

M.P.D.F.T.



115885

M.P.D.F.T.



115885



gresso Interno do MPDFT

Realização:

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Patrocínio:

CAIXA
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

 **BRASÍLIA
JURÍDICA**

Apoio:

ASBACE ATP
Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais

341.413
CONG
DFT
2001
115885

2000



Portaria PGJ nº 24, de 18/01/2000



ANAIIS

V Congresso Interno do MPDFT

abril/2000

ANAIIS

IV Congresso Interno do
Ministério Público do Distrito Federal
e Territórios

Abril - 2000

Direitos Autorais reservados - © -
Gráfica e Editora Redentorista
SHIS QL 6/8 - Conj. A - Lago Sul
Tel.: (61) 248-4166 - Ramal 216 - Telefax: (61) 364-3615
Brasília - DF - CEP 71620-400

Editoração Eletrônica: Gráfica e Editora Redentorista
Capa: Grifo Design

CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS, 4., 2000, Pousada do Rio Quente, GO.

Anais... – Brasília: Gráfica e Editora Redentorista, 2001.
134 p.

1. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – Congresso.

CDDir. 341.413.

M.P.D.F.T.



115885



M.P.D.F.T.



115885

BIBLIOTECA
MPDFT

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Praça Municipal, Lote 2, Eixo Monumental (Praça do Buriti)
Brasília-DF, CEP: 70075-900
Telefones: (61) 344-6603 / 344-5256

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

SAS - Quadra 5, Bloco H, 3º andar
Brasília-DF, CEP: 70070-914
Telefax: (61) 226-4643 / 226-4178

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Praça Municipal, Lote 2, Eixo Monumental (Praça do Buriti)
Brasília-DF, CEP: 70075-900
Telefones: (61) 344-6603 / 344-5256

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS**

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Vice-Procuradora-Geral

Procuradora de Justiça NÍDIA CORRÊA LIMA

Corregedora-Geral

Procuradora de Justiça ZENAIDE SOUTO MARTINS

Diretor-Geral

Promotor de Justiça MOISÉS ANTÔNIO DE FREITAS

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

Conselho Curador

Conselheira-Presidente

Procuradora de Justiça Zenaide Souto Martins

Conselheira-Secretária

Promotora de Justiça Isabel Maria de Figueiredo Falcão Durães

Conselheira

Promotora de Justiça Cláudia Maria de Freitas Chagas

Conselheiro

Procurador de Justiça Humberto Adjuto Ulhôa

Conselheiro

Procurador da República Humberto Jacques de Medeiros

Conselheira

Procuradora de Justiça Tânia Maria Nava Marchewka

Conselheira-Suplente

Promotora de Justiça Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub

Conselheiro-Suplente

Promotor de Justiça André Vinícius Espírito Santo de Almeida

Conselho Administrativo

Diretor-Geral

Promotor de Justiça Leonardo Azeredo Bandarra

Diretor Administrativo-Financeiro

Promotor de Justiça Vetuval Martins Vasconcelos

Diretor de Ensino

Promotor de Justiça José Pimentel Neto

Diretor Cultural

Promotor de Justiça Roberto Carlos Batista

Diretora Editorial

Promotora de Justiça Maria Rosynete de Oliveira Lima

**ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS**

Presidente

Promotor de Justiça MAURÍCIO SILVA MIRANDA

Vice-Presidente

Promotor de Justiça ALEXANDRE FERNANDES GONÇALVES

Relações Públicas

Promotor de Justiça LUCIANA MEDEIROS COSTA

Diretor Administrativo

Promotor de Justiça Aposentado ISRAEL PINHEIRO TORRES

Diretor Financeiro

Promotor de Justiça Adjunto FABIANO COELHO VIEIRA

Secretário

Promotor de Justiça Adjunta VYVYANY VIANA NASCIMENTO

Diretor para Assuntos Jurídicos e Institucionais

Procuradora de Justiça TANIA MARIA NAVA MARCHEWKA

COMISSÃO ORGANIZADORA DO IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Comissão Organizadora

Presidente

Procuradora de Justiça Lélia Maria Duarte Cerqueira

Vice-Presidente

Promotor de Justiça Aposentado Israel Pinheiro Torres

1º Secretário

Promotora de Justiça Leslie Marques de Carvalho

2º Secretário

Promotor de Justiça Wilton Queiroz de Lima

Membros

Promotor de Justiça Alexandre Fernandes Gonçalves

Promotora de Justiça Adjunta Ana Luíza Lobo Leão Osório

Promotor de Justiça Adjunto Jânio Antônio Coelho

Promotora de Justiça Luciana Medeiros Costa

Promotor de Justiça Adjunto Railson Américo Barbosa de Oliveira

Subcomissão Editorial

Promotor de Justiça Alexandre Fernandes Gonçalves

Promotor de Justiça Adjunto Fabiano Coelho Vieira

Promotor de Justiça Aposentado Israel Pinheiro Torres

Promotora de Justiça Leslie Marques de Carvalho

Promotora de Justiça Luciana Medeiros Costa

Promotor de Justiça Roberto Carlos Batista

Subcomissão de Hospedagem, Transporte e Eventos

Promotora de Justiça Ana Cláudia Magalhães Alves de Melo

Promotora de Justiça Adjunta Ana Luíza Lobo Leão Osório

Promotora de Justiça Ana Paula Tomás Ferreira

Promotora de Justiça Luciana Bertini Leitão

Promotor de Justiça Wilton Queiroz de Lima

Procuradora de Justiça Aposentada Zuleika Ávila de Resende

Subcomissão de Patrimônio e Contratos

Promotor de Justiça Adjunto Canito José Pinto Coelho

Promotor de Justiça Adjunto Jânio Antônio Coelho

Promotora de Justiça Kátia Christina Lemos

Promotor de Justiça Libanio Alves Rodrigues

Promotor de Justiça Adjunto Newton César V. Teixeira

Promotor de Justiça Adjunto Railson Américo Barbosa Oliveira

Promotora de Justiça Adjunta Vyvyany Viana Nascimento

Apresentação

O Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios surgiu da necessidade, verificada no cotidiano dos Promotores e Procuradores de Justiça, de se abrir um espaço nas apertadas agendas de trabalho para debater temas de grande interesse para a classe, assuntos do Direito e também as questões institucionais. Desde o primeiro Congresso, realizado na cidade de Pirenópolis, procuraram as várias comissões organizadoras encontrar um local afastado de nossa rotina e, de preferência, longe dos nossos afazeres e obrigações, de modo a possibilitar uma verdadeira “imersão” em temas e discussões.

Ao longo deste Congresso Interno, tivemos a oportunidade de nos dedicar a discutir e pensar o Ministério Público. Obtivemos muitos avanços, várias teses foram aprovadas e certamente servirão de norte para o exercício futuro de nossas atribuições. Outras poucas teses não obtiveram êxito em plenário, o que, por si só, representa a verdadeira diversidade de opiniões, entendimentos e sentimentos presentes em todos os locais onde se é proposta a discussão jurídica.

Dos debates acalorados, das teses apresentadas e das trocas de idéias realizadas, surge um Ministério Público renovado, capaz de, com certeza, responder à altura os clamores da sociedade, que hoje, mais do que nunca, descobriu no Ministério Público um órgão capaz de tentar resgatar a dignidade, a lisura e a normalidade das relações governamentais e sociais.

Complementando o trabalho desenvolvido, a Comissão Organizadora apresenta os Anais do IV Congresso Interno do MPDFT. Esperamos que as propostas aqui apresentadas possam contribuir para o enriquecimento dos debates acerca dos temas com que, porventura, os consulentes se defrontem em seu cotidiano de operadores do Direito.

Comissão Organizadora

Sumário

A Coisa Julgada em face do Juízo Universal e a Impenhorabilidade da Garantia Real em Cédula Rural <i>Alexandre Sales de Paula e Souza, Nino Franco</i>	15
Competência para Execução Penal Provisória e Juízo de Execuções Criminais <i>Cláudia Valéria Pereira de Queiroz e Maércia Correia de Mello</i>	27
Otimização do Plantão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios <i>Cristina Rasia Montenegro e Pedro Oto de Quadros</i>	35
Sentença Legiferante: Uma Anatomia da Desordem <i>Eduardo Albuquerque</i>	45
Modificação da Regulamentação do Afastamento de Membros do MPDFT para Frequentar Cursos de Aperfeiçoamento e Estudos <i>Leonardo Roscoe Bessa e Rodolfo Cunha Salles</i>	59
Responsabilidade Civil dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito <i>Leonardo Roscoe Bessa</i>	65
Proposta: Solicitação de Recomendação do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça para Sugerir aos Membros do MPDFT uma “Rotina de Procedimentos” no Caso de Confronto ou Atrito com outras Autoridades Públicas <i>Libanio Alves Rodrigues</i>	77
A Incompetência do Juiz-Presidente para Aplicar os Novos Institutos de Justiça Consensual após a Desclassificação Operada pelo Tribunal do Júri <i>Marcos Juarez C. de Oliveira</i>	81
	13

Execução de Prestação Alimentícia Fixada em Acordo Referendado Pelo Ministério Público e Prisão Civil <i>Newton Cezar Valcarenghi Teixeira</i>	91
Da Inoponibilidade de Sigilo ao Ministério Público pelo Tribunal de Contas <i>Nino Franco</i>	101
O Acesso a Todo e Qualquer Ofício da Carreira de Promotor de Justiça / A Necessidade de Normatizar o Provimento das Promotorias que Funcionem em Caráter Experimental <i>Paulo Roberto Binicheski e Jairo Bisol</i>	109
A Perda da Arma de Fogo como Condição para o Oferecimento de Proposta de Suspensão Processual nos Delitos Previstos no Art. 10, Caput, e § 1º, Incisos I e III da Lei 9.437/97 <i>Railson Américo Barbosa de Oliveira</i> <i>Gaspar Antonio Viegas</i>	119
Democratização do Concurso do MPDFT <i>Rogério Schietti Machado Cruz</i>	129

A COISA JULGADA EM FACE DO JUÍZO UNIVERSAL E A IMPENHORABILIDADE DA GARANTIA REAL EM CÉDULA RURAL

Alexandre Sales de Paula e Souza
Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT
Nino Franco
Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT

EMENTA: Civil e Processual Civil - Impugnação de créditos no Juízo Universal - Legitimidade do Ministério Público - Crédito Trabalhista constituído no Juízo Laboral - Coisa Julgada e Reapreciação no Juízo Universal - Possibilidade - Cédula Rural com garantia hipotecária e Decreto-Lei nº 167/67 - Impenhorabilidade relativa - Exclusão do Concurso Universal.

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INSOLVÊNCIA CIVIL

Apesar da inexistência de dispositivo processual expresse que determine a presença do Ministério Público no processo de insolvência civil, esta é irrefutável.

A intervenção ministerial é patente quando analisada sob o prisma de suas atribuições insculpidas no art. 82, III, do CPC, mormente

pelo fato incontroverso de que há manifesto interesse público em ações dessa natureza. Prova inexorável disso é a previsão legal expressa da participação do Ministério Público em todas as fases do processo de falência (art. 210 do Decreto-Lei nº 7.661/45), em muito assemelhado ao processo de insolvência civil. Neste esteio a lição do mestre processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Sendo unânime o reconhecimento da doutrina de que o processo de insolvência envolve questões de interesse público, parece-nos ser de toda conveniência intimar o representante do Ministério Público, para intervir em seus atos, após as partes, nos termos do art. 83 do Código de Processo Civil”.

Outra notável dupla de processualistas, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, também já manifestaram opinião no mesmo sentido:

“Nos pedidos de insolvência há interesse público legitimador da intervenção do MP: ‘Há interesse público nas execuções contra devedor insolvente, pois a finalidade dessa ação não é apenas evitar que o patrimônio do insolvente seja dilapidado, mas também impedir prejuízos à ordem econômica geral. A intervenção do MP é obrigatória (JTJ, 141/263).’

(...)

Consoante sustentado por Édis Milaré, em seu trabalho (Just. 110/103), as mesmas razões que levaram o legislador de 1945 a estabelecer a intervenção do Ministério Público na falência existem na insolvência civil, em especial a enorme gama de interesses públicos em jogo após a declaração judicial da insolvência, diante da grande repercussão social pelo abalo do crédito público(...)”.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Insolvência Civil*, Forense, 1997, pág. 118.

² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., págs. 376 e 895/896.

Patente a presença do Ministério Público no processo de insolvência civil, indubitável é a sua capacidade processual de, além de fiscalizar e acompanhar a legalidade dos atos praticados, *requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade* no processo (art. 83, II, *in fine*, do CPC), o que, em última análise, legitima a possibilidade de oferecimento de impugnação aos créditos habilitados. Colham-se as palavras do ilustre MIRANDA VALVERDE, mencionado pelo não menos ilustre ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, acerca da atuação do Ministério Público no processo de falência, em tudo semelhante ao processo de insolvência civil:

“Prevê o art. 91, *caput*, da Lei de Falências o parecer do Ministério Público nos ‘autos das declarações de crédito e das impugnações’ antes do julgamento das respectivas habilitações. Sobre a matéria, o que se discute é se pode o Ministério Público impugnar a declaração de crédito, ou seja, se o parecer oferecido pode ter a feição de impugnação. Resposta afirmativa já nos deu há muito Miranda Valverde (*apud* J. Cabral Neto), *verbis*: ‘Opina o representante do Ministério Público tanto sobre os créditos impugnados quanto sobre os não impugnados. No primeiro caso, o seu parecer pode ser favorável a um ou a outro contendor, ou de ambos divergir. No segundo, se a promoção for contrária vale, inquestionavelmente, como impugnação. Se, e na verdade, a intervenção do Ministério Público no processo da falência se justifica pela necessidade de defender os interesses da justiça, como não atribuir ao seu parecer força de impugnação? Realmente, como se pode cogitar de defesa eficaz do interesse público, no caso a defesa do direito de que comprovadamente tem direito, se o órgão a quem se atribui tal tarefa não se pode opor, resistir? Por isso, não só pode mas deve o Promotor de Justiça de Falências impugnar créditos, explícita ou implicitamente, em seu parecer, quando verifique que os mesmos parecem fantásticos, ou ainda, impugnar classificações *contra legem*, mesmo que nenhum credor tenha tomado a iniciativa de fazê-lo”.

³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., pág. 445.

Não resta dúvida quanto à participação do Ministério Público no processo de insolvência civil tampouco quanto à sua legitimidade para impugnação de créditos habilitados.

TRÂNSITO EM JULGADO E REAPRECIAÇÃO DO TÍTULO NO JUÍZO UNIVERSAL

Outra indagação contudo surge: o crédito trabalhista assim constituído por sentença transitada em julgado na Justiça do Trabalho pode ser objeto de reapreciação de mérito no Juízo Comum? Em nosso ponto de vista a resposta é seguramente afirmativa.

O argumento de que os créditos trabalhistas constituídos na Justiça do Trabalho não são rescindíveis no Juízo Comum, pois estariam amparados pelo intangível manto da coisa julgada, constituída através de sentença homologatória com julgamento de mérito, não pode prevalecer como passaremos a demonstrar.

Primeiramente, a imutabilidade da coisa julgada que constitui crédito habilitado em execução atinge a relação processual entre as partes originárias, ou seja, reclamante e reclamado, não cabendo mais ao devedor discutir sua regularidade ou não. Contudo, seus efeitos não podem prevalecer sobre terceiros que não participaram da relação processual e que se viram atingidos pelos resultados da coisa julgada na relação primitiva da qual não tiveram ciência. Outra não é a orientação do legislador processual:

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Significa dizer que a regularidade da constituição de créditos habilitados em processo de insolvência poderá ser discutida pelos demais credores no Juízo Universal e este, por sua vez, poderá reavaliá-los e até mesmo desconstituí-los, sem que isso signifique ofensa à coisa julgada. Ao contrário, representa, antes de tudo, verdadeira proteção ao

provimento judicial que não pode ser maculado pelo artil das Partes. Novamente o mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, mencionando ALFREDO BUZAID e JOSÉ FREDERICO MARQUES, ensina:

“Para quem não foi parte no processo, a sentença não é senão documento. Não é coisa inexistente, mas não tem maior valor do que qualquer outro título de crédito. Vale como documento, que, em princípio, todos devem respeitar, mas não tem a autoridade de *res iudicata*, capaz de revesti-la da indiscutibilidade.

O terceiro, portanto, está obrigado a reconhecer o julgado quando este é legítimo. Mas se a sentença é proferida em processo simulado, que resultou de colusão entre o credor e o devedor, o terceiro tem legitimidade para impugnar os seus efeitos.

Assiste-lhe, sem dúvida, o direito de opor-se à eficácia do ato fraudulento, ainda que recoberto por sentença, para elidir a lesão que ele representa a seus direitos em concurso⁴”.

Como demonstrado, não há que se invocar a imutabilidade da coisa julgada material quando, em questão, seus efeitos atingem relação jurídica diversa daquela na qual se proferiu o provimento judicial. Como bem ensina OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, não há que se cogitar da imutabilidade da coisa julgada em relação a terceiros em casos tais:

“À medida que o estudo científico das eficácias *ultra partes* que a sentença pode provocar no que se refere aos terceiros, evidencia que tais efeitos nada têm a ver com a *indiscutibilidade* peculiar à coisa julgada material, mais se fortalece a convicção de que a sentença só tem valor de coisa julgada *inter partes*, só a favor e contra aqueles que integraram a respectiva relação processual. Todos os casos, pacientemente discutidos pela vastíssima doutrina existente, a que muitos atribuíam, e ainda hoje insistem em atribuir, uma eficácia expansiva *ultra partes* da coisa julgada - quando bem examinados, demonstram serem exemplos ou de eficácias externas à demanda, ou serem efeitos reflexos, ou consistirem em eficácias constitutivas, ou executivas, ou mandamentais - internas à demanda - que atingem os terceiros, não como coisa julgada

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *op. cit.*, pág. 306.

indiscutível, mas como efeito constitutivo, ou mandamental, ou executivo, sempre capaz de ser posto novamente sob a apreciação judicial, bastando que o terceiro que alegue ser titular de uma relação jurídica incompatível com a decidida (Betti, Chiovenda), se legitime para a nova demanda, onde a mesma relação jurídica será rediscutida⁵”.

Como demonstrado, o manto da coisa julgada não pode acobertar eventual simulação havida entre devedor insolvente e credores trabalhistas que, inexoravelmente, tem por escopo prejudicar outros credores.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA ANÁLISE DE CRÉDITO TRABALHISTA

A alegada incompetência para analisar a regularidade de crédito de natureza trabalhista - o que em tese representaria intromissão na competência da Justiça Laboral - também não prevalece frente aos argumentos da utilização do processo para obtenção de fim ilícito.

A coisa julgada e a competência exclusiva da Justiça Laboral para análise de relações de trabalho não podem acobertar convenções fraudulentas entre devedor insolvente e credor trabalhista. O devedor insolvente, ao dispor de seu patrimônio quando já era virtualmente insolvente e está prestes a ter seus bens apreendidos judicialmente para satisfação de créditos trabalhistas, cuja regularidade não chegou a receber merecido exame em Juízo, submetendo-se as Partes a mera formalização de acordo sob a chancela judicial, nada mais faz do que evidenciar um *consilium fraudatorius*.

O poder geral de cautela do Juiz, como dispõe nossa lei adjetiva, permite que seja frustrado o intento de manipulação do processo para obtenção de fim ilícito pela partes:

⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, Fabris, 1995, pág. 121.

“Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

Esse poder geral de cautela permite que, em qualquer Juízo, seja discutida a ética na prática dos atos processuais supostamente eivados de vício, impondo-se sua conseqüente rescisão, uma vez restada indubitável a irregularidade. Ainda o mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR argumenta que não há razão para invocar-se a incompetência absoluta do Juízo para impedir a desconstituição da coisa julgada trabalhista uma vez detectada a fraude:

“Impõe-se distinguir, todavia, entre rescindir o julgado trabalhista e examinar a fraude ou simulação do processo em que se deu o julgamento. Se se trata de pretensão a reexame de mérito do julgado, a impugnação evidentemente não merece acolhida no concurso de credores. Mas se a arguição é de conluio entre o patrão e o empregado para obter o título judicial em prejuízo dos demais credores, parece-me que nem a sentença trabalhista escapa à universalidade da verificação concursal. Do contrário, estar-se-ia abrindo perigosa válvula à malfícia e à fraude, o que a execução concursal procura coibir a todo custo⁶”.

Patente a possibilidade jurídica de reexame de créditos trabalhistas eventualmente habilitados e presentes elementos suficientes para o questionamento da lisura da formação de tais créditos, possível torna-se a instauração de procedimento de cognição com o objetivo de aferir a existência de relações de trabalho.

Não se trata de simples reexame de mérito, como apontado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, mas de possibilidade de aferição de conluio entre as partes, uma vez presentes elementos suficientes para o questionamento da regularidade da existência de créditos trabalhistas.

⁶ *op. cit.*, pág. 307.

PREFERÊNCIA DO CREDOR DE CÉDULA RURAL

O contrato de financiamento agrícola, através de cédula de crédito rural, é regido pelo Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967 e, como sabido, constitui uma das mais importantes fontes de fomento para o desenvolvimento da agricultura no País.

A equação encontrada para custeio da agricultura, permitindo que pequenos e médios produtores desenvolvam a atividade de plantio com relativa segurança numa atividade sujeita a riscos climáticos e conjunturais de mercado, é de fundamental importância para o desenvolvimento econômico e social da Nação no campo. Tão grande é a relevância do desenvolvimento de nossa agricultura que os vários Governos Federais elaboraram e têm elaborado políticas de fomento da atividade agropecuária através de subsídios, linhas exclusivas de crédito, garantia de preço mínimo e juros abaixo dos praticados em mercado. Chegou-se mesmo ao ponto de fazer com que todas as instituições bancárias do País fossem obrigadas a aplicar parte de seus investimentos no fomento da agricultura.

A questão resume-se em reconhecer o verdadeiro alcance do referido dispositivo legal (art. 69 do Decreto-Lei nº 167/67), *verbis*:

“Art. 69. Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural não serão penhorados, arrestados ou sequestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão”.

Após análise do referido dispositivo, conclui-se que os bens oferecidos em garantia a dívidas provenientes de penhor especial (no caso o agrícola) do qual se extraiu cédula rural não poderão ser penhorados por outras dívidas, a não ser por aquelas constituídas no

próprio título de crédito rural. É impossível imaginar que um agente financeiro de investimento no campo possa manter o equilíbrio da mencionada equação sócio-econômica sem revestir-se de garantias mínimas para o retorno dos recursos aplicados. É justamente com o retorno da aplicação desses recursos que novos agricultores terão oportunidade de receber investimentos para aplicá-los no campo, perpetuando o sistema e permitindo-se o desenvolvimento no campo. Sem sombra de dúvida, a *ratio legis* é a manutenção de uma política mínima de equilíbrio entre a fonte de investimento e a garantia de recursos para novos investimentos. Ademais, é a própria Constituição quem estipula, expressamente, em que circunstância dar-se-á a impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º, XXVI, da CF).

IMPENHORABILIDADES ABSOLUTA E RELATIVA

Se por um lado, via de regra, os bens do devedor respondem por suas obrigações e, portanto, podem ser expropriados, é fato que há bens que o nosso ordenamento jurídico exclui da possibilidade expropriatória, seja de forma absoluta, seja admitindo-se fazê-la em algumas poucas exceções. Neste particular, nossa legislação estabeleceu dois níveis de impenhorabilidade, a saber: a absoluta e a relativa.

São considerados absolutamente impenhoráveis os bens relacionados no art. 649 do Código de Processo Civil, não podendo eles ser expropriados para pagamento de quaisquer dívidas, sob qualquer hipótese. São, contudo, relativamente impenhoráveis aqueles bens que, somente em situações especificadas na lei, podem ser expropriados para pagamento das dívidas do seu devedor. Mencione-se, por exemplo, a Lei nº 8.009/90, que cria a impenhorabilidade do imóvel residencial da família contra dívidas civis, comerciais, fiscais, previdenciárias ou de outra natureza - compreendida aqui até mesmo a dívida oriunda de relação trabalhista -, excepcionando o rol de hipóteses descritas nos vários incisos do art. 3º da referida lei.

O art. 69 do Decreto-Lei nº 167/67 cria hipótese de impenhorabilidade relativa, onde os bens oferecidos em garantia, pignoratícia ou hipotecária, oriundos de cédula de crédito rural, não podem ser penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante. Uma vez estipulado que tais bens, gravados com essa cláusula especial de impenhorabilidade, não podem ser arrecadados a não ser para satisfação da própria cédula rural, conclui-se que, mesmo em face da instauração do concurso universal, tais bens não poderão ser arrecadados para a massa, devendo ser compulsoriamente adjudicados ao credor hipotecário.

O raciocínio contrário colocaria em um mesmo patamar os vários tipos de créditos com garantias reais, equiparando hipotecas e penhores gravados com cláusula de impenhorabilidade a hipotecas e penhores comuns. Estes últimos, como sabido, apesar de representarem ônus real, estão sujeitos à arrecadação (*ex vi* art. 615, II, do CPC). Não há lógica em sustentar-se que ambos os tipos de hipoteca estão sujeitos ao mesmo regime, o que tornaria o art. 69 do Decreto-Lei nº 167/67 dispositivo legal completamente inútil. Em acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, o nobre magistrado ARAKEM DE ASSIS analisa estes pormenores do referido dispositivo legal e culmina por sustentar a afastabilidade da penhora a bens dados em garantia de cédula rural, mesmo ante o concurso universal:

“Realmente, no caso dos autos se deve considerar que bem objeto de garantia real - hipoteca, penhor ou anticrese - na execução singular é penhorável, tanto pelo titular do crédito garantido quanto pelos demais credores; se quirografários, como geralmente se admite, a penhora se condiciona pela insolvência do devedor (arts. 615, II, 698 e 1.047, II, do CPC; em doutrina, a conclusão geral da obra de Haroldo Pabste, *O Crédito Hipotecário na Execução Movidada por Terceiro*, pág. 73, São Paulo, Ed. RT, 1978). E isto decorre, simplesmente, porque o titular do crédito apresenta um privilégio.

No entanto, incorporado o crédito em garantia cedular, o art. 69 do Dec. Lei 167/67 estatuiu a impenhorabilidade. Examinada em comparação à disciplina normal, se constata que somente o credor titular da garantia real, e nenhum outro, pode penhorar o bem.

Ninguém mais. Em nenhuma circunstância. O veto à penhorabilidade nada excepciona, nem o advento de execução coletiva, nem permite que, reconhecida a insolvência, outros credores, com créditos gozando de maior privilégio, possam alcançar o bem. Veja-se bem: o titular de crédito garantido por hipoteca, penhor ou anticrese ostenta um privilégio (arts. 1.560 do CC), e, nessas condições, em execução coletiva, se coloca em posição superior a alguns credores e é preterido por outros, dependendo sua colocação final da concorrência de uns e de outros àquela execução em particular. Mas, se ao privilégio se anexa a impenhorabilidade, vetando a ação individual ou coletiva de outros credores, se tem, obviamente, mais do que o normal. De outro modo, para que a criação da impenhorabilidade? Esta, em relação aos quirografários, sendo o devedor solvente, já existe, originada *tout court* pelo privilégio”.

O credor de cédula rural hipotecária, tendo como garantia um imóvel gravado com ônus real, é possuidor de crédito superprivilegiado que permite a adjudicação compulsória do imóvel rural penhorado, não podendo o referido bem ser penhorado por nenhuma outra dívida, entendendo-se, aqui, mesmo a dívida trabalhista. Tampouco sujeita-se ao concurso universal. O mestre gaúcho acrescenta:

“Não é verdade, portanto, que, no caso específico dessa garantia, a insolvência elimina o óbice à penhorabilidade. Não se encontra respaldo legal para semelhante conclusão, que briga, como se sublinhou, com a disciplina normal, dela em nada se diferenciando e resultando, assim, numa hermenêutica incompreensível, extraindo efeitos idênticos de situações diferentes, supostamente criadas de modo diverso a fim de produzirem efeitos também diferenciados”.

Ao concluir-se que o imóvel penhorado não está sujeito ao concurso universal, cabível é a reivindicação do agente financeiro de exclusão da garantia hipotecária do processo de insolvência.

⁷ In RT 657/163 TARS Emb. Infr. nº 188028960, 2º Grupo Cível, rel. Juiz Araken de Assis, jul. em 20.04.90.

⁸ In RT 657/173.

CONCLUSÕES

A participação do Ministério Público em todas as fases do processo de insolvência civil é obrigatória, podendo para tanto inclusive oferecer impugnação aos créditos habilitados, independentemente da ocorrência de coisa julgada.

A coisa julgada formada no âmbito da Justiça do Trabalho não exclui a possibilidade de reexame do crédito habilitado no Juízo Comum.

O contrato de cédula rural hipotecária ou pignoratícia exclui a garantia do concurso universal, estando protegida por cláusula de impenhorabilidade relativa, afastando a possibilidade de arrecadação dos referidos bens em face de execução por outras dívidas, ainda que insolvente o devedor.

PROPOSTAS

A elaboração de enunciados do Ementário do MPDFT com a redação proposta nas conclusões acima.

COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA E JUÍZO DE EXECUÇÕES CRIMINAIS

Cláudia Valéria Pereira de Queiroz

Promotora de Justiça do MPDFT

Maércia Correia de Mello

Promotora de Justiça do MPDFT

EMENTA: Direito Processual Penal. Execução Penal Provisória. Competência.

1. Segundo entendimentos jurisprudenciais e doutrinários já pacificados, é admissível a execução provisória da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, pendente exclusivamente de recurso interposto pelo réu.

2. O art. 25, I, da Lei 8.185/91 (Lei de Organização Judiciária do DF) atribui ao Juiz da Vara de Execuções Criminais competência para a execução de penas, não excluindo a possibilidade de nesse Juízo serem processadas execuções provisórias.

3. Após o trânsito em julgado para o Ministério Público da sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, nada impede que o Juiz da condenação expeça guia de recolhimento e carta de sentença provisória, encaminhando esta à Vara de Execuções Criminais (art. 105 da LEP).

4. Em face do ordenamento jurídico vigente e dispondo o Juízo das Execuções Criminais de meios mais adequados para o acompanhamento das execuções penais, a este compete apreciar os pedidos relativos à execução penal provisória das decisões condenatórias pendentes de recurso da defesa.

JUSTIFICATIVA

Discute-se quanto à competência para o processamento das execuções penais provisórias de penas privativas de liberdade - se do juízo da condenação ou da Vara de Execuções Criminais.

Para dirimir essa questão, há necessidade, primeiramente, de discorrer sobre a possibilidade de execução provisória da sentença penal, obedecidas as seguintes condições: condenação a pena privativa de liberdade com trânsito em julgado para a acusação e recurso exclusivo do réu, a quem foi negado o direito de apelar em liberdade.

Diante do princípio da vedação à *reformatio in pejus*, não há como negar ao preso provisório, condenado por decisão da qual só ele recorreu, o direito de ser imediatamente contemplado com os benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, desde que presentes os requisitos subjetivos e objetivos do pedido. Com efeito, se o *quantum* da condenação não pode ser majorado, negar a possibilidade de execução provisória em tais casos e, em consequência, postergar a apreciação de pedidos de benefícios significaria impor ao preso provisório regime mais severo do que o da condenação definitiva, o que é inadmissível.

Por tais motivos, a execução provisória de sentença penal condenatória em caso de recurso exclusivo da defesa hoje é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência.

Quanto ao juízo responsável pelo processamento dessas execuções provisórias, há controvérsias. É certo que a Lei de Execuções Penais aplica-se igualmente aos presos provisórios e aos condenados

por sentença transitada em julgado (art. 2º, parágrafo único, da LEP). O referido dispositivo legal, no art. 65, dispõe que a execução penal compete “ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”. Já a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, no art. 25, I, atribui ao Juiz da Vara de Execuções Criminais competência para a execução de penas, sem referir-se especificamente à execução provisória.

Os que advogam que a execução provisória deve ser processada perante o Juízo da condenação partem do princípio de que a execução da sentença penal condenatória só tem início com o trânsito em julgado definitivo da condenação. Chamando à colação o art. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da LEP, que prevêem expedição de guia de recolhimento após transitada em julgado a sentença condenatória, concluem que, ausente o trânsito em julgado, o que existe é mera prisão cautelar, cujos incidentes são de exclusiva responsabilidade e competência do Juiz da condenação.

É esse o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que assim já decidiu: “O entendimento pretoriano firmou-se no sentido de que a competência para decidir sobre progressão de regime de cumprimento de pena em relação aos presos provisórios, ou seja, no período que medeia entre a publicação da sentença condenatória e o seu trânsito em julgado, é o da condenação” (HC nº 7.055/MT - Rel.: Min. Fernando Gonçalves - DJ de 17/02/99, p. 167).

Essa orientação, contudo, afigura-se equivocada e em desacordo com a realidade dos que labutam na seara das execuções criminais, como se pretende demonstrar ao longo do presente trabalho.

De início, cabe ressaltar que é diferente a situação do preso provisório que está aguardando julgamento e a do preso já sentenciado, contra quem existe uma decisão judicial condenatória passível de execução. A condenação, em tal caso, já não é uma possibilidade abstrata, mas um fato concreto, com um *quantum* de pena definido, ainda que provisório e sujeito a alterações.

Ademais, a execução penal não se inicia necessariamente com o trânsito em julgado da sentença condenatória, e sim com o recolhimento do réu à prisão, que pode ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado. Já os incidentes de execução penal propriamente ditos (soma ou unificação de penas, progressão ou regressão de regime, livramento condicional, indulto e outros da espécie), estes sim, normalmente têm início com a sentença condenatória transitada em julgado. Contudo, se o réu estiver preso e não houver recurso do Ministério Público, nada impede que esses incidentes se iniciem já a partir da sentença condenatória, hipótese em que, ainda que esta possa ser modificada em decorrência de eventual apelação do réu, já é possível calcular o *quantum* máximo da pena, o que torna viável o exame do cabimento ou não da concessão dos benefícios previstos na LEP.

Ora, se o exame do cabimento dos benefícios inerentes à execução penal pode anteceder a condenação definitiva, não se pode dar aos arts. 674 do CPP e 105 da LEP interpretação restritiva de forma a limitar os casos de expedição de guia de recolhimento ao trânsito em julgado final da sentença condenatória. Tampouco há restrição legal para que, uma vez admitida a execução penal provisória da sentença penal, possa o juiz da condenação expedir guia de recolhimento e carta de sentença provisória a ser remetida à Vara de Execuções Criminais, se o réu estiver preso, para o processamento, nesse juízo especializado, da execução provisória¹.

Frise-se ainda que, expedidas guia de recolhimento e carta de sentença provisória, no caso de o recurso do réu ser provido, reduzindo-se a pena, a solução é a que consta na própria Lei de Execuções Penais: "A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução, ou ao tempo de duração da pena" (art. 106, § 2º, da LEP).

¹ No Distrito Federal, nas execuções definitivas, adotou-se a prática de expedição de carta de sentença pelo Juízo da condenação, com remessa à Vara de Execuções Criminais. Já as guias de recolhimento são expedidas pelo Juiz de Execuções Criminais e encaminhadas ao diretor do estabelecimento penal.

Por outro lado, ao dispor sobre a competência do Juiz de Execuções Criminais em execução penal (art. 25, I), se é verdade que a Lei de Organização Judiciária não se referiu expressamente à competência desse Juízo para execução penal provisória de sentença condenatória, também não excluiu essa possibilidade. É que a expressão "execução penal", empregada no texto da referida lei, pode ser entendida com sentido amplo, de forma a abranger também as hipóteses de execução penal provisória decorrentes de sentença penal condenatória. Afinal, se a lei empregou expressão genérica ("execução penal") sem delimitar seu conteúdo, não há razões para adotar-se interpretação mais restritiva.

Aos argumentos acima devem ser somadas as vantagens de ordem prática que advêm do processamento das execuções penais provisórias no Juízo de Execuções Criminais. Constituindo este Juízo especializado, tem mais condições de efetuar o acompanhamento da execução da pena. É também o Juízo competente para os procedimentos de soma e unificação das penas, sem os quais não há como efetuar-se o cálculo correto do lapso temporal necessário à concessão da maior parte dos benefícios decorrentes de execuções penais. Ressalte-se também que o Juiz de Execuções Criminais é o único capaz de uniformizar o tratamento dispensado à massa carcerária e, dessa forma, evitar os reflexos negativos e as decisões contraditórias que surgirão se cada um dos juízes criminais onde transita o processo de conhecimento se considerar competente para processar os incidentes da execução penal provisória.

Imagine-se a situação - aliás, bastante corriqueira - em que um sentenciado está preso tanto em razão de uma execução provisória como de outra definitiva. Se não for admitida a competência do Juízo da VEC, no caso de esse sentenciado alcançar requisito temporal para benefícios, quem irá apreciar o pedido?

Ora, principalmente quando há mais de uma condenação, é fácil constatar que qualquer solução que retire do Juízo de Execuções Criminais a competência para o processamento de execuções provisórias tornará complexo o procedimento de obtenção de benefícios em

execuções penais, provocando efeitos contrários aos interesses da Justiça. Mesmo se houver uma única execução provisória, no curso desta, o sentenciado pode sofrer novas condenações, o que acarretará a necessidade de soma de penas e unificação de regimes, o que só pode ser feito no Juízo de Execuções Criminais.

Felizmente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, depois de proferidas algumas decisões acompanhando o entendimento do STJ, vem revendo esse posicionamento e reconhecendo que, por todos os motivos expostos acima, a melhor orientação é a que confere ao Juízo de Execuções Criminais competência para o processamento de execução penal provisória. Essa é a tendência observada nas decisões mais recentes do Tribunal local, prolatadas por maioria de votos, conforme ementas transcritas a seguir:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA. Ainda que seja provisória a condenação, porque pendente de recurso, ao Juízo das Execuções Criminais comporta realizar o seu cumprimento, porque dispõe de meios de fazer o acompanhamento provisório” (CCP/DF 19990020028367 - Rel. Des. Joazil M. Gardés - DJ de 15/03/2000, p. 6).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. Compete ao Juiz da Vara de Execuções Criminais, na pendência de recurso exclusivo do réu, proceder à execução provisória da sentença” (CCP/DF 19990020024420 - Rel. Des. Getúlio Pinheiro - DJ de 1º/03/2000, p. 10).

Sem dúvida, o ideal seria que a Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal editasse provimento regulamentando a matéria, disciplinando os casos em que deveriam ser expedidas cartas de sentença provisórias e guias de recolhimento pelo Juízo da condenação para o processamento da execução provisória da sentença penal perante o Juízo de Execuções Criminais. Convém registrar que, em alguns Estados da nossa Federação, já existe essa

regulamentação, inclusive em São Paulo, onde foram publicados recentemente provimentos sobre o assunto.

A falta de disciplinamento pela Corregedoria de Justiça do Tribunal local, contudo, não impede a expedição de guias de recolhimento provisórias nem altera a competência do Juiz da VEC para processamento de execução provisória. Na falta de um modelo especial, a guia de recolhimento provisória (assim como a carta de sentença) pode seguir o mesmo padrão das que atualmente são expedidas quando do trânsito em julgado final, bastando que conste, em campo destinado a observações, a circunstância de tratar-se de execução provisória, ainda pendente de recurso da defesa.

Aliás, a ausência de guia de recolhimento e carta de sentença provisórias, por si só, também não impede o processamento da execução provisória na VEC, desde que sejam enviadas a essa Vara a notícia da condenação e as peças necessárias à execução provisória (cópias da denúncia e da sentença e informações sobre as datas de recolhimento à prisão). Na verdade, tal procedimento é o que vinha sendo adotado no Distrito Federal, tendo sido parcialmente interrompido no último ano, quando começaram a ser suscitados conflitos de competência versando sobre esse tema.

PROPOSTAS:

Diante do exposto, propõe-se sejam aprovados os seguintes enunciados:

1. Compete ao Juízo de Execuções Criminais apreciar pedidos relativos à execução provisória de sentença penal condenatória com trânsito em julgado apenas para a condenação.

2. Transitada em julgado para o Ministério Público sentença penal condenatória, pendente recurso exclusivo da defesa, se o réu estiver

preso ou contra ele for expedido mandado de prisão em razão da condenação, deve o Promotor de Justiça que officiar perante o Juízo da condenação requerer a expedição de carta de sentença provisória para a execução da sentença no Juízo de Execuções Criminais.

3. A Procuradoria-Geral de Justiça deverá fazer gestão junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a fim de que este expeça provimento regulando a questão.

OTIMIZAÇÃO DO PLANTÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Cristina Rasia Montenegro

Promotora de Justiça do MPDFT

Pedro Oto de Quadros

Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT

EMENTA: 1. As designações para o plantão do MPDFT devem ser efetuadas entre membros voluntários com atribuições para officiar junto às Varas da Justiça do Distrito Federal e Territórios. A atuação do plantão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é obrigatória a todos os Promotores de Justiça, sem distinção de qualquer natureza entre Promotores de Justiça e Promotores de Justiça Adjuntos. Exegese dos artigos 178 e 179 da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993.

2. Aos membros que efetivamente cumprirem o ofício ministerial durante o plantão para o qual forem designados é devida a retribuição pecuniária prevista pelos artigos 61, incisos V e VI, 73, 74 e 75, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicável no âmbito do MPDFT por força do artigo 287 da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

JUSTIFICATIVA

A presente tese retoma e defende a idéia já conhecida da implantação de uma nova concepção do plantão do Ministério Público no Distrito Federal, assim como a necessidade da criação de incentivos para que se faculte a um maior número de membros a integração das listas de designação para o plantão.

2. A idéia já é conhecida porque, objetivando estudar e propor sugestões para diversos aspectos do âmbito de atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a Procuradoria-Geral de Justiça, em dezembro de 1997, mediante a Portaria n.º 1.068, instituiu uma Comissão Geral que restou seccionada em subcomissões temáticas. Entre essas, atribuiu-se à Subcomissão de Reformulação do Plantão Semanal, integrada pelos ilustres colegas Promotores de Justiça Adjuntos, Dr. EDUARDO MORAIS DA ROCHA, hoje Juiz Federal, Dra. ZULEICA DE ALMEIDA ELIAS, Dr. JOÃO MENEZES SOBRINHO, Dr. DOUGLAS WILLIAM MAGALHÃES, e nós, a tarefa de estudar e propor uma melhor sistematização do ofício ministerial acometido aos Promotores de Justiça plantonistas. Os trabalhos, sob a coordenação da Dra. CRISTINA RASIA MONTENEGRO, foram desenvolvidos durante o mês de janeiro de 1998.

3. Constatou-se que, nos termos da Portaria n.º 027, de 1º de fevereiro de 1993, a atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em cumprimento ao disposto no artigo 5º da Lei n.º 7.960, de 1989, e artigo 171 e seguintes da Lei 8.069, de 1990, está intimamente ligada a pedidos de prisão temporária, análise de pedidos de liberdade provisória e de prisão preventiva, entre outros da área criminal, assim como ao procedimento de oitiva de adolescentes infratores, nos sábados, domingos e feriados. Tem-se, portanto, um nítido perfil das atividades do ofício ministerial no plantão, ora atuando na esfera criminal comum, ora exercendo as atribuições afetas aos Promotores de Justiça designados para officiar nas Promotorias de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude.

4. Verificou-se, ainda, que as propostas de alteração a serem apresentadas deveriam girar em torno de uma mudança de mentalidade no âmbito interno quanto ao plantão do Ministério Público. Assentou-se que, na atualidade, ser designado para atuar no plantão era receber um espinhoso encargo. Ressalvou-se que não se afirmava que os Promotores de Justiça Adjuntos estivessem prestando um serviço aquém da expectativa. Mas, em virtude da importância constitucional conferida ao Ministério Público desde a promulgação da Constituição de 1988, reconheceu-se que o serviço do plantão, nos moldes em que vinha sendo prestado, não se coadunava com o perfil essencial da Instituição.

5. Nessa linha, vislumbrou-se a possibilidade de grandes avanços, muitos dos quais hoje já implementados. No entanto, a despeito dos esforços da Administração, ainda há um longo caminho a percorrer. O presente trabalho defende duas sugestões que já constaram do relatório daquela Subcomissão temática da qual fizemos parte, como se mencionou, e que ainda carecem de implementação. Esses aspectos foram tratados pelo relatório nos itens 2 e 3, sob a denominação de «DA MUDANÇA DE PERSPECTIVA DO PLANTÃO» e «DO INCENTIVO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE PLANTONISTA», respectivamente.

6. No primeiro tópico assentou-se: «é preciso mudar a ótica pela qual o plantão é analisado. Deve deixar de ser um encargo não desejado, atribuído aos Promotores de Justiça Adjuntos, para ser uma forma de atuação do Ministério Público que deve atender satisfatoriamente aos reclamos da sociedade». Para isso, sugeriu-se que houvesse a designação de um Promotor de Justiça como plantonista, entendendo-se que poderia ser designado um Promotor de Justiça Adjunto para auxiliá-lo, propiciando-se um aprendizado ao Promotor de Justiça Adjunto.

7. O segundo item versou sobre a necessidade de criação de estímulos para que os Promotores de Justiça ocupem a função de plantonista, de modo a retirar o caráter de encargo não desejado do plantão, transformando-o num serviço voluntário. A Subcomissão assinalou que «o ideal seria o Promotor de Justiça receber uma

contraprestação pecuniária pelo exercício da função de Plantonista, como ocorre em relação às concorridas Promotorias Eleitorais. Nada mais justo do que ser remunerado pelos serviços prestados». À guisa de exemplo, mencionou-se que o ato que regulamenta o plantão do Ministério Público no Estado de São Paulo (Ato n.º 040/94, cópia anexada àquele relatório) o considera como um serviço de natureza especial e prevê retribuição pecuniária por dia de serviço prestado. Com a singela afirmação de que «são conhecidas as dificuldades práticas que decorrem da implementação de retribuição pecuniária, com exigência de dotação orçamentária específica, entre outros óbices», o relatório, praticamente, descartou a sugestão. Propôs-se, então, a «concessão de folga por período igual ao exercido em plantão», a exemplo dos Estados do Amapá, de Minas Gerais e do Espírito Santo e fez-se menção à necessidade de «criação de um processo de seleção com critérios objetivos e justos, nos moldes do que ocorre com o concurso de remoção interna» para que fosse facultado a todos o acesso à lista de designações para o plantão.

8. Decorridos mais de dois anos desde o encerramento dos trabalhos daquela Subcomissão que resultou no mencionado relatório, embora sem consultar os demais colegas com os quais trabalhamos na ocasião, acreditamos que aquelas sugestões possam ser implementadas de imediato, com aperfeiçoamentos. Não há mais porque esperar. Compete a nós melhorarmos a atuação e a imagem de nossa Instituição.

ANÁLISE DA QUESTÃO

9. Quanto à participação de todos os membros no serviço do plantão trata-se de medida de consenso a ser adotada. Sem falar nos riscos a que a Instituição está exposta e que já constaram daquele relatório, não é legalmente defensável que os Promotores de Justiça Adjuntos sejam chamados a desempenhar, sozinhos, esse relevante *munus* social que é atribuído à Instituição porque não há distinção legal entre o cargo de Promotor de Justiça e o de Promotor de Justiça Adjunto. Basta que se tenha em mente a dicção dos artigos 178 e 179 da Lei Complementar n.º

75, de 20 de maio de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União. Esses respectivos dispositivos estabelecem expressamente que os Promotores de Justiça e os Promotores de Justiça Adjuntos serão designados para officiar junto às Varas da Justiça do Distrito Federal e Territórios. Seus correspondentes parágrafos únicos estatuem que os Promotores de Justiça e os Promotores de Justiça Adjuntos serão lotados nos ofícios previstos para as Promotorias de Justiça. Não há diferenciação, pois, nem quanto às designações, nem quanto às lotações.

10. Essa situação, se não era justificável, pelo menos era explicável pelo fato de que, ao completar dois anos de exercício, conquistando a vitaliciedade, o Promotor de Justiça Adjunto era, invariavelmente, promovido. Mas agora não: pela primeira vez, desde fevereiro de 1999, a Instituição conta com Promotores de Justiça Adjuntos que já atingiram a vitaliciedade no cargo. Entendemos que, como sugeriu o relatório, possam ser designados para officiar nos plantões um Promotor de Justiça e um Promotor de Justiça Adjunto, sem qualquer distinção, porém. De qualquer sorte, seria razoavelmente admissível que houvesse a designação compulsória daqueles membros que ainda não tenham atingido a vitaliciedade, mas sempre juntamente com outro membro já vitalício.

11. Mas não defendemos a criação de gratificação ou de adicional. É que a previsão de pagamento de retribuição pecuniária já existe. Encontra-se no § 1º do artigo 287, da Lei Orgânica do Ministério Público da União. Veja-se:

“Art. 287. Aplicam-se subsidiariamente aos membros do Ministério Público da União as disposições gerais referentes aos servidores públicos, respeitadas, quando for o caso, as normas especiais contidas nesta Lei Complementar”.

“§ 1º O regime de remuneração estabelecido nesta Lei Complementar não prejudica a percepção de vantagens concedidas, em caráter geral, aos servidores públicos civis da União”.

“§ 2º O disposto neste artigo não poderá importar em restrições ao regime jurídico instituído nesta Lei Complementar ou na imposição de condições com ele incompatíveis”. (grifos acrescentados)

12. A vantagem concedida, em caráter geral, aos servidores públicos civis da União e que se nos afigura como extensível aos membros que forem designados para officiar no plantão do Ministério Público é o «Adicional por Serviço Extraordinário» previsto pelos artigos 61, inciso V, 73 e 74, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cumulado com o «Adicional Noturno» estatuído pelos artigos 61, inciso VI, e 75, da mesma Lei.

13. Sob a rubrica «Do Adicional por Serviço Extraordinário», prevê o artigo 73, da Lei n.º 8.112, de 1990, que «o serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho». Essa regra nada mais é do que a adoção pelo regime jurídico dos servidores públicos da conhecida «hora extraordinária» prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho. A respeito do assunto, EDUARDO GABRIEL SAAD (*Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*, 30. ed. LTr., São Paulo, 1997, pág. 82), afirma que:

“Hora extraordinária é aquela que excede o máximo legal ou contratual da jornada ou da semana. Se a limitação da jornada resulta de limitação legal ou contratual, temos como certo que será hora extraordinária aquela que exceder a jornada normal de oito horas ou a jornada reduzida por via legal, para atender peculiaridades da profissão, ou reduzida mediante contrato”.

14. Quanto ao «Adicional Noturno» também há previsão legal para seu pagamento. Diz o artigo 75 da mesma Lei n.º 8.112, de 1990, que «O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos». O parágrafo único desse dispositivo estatui que «em se tratando de serviço extraordinário, o acréscimo de que trata este artigo incidirá sobre a remuneração prevista no art. 73».

15. Vê-se, pois, que a proposta defende o pagamento dessa

retribuição pecuniária. A Subcomissão que estudou o plantão, em 1998, afirmou que «são conhecidas as dificuldades práticas que decorrem da implementação de retribuição pecuniária, com exigência de dotação orçamentária específica, entre outros óbices». Hoje evoluímos nosso pensamento e não vemos mais assim porque, como se mencionou, há previsão legal para o pagamento dessa retribuição. À época, talvez até mesmo pelo exíguo lapso temporal disponível para que a questão fosse analisada, não se percebeu a possibilidade de adoção do regime que ora se propõe. Quanto à previsão orçamentária, o desenvolvimento de tarefa de reprogramação orçamentário-financeira, nos termos dos artigos 2º e 10 da Portaria n.º 102, de 16 de fevereiro de 2000, da Procuradoria-Geral de Justiça, que aprovou o Plano Interno discriminativo da Programação Orçamentária do MPDFT para o exercício financeiro de 2000, bem como o quadro de detalhamento da despesa que o integra, é suficiente para atender à necessidade de crédito. Então, não há que se falar em criação de incentivos. Já existem as normas para o pagamento dos adicionais ora propostos. Basta que sejam colocadas em prática.

16. Mas qual seria o parâmetro para o pagamento desses adicionais? Ora, como se sabe, os membros do Ministério Público, por serem agentes políticos, não estão sujeitos ao «controle de ponto». No entanto, no âmbito do MPDFT, a Procuradoria-Geral de Justiça baixou a Portaria n.º 371, de 23 de julho de 1992, preconizando em seu item 51 que os membros do Ministério Público deviam cumprir uma jornada, no Foro, das 13h30min às 18h. Essa norma restou revogada pela Portaria n.º 742, de 23 de setembro de 1997. No entanto, presume-se que o membro tenha de submeter-se à jornada mínima de funcionamento do Foro, vale dizer, de seis horas diárias. Ora, se se exige de todos o cumprimento dessa jornada tida como imprescindível pela administração, quando se chamam apenas alguns a dedicarem ao Estado um serviço extraordinário, é o próprio Estado quem deve garantir a esses também a diferenciação pecuniária correspondente.

17. Conforme as normas contidas na Portaria n.º 591, de 27 de agosto de 1999, da Procuradoria-Geral, o plantão do Ministério Público nos sábados, domingos e feriados, de zero a vinte e quatro horas, é

prestado por Promotores de Justiça plantonistas designados em portaria denominada específica que, durante esse período, portarão aparelho de telefone celular do Ministério Público, sendo responsáveis pelo seu funcionamento ininterrupto. De segundas a sextas-feiras os promotores plantonistas designados na portaria específica atendem de zero a seis horas.

18. Nos sábados, domingos e feriados, das doze às vinte e quatro horas, os serviços de plantão, são prestados nas Promotorias de Justiça Especiais Criminais de Brasília, localizadas junto ao Juizado Central Criminal e, em qualquer dia, fora dos horários mencionados, excluindo-se, também, os horários em que oficiam como plantão as Promotorias Especiais Criminais de Brasília (de segundas a sextas-feiras, das seis às doze horas e das dezoito às vinte e quatro horas), o plantão funciona por meio dos telefones celulares do Ministério Público, sendo que aos membros escalados é atribuída, ainda, a tarefa de designar o local onde atenderão as ocorrências, podendo ser, inclusive, as suas respectivas residências. Considere-se, também, que o artigo 2º da Portaria n.º 637, de 10 de setembro de 1999, estabeleceu que «a transferência do aparelho telefônico referente ao plantão semanal, nos casos em que a mudança dos Promotores designados ocorra em um sábado, será efetuada nas dependências do Juizado Central Criminal, no próprio Sábado, das 12:00 às 24:00 horas» (sic). Isso impôs mais um ônus ao plantonista haja vista que, mesmo antes de iniciar seu período de plantão, deve deslocar-se de seu descanso para entrar na posse do aludido aparelho.

19. De qualquer sorte, o que é preciso ter em mente é que há uma clara delimitação do período em que o membro escalado deve estar à disposição do plantão do Ministério Público. Nesse período, por óbvio, não pode dedicar-se a sua vida privada. Deve estar atento a tudo o que acontece no âmbito do Distrito Federal e que, eventualmente, exija sua intervenção. É exatamente o fato de o Promotor de Justiça estar à disposição dos cidadãos e dos órgãos públicos, vale dizer, numa verdadeira situação de sobreaviso, que enseja o pagamento da retribuição pecuniária já prevista em lei. Ainda que todo o período de seu plantão decorra sem atender a uma chamada sequer, a remuneração correspondente é devida, pois.

20. Na atual situação em que dois membros são escalados para o plantão, podem-se estimar os custos anuais aproximados da implementação do pagamento desses estipêndios. Considerando-se a remuneração (vencimento, representação mensal e dez por cento de anuênios) de um Promotor de Justiça com dez anos de serviço, no valor bruto de R\$ 6.468,00 (seis mil, quatrocentos e sessenta e oito reais), e que há de ser cumprida a jornada mínima de trabalho de seis horas diárias, o dispêndio anual, com dois membros escalados por semana seria da ordem de R\$ 218.384,40 (duzentos e dezoito mil, trezentos e oitenta e quatro reais e quarenta centavos). Não se consideraram nesse cálculo eventuais feriados e demais dias sem expediente forense. De qualquer sorte, a variação para mais não será significativa. Esse montante anual pode ser considerado ínfimo se comparado aos benefícios institucionais vislumbrados pela Subcomissão retromencionada, acaso se adote a medida ora proposta.

21. Além do mais, a implementação dessa medida nada mais é do que o mero cumprimento da legislação. E aqui não é despidendo dizer que cabe, inclusive, o pagamento retroativo aos membros que foram designados para officiar no plantão e não receberam esses adicionais.

22. Mas, poderiam asseverar alguns: “Se promotor de justiça é agente político deve estar à disposição dos cidadãos vinte e quatro horas por dia!” Obviamente. A asserção é verdadeira. Não se pode olvidar, porém, que não há imposição legal de trabalho gratuito nem mesmo aos agentes políticos. O promotor de justiça, antes de sê-lo, é um ser humano como qualquer outro, que necessita de períodos de repouso que lhe garantam higidez física e mental. É um agente político sim, pois, mas que está sujeito a um regime especial. Difere dos agentes políticos como o Presidente da República e os oficiais gerais das forças armadas, para mencionar apenas alguns casos de que se tem conhecimento, que têm a sua disposição moradia mantida pelo Estado com equipes de serviços e outras vantagens indiretas. Outrossim, diga-se de passagem que essa remuneração por serviços extraordinários também se dá por ocasião das improdutivas convocações extraordinárias do Congresso Nacional e com os que são chamados a prestar a jurisdição eleitoral.

PROPOSTA

23. Em vista do exposto, propõe-se que, aprovada a presente tese, seja encaminhada à Procuradoria-Geral do MPDFT, solicitando-se a adoção imediata das seguintes medidas:

23.1. designação somente de membros voluntários para atuar no plantão do MPDFT, que tenham atribuições para oficiar junto às Varas da Justiça do Distrito Federal e Territórios, sem distinção de qualquer natureza entre Promotores de Justiça e Promotores de Justiça Adjuntos, nos termos dos artigos 178 e 179 da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, procurando-se designar compulsoriamente apenas os membros que ainda não atingiram a vitaliciedade, devendo ser observada periodicidade isonômica; a atuação no plantão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é obrigatória para todos os Promotores de Justiça, sem distinção de qualquer natureza entre Promotores de Justiça e Promotores de Justiça Adjuntos, no termos dos artigos 178 e 179 da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993;

23.2. para que haja a devida e esperada rotatividade, sugere-se a adoção de modelo similar ao adotado para as consultas para substituição de Procuradores de Justiça, vedando-se nova designação enquanto houver membros interessados ainda não designados; e

23.3. pagamento da retribuição pecuniária prevista pelos artigos 61, incisos V e VI, 73, 74 e 75, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicável no âmbito do MPDFT por força do artigo 287 da Lei Orgânica do Ministério Público da União, aos membros que efetivamente cumprirem o ofício ministerial durante o plantão para o qual forem designados, inclusive retroativamente, observados os prazos prescricionais que, a partir da aprovação da presente tese, devem ser considerados interrompidos.

SENTENÇA LEGIFERANTE: UMA ANATOMIA DA DESORDEM

Eduardo Albuquerque
Procurador de Justiça do MPDFT

EMENTA: Lei – Exercício do Poder Político – Validade Formal – Ato de Autoridade – Segurança Jurídica e do Cidadão. Incidência de Regra Jurídica – Formação e Realização do Suporte Fático no Mundo das Realidades – Efeitos Jurídicos que Irradiam da Incidência Nomológica. Sentença – Ato em Exercício do Poder Político que Reconhece os Efeitos Jurídicos com a Incidência da Norma Legal. Sentença Legiferante – Ilegalidade e Inconstitucionalidade – Nulidade – Agressão à Ordem e à Segurança Jurídicas. Imprescritibilidade da Sentença Nula.

I. BREVES CONSIDERAÇÕES À GUISA INTRODUTÓRIA

Em virtude da limitação estabelecida no Regimento Interno, vamos tentar resumir, em 10 (dez) laudas, a tese que pretendemos lançar. É empresa de difícil consecução, ainda que em esboço, porquanto o tema exige aprofundada discussão em torno de múltiplos outros assuntos. Todavia, faremos um esforço hercúleo para sintetizar este trabalho.

Todos os dias estamos a assistir juízes que se arrogam o poder de legislar mediante sentença, proferindo-a de forma a fugir dos limites estabelecidos na lei como a acreditar que o édito judicial faz do preto o branco, do redondo o quadrado. Exemplo disso podemos citar casos em que na Lei dos Crimes Hediondos não se permite progressão de regime prisional, estabelecendo nela que o cumprimento da pena deva ser em regime integralmente fechado. Contudo, a despeito do comando normativo, juízes asseguram ao réu a progressão de regime, sem declarar a inconstitucionalidade daquela vedação.

Outro caso, para citar mais um, tem-se na declaratividade judicial da extinção de punibilidade nos crimes tributários quando o agente parcela o pagamento da dívida para com o Fisco, quando na lei exige-se o pagamento integral do débito fiscal, antes do recebimento da denúncia, para o aludido benefício de direito estrito.

No campo cível, vale mencionar exemplo da venda *a non dominus*, vindo o juiz declará-la válida quando presentes todos os pressupostos de não-validade.

Em todos esse casos há, efetivamente, poder legiferante do juiz que não pode ser aceito pela ilegalidade e inconstitucionalidade produzidas, daí a merecer nosso vigoroso protesto e é nesse propósito que nos dispomos a aceitar o desafio.

II. LEI: EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO

Sabemos que a sociedade organizada na forma do Estado, para negar o arbítrio individual, firma-se por meio de uma racionalidade totalizante, que deve atingir a todos os membros da comunidade, à vista de estabelecer-se um mínimo de respeito entre uns e outros, resguardar a propriedade e dar poderes ao próprio Estado. Para estabelecer esse regime comum, necessário que o Estado o faça por meio de regras jurídicas no exercício do Poder Político. Essas regras – escritas na maioria dos países

– visam, sobretudo, à segurança do cidadão, porque, sabendo ele o que pode ou não pode ser feito, o que deve ou não deve fazer, traçando limites do ato e do não-ato, fixam um comportamento igualitário a todos.

Assim, a generalidade e igualdade da norma jurídica para os seus destinatários trazem a segurança e exigem a absoluta obrigatoriedade do direito positivo, sem a preocupação de atingir a todos indistintamente.

A lei, como exercício do Poder Político do Estado, serve como reguladora, em grau mínimo, de controle social, porque disciplina a conduta individual e, nessa função, tem no seu modelo amplo, abstrato e indistinto, uma situação comunicativa dialógica a viabilizar o entendimento de que a obrigação de fazer ou não-fazer imposta, a outro do mesmo modo será. É a segurança que a regra jurídica traduz.

III. QUESTÃO DA VALIDADE DA REGRA JURÍDICA

No Brasil, a regra jurídica, para ter validade¹, é de ser promulgada por um ato legítimo de autoridade, não tendo sido revogada². São três os requisitos: legitimidade do órgão; competência em razão da matéria; e legitimidade do procedimento.

Interessa-nos, para o momento, a legitimidade do órgão, que entre nós cabe ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas e às Câmaras de Vereadores, a depender da competência *ratione materiae*; excepcionalmente, o Executivo o faz por Medidas Provisórias, sujeitas à aprovação do Congresso, ou por Decretos – nestes não há que falar em qualquer tipo de sanção.

¹ Aqui, no aspecto formal que é apenas de existência, dispensando-se comentários sobre a qualidade lingüística do discurso normativo.

² Kelsen, Teoria Pura do Direito.

Deve o jurista, contudo, ter o cuidado de não confundir validade com efeito jurídico, pois este pode existir, na sua substância, de regra jurídica revogada quando outra revogadora ou quando a norma fundamental dita permanecer em vigor os atos praticados na vigência da regra derogada.

Em suma, só de regra jurídica válida e eficaz é que se irradia efeito jurídico válido quando tornado efetivo o suporte fático, assunto de que trataremos no item seguinte.

IV. PROBLEMA DA INCIDÊNCIA DA REGRA JURÍDICA. FORMAÇÃO DO SUPORTE FÁTICO

Em rápidas palavras, vimos que a regra jurídica, como exercício do Poder Político do Estado, para ter validade, há de ser editada por ato legítimo de autoridade e possibilidade efetiva de cumprimento. Agora, dediquemo-nos à questão de como opera a incidência dela, fazendo entrar no mundo jurídico os fatos ocorridos no mundo das realidades.

Recordando, regra jurídica é norma que encerra vontade humana, porque, ao querer estabelecer em ordem de dependência o comportamento dos racionais e subordinar fatos submetidos à mesma ordem, faz-se dentro de certa previsibilidade de que a conduta ocorra e fatos se realizem, porque, quando se alude a estes, espera-se que os fatos ocorreram, ocorrem ou vão ocorrer.

O que na regra jurídica está visto ou previsto é o que se denomina suporte fático. Previsto quando só está pensado, descrito ou indicado – é o suporte fático abstrato; visto, quando não só pensado, descrito ou indicado, mas, sobretudo, já ocorrido, acontecido, ou considerado existente, material e objetivamente – é o suporte fático concreto³.

³ PAZ, Firmino Ferreira. *Incidência de Regra Jurídica*, Lex, p. 63.

Assim, o que na regra jurídica está “...previsto e sobre o qual ela incide é o suporte fático, conceito da mais alta relevância para as exposições e as investigações científicas⁴”.

O suporte fático é composto de elementos conceituais (idéias) e previamente definidos. Somente desse modo se pode saber-lhe a formação e composição para que possa a regra jurídica incidir, transmutando o fato para o mundo jurídico. Exemplifiquemos. Se na regra jurídica dispõe-se que “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n. 1), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”, estamos diante de três conceitos: objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. A validade é efeito jurídico.

Outro exemplo. “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa” (CP, art. 171, *caput*), estamos à frente de dez conceitos. A pena é efeito jurídico decorrente da obtenção da vantagem ilícita nos moldes indicados.

Os dois exemplos cuidam de suporte fático de formação simultânea. Na segunda hipótese, vejamos, é necessário que a vantagem seja ilícita, para si ou para outrem, em prejuízo, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante ou artifício, ou ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Daí concluir-se que regra jurídica só incide se realizado o suporte fático no mundo das realidades, quando estejam satisfeitos todos os seus elementos essenciais previstos na norma jurídica, formando o conceito nela estabelecido. Sem que haja a formação do “...conceito, jurídico ou fático, de algo enunciado na norma legal, não há incidência, e não se pode saber em que momento incidiu a regra. Ela só incide, ao instante,

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, p. 3.

em que os elementos já ocorridos, reais, objetivos, do suporte têm conceito formado⁵”.

Regra jurídica válida, enquanto abstrata, irradia eficácia jurídica e proposta de incidibilidade. Ocorrido o fato e satisfeito o suporte fático com a formação do conceito jurídico ou fático nela previsto, dá-se a incidência, podendo daí em diante falar-se em efeito jurídico.

Importante repetir que a composição do suporte fático é o que se tem visto ou previsto em regra jurídica. Disso resulta que, qualquer outro fato ocorrido que não esteja previsto em norma legal, jamais entra na composição do suporte fático e por consequência não é causa geradora de efeito jurídico. Vale dizer. Sobre algo não enunciado em regra jurídica, não há incidência nomológica. É fato sem repercussão jurídica, conquanto existente, mas que não pode ser jurisdicizado, não entra no mundo jurídico.

Por derradeiro, essencial atentar que não é ao suporte fático que corresponde à eficácia da norma jurídica. Os elementos do suporte fático não são fatos jurídicos, mas pressupostos destes. É o fato jurídico que entra no mundo jurídico por meio da incidência da regra jurídica.

V. SENTENÇA LEGIFERANTE: AGRESSÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL. INSEGURANÇA À ORDEM JURÍDICA

De início, é de bom conselho estabelecer o conceito de decisão judicial (sentença aí incluída) porque o conceito de cada coisa expressa o que ela é. E o que ela é – como objeto do conceito – resulta de um processo constitutivo, ao mesmo tempo unitário e diferenciado – é por intermédio do conceito que se diferenciam as coisas – que se exprime

⁵ PAZ, Firmino Ferreira. ob. cit. p. 64.

na plena consonância da forma e do conteúdo – unidade posta por si mesma como fundamento. Assim, valem as lições do saudoso Ministro FIRMINO FERREIRA PAZ que nos brinda com o seguinte conceito:

“Decisão judicial, qualquer que seja, conforme o sistema jurídico constitucional, é acto em exercício de poder jurídico, por que, examinando factos e reconhecendo incidência de regra jurídica, o juiz indica aos figurantes em relação processual quais os efeitos jurídicos irradiados, lógico de fatos jurídicos, e de que os litigantes são titulares ou não o são”.

Partindo-se do conceito proposto, é de notar que, ao decidir, o juiz se limita a reconhecer o efeito jurídico emanado da regra jurídica quando ocorrido o fato, porque, antes disso, é ela tão-só eficaz.

O sistema jurídico romano-germânico não admite que o juiz arvore-se no poder de legislar, de dirigir seus atos como legislador fosse, mesmo que a norma legal lhe pareça defeituosa. Pode deixar de aplicá-la quando entender inconstitucional, no exercício incidental do controle difuso da constitucionalidade (legislador negativo). Mas, interpretando-a, deve ater-se ao comando normativo, fazendo-a incidir se presentes todos os elementos do suporte fático.

É certo, o sistema da *Common Law* atribui ao juiz a qualidade de legislador, em que, mesmo em países do sistema continental, como é o caso da Suíça, teorias surgiram reconhecendo o poder legislativo judicial quando lacunosa a lei. Porém, não se tem notícia que qualquer das Constituições Brasileiras previu tal poder e no Brasil, como de resto em outros lugares do mundo, teoria desse padrão é abominável por ferir um dos princípios mais relevantes da segurança jurídica, que é o conhecimento prévio da lei. É odioso que um dos litigantes seja surpreendido com uma sentença baseada em norma de legislação judicial unicamente conhecida pelo juiz e no instante de tomar ciência da decisão.

⁶ PAZ, Firmino Ferreira. ob. cit.

Por essa razão, vozes autorizadas se levantam contra o poder legiferante da sentença, merecendo destaque o que diz KARL ENGLISH acerca do assunto. Para ele:

“Qualquer que seja a função que possam desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz, perante seu cargo (função) e sua consciência, tão-só poderá sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: **descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei**”.
(negritou-se)

Essa opinião encontra originalidade nas lições de BIERLING, para quem “...uma perfeita extracção de novas proposições jurídicas do princípio geral só é possível enquanto não entre em conflito com proposições jurídicas expressamente sancionadas pela lei...”⁸

Entre nós, PONTES DE MIRANDA levanta armas contra a teoria do poder legislativo judicial, dizendo-o tirânico o fato de a autoridade judiciária restringir o direito de uma das partes. Segue-lhe no mesmo sentido FIRMINO PAZ, aduzindo

“O *quantum* despótico do juiz seria maior que o do Poder Legislativo constitucionalmente instituído para o fim de legislar”. “Se ocorre facto não previsto em regra jurídica, ao juiz cumpre dizer que não é facto jurídico e que, dele, segundo os princípios, não resulta qualquer efeito jurídico, positivo ou negativo, de que alguém seja titular. E só. Não pode coartar ninguém, com voluntarismo subjectivista. Menos, ainda, cabe-lhe legislar”⁹.

⁷ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Fundação Colouste Gulbenkian, 6ª Ed., 1983, p. 85.

⁸ *Apud*, LARENZ, Karl. *Metodología da Ciencia do Direito*, 2ª ed., Fundação Colouste Gulbenkian, p. 49.

⁹ PAZ, Firmino Ferreira. *ob. cit.*, p. 57

O limite do juiz é a lei. Sem ela impossível pensar em exercício de poder jurídico. Realizado o fato no mundo fático é de ver se nele estão presentes os elementos do suporte fático visto ou previsto em regra jurídica. Se os estão, é fato jurídico e habita o mundo jurídico. Se não os estão, são fatos sem qualquer repercussão jurídica.

Sendo o Estado-Juiz chamado a prestar jurisdição, fá-lo judicializando os fatos jurídicos, tão-somente porque ao mundo jurídico ele já pertence, haja vista que, incidindo a norma legal no instante que aconteceu o fato, jurídico já o é porque produziu efeito jurídico.

Exemplo disso é que a intervenção Estatal que se dá em gradação mínima porque todos os dias estamos a realizar atos jurídicos que não merecem atenção do Judiciário (contrato de compra e venda de pequena monta, pagamentos de tributo e de serviços essenciais, dentre inúmeros outros). Noutros, o chamamento do Judiciário é indispensável, seja porque houve oposição no cumprimento da obrigação, seja porque algum delito foi praticado e impositiva a aplicação da pena.

Nos casos em que o Judiciário é convocado a intervir, só pode fazê-lo dentro das fronteiras da lei, reconhecendo a incidência da regra jurídica porque repleto o suporte fático.

Assim, é na norma legal que se tem o exercício do poder jurídico do juiz. Fora dela, instala-se o arbítrio e a desordem.

VI. SENTENÇA: LIMITES. MANEIRA DE JURISDICIZAR OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO

Sem regra jurídica é excêntrico pensar em direito, obrigação, pretensão ou qualquer efeito jurídico, pois só dela e somente dela é que tais efeitos se propagam. Conforme FIRMINO PAZ, “...Nenhum desses

efeitos nasce de sentença judicial. Seria absoluto voluntarismo judicial admitir que juiz, ao decidir, seja legislador, fazendo ele próprio a norma e, simultaneamente, decidindo à base dela¹⁰.

Todavia, não raro estamos assistindo a juízes proferindo sentença com índole legislativa. Assim o fazem quando negam os elementos dos conceitos estabelecidos na norma jurídica, fazendo-a incidir, nalguns casos, sem a presença do suporte fático, e noutros, deixando de aplicá-la embora presentes os fatos e efeitos jurídicos nela enunciados. Em ambas as hipóteses, o juiz julga atribuindo fatos, estados de fatos, ou omissões, ou efeitos jurídicos não contidos em norma legal. Está, assim, a legislar.

Servem como exemplo duas situações que estão se tornando comuns, citadas no início deste trabalho: quando fica, na sentença, assegurada ao réu, sem decreto de inconstitucionalidade, no particular, da Lei nº 8.072/90, a progressão de regime prisional em se tratando de crimes hediondos; ou, quando se extingue a punibilidade pelo simples parcelamento da dívida tributária, após recebimento da denúncia, quando a norma em vigência exige efetivo e completo pagamento, inclusive dos acessórios, antes de recebida a peça acusatória (Lei nº 9.249/95, art. 34).

Não sendo possível ao juiz atribuir a alguém titularidade de efeito jurídico, negativo ou positivo, que na regra jurídica não está visto ou previsto, a sentença que não observa isso é ilegal e inconstitucional. Ilegal, porque a resposta a ser dada à pretensão há de ser com base na lei – possibilidade jurídica do pedido; inconstitucional, porque fere a independência e harmonia dos Poderes (art. 2º, CF) e nega o processo legislativo (art. 59, CF).

Daí, sentença legiferante é ato jurídico defeituoso, assunto de que cuidaremos no item seguinte.

¹⁰ PAZ, Firmino Ferreira. ob. cit. p. 59

VII. SENTENÇA LEGIFERANTE: ATO JURÍDICO ILEGAL. NULIDADE

Decisão judicial qualquer depende de previsão legal, vimos isso. A depender de regra jurídica, por lógico, não pode ter feição legislativa porque seria negar o princípio. Decisão judicial proferida sem atender à regra jurídica é defeituosa, é nula, mas não inexistente. Por existir, entra no mundo jurídico, conquanto carregue consigo deficiência que não permita nele permanecer. Ao entrar no mundo jurídico, produz efeito jurídico, todavia nulo.

Há opiniões filosóficas que defendem que o nulo é inexistente, consideram-no não-ser. Contudo, para considerá-lo não-ser, necessário que seja, que exista. A declaratividade de não-ser pressupõe que algo exista, pois impossível conceber-se a não-existência daquilo que vem modificar o mundo das realidades fáticas. É contra-senso concluir que o não-ser, o nada, é nulo com efeito. Adverte PONTES DE MIRANDA, que “O conceito de nulidade não coincide ... com o de inexistência. Tanto assim que é possível, nos casos concretos, tirar-se algo no nulo, o que se não conceberia, se nulo e inexistente fossem o mesmo. Nulo não alude a não-ser, mas apenas a não valer¹¹”.

Ora, qualquer que seja o ato, é a própria existência do objeto, é o que se realizou. “Aquilo que é, é (princípio da identidade); aquilo que é não pode deixar de ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto (princípio da não-contradição)”¹². O ato nulo é ato, porém sem validade.

A sentença, como ato jurídico, depende de formas determinadas em lei. No que se refere à substância, do mesmo modo não pode distanciar-se da regra jurídica sob pena de nulidade.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 20

¹² MARITAN, Jacques, *Elementos de Filosofia I*. Tradução de Ilza das Neves e de Heloísa de Oliveira Penteadó. Rio de Janeiro: Editora Agir, 17ª ed., 1994, p. 152.

O ato jurídico nulo, porque existente, produz efeito jurídico, habita o mundo jurídico com deficiência, mas não há como lhe reconhecer autoridade.

Mesmo existente o ato nulo, ele não se convalida, salvo se lei nova agrega o suporte fático antes não previsto em regra jurídica e o faz incindível.

A sentença nula, de igual modo, produz efeito jurídico, existe, mas nela não contém validade, haja vista que não regeu a entrada do suporte fático no mundo jurídico. Construiu, é certo, um conceito fático que foi empurrado para o mundo jurídico, mas não um conceito jurídico.

Na sentença legiferante, embora se lhe reconheça efeito jurídico, não é regra jurídica, não tem validade, não se convalida com o tempo, por isso dizer-lhe imprescritível.

Convém realçar que o atacável não é a vontade expressa na sentença; não é, pois, a manifestação volitiva, mas o ato jurídico em si, quando certo não se poder falar em nulidade do fato, porque este é um acontecimento, reside no mundo das realidades, foram e não deixam de ser, é sempre lembrado por qualquer processo mnemônico.

Isso quer dizer que o nulo não adjetiva os efeitos, mas o ato que dá origem àqueles. Não se nega a relação de causa e efeito. Pelo contrário. Ela é afirmada, porque, declarado nulo o ato, os efeitos desaparecem, saem do mundo jurídico.

Assim, a sentença que exerce poder legislativo é nula, mas produz efeito jurídico enquanto não for daquele modo declarada. O que a diferencia das demais que são válidas é que, por não se convalidar com o tempo, torna-a imprescritível, não faz coisa julgada, e a qualquer tempo pode ser rescindida.

VIII. CONCLUSÃO

Certo e indiscutível que, no Brasil, só o Poder Legislativo tem autoridade de legislar – apontadas as exceções –, da qual emerge validade formal da regra jurídica como condição de existência. Sem a obediência ao processo legislativo, a regra jurídica não tem validade por lhe faltar elemento essencial que é a legitimidade na origem. Ao lado disso, a norma legal, para ser válida, é-lhe imprescindível a efetividade de cumprimento e de aplicação.

Para incidência da regra jurídica, é indispensável que o suporte fático ocorra, transformando o mundo das realidades. Ocorrido o fato e presente o suporte fático (suficiente e eficiente), a regra jurídica, ao incidir, dá cor ao suporte fático transformando-o em jurídico. Deficiente o suporte fático, regra jurídica não incide.

A sentença nada mais é que ato jurídico de Estado que faz reconhecer a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático. Daí, correto falar que sentença válida é aquela que reconhece efeito jurídico à regra jurídica antes tão-só eficaz.

Decisão judicial como qualquer ato jurídico que é, está sujeita às prescrições legais e o limite do juiz decidir é a lei. Fora disso a decisão é ilegal, porém dela não irradia efeito jurídico porque se passa no mundo jurídico.

A decisão que encerra poder legislativo é nula, porque está a incomodar preceito constitucional além de traduzir inseguranças à ordem jurídica e ao cidadão, destinatário da norma legal. Conquanto existente, nunca se convalida, nem com o decorrer do tempo. A qualquer instante pode-se-lhe reconhecer a nulidade porque não faz coisa julgada, *verbis gratia*, pretensão declaratória de nulidade de ato jurídico.

Questões outras que estão a merecer debates, é o meio processual para se obter a declaração de nulidade da sentença nula trânsita em

julgado; a segurança jurídica em relação ao réu – *reformatio in pejus*; e a imutabilidade da coisa julgada.

Contudo, dada a limitação imposta no Regimento Interno (trabalho com máximo de 12 laudas), esses e alguns outros assuntos mais deixam de ser aqui tratados, mas cuidaremos de fazê-lo para complementação da tese.

MODIFICAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO AFASTAMENTO DE MEMBROS DO MPDFT PARA FREQUENTAR CURSOS DE APERFEIÇOAMENTO E ESTUDOS

Leonardo Roscoe Besa
Promotor de Justiça do MPDFT
Rodolfo Cunha Salles
Promotor de Justiça do MPDFT

SUMÁRIO: 1) Introdução - 2) A Regulamentação Atual - 3) Críticas - 4) Conclusões (Ementa)

1. INTRODUÇÃO

Os congressos internos do Ministério Público do Distrito Federal propiciam a possibilidade de discussão democrática de temas de grande interesse de toda a classe.

Na hipótese, pretende-se sugerir algumas alterações à disciplina normativa do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal concernente ao “*afastamento de membros do MPDFT do exercício de suas funções para frequentar cursos de aperfeiçoamento e estudos*”.

Defende-se que o prazo de três meses — normalmente

concedido aos que realizam seus estudos no Distrito Federal — é exíguo e que a prorrogação do referido prazo, por igual período, baseia-se em critério excessivamente subjetivo.

Há, também, uma preocupação com a divulgação das experiências e estudos do membro beneficiado com o afastamento, considerando especialmente o interesse público que deve nortear a regulamentação do assunto.

Ao final, ainda que a proposta dos autores não seja aprovada, sugere-se que as conclusões, resultantes do debate, sejam encaminhadas ao Presidente do Conselho Superior do Ministério Público como projeto de alteração da Resolução n.º 021/97.

2. A REGULAMENTAÇÃO ATUAL

O artigo 204 da Lei Complementar n.º 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) trata das possibilidades de afastamento do integrante da Instituição. O inciso I cuida especificamente da hipótese de afastamento para estudo e guarda a seguinte redação:

“Art. 204 – O membro do Ministério Público da União poderá afastar-se do exercício de suas funções para:

I – freqüentar cursos de aperfeiçoamento e estudos, no País ou no exterior, por prazo não superior a dois anos, prorrogável, no máximo, por igual período”.

Visando ao detalhamento do dispositivo, o E. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal já editou três atos normativos. O primeiro foi a Resolução n.º 03/93, que foi revogada pela Resolução n.º 21/97. Posteriormente, a Resolução n.º 34, de 10 de setembro de 1997, deu nova redação ao artigo 2º da Resolução n.º 21/97.

Em síntese, a disciplina do afastamento das funções para estudo é a seguinte.

O artigo 1º possibilita a concessão de prazo de dois anos de afastamento, prorrogável, no máximo, por igual período, com atendimento de requisitos indicados no dispositivo seguinte (art. 2º).

O artigo 2º, por seu turno, apresenta os pressupostos a serem atendidos para concessão do afastamento: identificação da instituição e do curso, projeto de dissertação, cumprimento do estágio probatório, ausência de sanção disciplinar no último ano, não estar respondendo a processo criminal a inquérito ou procedimento administrativo e estar em dia com os deveres funcionais.

A prorrogação do prazo de dois anos, na hipótese, poderá ocorrer “*uma vez demonstrada tanto a sua necessidade como o êxito nas fases do curso já cumpridas pelo postulante*” (parágrafo único, do artigo 6º).

O artigo 7º preceitua que “*não tendo sido necessário o afastamento para curso de pós-graduação, concluído este, poderá o membro do MPDFT pleitear seu afastamento para a elaboração de dissertação ou trabalho, quando indispensável à obtenção do título de pós-graduação*”. Nesta hipótese, o prazo para afastamento é de três meses, prorrogável, no máximo, por mais três meses, desde que “*atendida a conveniência do serviço*”.

O parágrafo primeiro do artigo acrescenta que o afastamento previsto não deve exceder a 2% (dois por cento) da totalidade dos membros em exercício.

Os artigo 9º cuida da *prestação de contas* do beneficiado, dispondo que haverá relatórios periódicos ao Procurador-Geral a respeito da evolução dos estudos. Acrescenta-se que, ao término do prazo de afastamento, o beneficiado deverá encaminhar ao Presidente do Conselho “*relatório circunstanciado de suas atividades no curso*” e comunicação ao Procurador-Geral da “*conclusão do seu trabalho final ou dissertação*” com indicação da menção obtida.

3. CRÍTICAS

Discorrer sobre a importância para o Ministério Público da possibilidade de aprimoramento intelectual de seus membros é, sem dúvida, exercício de truísmo. Quanto a este aspecto, apenas transcrevem-se rápidas

observações feitas por MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL, no III Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal, realizado em outubro de 1997¹:

“Nunca é demais assinalar as vantagens de uma instituição contar com um quadro de alto nível. A excelência dos membros do Ministério Público é medida não só pelo ofício diário, mas também com publicações, títulos angariados nas diversas academias, nacionais e estrangeiras, que consolidam a credibilidade da instituição”.

Ressalte-se que o objetivo da norma legal não foi conceder diretamente qualquer espécie de benefício individual ao integrante do Ministério Público. O fim maior é o engrandecimento da Instituição. Esta idéia é fundamental e deve sempre nortear a regulamentação do direito de afastamento das funções para estudo.

A primeira crítica que se faz é quanto à diferença de prazos estabelecidos nos artigos 1º e 7º. Embora a Resolução não faça qualquer distinção quanto ao curso ser em Brasília, no Brasil ou no exterior, na prática, àqueles que realizam seus estudos fora do Distrito Federal é concedido o prazo de dois anos, prorrogável pelo mesmo período. Para os cursos realizados em Brasília, é deferido o prazo de três meses, prorrogável uma única vez.

A realidade e o bom senso indicam que o membro que realizou os estudos em Brasília teve pouco tempo durante o curso para desenvolvimento da dissertação final, simplesmente pela necessidade de conciliar, no mesmo período, as atividades do trabalho com as tarefas acadêmicas. De outro lado, somente a título comparativo, aquele que estudou fora de Brasília dedicou-se única e exclusivamente à academia, sendo evidente, neste caso, a maior disponibilidade de tempo para os estudos e elaboração do trabalho final.

¹ Trecho da tese. *Emenda à Resolução n.º 21/97 do Conselho Superior do MPDFT* (Revista do III Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília: Jurídica, 1998. Ps. ps. 183/184).

O prazo de três meses é, visivelmente, exíguo. Defende-se seu aumento para seis meses, prorrogável por mais três meses, com base em critérios objetivos e não de acordo com “a conveniência de serviço” (artigo 7º).

Este é o segundo ponto. A resolução deve evitar estabelecer critérios subjetivos para concessão do afastamento, inclusive em homenagem ao princípio da impessoalidade. Há, neste aspecto, outro tratamento injustamente diferenciado. A prorrogação prevista para o afastamento no período de dois anos baseia-se na “necessidade” e “êxito nas fases do curso” (artigo 6º, parágrafo único). De outro lado, para a prorrogação menor — no prazo de três meses — acrescenta-se outro critério: “conveniência do serviço”.

A expressão “conveniência de serviço” enseja alto grau de subjetivismo na interpretação da Resolução 021/97. Ademais, a limitação dos afastamentos, nas duas hipóteses, a 2% (dois por cento) do número total dos membros em exercício atinge — com critério objetivo e justo — a mesma finalidade que se pretendeu ao estabelecer o requisito “conveniência de serviço”: evitar prejuízo às atividades do Ministério Público pela possibilidade de existência de um grande número de afastamentos.

Sugere-se que os critérios para prorrogação do prazo para afastamento nas duas situações sejam idênticos: necessidade e êxito nas fases anteriores do curso.

Por fim, propugna-se uma maior divulgação do resultado dos estudos realizados. Deve o membro beneficiado pelo afastamento divulgar e compartilhar seus conhecimentos com os demais integrantes da instituição. A razão decorre do objetivo da norma que, antes do aprimoramento individual, visa ao *engrandecimento intelectual* do Ministério Público.

Da forma disciplinada pela Resolução 021/97, os resultados e conclusões dos estudos acabam, salvo publicação da dissertação, limitando-se ao âmbito do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público (artigos 9º e 10).

Sugere-se, quanto a este tópico, que, ao final dos estudos, seja designado um dia no auditório do Ministério Público do Distrito Federal para que o membro, beneficiado pelo afastamento, possa relatar suas experiências, aprendizados e conteúdo do trabalho final, bem como responder às perguntas e solicitação de esclarecimentos dos seus pares.

Esta última sugestão conta, ainda, com facilidade específica do Ministério Público do Distrito Federal que consiste na proximidade física de seus integrantes, possibilitando a reunião de todos os seus membros para discussão de temas de interesse da classe.

Diante dessas considerações, são indicadas alterações a dispositivos específicos da Resolução n.º 021/97, conforme redação apresentada no item seguinte.

A proposta é que as conclusões, ainda que não seja aceita a posição dos autores, sejam encaminhadas ao Conselho Superior do Ministério Público para deliberação e eventual modificação da Resolução n.º 021/97.

4. CONCLUSÕES (EMENTA)

- I) O artigo 7º da Resolução 021 do Conselho Superior passa a ter a seguinte redação: art. 7º (...) *por prazo não superior a 6 (seis) meses, prorrogável, no máximo, por: 6 (seis) meses, ouvido, previamente, o Conselho Superior do Ministério Público, que observará os mesmos critérios indicados no parágrafo único do artigo 6º*.
- II) O artigo 10 passa a ter mais um parágrafo, com a seguinte redação: *“após recebimento da comunicação, o Procurador-Geral, no prazo de 60 dias, irá designar data, horário e local para que o beneficiado apresente relatório oral das atividades desenvolvidas, especialmente do conteúdo do trabalho final, bem como responda aos questionamentos apresentados pelos demais integrantes do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.”*
- III) Formação de uma comissão para estudo do assunto.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

Leonardo Roscoe Bessa
Promotor de Justiça do MPDFT

EMENTA: 1) Introdução - 2) Importância dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito - 3) Os Direitos do Consumidor - 4) Responsabilidade de Quem? - 5) Conclusões (Ementa)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá abordar questões referentes à responsabilidade civil dos serviços de proteção ao crédito por danos materiais e/ou morais causados aos consumidores em decorrência de registros indevidos.

Procurar-se-á demonstrar que os registros efetuados nos bancos de dados são ilícitos não apenas quando a informação é incorreta, mas também em outras situações.

Defende-se, ao final, a tese de que nem sempre a entidade que mantém o banco de dados deve responder civilmente por informações incorretas. Em algumas hipóteses, esta responsabilidade deve incidir exclusivamente sobre o fornecedor que solicitou o registro.

As milhares de ações indenizatórias por danos morais que tramitam na Justiça contra os serviços de proteção ao crédito e os fornecedores evidenciam a atualidade e relevância do tema. Assiste razão a CARLOS ALBERTO BITTAR,¹ ao afirmar que:

“a ascensão à era da informática - alcançada graças ao extraordinário avanço das técnicas de comunicação - se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem, de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, através dos diferentes sistemas de registro e de informação postos à disposição do mundo negocial”.

2. A IMPORTÂNCIA DOS BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

Qualquer nota concernente à relevância dos serviços de proteção ao crédito, espécie de banco de dados com disciplina no art. 43 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), passa, inevitavelmente, pela análise da importância do crédito na sociedade de consumo atual.

É difícil imaginar um mercado consumidor sem a presença do crédito². Muitos consumidores só podem adquirir uma grande variedade de bens em razão do parcelamento ou pagamento futuro do preço.

¹ Os Direitos da Personalidade. 3ª edição, revista e atualizada por Eduardo C. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

² Em feliz síntese, o juiz Irineu Mariani, do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ao julgar o agravo de instrumento 197090103, assim se manifestou: “É bom lembrar que a instituição do crédito é uma das mais relevantes do mundo moderno, onde as relações comerciais são massivas. Milhares de pessoas só têm acesso aos bens de consumo graças ao crédito. Acontece que hoje em dia, diferentemente de épocas passadas, quem concede crédito não conhece quem é o contemplado, se possui bens ou maus antecedentes no uso de crédito. Há de existir, pois, necessariamente, mecanismos de proteção àqueles que o concedem, sob pena de imediata bancarrota”.

Nenhum fornecedor está obrigado a financiar a venda de seus produtos, nem mesmo a entregar a coisa antes de receber o preço (art. 1130 do Código Civil). O recebimento futuro do preço decorre de livre opção (autonomia da vontade), motivada pela necessidade e expectativa de realizar mais vendas e aumentar os lucros.

Da opção pelo parcelamento ou recebimento futuro do preço, nasce o que se poderia chamar de *direito de selecionar seus devedores*. Consigne-se, de passagem, que a *seleção* do devedor, fundada em critérios objetivos, não importa em afronta ao princípio constitucional da igualdade, nem conduta consistente na discriminação do consumidor³, porque absolutamente justificável o tratamento diferenciado. É razoável não se conceder crédito a uma pessoa, baseando-se no fato de que ela cumpriu ou não tem cumprido obrigações decorrentes de outras concessões de crédito.

Em passado próximo, era bastante comum haver um prévio conhecimento entre comprador e vendedor. Ambos se conheciam pelo nome; sabiam profissão, o endereço e, até, o modo de vida do outro. O lojista tinha consciência, independentemente de qualquer levantamento cadastral, dos riscos que corria ao *vender fiado* ou formalizar a concessão de empréstimo ao comprador. Atualmente, isso não ocorre amiúde. Uma das características da atual sociedade de consumo é o anonimato - o total desconhecimento das partes contratantes. A relação de consumo se dá, em regra, entre pessoas que jamais tiveram qualquer contato e que, provavelmente, não voltarão a se encontrar. O consumidor é pessoa absolutamente estranha ao fornecedor.

Assim, na concessão do crédito, é lícito ao fornecedor exigir do consumidor - que tem liberdade para não aceitar - uma demonstração mínima da sua possibilidade de pagamento das prestações, bem como

³ É relevante notar que o Código de Defesa do Consumidor, ao elencar as chamadas práticas abusivas, inclui entre elas a recusa de venda de bens ou prestação de serviços a quem disponha adquiri-los mediante *pronto pagamento*.

de alguns dados que demonstrem sua idoneidade. Outra opção, mais prática e mais rápida, é a consulta a bancos de dados de proteção ao crédito, mantidos por associações de lojistas ou empresas que o exploram comercialmente.

Atualmente, sem os serviços fornecidos pelos bancos de dados, muitos fornecedores e, também, consumidores não se animariam a realizar financiamento para aquisição de produtos diversos. O sistema permite agilidade e rapidez na concessão do crédito. Em regra, é suficiente uma ligação telefônica ou consulta a um terminal de computador, com indicação do CPF do consumidor.

De outro lado, por se tratar de atividade que opera com milhares de informações, não é raro a constatação de registros inexatos, causadores de constrangimento ao consumidor (dano moral), além de prejuízo material⁴.

3. OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Objetivando impor disciplina às atividades dos serviços de proteção ao crédito, três direitos básicos foram instituídos em favor do consumidor pela Lei 8.078/90: o de ser comunicado a respeito de armazenamento de informações (*negativação*), o direito de acesso aos dados e, finalmente, o de retificação desses dados.

⁴ Interessante comparação foi feita em sentença proferida em ação coletiva ajuizada pela Promotoria de Defesa do Consumidor de São Paulo contra um banco de dados de proteção ao crédito (Proc. nº 2.472/96 - 2ª Vara Cível de São Paulo), na qual se alerta para as graves consequências de um registro indevido: *"As expressões 'negativar' e 'negativação' correspondem às velhas marcas de iniquidade que existem desde o início dos tempos. Em certas sociedades os iníquos eram punidos com a perda do nariz, como acontecia entre os assírios. Na França do Rei Luiz XIII, as prostitutas eram marcadas com uma flor de lis, com ferro em brasa. Na sociedade de hoje, os devedores são marcados com ferretes mais eficientes, dada a qualidade e modernidade dos meios de comunicação. Esse ato de negativar, esse juízo inflexível sobre a natureza humana, deve comportar algum tipo de temperamento, alguma forma de limitação, em uma sociedade democrática"*.

Os direitos de acesso e retificação, além de previstos no art. 43, estão sob proteção de natureza penal. Os artigos 72 e 73 da Lei 8.078/90 tipificaram como infração penal as condutas de "impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros" e "deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de (...) banco de dados (...) que sabe ou deveria saber ser inexata".

O direito de comunicação, embora sem proteção penal, é tão relevante como os demais, vez que consiste em pressuposto para o exercício dos direitos de acesso e retificação dos dados constantes nos bancos de dados. O p. 2º, do art. 43, expressa: "a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor (...)".

A relevância da comunicação ao consumidor da abertura do registro foi ressaltada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 165.727 (DJ em 21.09.1998). O relator, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, foi acompanhado pela Quarta Turma, ao se posicionar no sentido de que a ausência de comunicação, por si só, é suficiente para caracterizar a ilegalidade do registro e, conseqüentemente, a possibilidade de indenização por danos morais⁵.

Além de ressaltar a importância da comunicação, consta no voto e, também, na ementa da decisão a seguinte passagem: *"é de todo recomendável, aliás, que essa comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido nesse caso"*.

⁵ Do voto do relator, extrai-se a seguinte passagem: *"(...) nos termos da lei, efetivamente necessária a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao crédito, tendo-se na ausência dessa comunicação, por reparável o dano moral"*. Aliás, em outubro de 1997, foi aprovada, por unanimidade, no III Congresso Interno do MPDFT, tese de autoria do signatário neste sentido (*O Serviço de Proteção ao Crédito e sua Responsabilidade pela Comunicação ao Consumidor da Abertura do Registro* - p.p. 136/139 do Livro de Teses).

4. RESPONSABILIDADE DE QUEM?

Neste tópico, pretende-se analisar quem é civilmente responsável pelo registro indevido de consumidor nos bancos de dados de proteção ao crédito. A entidade que mantém o serviço de proteção ao crédito? O fornecedor que solicitou o registro? Ou ambos?

Serão as entidades de proteção ao crédito apenas veículos neutros de informações fornecidas por terceiros, sem qualquer responsabilidade pelo conteúdo das informações? Ou, ao contrário, devem zelar pela correção das informações?

De um lado, entende-se que antes do registro, deveria haver uma verificação, ainda que sumária, a respeito da veracidade da informação. Constatada a inexatidão, o registro solicitado deveria ser recusado pela entidade arquivista.

Em sentido oposto, defende-se que os bancos de dados “constituem meros repositórios de informações sobre consumidores, na qualidade de devedores, que são fornecidos por instituições comerciais, industriais e bancárias. Como simples arquivistas, não são destinatários das informações armazenadas, mas, sim terceiros, sendo mero veículos para a circulação dessas informações⁶”.

Defende-se aqui que nenhuma das posições está correta, especialmente pela generalidade das proposições. A resposta adequada, decorrente de interpretação lógico-sistemática da Lei 8.078/90, está em posição intermediária, que considera circunstâncias específicas do registro, como se pretende demonstrar.

O parágrafo primeiro, do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor determina que as informações constantes em bancos de

⁶ Adverci Rates Mendes de Abreu *in* Responsabilidade dos Bancos de Dados, “Folha da Capital”, maio/junho de 1998. No mesmo sentido é a opinião de José Carlos Gentili *in Os Bancos de Dados na Sociedade de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais*. Brasília: Tecprint, 1999.

dados de proteção ao crédito devem ser *objetivas, claras, verdadeiras e em linguagem de fácil compreensão*.

Este é o primeiro ponto. O registro não é indevido tão-somente quando a informação é incorreta. Há ilegalidade, também, quando não são observados os demais atributos da informação, explicitados pelo dispositivo mencionado (objetividade, clareza e linguagem compreensível). Ocorre, entretanto, que a constatação da responsabilidade civil, no que concerne ao atributo da veracidade, é diferenciada.

Quanto aos requisitos de objetividade, clareza e precisão lingüística, deve haver uma igual preocupação com sua observância por parte do lojista e do banco de dados. Nenhum registro deve ser solicitado, v.g., por códigos, de forma intrincada ou com mera apreciação subjetiva do consumidor do tipo “*cliente criador de caso*”. Justifica-se a responsabilidade tanto do arquivista como do fornecedor especialmente porque a presença ou não destes atributos é facilmente verificada, sem qualquer necessidade de investigação probatória.

Pedidos de registro que não atentem para tais requisitos devem ser indeferidos. Caso contrário, tanto o lojista (solicitante do registro) quanto a entidade arquivista deverão responder por eventuais danos materiais e/ou morais causados ao consumidor. Há nítida violação - por parte de ambos - de um dever jurídico imposto por lei de ordem pública (art. 1º do Código de Defesa do Consumidor).

Igualmente ilegal e gerador de responsabilidade civil é o registro baseado em informação inverídica. Entretanto, neste caso, a caracterização do dever de indenizar enseja outros questionamentos.

Em princípio, presumem-se verdadeiras as informações fornecidas aos bancos de dados pelos fornecedores. Não há necessidade de prévia investigação da veracidade da informação por parte do serviço de proteção ao crédito. Conclusão diversa deve ser afastada porque inviabilizaria a atividade dos registros que, atende, também, a interesse do consumidor - maior celeridade na concessão de crédito.

Imagine-se a entidade arquivista, antes de efetuar o registro, exigindo documentos, prova que a dívida não foi paga e, ainda, manifestação do consumidor para que este pudesse alegar algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor. Anote-se que num único dia são efetuadas centenas de solicitações de registros. Nenhuma interpretação jurídica deve levar ao absurdo, nem obstar a atividade que se pretendeu disciplinar.

No entanto, a atitude passiva do banco de dados deve ser afastada a partir de eventual questionamento da exatidão dos dados por parte do consumidor, na forma do p. 3º, do art. 43, da Lei 8.078/90. Isto porque diante do exercício do direito de retificação de dados, o serviço de proteção ao crédito deverá decidir pela manutenção ou não do registro, rejeitando ou aceitando as ponderações do impugnante. Em outros termos, deverá averiguar o mérito da pretensão de correção das informações, estando, neste momento, sujeito, também, à responsabilidade penal decorrente do crime definido no art. 73 da Lei 8.078/90: “deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata”.

A lei norte-americana (*National Consumer Act*), que inspirou diretamente a disciplina da matéria no Código de Defesa do Consumidor, impõe expressamente o dever imediato de investigação⁷, em virtude de contestação a veracidade de informações armazenadas. É o que deve ocorrer, também, por aqui. Havendo impugnação à correção da informação, o arquivista terá que decidir se mantém ou não o registro, assumindo, neste caso, toda a responsabilidade por eventuais danos decorrentes da negativação.

Assim, quanto ao atributo da veracidade da informação, é insustentável defender a absoluta ausência de responsabilidade dos bancos

⁷ A redação da lei, na parte que interessa, é a seguinte: “*Whenever a consumer disputes the accuracy of any item of information in his file, the reporting agency shall promptly investigate the matter (...)*”.

de dados. O interesse da entidade arquivista pela veracidade das informações nasce com o questionamento por parte do consumidor. O propósito legal de se exigir a verificação da exatidão dos dados evidencia-se com a tipificação penal de conduta consistente em omitir-se na correção imediata de dados que sabe ou deveria saber serem inexatos.

Acrescente-se que o consumidor deve ser comunicado por escrito de todos os registros (art. 43, p. 2º do CDC), conferindo-lhe oportunidade imediata de exercício do direito de exigir a correção de eventuais dados inexatos⁸, antes mesmo que terceiros tenham acesso aos bancos de dados⁹. A inércia do interessado é outro dado indicativo da veracidade da informação.

A doutrina não tratou diretamente do tema. ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS, todavia, em comentários ao dispositivo¹⁰ parece possuir o mesmo entendimento, ao propugnar que o banco de dados tem sempre o dever de anotar a origem da informação que arquiva por dois motivos: “*primeiro, para se precaver, pois a qualquer momento tal elemento pode ser contestado, fazendo-se necessária uma nova investigação; segundo, como forma de permitir ao consumidor postular perdas e danos contra quem deu origem à informação desconforme*”. (grifou-se)

Além da hipótese de contestação dos dados pelo interessado, há outra em que é patente a responsabilidade do serviço de proteção ao crédito: quando a entidade, por iniciativa própria, inclui informações nos seus arquivos.

⁸ Seguindo o entendimento constante na Súmula 02 do Superior Tribunal de Justiça, a Lei 9.507/97 que disciplinou o rito processual do *habeas data*, exige, como requisito para ajuizamento da ação, que o interessado comprove prévia recusa extrajudicial de acesso e/ou correção dos dados arquivados.

⁹ O serviço de proteção ao crédito administrado pela Câmara de Dirigentes Lojistas do Distrito tem adotado o salutar procedimento de só efetuar o registro após prévia comunicação ao interessado.

¹⁰ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª edição, revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 333.

Os bancos de dados de proteção ao crédito possuem fontes diversas de armazenamento de seus arquivos: os próprios clientes/associados, cartório de distribuição do Poder Judiciário (títulos protestados/ações executivas), Banco Central (emitentes de cheques sem fundos ou de contas encerradas), entre outras.

A alimentação dos bancos de dados não se dá unicamente por informações dos fornecedores. Muitas delas são buscadas pelos serviços de proteção ao crédito, sem qualquer solicitação.

A situação neste caso é diferente. Se por iniciativa própria, incluem-se informações a respeito de terceiros nos bancos de dados, parece lógico haver um dever de cuidado diferenciado quanto ao atributo da veracidade da informação. A fonte da informação para terceiros é o próprio banco de dados e não o fornecedor. Aliás, muitas vezes, não há qualquer indicação do fornecedor, como nas informações de protestos de títulos, buscadas nos serviços de distribuição do Poder Judiciário.

Em síntese, a veracidade da informação não deve ser analisada *a priori*, pelo serviço de proteção ao crédito, mas somente após eventual exercício do direito de correção por parte do interessado. Após impugnação da correção, a responsabilidade civil passa a ser tanto do banco de dados quanto do solicitante. De outro lado, os demais requisitos indicados pelo p. 1º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor (clareza, objetividade, linguagem de fácil compreensão) devem ser analisados por ocasião da solicitação do registro. Os bancos de dados de proteção ao crédito têm o dever de impedir o ingresso de informações que não observem tais requisitos. Por fim, o serviço de proteção ao crédito deve responder por eventual erro constatado nas informações armazenadas por iniciativa própria.

5. CONCLUSÕES (EMENTA)

- I) Os bancos de dados de proteção ao crédito exercem relevante atividade na sociedade de consumo atual tanto para o fornecedor quanto para o consumidor.

- II) A responsabilidade civil decorrente de registro de informações que não atendam aos atributos de objetividade, clareza e facilidade de compreensão (art. 43, p. 1º, da Lei 8.078/90) é tanto do fornecedor (que solicitou o registro) como da entidade de proteção ao crédito.
- III) A responsabilidade civil decorrente de registro de informações inverídicas é, se a informação não foi contestada pelo interessado junto ao banco de dados, unicamente do fornecedor (que solicitou o registro).
- IV) A responsabilidade civil decorrente do registro de informações inverídicas, após impugnação do interessado (art. 43, p. 3º, da Lei 8.078/90), é tanto do fornecedor (que solicitou o registro) como da entidade de proteção ao crédito.
- V) A responsabilidade civil decorrente do registro de informações inverídicas, que tenham sido arquivadas por iniciativa da entidade que mantém o banco de dados, é unicamente do serviço de proteção ao crédito.

**PROPOSTA
SOLICITAÇÃO DE RECOMENDAÇÃO DO
EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA SUGERIR AOS MEMBROS DO MPDFT UMA
“ROTINA DE PROCEDIMENTOS” NO CASO DE
CONFRONTO OU ATRITO COM OUTRAS
AUTORIDADES PÚBLICAS.**

Libanio Alves Rodrigues
Promotor de Justiça do MPDFT

I. INTRODUÇÃO

Considerando os episódios que foram de conhecimento público envolvendo os Promotores de Justiça e outras autoridades públicas e muito preocupado com a forma sensacionalista com a qual a imprensa trata os incidentes envolvendo representantes do Poder Público, resolvi trazer ao debate no fórum mais adequado a proposta de uma recomendação, e a idéia é de uma sugestão e não imposição, de uma rotina de condutas em caso de incidentes envolvendo um membro do MPDFT e qualquer outra autoridade.

Resumidamente, questioneei sobre o fato a alguns colegas, não com o intento de “julgar” a atitude de quem quer que seja, mas sim para saber qual a atitude a ser tomada num momento em que há um confronto

entre um Promotor de Justiça com outra autoridade, nem sempre em casos de serviço; a quem contatar no momento de um atrito entre autoridades e, o que me parece mais importante, é o que fazer após o fato, na esfera administrativa do MPDFT.

A verdade é que pouquíssimos colegas têm idéia de como proceder em um caso assim, não sabem a quem recorrer no âmbito do MPDFT e “pensam” que o caso merece ser apurado rigorosamente pelo órgão interno competente.

Alerto, desde logo, que não vai aqui qualquer intenção de arrostar-me indevidamente das atribuições inerentes aos altos cargos do MPDFT. Reafirmo que se trata de uma sugestão objetivando o aprimoramento institucional.

II. SUGESTÃO

Assim sendo, resolvi tomar a iniciativa de sugerir a criação de um “Rotina de Procedimentos” para os Procuradores e Promotores de Justiça, indicando aos colegas as providências que podem ser tomadas quando ocorrer atrito com qualquer outra autoridade do Poder Público:

NO MOMENTO DO INCIDENTE:

1 - Entrar em contato com o DD. Promotor de Justiça de Plantão, para que acompanhe o colega solicitante;

2 - Entrar em contato com o DD. Promotor de Justiça Chefe de Gabinete, para que represente o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, quando a presença deste for solicitada;

3 - Entrar em contato com o DD. Presidente da AMPDFT, para que acompanhe o colega durante o incidente e tome as providências necessárias no âmbito da defesa dos interesses do associado;

4 - Entrar em contato com o Sr. Assessor da Polícia Militar do DF junto ao MPDFT, se o caso exigir a segurança do membro do MP ou apoio policial imediato;

5 - Entrar em contato com o Sr. Assessor de Comunicação do MPDFT, para evitar a divulgação deturpada do(s) fato(s) ou para providenciar a divulgação de notícia de interesse do colega solicitante;

6 - Entrar em contato com a autoridade administrativa com atribuição para o caso: Chefe de Gabinete do Diretor da Polícia Civil do Distrito Federal; Delegado de Polícia-Corregedor; Chefe de Gabinete do Comandante-Geral da Polícia Militar do DF; Oficial-Corregedor da Polícia Militar do DF; Chefe ou Diretor do DETRAN, etc.

APÓS O INCIDENTE:

1 - Comunicar o fato, de forma circunstanciada, à (ao) Exma(o). Sr(a). Corregedor(a) do MPDFT e/ou ao Exmo(a). Sr(a). Procurador(a)-Geral de Justiça, para que o fato seja analisado e para que sejam tomadas as medidas administrativas e legais cabíveis, quando for o caso.

III. PROPOSTA

A presente iniciativa visa única e exclusivamente indicar possível forma de aprimorar a atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Para tanto, acreditamos ser necessário solicitar ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça e ao DD. Presidente da AMPDFT que providenciem uma lista, que seja de fácil manejo e consulta (ou seja, documento possível de levar na carteira ou bolsa), contendo todos os nomes e os números telefônicos das autoridades supracitadas e outras que forem indicadas, bem como tomem as demais providências cabíveis.

Submeto, pois, a proposta ao Plenário para discussão e votação.

A INCOMPETÊNCIA DO JUIZ-PRESIDENTE PARA APLICAR OS NOVOS INSTITUTOS DE JUSTIÇA CONSENSUAL APÓS A DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Marcos Juarez C. de Oliveira
Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT
2ª Promotoria do Júri de Taguatinga

EMENTA: Inteligência do § 2º, do art. 492, do CPP em face do novo contexto de justiça consensual – a Competência dos Juizados Especiais Criminais é prevista na CF, restando a norma do art. 492, § 2º, CPP, restringida pela disposição do art. 98, CF – a desclassificação para infração de menor potencial ofensivo implica modificação de competência, *in casu*, absoluta, diante da regra especial do art. 60 da Lei 9.099/95 - a *novatio legis* previu hipótese de aplicação do instituto por todos os juízes e não somente pelo Juizado Especial Criminal. – o procedimento do júri é bifásico e não comporta uma terceira fase resultante de uma eventual aceitação (ou não) pelo réu de proposta ofertada pelo Ministério Público, porque refoge à competência do juiz-presidente - procedida a desclassificação, pelo Tribunal do Júri, para outra infração que pode ser objeto de “*sursis* processual”,

sendo a vara de competência geral, com o trânsito em julgado, o próprio juiz, agora funcionando como “Juiz Singular”, será o competente para dar prosseguimento ao feito, proferindo sentença, nos termos do § 2º, *in fine* do art. 492, do Código de Processo Penal, ou aplicando o *sursis* processual; se a vara for de competência exclusiva do Tribunal do Júri, ao Juízo Singular deve ser remetido o processo, para que proceda de acordo com o preconizado na alínea anterior - se a nova classificação não estiver abrangida pela Lei 9.099/95, ao presidente do tribunal caberá proferir em seguida a sentença, restando, nesta hipótese, incólume a regra contida no § 2º do art. 492, do Estatuto Adjetivo.

Questão ainda muito controvertida, a despeito de já decorridos mais de 5 (cinco) anos da edição da nova lei, é a que versa sobre a oportunidade e a possibilidade ou não de aplicação dos novos institutos de justiça consensual depois da desclassificação operada em plenário do júri. Discute-se acerca da recepção do § 2º, do art. 492, do CPP em face do art. 98, da CF, que é fundamento da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Dispõe o mencionado dispositivo que “*se for desclassificada a infração para outra atribuída à competência, do juiz singular, ao presidente do tribunal caberá proferir a sentença em seguida*”.

Antes mesmo da celeuma advinda com a *novatio legis*, que, afinal, não tratou expressamente do tema, algumas opiniões, embora poucas, como a do eminente ministro do STJ, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, impunham restrições acerca da constitucionalidade do mencionado parágrafo 2º, uma vez que a aplicação da regra importaria em decisão fora dos limites do pedido do autor (Ministério Público, no caso), violando assim o princípio da correlação, confira-se:

“Sr. Presidente, sempre entendi de duvidosa constitucionalidade o disposto no art. 492, § 2º do Código Penal, qual seja, em declinando o Tribunal do Júri de infração da sua competência evidente que os autos seriam avocados pelo juiz singular. Todavia, necessário far-se-ia reabrir a instrução, pois a imputação é delimitada pela denúncia, pela queixa ou pela pronúncia. Quem é pronunciado, portanto, acusado de tentativa de homicídio, defende-se dessa infração penal, não sendo obrigado a imaginar todas as hipóteses possíveis que o Júri possa acolher para então fazer a sua defesa. Caso isso não aconteça, é evidente, o devido processo legal fica afetado e haverá surpresa se condenado por uma lesão corporal, por exemplo. Hoje, com a vigência da Lei nº 9.099/95, os crimes de lesão corporal leve são da competência do Juizado Especial, porquanto definido como crime de menor potencial ofensivo”. RHC nº 7.661 – AC Reg. 98.00336403.0 (grifos nossos).

Não obstante a autoridade de seu defensor, a solução, embora simplória, não encontrava ressonância na doutrina e jurisprudência pátria.

Trata-se, com efeito, de *mutatio libelli* (hipóteses de desclassificação, por ex., para modalidade culposa), conquanto, no mais das vezes, na prática, não passem de mera *emendatio libelli*, como, v.g., a desclassificação para lesões corporais, casos em que a própria denúncia já contém explícita ou implicitamente as circunstâncias elementares do crime resultante da desclassificação – como é de trivial conhecimento, o réu defende-se de fato descrito na denúncia, e não de sua capitulação. Ocorre que, nestes casos, diante da especialidade¹ do procedimento do júri, não há violação dos princípios do contraditório e ampla defesa. Na verdade, as teses desclassificadoras, no júri, são teses defensivas, portanto, pretendidas e, evidentemente, exaustivamente sustentadas e tratadas (devem ser) pelos respectivos defensores perante o Conselho. Vê-se, não há surpresa na nova imputação. Ademais, a nova definição jurídica, nesses casos, sempre importará em pena igual ou menos grave

¹ Conforme anota *Vicente Greco Filho*: “O Código não guarda rigor sistemático na disciplina dos procedimentos. O do júri, por exemplo, que poderia ser especial, é considerado comum; o sumário, que é comum, está no Título dos especiais”. (in *Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1993, 350).

do que a que seria cabível pela capitulação inicial, não implicando assim prejuízo para o acusado. Note-se, por fim, que a providência de que trata o *caput* do art. 384, do CPP (baixar o processo para prévia manifestação da defesa e arrolamento de testemunhas), já está contida no procedimento específico do júri, por ocasião da contrariedade do libelo (art. 421, CPP), oportunidade em que, além de contrariar, imaginando e expondo, se quiser, as hipóteses possíveis, ainda poderá a defesa arrolar testemunhas.

Na verdade, há que se conciliar a norma do § 2º, do art. 492 à nova regra de competência relativa ao Juizado Especial Criminal, jurisdição distinta daquela genérica alusão ao “juiz singular”.

Com isso, diante do novo contexto despenalizador introduzido pelo art. 98, da CF e com o advento da Lei nº 9.099/95, a desclassificação operada pelo Tribunal do Júri deve ser, agora, também sopesada de acordo com a gravidade da nova infração. É que, a par dos critérios doutrinários empregados até o advento da Lei dos Juizados para aferir a natureza da infração, tais como caráter do resultado (de dano ou de perigo), tipo de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*), objetividade jurídica (contra o patrimônio, contra a pessoa, etc), qualidade da pena (reclusão, detenção, etc), a *novatio legis* acabou por criar outro critério, a quantidade da pena (até um ano, mais de um ano)², o que, afinal, acaba por influir sobremodo na fixação da competência.

Destarte, após a desclassificação, deve-se vislumbrar a quantidade de pena abstratamente cominada para a nova infração, para, só então, definir-se a competência do órgão jurisdicional. Assim, se a nova figura penal for daquelas inseridas entre os crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada igual a um ano), parece pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, de que, nestes casos, surge para o juiz-presidente a impossibilidade de aplicação da regra geral do § 2º, do art. 492, do CPP, isto é, proferir sentença

² Cf. *Maurício Trevisan*, in 13º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Livro de Teses, v.1, t.1, Tese 51, p.339.

condenatória, haja vista que a desclassificação para infração de menor potencial ofensivo implica modificação de competência, *in casu*, absoluta, diante da regra especial do art. 60 da Lei 9.099/95³. Ademais, o reconhecimento da prorrogação da competência do juiz-presidente, prolatando sentença de plano, configuraria na hipótese flagrante prejuízo à defesa do réu, uma vez que se lhe usurpava o direito de ser processado segundo regras de procedimento que lhes são inegavelmente mais benéficas.

Além disso, a Competência dos Juizados Especiais Criminais é prevista na CF, de modo que a questão se resolveria no âmbito da hierarquia das leis, restando a norma do art. 492, § 2º, CPP, restringida pela disposição do art. 98, CF.

Do magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER, LUIZ FLÁVIO GOMES e outros, em obra intitulada Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995, editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 68, extrai-se o seguinte posicionamento quanto ao procedimento legal a ser adotado nos casos de desclassificação em Plenário do Júri para infração de menor potencial ofensivo:

“Pelo sistema do Código de Processo Penal, em face da desclassificação cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri proferir sentença (art. 492, § 2º). Mas, quando a desclassificação for por infração de menor potencial ofensivo, outra deve ser a solução, pois a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos artigos 70.76 da lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta.”

³ HC nº 7.601/AC, STJ, 5ª Turma, rel. min. *José Dantas*, j. 01.09.98, v.u.

No mesmo sentido, leciona DAMÁSIO DE JESUS, em obra intitulada Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, editora Saraiva, 3ª Edição, pág. 105, ao assentar que:

“no júri, o Conselho de Sentença desclassifica o crime de tentativa de homicídio para lesão corporal leve: o juiz não pode condenar o réu. O feito permanece no juízo comum e, transitada em julgado a sentença para a acusação, o juiz, se não for ele mesmo o competente, deve remetê-lo para quem o seja a fim de ser intimado o ofendido (artigo 91 desta lei), sem prejuízo de providências no sentido de conciliação (art. 74 e 76 desta lei)”.

Diversa é a solução quando a nova infração for daquelas cuja pena mínima cominada é igual ou superior a 01 (um) ano, infração que, na vigência da nova lei, passou a ser objeto da suspensão condicional do processo.

É sabido que o art. 89, da Lei 9.099/95, caracteriza, substancialmente, lei penal mais favorável. Trata-se, portanto, de um instituto de despenalização que veio para beneficiar o acusado, por isso mesmo inexistente fundamento constitucional, ou legal, que restrinja a sua aplicação, em função do princípio da irretroatividade incondicional da lei nova menos severa (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único).

Nestes termos, procedida a desclassificação, pelo Tribunal do Júri, para outra infração que pode ser objeto de “*sursis* processual”, deve ser dada oportunidade para que o Ministério Público proponha o benefício, não podendo o réu ser prejudicado pela acusação agora tida como abusiva⁴.

A propósito, leciona MIRABETE:

“...deve-se também possibilitar a proposta, ainda que no silêncio da lei, quando, após a instrução, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal for a imputação desclassificada para crime que pode ser objeto da suspensão quando, com a denúncia, isso não

era possível. Reconhecida a prática de crime menos grave pela acusação não se pode excluir a possibilidade do benefício, que seria cabível se a imputação inicial fosse a adequada ao fato criminoso, devendo o magistrado dar vista dos autos ao Ministério Público para que este decida sobre a proposta de suspensão do processo o mesmo se diga, no caso de processo que deve ser submetido ao Tribunal do Júri quando a desclassificação ocorre nos termos do art. 410 do citado Estatuto. (Juizados Especiais Criminais, Ed. Atlas, 1997, pág. 156)”.

Como se vê, a *novatio legis* previu hipótese de aplicação do instituto por todos os juízes e não somente pelo Juizado Especial Criminal.

Mas a *vexata quaestio*, ainda pouco enfrentada, versa sobre a oportunidade e até mesmo a (in)compatibilidade de aplicação dos novos institutos da justiça consensual (marcados exatamente por critérios de informalidade e de simplicidade) após a desclassificação operada em plenário do júri (procedimento solene por natureza).

A vertente favorável, ou seja, a que sustenta a aplicação dos institutos na própria sessão, sucessivamente à desclassificação, argumenta basicamente com os princípios da economia processual e celeridade. Novamente, advoga-se uma solução muito simplória mas que, a nosso sentir, não resolve as questões.

Imagine-se, por exemplo, que o acusado, mesmo preenchendo os requisitos objetivos e subjetivos de que trata a lei para concessão do benefício, não aceite a proposta formulada pelo órgão do *Parquet*; e se, aceitando a proposta, o benefício vier a ser revogado em virtude de um novo processo por crime ou contravenção ou, ainda, não efetuar o beneficiado a reparação do dano, ou por descumprimento de qualquer outra condição imposta (§§ 3º e 4º, do art. 89, Lei 9.099/95)?

Evidentemente, como preceitua o § 7º, do referido dispositivo, “o processo deverá prosseguir em seus ulteriores termos”. E o rito desses ulteriores termos certamente não será o escalonado previsto para o

⁴ HC nº 7.711/RJ, STJ, 5ª Turma, rel. min. Gilson Dipp, j. 19.11.98, v.u.

processo dos crimes da competência do júri. Na verdade, o procedimento do júri é bifásico e não comporta uma terceira fase resultante de uma eventual aceitação (ou não) pelo réu de proposta ofertada pelo Ministério Público, e suas consequências, até porque, essa terceira fase implicaria, de qualquer modo, um novo processo, de rito comum, que refoge à competência do juiz-presidente.

E se o Ministério Público e, ou, o próprio réu interpuserem recurso, afastando assim o trânsito da decisão desclassificatória? E se o Tribunal, apreciando o recurso, confirmar a decisão desclassificatória? Considerando-se a impossibilidade de o próprio Tribunal *ad quem* definir a nova figura, para não suprimir uma instância, a quem competiria agora a decisão e prosseguimento nos ulteriores termos?

Essas questões se resolveriam facilmente se a vara pela qual tramitou o processo fosse daquelas de “competência geral”, porquanto, operando o trânsito em julgado, com a confirmação da desclassificação, será o próprio juízo competente para julgar (definir a nova figura), processar e até mesmo submeter o acusado (se for o caso) ao período de prova, o que evidentemente não se dará se a vara for exclusiva do Tribunal do Júri, porque, como se viu, é absolutamente incompetente.

Nestes casos, outra solução não há senão a transferência do julgamento ao juízo singular comum, para que aquele proceda segundo os ditames da nova legislação especial, em homenagem, inclusive, ao consagrado princípio do *due process of law*.

Dessa forma, conclui-se que a regra incerta no parágrafo segundo do art. 492, do Código Processual Penal, com o advento dos novos institutos da justiça consensual, restou parcialmente revogada.

Assim, preconiza-se:

1) se a desclassificação se der para crime definido como de menor potencial ofensivo, nos moldes do art. 61 da Lei dos Juizados,

transitada em julgado a decisão, os autos serão remetidos ao Juizado Competente, para que proceda nos termos do art. 70 *usque* 76 daquela lei;

2) se se operar a desclassificação para a infração daquelas contidas no art. 89, da Lei 9.099/95, duas são as soluções:

a) se a vara por onde tramitou o processo for de competência geral, com o trânsito em julgado da decisão desclassificatória, o próprio juiz, agora funcionando como “Juiz Singular”, por força da respectiva Lei de Organização Judiciária, será o competente para dar prosseguimento ao feito, proferindo sentença, nos termos do § 2º, *in fine* do art. 492, do Código de Processo Penal, ou aplicando o *sursis* processual, do art. 89, da Lei do Juizado, e suas consequências, conforme cada caso;

b) se a vara for, também de conformidade com a Lei de Organização Judiciária, de competência exclusiva para feitos do Tribunal do Júri, ao Juízo Singular deve ser remetido o processo, para que proceda de acordo com o preconizado na alínea anterior.

3) por fim, se a nova classificação não estiver abrangida nas hipóteses anteriores, mencionadas pela Lei 9.099/95, como, v.g., casos de lesão corporal gravíssima ou lesão corporal seguida de morte (§§ 2º e 3º, art. 129, Código Penal), ao presidente do tribunal popular caberá proferir em seguida a sentença, restando, nesta hipótese, incólume a regra contida no § 2º do art. 492, do Estatuto Adjetivo.

EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM ACORDO REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PRISÃO CIVIL

Newton Cezar Valcarenghi Teixeira
Promotor de Justiça do MPDFT

EMENTA: Acordo de Alimentos referendado pelo Ministério Público. Título hábil à execução pelo rito da constrição pessoal. Proposta de alteração dos arts. 733 e 735 do Código de Processo Civil, a fim de que reste expresso no ordenamento processual a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, que se recusa ao cumprimento de obrigação assumida em sede de acordo celebrado perante o Ministério Público. Aplicação do rito do art. 733 e segs. do diploma adjetivo na execução de alimentos provisórios, provisionais ou definitivos.

1. JUSTIFICATIVA:

Uma das conquistas da Promotoria de Defesa do Cidadão-PROCIDADÃ desde a sua criação, a partir da Portaria nº 269, de 11 de abril de 1997, foi, indubitavelmente, o reconhecimento, pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, da legitimidade do Ministério

Público para o referendo de acordo de alimentos, emprestando-lhe, assim, eficácia de título executivo extrajudicial.

O acórdão em referência, pioneiro no país, está assim ementado:

“EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ART. 57 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.099/95. APLICAÇÃO TRANSCENDENTE À ÓRBITA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. ACORDO REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PROVIDO.

I - A despeito de inseridos na Lei nº 9.099/95, o art. 57 e seu parágrafo podem ser aplicados às causas excluídas da competência dos Juizados Especiais, em razão da natureza da lide ou do valor excedente a quarenta salários mínimos.

II- Acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público constitui título hábil a embasar a respectiva execução (3ª T. Cível, APC 8.548-3/99, Rel. Des. Nívio Gonçalves)”.

Vale lembrar que o parágrafo único, do art. 57 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, reza que “valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

Não obstante a imprecisão terminológica do legislador ao fazer menção ao “órgão competente” do *Parquet*, quando o correto seria órgão com atribuições, o dispositivo vai ao encontro dos reclames da sociedade por uma justiça mais rápida e efetiva.

Se faz mister ressaltar que é fundamentado nesse preceito, bem como no inciso II, do art. 585 do Código de Processo Civil, que a PROCIDADÃ referenda os acordos em questão. Pelo sistema adotado na Promotoria, uma audiência é realizada em uma (1) semana, caso o (a) interessado (a) se disponha a entregar em mãos a notificação para o *ex adverso*, tudo orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade. Há casos em que todos os

interessados comparecem à Promotoria numa mesma oportunidade, o que permite a realização da audiência e da proposta de acordo naquele momento, dispensados os formalismos desnecessários.

Os partidários da tese contrária advogam que o parágrafo 2º, do art. 3º da Lei nº 9.099/95, exclui da competência dos Juizados Especiais, entre outras, as causas de natureza alimentar. Tal posicionamento nos parece atender mais a uma interpretação gramatical, limitada e restrita, do que sistemática e teleológica.

Felizmente, o entendimento esposado pelo TJDF consagra as seguintes assertivas:

1) O art. 585, II do Código de Processo Civil erigiu à categoria de título executivo os acordos extrajudiciais referendados pelo Ministério Público, sendo dispensável a sua homologação judicial;

2) O art. 57 da Lei nº 9.099/95 transcende os limites dos Juizados Especiais, tendo sido inserido naquele diploma legal como meio de publicização dos institutos de homologação e referendo de acordos extrajudiciais;

3) O art. 16 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), não faz distinção entre título executivo judicial e extrajudicial;

4) A homologação judicial do referendo Ministerial, não prevista pela lei, retiraria a utilidade do referendo, ao submeter o acordo a um segundo procedimento, judicial e mais demorado;

5) A implementação do disposto no parágrafo único, do art. 57 da Lei nº 9.099/95, e inciso II, do art. 585 do CPC – às questões alimentares – dará mais agilidade para a solução das controvérsias relativas à matéria, contribuindo para um maior desafogamento do Poder Judiciário.

Uma vez suplantada a discussão respeitante à possibilidade de formalização do acordo pelo Ministério Público, surge uma questão não menos importante, que merece acurada reflexão: a possibilidade de execução, pelo rito da constrição pessoal, dos acordos referendados pelo Ministério Público.

Em se optando pela negativa, a execução dos acordos somente poderia ser proposta pelo rito do art. 646 e ss. do CPC – Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente – retirando, assim, do credor de alimentos e do próprio Ministério Público, a possibilidade de contar com a prisão civil como meio de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação espontaneamente assumida.

Na abordagem do tema impende ressaltar, *ab initio*, que o art. 733 do CPC, que prevê a prisão civil do devedor de alimentos, nem sempre recebeu dos doutrinadores e tribunais interpretação uníssona. O *caput* do artigo está assim redigido, *verbis*: “Na execução de sentença ou de decisão, que fixa alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Parágrafo 1º - Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.” (grifamos)

Impende lembrar, sucintamente, a diferença conceitual entre alimentos provisórios, provisionais e definitivos.

Alimentos provisórios são aqueles que o juiz fixa liminarmente ao despachar a inicial e vigoram até decisão final, consoante o art. 4º, *caput*, da Lei nº 5.478/68.

Os provisionais, ou preventivos, previstos no art. 852 e segs. do CPC, apesar da similitude com os provisórios – haja vista que ambos pertencem à categoria de alimentos antecipados – dele divergem. Os provisionais são passíveis de pedido e fixação antes da ação principal. Demais disso, a prestação alimentícia devida ao requerente pode abranger,

nesses casos, a inclusão de verba para custeio da demanda. Outra diferença apontada pela doutrina diz respeito ao fato de que os alimentos provisionais prescindem da prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar, diferentemente do que ocorre com os provisórios, por força do mandamento insculpido no art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.478/68.

Por fim, temos os alimentos definitivos, ou regulares, derivados de acordo ou ato decisório final do juiz. Cabe ressaltar que apesar da denominação “definitivos”, não têm o caráter de imutabilidade, podendo ser objeto de revisão, desde que alterada a situação pessoal dos envolvidos. Nessa categoria se insere o acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público, considerando que a avença celebrada tem a característica de definitividade similar à das decisões judiciais finais.

YUSSEF SAID CAHALI, na obra “Dos Alimentos”, RT, 3ª ed., 1999, p. 1.058 e segs., faz menção ao entendimento de doutrinadores do quilate de Pontes de Miranda, para quem a prisão civil do devedor de prestação alimentícia somente se mostraria possível no caso de prévia sentença ou decisão que fixasse alimentos provisionais, ou seja, aqueles que se têm de prestar na pendência da lide, e cuja disciplina encontra suporte nos arts. 852 a 854 do CPC.

A referida interpretação equivaleria a negar a possibilidade de execução de alimentos com supedâneo no art. 733 do diploma adjetivo, nos casos de alimentos definitivos e provisórios.

Porém, doutrina e jurisprudência majoritárias firmaram o entendimento de que o procedimento da prisão é aplicável, quer se trate de alimentos provisionais, quer provisórios, quer definitivos.

A propósito do tema, escreve Cahali (*op. cit.*, p. 1.060):

“Paulatinamente, porém, a doutrina foi se definindo no sentido de que, embora o art. 733 do CPC só tivesse cogitado de execução de sentença ou decisão, que fixa os alimentos provisionais”, isto é, de provimento final (sentença), liminar ou incidente (decisão) em processo cautelar (art. 852 et seq.), deve-se ter em conta que o art. 19, *caput*, da Lei 5.478/68, neste ponto não derogado pelo CPC, nem alterado pela Lei 6.014, de 27.12.1973 (Lei de

Adaptação, art. 4º), autoriza o decreto de prisão administrativa em termos genéricos, “para cumprimento do julgado ou do acordo”, que eventualmente tenha sido objeto do processo (principal) da ação de alimentos, abrangendo também a sentença ou o acordo de alimentos na separação judicial (e agora também no divórcio)”.

Perfilham esse entendimento, entre outros, BARBOSA MOREIRA, CELSO NEVES, MOURA BITTENCOURT, ATHOS CARNEIRO, SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, SEBASTIÃO AMORIM E ARAKEN DE ASSIS. Nesse sentido também o Supremo Tribunal Federal-STF assentou jurisprudência (v.g., STF, 2ª Turma, 08/06/1976, RT 489/439 e 509/460; e 1ª Turma, 15/10/1982, RTJ 104/137), no que vem sendo seguido pelos tribunais ordinários.

Nessa tessitura, é de se reconhecer que a execução dos acordos de alimentos referendados pelo Ministério Público também pode seguir o rito do art. 733 do CPC.

A meu ver o supramencionado art. 19 da Lei nº 5.478/68 é de singular clareza ao dispor que “O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”. (destacamos)

Ora, a manifestação de vontade de partes capazes, isenta de vícios, tendo como objeto a fixação de alimentos para quem deles necessita (no mais das vezes menores), e formalizada perante o Promotor de Justiça – a quem incumbe defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis – prescinde de homologação judicial.

Entendo que devemos ser práticos na busca da solução dos problemas. É fato notório e sabido que a Defensoria Pública, em que pese a dedicação e esforço de advogados e estagiários, não consegue dar

vazão à demanda de cidadãos que necessitam de atendimento jurídico. Dispõe o inciso LXXIV, do art. 5º da Constituição Federal que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Já o art. 37, *caput*, também da Carta Magna, com a alteração dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, acresceu aos princípios da administração pública o da eficiência.

Tenho que os conceitos de Direito e Justiça não passam, necessariamente, pela necessidade de um provimento judicial.

A propósito do tema vale trazer à colação o ensinamento de J.E. CARREIRA ALVIM, ao interpretar o art. 331 do CPC na obra Código de Processo Civil Reformado, 2ª ed., Del Rey, 1995, p. 141:

“Como o art. 331 fala em direitos disponíveis para justificar a audiência prévia de conciliação – o que é verdadeiro apenas em parte –, entendeu a lei que, sendo tais direitos indisponíveis, não haveria necessidade dessa audiência, sem dar-se conta de que a conciliação nada tem a ver com disponibilidade ou indisponibilidade do direito, senão com transigibilidade ou intransigibilidade dele. Assim é que, embora indisponíveis os direitos relativos a alimentos, guarda e educação dos filhos, etc., nada impede a transação sobre eles; da mesma forma, os direitos provenientes de acidente de trabalho são indisponíveis, dado o seu caráter alimentar (STF, RT 548/200), o que não tem constituído obstáculo à transação das partes (JTA, 112/37)”.

Como se vê, a confusão que se faz entre os conceitos de indisponibilidade e intransigibilidade geram uma leitura equivocada da eficácia e alcance dos acordos de alimentos referendados pelo Promotor de Justiça.

Não faço apologia à desobediência ou auto-suficiência do *Parquet*, tão-somente acredito que uma instituição como o Ministério Público deve ocupar o seu espaço sem medo. O poder que hoje não se exercita é o mesmo que amanhã se perde.

Ao cidadão humilde, pobre, desvalido, analfabeto, sem emprego, lugar para morar, alijado da sociedade não serve um “Justiça” caquética e inoperante.

Dessa forma, as alternativas propostas não podem ser simplesmente desconsideradas pelo arcaico apego a um formalismo inconseqüente e descompromissado com a realidade social.

Também não se apregoa a prisão civil do devedor de alimentos como expediente a ser utilizado em todos os casos, inadvertidamente. Todas as tentativas que passem ao largo da prisão do inadimplente devem ser efetivamente utilizadas. A constrição pessoal deve ser reservada para os casos em que o devedor se subtrai ao cumprimento da obrigação alimentar, conquanto tenha condições materiais de prestá-la. Fazendo uma comparação com Direito Penal, deve ser a prisão do devedor de alimentos a *ultima ratio* do credor, do Ministério Público e do juiz. Vale dizer: tudo deve ser feito para que a obrigação seja cumprida espontaneamente ou que a execução recaia sobre os bens do devedor, mas, se as circunstâncias exigirem, a prisão pode e deve ser utilizada com responsabilidade.

Na verdade, questões outras de não menos importância se relacionam com o tema, como, por exemplo, a polêmica acerca do disposto no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, segundo o qual “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Dada a relevância do tema, comporta um estudo à parte. Sem embargo da observação, entendemos que o preceito não importa em supressão do instituto da prisão do devedor de alimentos no Brasil. A uma porque, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, releva o princípio da norma mais favorável à vítima. No caso, temos de um lado o direito do devedor à liberdade, e de outro o direito do alimentando à solidariedade, que assegura, no mais das vezes, a sua própria sobrevivência (leia-se direito à vida), merecendo prevalência este último, como bem aponta FLÁVIA PIOVESAN na obra *Temas de Direitos Humanos*, MAX LIMONAD, 1998, p. 45. A duas pelo fato de que a vedação prevista no diploma internacional refere-se àquele que não reúne condições materiais para o cumprimento do *decisum* ou acordo. Silencia em relação ao devedor que, embora podendo prestá-la, procura se eximir ao adimplemento da prestação alimentar. Note-se que é tão-somente em relação a este que se justifica a constrição pessoal, o que se coaduna com o ordenamento pátrio que rege a matéria.

Apesar dos argumentos expendidos, há resistência por parte de alguns magistrados em aceitar o posicionamento de que os acordos de alimentos podem ser objeto de execução pelo rito da prisão. A título de ilustração trazemos à colação o seguinte julgado, do E. Superior Tribunal de Justiça-STJ:

“Vedada a jurisdição conciliatória às causas de natureza alimentar, o acordo das partes, homologado em sede do chamado Juizado Informal, não tem eficácia para a compulsão executória da prisão civil do devedor, à míngua do devido processo legal. (STJ, RHC, rel. José Dantas, DJU 22.06.92, p. 9.768)”.

Dessa forma, sem embargo do entendimento esposado, de que o acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público é título hábil à execução pelo rito da prisão, alteração legislativa que assim dispusesse literalmente terminaria com as discussões acerca do tema.

A proposta em tela visa à alteração dos arts. 733 e 735 do Código de Processo Civil.

A idéia é inserir no artigo 733 os termos “acordo referendado pelo Ministério Público”, “provisórios” e “definitivos”. Com isso, os instrumentos pactuados perante o Promotor de Justiça versando sobre alimentos passam a constar expressamente da previsão legal. De outra parte, a inclusão dos alimentos provisórios e definitivos consagraria, em definitivo, o entendimento já adotado pela jurisprudência de estender, também a estes, a possibilidade da prisão do devedor.

No que concerne ao art. 735, o objetivo é tão-somente manter a coerência com o art. 733, inserindo as palavras “sentença, decisão ou acordo referendado pelo Ministério Público”, suprimindo o termo “provisionais”, evitando, assim, a interpretação restritiva.

2. PROPOSTA:

Com supedâneo nos argumentos fartamente expendidos, proponho, para encaminhamento ao Poder Legislativo Federal, a seguinte redação aos arts. 733 e 735 do CPC:

“Art. 733. Na execução de sentença, decisão ou acordo referendado pelo Ministério Público, que fixa os alimentos provisionais, provisórios ou definitivos, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Parágrafo único: Aplica-se o disposto no caput ao acordo firmado pelo Ministério Público.

Art. 735. Se o devedor não pagar os alimentos devidos em razão de sentença, decisão ou acordo referendado pelo Ministério Público, pode o credor promover a execução de sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título”.

3. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy, BENETI, Sidnei. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

ASSIS, Araken de. *Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei de Alimentos Comentada (Doutrina e Jurisprudência)*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 3ª ed., Max Limonad, 1997.

— *Temas de Direitos Humanos*, Max Limonad, 1998.

DA INOPONIBILIDADE DE SIGILO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Nino Franco

Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT

INQUÉRITO CIVIL. DOCUMENTOS, REGISTROS E INFORMAÇÕES EM PODER DO TCDF. PREVISÃO DE SIGILO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA OPOSIÇÃO AO MP. INTELIGÊNCIA DO ART. 54 DA LOTCDF.

É inoponível ao Ministério Público a previsão de sigilo constante do art. 54, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal (LC 01/94, do DF).

INTRODUÇÃO

No exercício de suas atribuições constitucionais de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, o *Parquet* frequentemente se depara com a necessidade de requisitar aos Tribunais de Contas elementos de convicção hábeis à formação de juízo acerca da regularidade ou não de determinado ato ou negócio administrativo inquinado de irregular.

Contudo, malgrado o farto arsenal de instrumentos legais dispondo sobre as prerrogativas ministeriais de requisitar informações e

documentos em poder de terceiros, no Distrito Federal vozes isoladas, secundadas por decisões administrativas de igual teor da Corte de Contas local, têm sustentado que o conteúdo dos processos administrativos em curso naquela Casa situa-se fora do alcance do *Parquet*, visto que acobertado por previsão legal de sigilo.

Em sua defesa, os partidários desse posicionamento acenam com as disposições contidas na Lei Complementar distrital número 01, de 09 de maio de 1994, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal e que traz comandos do seguinte teor:

“Art. 54. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria.

§ 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia”.

A questão que se levanta prende-se à análise sobre o alcance da expressão “direitos e garantias individuais”, objeto do resguardo legal, de forma a situá-la perante as disposições legais e constitucionais vigentes.

DISCUSSÃO

O primeiro dispositivo que convém ser analisado é o inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, assim redigido:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Surge aqui interessante questão: direcionando-se ao resguardo dos direitos e garantias individuais, teria a norma distrital constante do art. 54 da LOTCDF a função de garantir os valores protegidos pelo art. 5º. Inciso X, da Constituição Federal?

A resposta é evidentemente negativa, visto que, embora os valores protegidos pela norma constitucional admita discussões acerca de sua abrangência, obviamente não alcançam a matéria sob investigação do Tribunal de Contas, porquanto o que se apura em seu âmbito são basicamente irregularidades na administração financeira dos entes públicos - CF, art. 71 - em que os envolvidos têm os seus atos analisados enquanto gestores da coisa pública.

Ademais, *ad argumentandum*, fossem aqueles os valores protegidos pela Lei Orgânica do TCDF, tampouco a própria Corte de Contas poderia adentrar na sua análise, visto que o legislador não excepcionou qualquer hipótese à regra da inviolabilidade.

Logo, o resguardo pretendido pela norma distrital volta-se para o campo comum das situações protegidas tão-somente por sigilo legal – jamais constitucional – razão porque não há como opor ao Ministério Público a exceção de matéria sob sigilo.

De fato, vale ressaltar que o Ministério Público detém a constitucional atribuição de promover medidas objetivando a proteção do patrimônio público e a observância dos princípios constitucionais atinentes à administração estatal, podendo, para tanto, adotar medidas que dêem cobro a atos atentatórios ao acervo de bens, direitos, valores e interesses públicos.

Para tanto, a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III, prevê a instauração do Inquérito Civil Público e da Ação Civil Pública, assim dispondo:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)

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

A fim de operacionalizar o exercício dessa atribuição, o legislador constituinte contemplou também, em rol não exaustivo, alguns instrumentos de que pode o Ministério Público se valer para o exercício de suas funções, autorizando-o a:

(...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

Tais dispositivos de índole constitucional são complementados por outros de natureza infraconstitucional¹, todos prevendo o poder requisitório do Ministério Público sobre documentos e dados úteis ao desenvolvimento das investigações ministeriais, a exemplo da Lei Complementar 75/93, que em seu art. 8º, inciso II, assim dispõe:

“Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I – Omissis

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta e indireta;
(...)

VIII – Ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública”;

Quiçá prevendo possíveis resistências ao poder requisitório, o legislador entendeu por inserir no mesmo diploma legal - LC 75/93 - instrumentos como o poder de requisitar o auxílio da força policial (inciso X); e, mais, dispôs expressamente que a exceção de sigilo não poderia ser oposta ao *Parquet*, assim estatuinto:

¹ A própria Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) já previa, em seu art. 8º, § 1º, que “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

“(...

Art. 8º

(...)

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

(...)”.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), por sua vez, prevê pena de reclusão para aquele que recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil quando requisitados pelo Ministério Público. Eis a previsão legal:

“Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTNs, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público”.

Diante da clareza de tais disposições, resta observar que o acesso do *Parquet* a documentos e informações sobre pessoas e entidades que operam ou recebem recursos públicos é hoje pacificamente admitido, existindo até manifestação nesse sentido do Excelso Supremo Tribunal Federal.

De fato, no histórico julgamento do MS 21.729-DF, versando sobre a quebra de sigilo bancário, o STF, em sua composição plena, entendeu que o Ministério Público pode requisitar diretamente às instituições financeiras informações, documentos e dados, quando se tratar de envolvimento de dinheiro ou verbas públicas. Veja-se:

“O Ministério Público pode requisitar diretamente informações, documentos e dados às instituições financeiras, quando se tratar de envolvimento de dinheiro ou verbas públicas, com base no poder de requisição e na publicidade dos atos governamentais. Na espécie é inoponível a exceção de sigilo bancário pela

instituição financeira, tendo em vista a origem pública de parte do dinheiro envolvido nas operações bancárias” (STF - MS nº 21.729-4-DF, julgamento encerrado em 06.10.95, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Impetrante Banco do Brasil, Impetrado Procurador-Geral da República, in Informativo do STF nº 08, de 02 a 06 de outubro de 1995)”.

Mesmo antes, o STF já havia assentado a possibilidade de os órgãos fiscalizadores terem acesso aos registros da entidade investigada, conforme se verifica da leitura da súmula 439, *in verbis*:

“Estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

Efetivamente, o acesso do Ministério Público às informações e aos registros e documentos referentes a atos ou transações de entidade pública ou privada que opere ou receba recursos do tesouro é totalmente isenta de dúvida, inserindo-se, *in casu*, no rol das indeclináveis prerrogativas do *Parquet* no exercício de suas atribuições.

Ademais, no Inquérito Civil Público ou procedimento administrativo análogo, o *Parquet* poderá apurar não apenas as denúncias de malversação de dinheiro público como também a eventual inércia dos órgãos responsáveis pela fiscalização, podendo, para tanto, se necessário, requisitar informações e documentos a qualquer órgão, inclusive o Tribunal de Contas.

A gestão dos entes públicos pressupõe transparência e exige zelo na atuação de quem se vê investido na função de administrador, motivo porque não se pode admitir interpretações legais - mormente equivocadas - que restrinjam a atuação dos órgãos com atribuições de zelar pela sua defesa.

O Ministro FRANCISCO RESECK, por ocasião do julgamento do MS 21.279, antes já referido, assim se manifestou:

“Numa reflexão extra-legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo por que enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima - não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados. Não sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas, ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o cadastro bancário das pessoas e empresas.

(...)

Não vejo inconstitucionalidade alguma no § 2º do art. 8º da Lei Complementar 75, cujo texto só faz ampliar, dentro da prerrogativa legítima do legislador, o escopo da exceção já aberta ao sigilo bancário no texto da lei originalmente comum que o disciplinou nos anos 60. E o faz em nome de irrecusável interesse público, adotando um mecanismo operacional que em nada arranha direitos, ou sequer constrange a discrição com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem”.

No Brasil, a mística do sigilo tem permitido que se perpetrem grandes lesões ao erário, jamais reparadas diante das dificuldades em se alcançar os responsáveis, quase sempre patrocinados por advogados de renome que cultivam verdadeira veneração pelo instituto do segredo.

Hoje, entretanto, a legislação não mais permite que um órgão público subtraia de outro, ambos investidos de autoridade constitucional para zelar pela defesa do patrimônio público, dados e informações necessários ao desempenho de sua missão.

Por fim, há que se registrar ainda que não prospera o argumento de que previsão de sigilo busca proteger aquele que noticiou a irregularidade, mesmo porque, no que se refere à publicidade, a investigação ministerial lhe garante idêntico tratamento.

CONCLUSÃO E PROPOSIÇÃO

É de se concluir que o sigilo previsto no art. 54, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal, não pode ser oposto ao Ministério Público, sob pena de incorrer a autoridade em conduta delituosa (Lei 7347/85, art. 10).

Em face de tal entendimento, propõe-se o encaminhamento da presente conclusão, à Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível, a fim de que, assim entendendo, aquela Unidade a contemple em um enunciado.

Propõe-se, ainda, o encaminhamento ao Procurador-Geral de Justiça de uma solicitação de estudo, com vista à propositura de ação de inconstitucionalidade do artigo 54 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

O ACESSO A TODO E QUALQUER OFÍCIO DA CARREIRA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA / A NECESSIDADE DE NORMATIZAR O PROVIMENTO DAS PROMOTORIAS QUE FUNCIONEM EM CARÁTER EXPERIMENTAL

Paulo Roberto Binicheski

Promotor de Justiça do MPDFT

Jairo Bisol

Promotor de Justiça do MPDFT

“Na primeira noite eles entram em nosso jardim, colhem nossas flores, e não dizemos nada.

Na segunda noite entram em nosso jardim, pisam em nossas flores, e não dizemos nada.

Na terceira noite, o mais frágil deles, sabedor de nosso medo, arranca-nos a voz da garganta, rouba-nos a lua, e, porque nunca dissemos nada, não podemos dizer mais nada” (*Wladmir Maiakowski*).

EMENTA: 1. A atual forma de designação para o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial e das diversas promotorias tidas como experimentais violam os princípios da inamovibilidade e da independência funcional. Bloqueia a progressão funcional e remoções dentro dos critérios legais.

2. A atual forma de criação dos núcleos e promotorias

experimentais viola a Lei Complementar n° 75/93, visto que dispensa a oitiva prévia do Conselho Superior da Instituição (Art. 215, incisos I e II, da LC 75/93).

3. O Conselho Superior do Ministério Público deverá disciplinar a criação, provimento e limitação no número e eventuais prorrogações dos Núcleos e promotorias experimentais, obedecidos os critérios gerais para os demais ofícios.

4. É dever da Corregedoria-Geral do M.P. fiscalizar a atuação de todas as Promotorias, devendo propor a remoção por interesse público aos Membros que revelarem desempenho insatisfatório.

HISTÓRICO

Através da portaria n° 799, de 21/11/1996, foi criado e instalado o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sendo que já no art. 1° do regulamento, afirmou-se que o Núcleo é vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral e por óbvio, a designação de Membro será efetuada por ato do Procurador-Geral de Justiça (art. 8°, § 1°, do referido ato). Afirmo por óbvio, pois não é possível a designação de Membro para qualquer função de Ministério Público sem a devida portaria de nomeação, ato do Chefe da nossa Instituição.

Das atribuições do Núcleo de Controle Externo constam funções de Ministério Público.

O núcleo foi criado para especializar o Controle Externo, já que estava diluído entre todos os Membros que oficiavam em Promotorias Criminais.

Mereceu e merece aplausos a iniciativa de efetivar o Controle Externo e, naquela oportunidade, já havia externado minha preocupação

com a ampla possibilidade de o Procurador-Geral afastar a qualquer momento os Promotores que estivessem lotados no seu gabinete.

Sustentei e sustento que o Núcleo deve ser aperfeiçoado e ampliado, sendo necessário um contingente maior de Promotores para atuar especificamente na área.

Foi ponderado, à época, que o Núcleo seria um experimento, e que mais tarde seria transformado em Promotoria, o que na realidade é uma Promotoria, embora maquiado com o nome de Núcleo.

Posteriormente, no ano seguinte, através da portaria n° 269, de 11/04/1997, foi criada a Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão e no art. 6° foi atribuído ao próprio criador da Promotoria o poder de nomear seus integrantes, sem que fossem especificados os critérios legais da escolha. Essa também vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral (art. 1° da referida portaria).

Ante o silêncio da lei, penso que permanece a possibilidade de o Procurador-Geral nomear e desnomear os integrantes, por seu livre arbítrio, escudado somente na sua consciência. Não ficou estabelecido o número de Promotores que a integram e, ao que parece, nada impede a nomeação de diversos Promotores de Justiça.

No mês de setembro de 1997, através da portaria n° 653, foi criada a Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde – PROSUS, esta em caráter experimental pelo prazo de um ano (vide parágrafo único do art. 1°, da Portaria 653). Não disse que seria vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral, mas que seria órgão de integração entre a Procuradoria-Geral e os Promotores de Justiça, com o objetivo de assegurar o efetivo cumprimento das diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Findo o prazo experimental, através da Portaria n° 678, foi prorrogado o prazo até o dia 1° de setembro de 2000, ante a edição da Lei n° 9.677/98, que alterou dispositivos do Código Penal, classificando algumas condutas como hediondas, entre elas a falsificação de remédios.

Ainda no mês de setembro de 1997, através da portaria nº 735, de 19/09/97, foi criada a Promotoria de Justiça de Defesa da Comunidade, vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral e em caráter experimental, prazo esse que já findou e certamente deve ter sido renovado. A forma de provimento é idêntica às demais.

Da análise das atribuições da PRO-CIDADÃ e a da Promotoria de Defesa da Comunidade, acredito que seria o caso de implantá-las em conjunto com as relevantes atribuições do Procurador Distrital dos Direitos do Cidadão. Faço apenas a observação, que não é fruto da tese, e sugiro que sejam iniciados estudos nesse sentido.

E por fim, até esta data, através da portaria nº 312, foi criada a Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde – Pró-Vida, cujas relevantes funções são reconhecidas pela imensa maioria dos integrantes do Ministério Público e, penso, que da sociedade, o que também é estendido às demais Promotorias.

Também restou possível a livre escolha de seus integrantes através de ato unilateral do Procurador-Geral, sem a observância dos requisitos gerais das diversas Promotorias do nosso Ministério Público.

DISCUSSÃO

1. Princípio da Independência Funcional – As Portarias que criaram as ditas promotorias de caráter experimental e o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial vinculam a nomeação dos ocupantes por livre nomeação do Procurador-Geral, razão pela qual, os Promotores que lá atuam não possuem a garantia da livre independência funcional, pois quaisquer atos que venham a praticar que não sejam do agrado do perfil do Chefe da Instituição não o inibirá de destituí-los. Essa destituição poderá ser efetivada a qualquer momento, sem que o Promotor experimentado possa garantir-se no cargo.

Ora, uma das razões que motivou o constituinte a consagrar no texto maior a independência funcional, foi a de que os Membros da Instituição deveriam agir livremente, somente devendo prestar contas de seus atos à consciência e às leis.

Na hipótese de que um Membro designado para atuar em um dos cargos experimentais viesse a praticar um ato que não fosse do agrado do Chefe da Instituição, nada o impedirá de destituí-lo. Assim, para que venha a manter-se no cargo, sua consciência estará atrelada à consciência do Chefe.

2 - Princípio da Inamovibilidade – Como se sabe, a par das garantias asseguradas aos Magistrados, o constituinte outorgou ao Ministério Público os mesmos predicamentos daquele poder, tudo visando ao desempenho livre de peias aos defensores da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa forma, para assegurar a independência funcional, dotou o Membro da Instituição do predicamento da inamovibilidade, pois sem este aquele restaria letra morta.

Nada assegurando ao Membro do Ministério Público que oficia nas Promotorias experimentais e no Núcleo de que não será desnomeado (para não dizer demitido das funções), a qualquer momento, resta violada a inamovibilidade, pois de forma oblíqua, poderá o Chefe da Instituição remover o Promotor de suas funções, bastando tornar sem efeito o ato que o nomeou, designando outro membro.

No Estado de Rondônia houve uma tentativa frustrada de retirar atribuições de Membros, com a alteração das atribuições das Promotorias, sem que houvesse a remoção do Membro. Restou entendido de que tal ato violaria de forma oblíqua a inamovibilidade, já que transferir atribuições, nada mais é do que uma forma disfarçada de remover o Promotor de suas relevantes funções.

Segundo MAZZILLI, “A inamovibilidade, como todos os demais predicamentos da instituição, *destina-se antes a proteger a função do que, em si mesmo e pessoalmente, o ocupante do cargo*”. (Mazzilli, Hugo Nigro, *in Regime Jurídico do Ministério Público*, Editora Saraiva, 1993, p. 117).

Os defensores da livre nomeação sustentam que o Procurador-Geral deve ter uma reserva pessoal para algumas relevantes funções do Ministério Público, já que atingem uma universalidade de interesses da sociedade e, acaso as funções fossem delegadas a um Promotor inamovível, nada o impediria de permanecer inerte. A reserva seria para assegurar que os Promotores desempenhassem suas funções dentro de um determinado perfil.

Vão mais longe, afirmam que, em abrindo as Promotorias para todos, nada impediria que um Promotor viesse a escudar-se na inamovibilidade e tornasse as ditas Promotorias um balcão burocrático.

Tais afirmações causam inquietações aos Membros do Ministério Público, pois partem da presunção de que alguns Promotores são menos capazes no desempenho de suas funções.

Esse argumento pode ser facilmente derrubado, pois cabe à Corregedoria do Ministério Público fiscalizar as atividades funcionais e conduta dos Membros e, comprovado que o desempenho é insatisfatório, poderá ser utilizada a remoção ou mesmo a disponibilidade por motivo de interesse público (art. 172 c/c art. 166, inciso XVII, da Lei Complementar nº 75/93 ainda em vigor).

O ordenamento que rege o Ministério Público local previu a possibilidade da remoção dos Membros que não bem desempenharem suas funções (art. 211 da Lei do MPU).

Não normatizado o assunto, a qualquer momento poderá ser criada alguma Promotoria e/ou Núcleo, retirando atribuições de Promotorias ocupadas por Membros mais antigos, o que caracterizaria

uma remoção parcial. Já que não se têm a coragem necessária para questionar determinada conduta funcional, acionando a E. Corregedoria, prefere-se o caminho mais fácil, qual seja, o de criar outros ofícios, com as funções já exercidas por Promotores titulares.

3 - Da progressão funcional e remoções – O Ministério Público é carreira e, logo, enquanto integrante da carreira, o Membro poderá concorrer, segundo critérios legais fixados objetivamente, a todos os ofícios de funções de Ministério Público.

Já que as funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira e, evidentemente, desde que lotados no ofício correspondente, a forma como são providas as Promotorias em apreço violam a possibilidade de progressão funcional e/ou movimentação, já que a carreira do nosso Ministério Público é enxuta. Isso diretamente.

Indiretamente, permanecendo os Promotores vinculados às suas originárias Promotorias, estas também ficam inacessíveis aos demais Membros.

Sem descer a minúcias, mas a Lei regeadora de nossa instituição garante aos Membros a remoção, a qual, por óbvio, será feita de ofício, a pedido singular ou por permuta (art. 210 e seu Parágrafo único).

A forma usual viola esses dispositivos, pois impede que qualquer membro concorra aos ofícios criados, permanecendo os Promotores com suas Promotorias, para posterior retorno.

Não existe na LC 75/93 a livre nomeação pelo Procurador-Geral para designar membros para exercer funções de Ministério Público (ao menos não encontrei).

A única exceção legal é a do Procurador Distrital dos Direitos do Cidadão e, mesmo assim, após prévia aprovação do Conselho Superior (art. 152) e com mandato de dois anos ocupado por um Procurador de Justiça, *ex vi* do art. 176, inciso II, da LC 75/93.

Deve o Conselho Superior, por imperativo legal, fixar os critérios que vão nortear a criação das Promotorias, bem como as respectivas designações (Art. 215, incisos I e II, da LC 75/93) (colaboração do Dr. Pedro Oto de Quadros).

Não há dúvida de que as Promotorias Comunitárias devem permanecer e até diversificadas (colaboração do Dr. Renato Sócrates Gomes Pinto), atendidas sempre as necessidades da Sociedade, mas não consigo vislumbrar a existência de Promotores de Justiça exercendo funções de Ministério Público sem que detenham garantias legais de que será inamovível e tenha, ainda, independência funcional.

Importa registrar que não há nenhuma crítica aos Membros que foram designados para atuar nas Promotorias e no Núcleo do Controle Externo.

PROPOSTA DE SOLUÇÃO:

1 - O E. Conselho Superior da Instituição deverá fixar normas sobre as designações para os cargos experimentais, assegurando o livre acesso a todos os Promotores de Justiça (art. 166, inciso I, alínea "c", e art. 215, incisos I e II, da LC 75/93). A Lei não diferencia entre Promotorias instaladas ou em caráter experimental;

2 - A escolha para oficiar no período experimental deverá ser precedida de consulta aos integrantes da carreira, nos moldes em que são feitas as substituições eventuais dos Procuradores de Justiça, para a formação de comissão encarregada de estudar a implementação e atribuições da Promotoria, recaindo a primeira nomeação preferencialmente entre seus membros, respeitada a antigüidade.

3 - As Promotorias experimentais devem ser limitadas no tempo, bem como o número dessas e de eventuais ocupantes, sob o crivo do

Conselho Superior terão a duração de 1 (um) ano, prorrogável por igual período. A propósito, consultemos o art. 159, inciso XVI, da LC 75/93, que manda o Procurador-Geral ouvir o Conselho Superior para a criação e a extinção de cargos da carreira e dos cargos em que devam ser exercidas suas funções.

4 - A prorrogação do período experimental deverá novamente oportunizar a escolha para todos os membros, e essas prorrogações não podem ser infinitas.

5 - Ao Promotor designado para officiar na Promotoria experimental é assegurada a inamovibilidade enquanto persistir o caráter experimental, estendida essa prerrogativa aos atuais ocupantes, mantendo-se, no entanto, a titularidade na Promotoria originária.

6 - Ultrapassado o período experimental, em deliberando o Conselho Superior pela implementação do cargo, deverá ser declarada vaga para remoção, acessível a todos os Promotores pelos critérios usuais.

7 - Cabe à Corregedoria fiscalizar o desempenho satisfatório do Membro que officiar na Promotoria experimental, com as providências legais para eventuais omissões ou desídias, como deve ser em todas as Promotorias.

**A PERDA DA ARMA DE FOGO COMO CONDIÇÃO
PARA O OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE
SUSPENSÃO PROCESSUAL NOS DELITOS
PREVISTOS NO ART. 10, CAPUT,
E § 1º, INCISOS I E III DA LEI 9.437/97**

Railson Américo Barbosa de Oliveira

Promotor de Justiça Adjunto em exercício
na 9ª Promotoria Criminal de Brasília

Gaspar Antonio Viegas

Promotor de Justiça Titular da 10ª
Promotoria Criminal de Brasília

EMENTA: Crimes do Art. 10, 'Caput', e § 1º, Incisos I e III, da Lei 9437/97. Perda em Favor do Estado da Arma de Fogo Apreendida. Condição Judicial da Proposta de Suspensão Condicional do Processo. Legalidade e Necessidade. Maior Eficácia aos Objetivos de Prevenção Geral e Especial da Lei. Validade, Mesmo na Hipótese de Revogação do Benefício.

1. EXPOSIÇÃO

Com o advento da Lei 9.099/95, de 26.9.95, estatuto que, em seu aspecto criminal, afigura-se como de inquestionável conteúdo

despenalizador, estabeleceu-se a possibilidade de que, nas infrações cuja ação penal seja pública e a pena cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela referida lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, proponha a suspensão do processo, que, sendo aceita pelo acusado, poderá levar o Juiz, após o recebimento da denúncia, a suspender o processo por dois a quatro anos, submetendo o réu a determinadas condições. Trata-se do “sursis” processual, instituto previsto no artigo 89 do novel diploma legal, cujo objetivo básico é propiciar a ressocialização do agente do delito pela via alternativa, sem necessidade de seu recolhimento à prisão.

Preenchidos, pois, os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção do benefício, que se encontram elencados no *caput* do artigo 89 da Lei 9.099/95, o acusado fará *jus* à suspensão do processo, pelo prazo de dois a quatro anos, mediante o cumprimento de determinadas condições, as quais podem ser *legais* ou *judiciais*.

As condições *legais* constituem-se naquelas que, em princípio, são de imposição obrigatória, estando definidas no artigo 89, § 1º, da lei em questão: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Conquanto a interpretação literal do dispositivo em foco conduza ao entendimento de que as condições acima devam sempre ser aplicadas, alguns doutrinadores pátrios, invocando o princípio da adequação da medida imposta ao fato praticado, acenam para possibilidade de flexibilização de tais condições, tidas como “obrigatórias”¹, sustentando,

¹ Nesse sentido: Luiz Flávio Gomes *in* Suspensão Condicional do Processo Penal, Revista dos Tribunais, 1995, p. 185.

inclusive, que aquelas não necessitam ser aplicadas conjuntamente, de forma que a situação casuística é que indicará ao magistrado a necessidade de mais ou menos condições².

Noutro giro, redaciona o § 2º do artigo 89 da Lei 9.099/95 que “o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. São as denominadas condições *judiciais*, de imposição facultativa, uma vez que deixa à *discrecionariade prudencial* do juiz o dever de escolhê-las e aplicá-las³.

Neste particular, deve ser ressaltado que, embora a competência para a imposição de condições facultativas seja do juiz, caberá ao Ministério Público a proposta de sua aplicação e, para isso, deverá sempre se ater à compatibilidade entre aquelas e as circunstâncias objetivas e subjetivas do ilícito penal praticado pelo acusado. Conforme leciona LUIZ FLÁVIO GOMES, “é o princípio da adequação, que deixa suas raízes na proporcionalidade”. E prossegue dizendo que “o princípio da adequação, aliás, está para a suspensão como o princípio da individualização está para a pena. O que o legislador quer, em suma, é que haja proporcionalidade entre o fato e o seu autor, de um lado, e as condições da suspensão, de outro⁴”.

A propósito, não se pode questionar que as condições *judiciais* ou de caráter facultativo podem desempenhar uma papel bem mais relevante do que aquelas tidas como *obrigatórias* ou *legais*, haja vista que permitem a aplicação ao destinatário da proposta de suspensão processual de medidas diretamente correlatas com a natureza do fato praticado e as condições pessoais do agente, o que dependerá, é bem verdade, da sensibilidade e da prudência do promotor de justiça autor da proposta e do magistrado que a impõe, trazendo reflexos altamente positivos ao alcance dos fins almejados pelo benefício em tela.

² Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt *in* Juizados Especiais Criminais e Alternativas a Pena de Prisão, Livraria do Advogado Editora, 2ª Edição Revista e Atualizada, p. 127.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit., p. 127.

⁴ Ob. cit., p. 182.

De qualquer modo, sejam obrigatórias ou facultativas, imperioso é que se fixe o entendimento de que as condições constantes da proposta de suspensão processual sempre devem guardar pertinência com o crime perpetrado e, se mostrarem adequadas às condições pessoais de seu autor, a fim de que os objetivos que se busca alcançar com tal instituto – evitar a prática de novas infrações penais (prevenção geral) e a ressocialização do infrator pela via alternativa (prevenção especial), sejam plenamente concretizados.

Estabelecidas, pois, as diretrizes que devem nortear a fixação das condições do “sursis” processual, especialmente aquelas de caráter facultativo, erige-se como proposta desse trabalho a consolidação, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal com atuação na área criminal, de uma praxe que já vem sendo implantada em algumas promotorias criminais de Brasília, e que se consiste na fixação, como condição judicial da suspensão processual nos crimes definidos no artigo 10, *caput*, e § 1º, incisos I e III, da Lei 9.437/97, da perda em favor do Estado da arma de fogo empregada para o cometimento das referidas condutas delitivas.

A medida sugerida, ao nosso sentir, revela-se de extrema necessidade para o sucesso da aplicação do benefício, tratando-se das infrações acima listadas, até porque, como a decisão que decreta a suspensão condicional do processual não julga o mérito nem discute a culpa, não absolve, não condena, nenhum efeito penal secundário próprio da sentença penal condenatória poderia advir em prejuízo do acusado. Assim sendo, não se podendo afligir ao réu o efeito que decorre da condenação previsto no artigo 91, inciso II, letra a, do CP, abre-se espaço para que, freqüentemente, nas hipóteses em que é concedida a suspensão processual, advogados postulem em juízo a restituição da arma de fogo apreendida pela autoridade policial, mormente quando o acusado possui o seu registro no órgão competente, e até mesmo a autorização para o seu porte, o que pode ocorrer em situações como as do artigo 10, § 1º, incisos I e III, da Lei 9.437/97.

Adotando-se, dessa forma, o posicionamento aqui sustentado, de forma a se incluir na proposta de “sursis” processual a perda da arma

de fogo apreendida a favor do Estado, no casos acima descritos, certamente, estar-se-ia atingindo o duplo objetivo almejado com a criação do instituto: promovendo o desarmamento da população, resguarda-se o Estado contra a reiteração de delitos desse mesmo naípe, ou outras infrações de bem maior gravidade, que, geralmente, são perpetradas com o emprego de armas de fogo, prevenindo, assim, a delinquência e garantindo a segurança pública (prevenção geral). De outro, estar-se-ia impondo um gravame financeiro ao acusado, conduzindo-o a uma detida reflexão quanto às conseqüências que lhe poderão advir, caso venha a reincidir em tais condutas delituosas, adquirindo outra arma de fogo.

Trata-se, portanto, de uma medida relevante e bastante adequada à natureza das infrações penais de que cuida a presente dissertação e, sempre que possível, deve ser aplicada, a fim de evitar que o instituto da suspensão processual, como tem reiteradamente ocorrido, transforme-se em fonte de impunidade ou algo inútil.

Cremos, é bem verdade, que o entendimento defendido nesse modesto trabalho não encontrará aceitação pacífica em nosso meio, sendo bastante possível o surgimento de propostas contrárias à tese, o que, certamente, virá a enriquecer o debate que orbita em torno da questão. Em suma, poderíamos aqui relacionar dois fortes argumentos que, certamente, virão à tona quando da discussão do tema: o primeiro deles reside, justamente, na existência de uma similitude entre a condição da suspensão processual sugerida nessa dissertação e o efeito da condenação inserto no artigo 91, II, a, do CP, circunstância esta que obstaría a pretendida inclusão na proposta da perda da arma de fogo em favor do Estado, uma vez que não haveria uma decisão condenatória capaz de gerar efeitos de tal natureza.

De outra parte, importando em ônus financeiro ao destinatário da proposta, haveria uma verdadeira equivalência entre a condição alhures mencionada e a pena de prestação pecuniária prevista no artigo 43, I, do CP. E, quanto a isso, não seria possível a aplicação de qualquer medida erigida à categoria de pena substitutiva, até porque a paralisação do

processo ocorre sob a aceitação de condições preventivas e educativas pelo beneficiário, e não mediante a imposição de uma pena que corresponde à prestação de natureza pecuniária, como é o caso da perda da arma de fogo em favor do Estado⁵.

Alguns renomados autores pátrios, de igual modo, já acenaram para a impossibilidade de que as condições fixadas na proposta de suspensão apresentem o aspecto de pena. Nesse diapasão, afirma JÚLIO FABBRINI MIRABETE que:

“Não é possível aplicar-se como condições da suspensão condicional do processo as denominadas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdições temporárias de direitos e limitação de fim de semana). São estas, na classificação legal, sanções penais, e não meras condições, embora a primeira e a última sejam aplicáveis, excepcionalmente, por força da lei, à suspensão condicional da pena. Hoje o sursis é considerado como forma de execução da pena e assim se justifica a inclusão das citadas restrições como condições do benefício. A suspensão do processo, porém, não é, absolutamente, execução da pena, o que impede a aplicação, como suas condições, da prestação de serviços à comunidade, das restrições de direitos e da limitação de fim de semana àquele que não foi condenado, mas é apenas réu no processo⁶”.

Como se observa, a argumentação contrária à tese cifra-se na impossibilidade de se estabelecer condição com caráter de pena substitutiva na suspensão condicional do processo, ou qualquer outra medida erigida, em nosso ordenamento positivo, como consequência ou efeito de uma sentença condenatória.

Todavia, opondo-se a tal linha de raciocínio, vale registrar o exato magistério de LUIZ FLÁVIO GOMES, segundo o qual:

⁵ Nesse sentido são as conclusões da tese “Impossibilidade Jurídica da Aplicação da Pena como Condição para a Suspensão do Processo (Art. 89 da Lei 9.099/95), de autoria de Fernando Tenório da Silva, aprovada por maioria no 13º Congresso Nacional do Ministério Público.

⁶ in *Juizados Especiais Criminais*, Atlas, 2ª Edição, 1997, págs. 163-164.

“Para se descobrir a natureza jurídica de cada instituto, o que mais importa não é tanto o rótulo que venha a ter (pena substitutiva), condição do sursis), senão as consequências do seu descumprimento. A distinção fundamental entre “pena substitutiva” e “mera condição” reside exatamente nisto: descumprimento de uma pena substitutiva pode provocar a sua conversão em prisão, enquanto o descumprimento de uma condição não pode ter a mesma consequência”.

E ainda prossegue dizendo que “nada impede que uma determinada restrição tenha várias naturezas jurídicas distintas, conforme cada caso⁷”.

Finalizando a questão, o festejado professor traz a seguinte ilustração que vem sedimentar o raciocínio acima desenvolvido:

“Vejam os que já se passa hoje com prestação de serviços à comunidade, por exemplo: no artigo 44 do CP ela é pena substitutiva; no artigo. 78, § 1º, ela é “condição” do sursis; no art. 76 da Lei 9.099/95 ela é pena alternativa. Na essência, é a mesma coisa. A diferença está nas consequências do descumprimento em cada caso, como vimos. Se tal obrigação já cumpre vários papéis no ius positum, nada impede que também seja condição da suspensão. E efetivamente terá essa natureza, porque, se descumprida, só provocará o reinício do processo e nada mais (não implicará em prisão imediata). O que não é concebível é confundir a natureza dos institutos. De modo algum seria admissível a prestação de serviços à comunidade como “pena” dentro da suspensão do processo. Mas como “condição” não vemos obstáculos⁸”.

Nesta mesma esteira de entendimento, podemos também verificar o que se sucede com a “proibição de frequentar determinados lugares”, erigida como uma das condições da suspensão processual de imposição obrigatória, que se encontra prevista no artigo 89, § 1º, inciso

⁷ in Ob. Cit., p. 187.

⁸ In Ob. Cit., p. 188.

II, da Lei 9.099/95. Observe-se que tal restrição, de igual modo, foi contemplada como uma das condições da suspensão condicional da pena (art. 78, § 2º, “a”), instituto este que, como já é cediço, pressupõe a existência de um decreto condenatório em desfavor do acusado. Noutro giro, também foi inserida a restrição como modalidade de pena restritiva de direitos- *interdição temporária de direitos*, conforme dispõe o inciso IV, acrescido ao artigo 47 do CP, pela Lei nº 9.714 de 07 de dezembro de 1998.

Ora, se o próprio legislador fez inserir no rol das condições obrigatórias da suspensão processual uma imposição prevista com pena restritiva de direitos, daí se extrai a ilação de que pouco importa o rótulo ou nomenclatura que se empreste a tal obrigação, uma vez que a sua natureza jurídica não deriva dessa circunstância mas sim do papel desempenhado por ela no contexto em que se encontra inserida, e, sobretudo, das conseqüências que decorrem de seu descumprimento.

Voltando-se às hipóteses das infrações definidas no artigo 10, *caput*, § 1, incisos I e III, é inquestionável a possibilidade de inclusão, como condição *judicial* da proposta de “sursis” processual, da perda, em favor do Estado, da arma de fogo apreendida pela autoridade policial, ainda que esta mesma imposição esteja prevista como efeito da condenação ou corresponda à espécie de pena restritiva de direitos - prestação pecuniária. Afinal, o único efeito derivado do descumprimento ou não-aceitação da condição pelo acusado será o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos, com todas as garantias do devido processo legal e ampla defesa, conseqüência esta totalmente diversa daquela oriunda da frustração da obrigação contida no artigo 43, inciso I, do CP, tudo a demonstrar, pois, a natureza diferenciada de tais institutos.

Imperioso salientar que, havendo aceitação da proposta de suspensão proposta pelo autor da infração, devidamente homologada pelo juiz, tal circunstância impedirá a utilização futura pelo réu de qualquer expediente objetivando a restituição da arma de fogo objeto de doação, produzindo a decisão homologatória, sob este aspecto, efeitos definitivos, ainda que o benefício em tela venha a ser revogado, nas hipóteses previstas na lei, e o processo volte a ter seu curso normal.

2. CONCLUSÕES E PROPOSTA

1. Assim, em face da motivação exposta, concluímos ser absolutamente legal e necessária a inclusão, como condição judicial da proposta de suspensão condicional do processo, nos delitos definidos no artigo 10, *caput*, e § 1º, incisos I e III, da Lei 9.437/97, da perda da arma de fogo apreendida em favor do Estado, com o que o Ministério Público e o Judiciário estão contribuindo para que os objetivos de prevenção geral e especial das referidas normas proibitivas sejam plenamente alcançados com a aplicação do novel instituto despenalizadôr.

2. Havendo aceitação da proposta de suspensão proposta pelo o autor da infração, devidamente homologada pelo juiz, tal circunstância impedirá a utilização futura pelo réu de qualquer expediente objetivando a restituição da arma de fogo objeto de doação, produzindo a decisão homologatória, sob este aspecto, efeitos definitivos, ainda que o benefício em tela venha a ser revogado, nas hipóteses previstas na lei, e o processo volte a ter seu curso normal.

3. Ainda como proposta de padronização de atuação institucional, sugerimos que o entendimento por nós defendido seja adotado por todos os membros do MPDFT que atuam na área criminal, gerando evidente repercussão positiva nos programas oficiais de desarmamento e, conseqüentemente, nos índices de criminalidade.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BITENCOURT, Cezar Roberto (1996). Ed Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2ª edição, revista e ampliada.
2. GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal. (1995). Ed. RT, SP.
3. MIRABETE, Júlio Fabbrini Mirabete. Juizados Especiais Criminais. (1997). Ed. Atlas, SP, 2ª edição.

DEMOCRATIZAÇÃO DO CONCURSO DO MPDFT

Rogério Schietti Machado Cruz
Promotor de Justiça do MPDFT

EMENTA: Concurso Público para Ingresso na Carreira do MPDFT. É Necessário que se Promovam Alterações no Regulamento do Concurso, a fim de que o Certame se torne mais Democrático, Efetivando-se o Direito ao Recurso contra os Resultados das Provas e Coibindo Qualquer Subjetivismo na Elaboração e na Correção das Provas.

Nosso concurso para ingresso na carreira tem merecido, de minha parte¹, certa reflexão e crítica quanto a alguns tópicos do seu regulamento. Entre eles, preocupam-me, com maior ênfase, os seguintes: 1º) a irrecorribilidade das notas atribuídas aos candidatos; 2º) a falta de indicação de critérios de correção de provas, e 3º) a concentração de poderes de decisão nas mãos de uma única pessoa.

Deveras, verifica-se que o nosso concurso, seguindo a mesma orientação verificada em outros certames na área jurídica, tem vedado o

¹ Além de já haver apresentado, em outro Congresso Interno e juntamente com outros colegas do *Parquet*, sugestões tendentes a aprimorar o nosso concurso público, parte da presente proposta já foi objeto de publicação no periódico *Direito e Justiça*, do CB, em 21/4/98.

direito ao recurso, quando a pretensão do candidato é rediscutir o mérito de determinada questão². Para exemplificar, o candidato de formação liberal que sustentar, com clareza e objetividade, e com razoável fundamentação jurídica de seu pensamento, a inconstitucionalidade da norma legal que veda a progressão do regime prisional de cumprimento de pena relativa a crime hediondo, nada poderá fazer contra a atribuição de nota zero à sua resposta (desconsiderada porque não se alinha ao pensamento do examinador, que, por sua vez, se coloca ao lado do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal a respeito). Em suma, porque o candidato teve o azar de encontrar à sua frente alguém que não partilha de igual posicionamento doutrinário-jurisprudencial (e como no Direito isso é comum!), todos os meses ou anos de estudos, com sacrifícios de toda ordem, escoarão pelo ralo da incontrollabilidade do ato do examinador.

A gravidade do fato recrudesce à medida que o examinador não é obrigado a seguir e exteriorizar critérios previamente estabelecidos (e conhecidos) de valoração da questão, tais como uso correto do vernáculo, conteúdo, abordagem do tema exigido, etc. e, mais ainda, quando não se indica, no corpo da prova, em que consistiu o erro do candidato, privando-o do mínimo direito de saber por que errou.

Emerge evidente, já neste particular, o distanciamento que tais regulamentos produzem em relação ao que se espera de um ato administrativo. Deveras, não há como dissentir da idéia de que "*o dever de motivar é exigência de uma administração democrática, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los*"³. É como se, paradoxalmente, ensinássemos ao candidato tudo o que ele, enquanto eventual servidor público, não deveria aprender.

² Temos ciência de que a jurisprudência pacificada em nossos tribunais é no sentido de vedar ao Judiciário rediscutir o acerto ou desacerto das notas atribuídas aos candidatos pela banca examinadora do concurso, mas não vemos por que impedir que a própria banca examinadora justifique, perante o cidadão concorrente ao cargo público, o porquê de haver-lhe atribuído determinada pontuação à resposta dada à questão impugnada.

³ REAL, Alberto Ramón. "*La Fundamentacion del Acto Administrativo*", in RDP 62/17, apud Celso Antônio Bandeira de Melo, *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª edição, Malheiros Ed., p. 59.

A propósito, sustenta, com precisão, PAULO FERNANDO SILVEIRA, que "*o direito a revisão de prova, quando injustamente denegado, viola a cláusula do devido processo, uma vez que a Constituição Federal assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV)*"⁴.

Outro tópico objeto desta reflexão e que se conecta ao anterior refere-se à concentração da elaboração e da correção das provas sob a responsabilidade de um único examinador. Parece-nos que se revelaria profilático, para fins de melhor racionalização e objetividade das provas e da sua correção, prever-se, em regulamentos de concursos públicos, que as provas sejam elaboradas e corrigidas por mais de um examinador.

De fato, na própria elaboração de questões - em especial as objetivas, de múltiplas alternativas - não é rara a redação defeituosa ou sujeita a interpretações dúbias, já que a pessoa que elabora a prova muitas vezes tem dificuldade de identificar os próprios equívocos - o que é natural - sendo mais provável a constatação do erro se a prova passar pela revisão de um outro profissional.

Já na correção das provas, notadamente as dissertativas, se mostra ainda mais necessário estabelecer que essa tarefa seja efetivamente levada a cabo por dois ou mais examinadores, sendo um após o outro (e não com simples divisão da tarefa, por grupo de provas, entre eles), tornando a avaliação mais objetiva e segura, diminuindo o risco de que, por diversos motivos (cansaço no momento da correção, falha na compreensão da resposta, preconceitos quanto a determinadas posições jurídicas assumidas, etc.), um candidato seja eliminado injustamente do certame.

Tal exigência, conveniente na fase de correção das provas, torna-se absolutamente necessária na aferição dos recursos interpostos por

⁴ *Devido Processo Legal*, Ed. Del Rey, p. 78.

candidatos insatisfeitos com os critérios da avaliação, porquanto de nada adiante submeter o reexame da questão ao crivo da mesma pessoa que lançou a nota. Por razões óbvias, a tendência do examinador não será a de admitir, desarmadamente, eventual acerto na tese recursiva, mas sim a de procurar um modo de manter a nota atribuída na avaliação inicial.

A carência de objetividade em alguns concursos públicos atinge seu ápice na fase das provas orais, em que, amiúde, candidatos são eliminados por um único examinador, que, em uma espécie de entrevista particular, livre de qualquer controle interno ou externo, lança sua nota, dando ensejo à possibilidade de subjetivismo, perseguições e arbítrio na aferição do candidato⁵. Felizmente isso não ocorre no concurso do MPDFT, o que, todavia, não impede que as nossas provas orais sejam aperfeiçoadas.

Nesse sentido e, em homenagem aos princípios da publicidade e da impessoalidade do ato administrativo, basta que se preveja a realização da prova oral não perante um único examinador, mas diante de toda a banca, ou, no mínimo, por dois de seus integrantes, preferencialmente com o uso de microfones, para que todos os circunstantes sejam testemunhas da correção do exame, quebrando-se *“... a suspeita de parcialidade e o subjetivismo implícito, próprios de um único examinador”*⁶. Além disso, imediatamente, após a realização do exame, os examinadores deverão atribuir a nota ao candidato.

Essas são algumas de muitas outras medidas que, se adotadas, transformariam nosso concurso público em uma competição mais democrática, transparente, objetiva e segura, na seleção de candidatos a cargos públicos.

Ainda que a adoção de tais iniciativas possa resultar em maior trabalho e dispêndio de tempo por parte dos examinadores, ensejando

certo atraso na conclusão do processo seletivo, parece-nos que é um preço que Administração Pública deve pagar, sob pena de eventualmente render margem à tirania e ao arbítrio, algo incompatível com uma sociedade que se assenta no regime democrático, sob o império da ordem jurídica justa, cuja busca e preservação, aliás, constitui o norte da atuação do Ministério Público moderno.

Submeto esta proposta aos colegas do MPDFT, no ambiente de um Congresso Interno, porque, a despeito de já haver exteriorizado estas opiniões publicamente, e já haver endereçado, em setembro de 1998 (P.A. nº08190.057626/98), requerimento ao Conselho Superior do MPDFT, não tive a oportunidade de colher o apoio ou a desaprovação dos demais membros do *Parquet*, algo que me parece essencial para o destino dos futuros concursos e dos candidatos que pretendam ingressar em nossa carreira.

CONCLUSÕES:

O concurso de ingresso na carreira do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios deve ter o seu regulamento aprimorado para que, entre outras modificações, se estabeleçam mecanismos mais democráticos e objetivos no que diz respeito à elaboração e correção das provas. Para tanto, faz-se mister:

- 1) estabelecer o direito do candidato a recorrer quanto ao mérito das questões;
- 2) estabelecer critérios objetivos de avaliação das provas subjetivas e exigir sua observância;
- 3) prever a elaboração e a correção das provas subjetivas e orais por mais de um examinador;
- 4) tornar efetiva a realização da prova oral perante toda a banca examinadora, bem como a imediata informação da nota atribuída ao candidato, após a realização do exame.

⁵ Por tal motivo, a jurisprudência pátria, inobstante reconhecer a legalidade de exames psicotécnicos para alguns concursos públicos, tem exigido não apenas o estabelecimento de critérios objetivos de sua aplicação, mas também a necessidade de sua publicidade e recorribilidade, conforme, exemplificativamente, indica o julgado do TRF, 5ª Região, MAS 95.05.50783/CE, Rel. juiz José Delgado, DJU de 10/11/95, p. 77.557).

⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. op. loc. cit.