 16), ao mesmo tempo lhe impõe deveres que não podem ser obstados sob a mera alegação de independência ou liberdade funcional, e, em caso de descumprimento, sujeita seus infratores às sanções nela previstas (arts. 22 e s.). Por sua vez, a Lei federal n. 8.625/93 prevê que os membros do Ministério Público gozem de inviolabilidade por suas opiniões ou manifestações expedidas em processos ou procedimentos, *nos limites de sua independência funcional* (art. 41, V), como o faz a Lei Orgânica Estadual (arts. 1º, § 2º, e 169 e s.).

Assim, admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos, sob pena de, não o fazendo, negarmos as próprias premissas e a destinação institucional do Ministério Público. Se fosse ilimitada a independência, também seria ilimitada a possibilidade de abuso; aliás, a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam eles sustentar, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, a quebra da ordem jurídica. Se nos afastássemos, pois, dos postulados da *lógica do razoável*, chegaríamos à possibilidade de admitir que o Juiz pudesse invocar sua independência funcional para rejeitar



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

uma denúncia por crime de ação pública, apenas porque, a seu ver, o Ministério Público não teria legitimidade para exercitá-la, a despeito de norma expressa em contrário, constante do ordenamento jurídico, ou, na mesma medida, o Promotor poderia deixar de propô-la, por idênticas razões.

Assim, para alcançar legitimamente o conceito de independência funcional, o sistema jurídico se vale de outros princípios complementares, que dão a medida da liberdade funcional.

O primeiro limite da independência funcional do membro do Ministério Público consiste, pois, em não violar os princípios da *legalidade* e da *obligatoriedade* da ação penal pública.

Assim, parafraseando Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile*, § 126), caberia dizer que, se o Ministério Público adverte que a lei foi violada, não lhe pode ser consentido se abstenha de acionar ou de intervir para fazer com que a lei se restabeleça, a não ser que — acrescentamos nós — a própria lei lhe permita agir sob critérios de oportunidade e conveniência (como o faz em relação ao juiz, *v.g.*, na área da jurisdição voluntária, cf. art. 1109 do CPC, ou poderá fazê-lo com a transação penal, ainda não implantada em nosso direito, mas já prevista no art. 98, I, da Constituição Federal).





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em outras palavras, *identificando o órgão do Ministério Público uma hipótese em que a lei lhe imponha agir*, não tem como não fazê-lo. Embora tenha liberdade para apreciar se ocorre a hipótese de agir, *identificada esta*, não pode recusar-se a fazê-lo (seja para propor a ação, seja para recorrer, seja para produzir uma prova).

A quebra do dever de agir (violação do princípio da obrigatoriedade) ocorre não apenas quando o Promotor diz que *é caso de agir, mas não vai agir*, como quando, por negligência ou dolo, diz *não ser caso de agir embora o exame do caso concreto evidencie, acima de dúvida, que a ação da instituição era exigível*. Esta segunda hipótese se torna obrigatória de prever, sob pena de, não o fazendo, estarmos dando pretexto para que o dever de agir sempre seja violado impunemente, apenas mudando-se a fundamentação da inércia (bastaria que o Promotor se recusasse a agir dizendo que *não identificava a hipótese de agir...*). Assim, tanto viola o dever de agir o Promotor que diz: *aqui há crime, os indícios de autoria estão definidos, não está extinta a punibilidade, o agente não é inimputável, a lei exige que eu aja, mas, ainda assim não vou agir*, como aqueloutro que, por negligência ou dolo, *não vê ou não quer ver o crime que está evidenciado nos autos e portanto diz: não vou agir*.

A liberdade e a independência funcionais existem. Mas não se pode invocar levemente uma ou outra apenas para justificar posições estritamente pessoais ou arbitrárias. As-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

sim, não pode haver *liberdade para violar a lei*, sob pena de cairmos numa petição de princípios: se em nome de um conceito absoluto de liberdade eu não pudesse cercear ninguém, então eu também não poderia cercear nem mesmo quem viole a liberdade... Ora, essa interpretação, ainda que possa ser defendida em nome da liberdade irrestrita, importaria em negá-la ao final.

5. Colocadas estas premissas, cabe entrar na análise do caso concreto de que nos ocupamos neste recurso.

Assim como o nobre Procurador de Justiça que expendeu a ficha de conceito ao Dr. Promotor, também não concordo com a posição doutrinária e funcional do Dr. Promotor de Justiça; contudo, diversamente agora, entendo de reconhecer que tem o Dr. Promotor direito de expendê-la, em doutrina ou no seu ofício, sem violar o dever de agir, ínsito em nossa atuação funcional.

Reputo errônea a tese do Dr. Promotor, expendida nas suas contra-razões, e não me privarei de dizer porque, ainda que em abordagem secundária, pois entendo que o objeto deste recurso não é saber se tal tese jurídica está certa ou errada, e sim se o conceito de insuficiente recebido pelo Dr. Promotor foi justo ou injusto no caso concreto:

a) Os dispositivos constitucionais tidos por S. Ex.<sup>a</sup> como revogados do art. 16 da Lei n. 6.368/76, não são no-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

vidade da CF de 88, mas também defluíam da Constituição anterior (princípios da dignidade da pessoa; igualdade perante a lei; inviolabilidade da liberdade, da intimidade e da vida privada); assim, incorreto falar em revogação do art. 16 da Lei de Tóxicos pela CF de 88, que não poderia revogar dispositivo que, se fosse inconstitucional, já não estaria integrando a ordem jurídica precedente;

*b)* Sob a ordem constitucional anterior ou atual, em nenhum momento a declaração de inconstitucionalidade do art. 16 da Lei de Tóxicos foi reconhecida *erga omnes* nem esse dispositivo teve sua eficácia suspensa;

*c)* Não viola o princípio da igualdade o fato de o legislador incriminar o uso de alguns tóxicos (como maconha, cocaína, heroína) e não fazer o mesmo com outros (como álcool e tabaco). O próprio Dr. Promotor, em trabalho doutrinário, distingue as drogas entre *leves* e *pesadas* (*op. cit.*, p. 122), e o juízo de reprovabilidade e do seu grau é do legislador, e para exercê-lo, não raro vale-se de padrões socialmente aceitáveis numa determinada época. Embora sempre se assegure o direito de crítica da doutrina, não se pode admitir o descumprimento da lei por aqueles que deveriam ser seus aplicadores;

*d)* A inviolabilidade da vida privada, da privacidade ou da intimidade sujeita-se também aos limites da lei, de forma que lhe cabem as mesmas restrições que se podem impor à liber-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

dade individual, tanto que mesmo a privacidade do domicílio não impede buscas ou invasões legalmente admitidas em caso de mandado judicial ou crime. Outrossim, ainda que o direito tolere atos contra a própria pessoa (como a tentativa de suicídio ou a autolesão), isto não significa que o indivíduo não possa ser impedido pela lei de fazer ato, ainda que privado, que possa, a juízo do legislador, trazer dano ou mero perigo social (como o crime de incêndio em coisa própria, mas expondo a perigo o patrimônio alheio);

e) Não tem adequação ao tipo legal dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76 o argumento de que, ao punir o toxicômano, estaríamos punindo o *modus vivendi* do agente e não sua conduta, pois tais artigos incriminam uma ação típica determinada no tempo, e não um *estado* da pessoa. Ademais, nada impediria que a lei punisse estados reprováveis de comportamento, como no crime de abandono material, bando ou quadrilha, ou nas contravenções de vadiagem ou porte de arma etc.;

f) O legislador entendeu oportuno e conveniente reprimir a posse de alguns tóxicos, por considerá-los mais nocivos que outros, seja para tráfico seja para uso próprio — e esse juízo é do legislador, não do Juiz nem do Promotor.

Ao incriminar a conduta de quem porta tóxicos, para tráfico ou uso próprio, porque a considera socialmente perigosa, o legislador age dentro dos limites que a Constituição lhe



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

comete, seja em decorrência de tratados internacionais aos quais se vincula o País, seja no âmbito interno, ao legislar sobre direito penal (art. 22, I). E em nada invade indevidamente a esfera de liberdade individual, até porque não está punindo o *uso da droga*, em si (embora pudesse fazê-lo), e sim está punindo *sua posse e seu porte*, seja para a venda, seja ainda para uso próprio. E a razão da incriminação, mesmo neste último caso, é que o legislador considerou que o indivíduo que porta consigo entorpecente, ainda que para uso próprio, está cometendo ato social penalmente reprovável e perigoso — em juízo que é dele, legislador, e não do Ministério Público. Entendeu o legislador que o agente, com seu comportamento, está contribuindo para a difusão do uso da droga, cujos *malefícios sociais e conseqüências nefastas*, a despeito do longo esforço do Dr. Promotor em negá-los, acaba sendo por ele mesmo reconhecidos quando do encerramento da monografia já citada (p. 125 *in fine* e 126 *in fine*).

6. Ademais, a nosso ver, no caso concreto, na sua atuação não doutrinária, mas processual, o Dr. Promotor se perdeu em divagações abstratas sobre a conveniência de afastar a solução do problema do uso de tóxicos do direito penal, ou sobre os defeitos da pena corporal no sistema da Lei n. 6.368/76 — embora esse juízo novamente não seja do Ministério Público e sim do Poder Legislativo e do Poder Executivo, com a elaboração da lei.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

7. Entretanto, nenhum desses argumentos pode, nem será usado em meu raciocínio para examinar o acerto ou desacerto do conceito de demérito, emitido pelo Dr. Procurador ao Dr. Promotor, pois entendo que, em todos esses passos, temos a discussão de uma tese jurídica que, embora com ela não concorde, está dentro da *lógica do razoável* invocá-la, pois que está exposta com clareza pelo Dr. Promotor, é admitida aqui e acolá em um ou outro julgado e tem coerência interna, ainda que sujeita a crítica.

Desta forma, não podemos endossar, *concessa venia*, seja imposto ao Dr. Promotor um conceito de insuficiência sob o fundamento de ter ele violado o princípio da obrigatoriedade, no caso concreto sob exame.

Quanto à defesa da tese da inconstitucionalidade do artigo legal, o Dr. Promotor se valeu de entendimento jurídico doutrinariamente sustentável, embora de modesta acolhida jurisprudencial, tendo agido dentro de limites que são social e institucionalmente aceitáveis para sua independência funcional. Entender o contrário, a nosso ver, seria um inaceitável patrulhamento ideológico da instituição sobre seus agentes, o que culminaria por esvaziar a garantia constitucional da independência e da liberdade funcional e desfigurar o Ministério Público, submetendo seus agentes.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A reprovação ao abuso da liberdade funcional pelo membro do Ministério Público, a nosso ver, deve ocorrer apenas em casos de extrema gravidade, de sério e inaceitável desvio funcional provocado por negligência, dolo ou fraude, de que não se cuida no caso concreto, em que a tese do Dr. Promotor encontra guarida em revistas científicas e encontra espaço em elevadas discussões forenses (v.g. RT 552/354 e 586/379; v., ainda, RT 649/254 e 650/274).

8. A esta altura, admitindo, pois, que o Dr. Promotor tinha o direito de sustentar sua tese de inconstitucionalidade do art. 16 da Lei Antitóxicos, o que resta discutir é se, ao defendê-la no caso concreto, mereceu ou não a avaliação de insuficiência agora *quanto à qualidade intrínseca de seu trabalho* (quanto ao seu conteúdo jurídico, poder de convencimento, poder de iniciativa e desempenho na fase recursal).

Desde logo chama a atenção o fato de que a ficha de conceito expendida pelo Dr. Procurador de Justiça aparentemente se contradiga, ao considerar boas a *forma e qualidade de redação*, bem como a *sistematização lógica*, mas ao mesmo tempo considere mau seu *conteúdo jurídico* e o *poder de convencimento* — o que não passou despercebido ao Dr. Promotor (fls. 42, n. 4).

Examinando-se, porém, o parecer do ilustre Dr. Procurador de Justiça que expendeu a avaliação, percebe-se que,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

não obstante reconhecendo, por justiça, que o Dr. Promotor escreve bem, é claro e sistematiza logicamente suas idéias, ao mesmo tempo, mas agora estritamente *sob o aspecto jurídico*, entendeu o Dr. Procurador ser insuficiente o trabalho do Dr. Promotor.

9. Afastado, pois, o aspecto de a defesa da inconstitucionalidade de dispositivo do art. 16 da Lei Antitóxicos servir por si só de fundamento para a avaliação de insuficiência, vejamos, pois, os demais aspectos negativos apontados na ficha de avaliação e também no parecer juntado a fls. 3/9.

Assim é que, embora a forma e a qualidade da redação tenham sido consideradas boas e ainda tenha boa sistematização lógica (com efeito, o d. Dr. Promotor escreve bem), no seu *conteúdo jurídico* as contra-razões, a nosso ver, não foram felizes na análise do caso concreto.

Como se vê de fls. 44/8, o Dr. Promotor de Justiça se perdeu em longas divagações sobre a inconstitucionalidade de punir-se o *uso indevido de entorpecentes* (fls. 45 e s.), quando o tipo penal não pune o uso, e sim *o porte para uso*, ou seja, trata-se de crime de perigo abstrato (Sérgio Médici, *Tóxicos*, p. 41-2, ed. Jalovi, 1977), sem resultado, pois que delito formal. Presume, pois, o legislador que *haja perigo social nessa conduta*, perigo este que decorre da difusão do uso de drogas (*JTACrim*, 56/316; *RJTJSP*, 109/475; no mesmo sentido, cf. Vicente Greco Filho, *Tó-*





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*xicos*, ed. Saraiva, p. 114) — e isso é tecnicamente diverso do *uso em si da droga pelo toxicômano*.

Mas o que mais nos chama atenção é que, na discussão do caso concreto, o Dr. Promotor perde-se, *concessa venia*, em examinar aspectos de política criminal para não punir os toxicômanos, quando não há nada nos autos que sequer sugira seja o réu toxicômano (como demonstra o Dr. Procurador de Justiça a fls. 9, sem qualquer contestação do Dr. Promotor a respeito, cf. fls. 20/3, 35, 41/3 e 44/8).

Por outro lado, não foi indevida violação da sua privacidade a revista e prisão do réu, que estava com nada menos que 20 g de cocaína em quatro papéletes diferentes e vários cheques de emissão de terceiros, havendo notícia de ordem de pagamento em favor do réu, portada por traficantes, e ainda estava ele em suposta visita a outra pessoa denunciada como traficante, em cuja casa os policiais estavam legalmente, munidos de mandado judicial (fls. 7).

Assim, a nosso ver, o exame do caso concreto em muito se divorcia das abstrações e generalidades que o Dr. Promotor usou para o pedido de absolvição, pois nada indicava nos autos que o réu fosse toxicômano (aliás, inicialmente fora denunciado pelo crime do art. 12, e condenado, por desclassificação, pelo crime do art. 16 da Lei de Tóxicos, sem recurso do Ministério Público).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

10. Entretanto, também sob o aspecto do conteúdo jurídico e ao poder de convencimento das contra-razões do Dr. Promotor, vemos que, a despeito de suas imperfeições, teriam estas podido passar como trabalho normal, sem maior juízo crítico, ainda mais que desfavorável, se não tivessem elas enveredado por uma tese isolada e que, mercedamente a nosso ver, não encontra maior aceitação institucional.

Seria, porém, demasia puni-lo com um conceito de insuficiência, ainda que discordando radicalmente de suas posições e até mesmo da sua abordagem concreta do caso dos autos.

Também não recrimino a atividade do nobre Dr. Procurador de Justiça, que, como a do Dr. Promotor, se encontra amplamente legitimada pela sua convicção, e se assim o fez, agiu na certeza de contribuir para o aprimoramento dos serviços afetos ao Ministério Público.

Mas o conceito de insuficiência ou qualquer sanção disciplinar contra membros do Ministério Público, fundados no mérito das suas manifestações processuais, a nosso ver só se podem impor, como vimos, em casos teratológicos, de que não se cuida no caso concreto, como quando de forma insustentável haja sido descumprido o princípio da obrigatoriedade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

11. De tudo quanto foi exposto, *concessa venia* ao resp. entendimento da decisão recorrida, dou provimento ao recurso interposto, para que não seja feita a anotação de demérito no prontuário do Dr. Promotor de Justiça pelos fatos narrados na ficha de conceito de fls. 2.

São Paulo, 19 de setembro de 1994.

HUGO NIGRO MAZZILLI  
PROCURADOR DE JUSTIÇA  
CONSELHEIRO

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