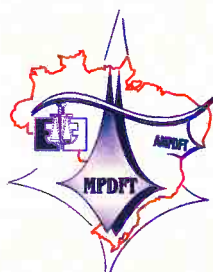


IV Congresso Interno do MPDFT



IV Congresso Interno do MPDFT

12 a 15 de abril de 2000 ♦ Pousada do Rio Quente - GO

IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

POUSADA DO RIO QUENTE/GO
12 A 15 DE ABRIL DE 2000



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

APRESENTAÇÃO

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com o fito de manter a idéia nascida em 1993, uma vez mais reúne-se para realizar o seu IV Congresso Interno cujo tema, ao limiar do milênio, não poderia ser outro que não o proposto: **“Ministério Público no Novo Milênio: Reflexões e Perspectivas.”**

Em decorrência de tão relevante tema, os membros do Parquet, ratificando seu constante espírito de participação nos assuntos que envolvem a Instituição, trouxeram à baila exatamente 37 teses, versando sobre os mais diferentes temas que vão desde as questões estritamente jurídicas até os embates de caráter institucional.

Os trabalhos reunidos neste caderno são frutos das experiências vivenciadas pelos membros do Ministério Público, já em seus ofícios ministeriais, já em suas pesquisas científicas ou acadêmicas.

Nesta coletânea, os trabalhos foram catalogados de forma sistematizada visando a dar-lhes publicidade, bem como a oferecer aos Congressistas uma visão de todo o conjunto de teses que, certamente, serão de forma peremptória defendidas por seus autores em plenário.

Ter a oportunidade de discutir as questões relevantes que vão nos conduzir ao novo milênio é uma rara oportunidade de que não podemos deixar de tirar o máximo proveito; daí a imprescindibilidade do estudo e do aperfeiçoamento dos temas que envolvem a Instituição na sua nobre missão constitucional da defesa da sociedade.

É de se destacar, por oportuno, a prestimosa colaboração de todos os integrantes do Ministério Público, que à Comissão Organizadora se juntaram para dar cabo desta empreitada; valioso também foi o trabalho de integrantes e funcionários da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, da Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e da Procuradoria-Geral de Justiça, além do necessário patrocínio da Caixa Econômica Federal, e do apoio da ASBACE/ATP, das Cervejarias Kaiser e da Livraria e Editora Brasília Jurídica.

Comissão Organizadora

IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Comissão Organizadora

PRESIDENTE: Lélia Maria Duarte Cerqueira (Procuradora de Justiça)
VICE-PRESIDENTE: Israel Pinheiro Torres (Promotor de Justiça Aposentado)
1º SECRETÁRIO: Leslie Marques de Carvalho (Promotora de Justiça)
2º SECRETÁRIO: Wilton Queiroz de Lima (Promotor de Justiça)

MEMBROS:

- Alexandre Fernandes Gonçalves (Promotor de Justiça)
- Ana Luíza Lobo Leão Osório (Promotora de Justiça Adjunto)
- Jânio Antônio Coelho (Promotor de Justiça Adjunto)
- Luciana Medeiros Costa (Promotora de Justiça)
- Railson Américo Barbosa de Oliveira (Promotor de Justiça Adjunto)

Subcomissão Editorial

- Alexandre Fernandes Gonçalves (Promotor de Justiça)
- Fabiano Coelho Vieira (Promotor de Justiça Adjunto)
- Israel Pinheiro Torres (Promotor de Justiça Aposentado)
- Leslie Marques de Carvalho (Promotora de Justiça)
- Luciana Medeiros Costa (Promotora de Justiça)
- Roberto Carlos Batista (Promotor de Justiça)

Subcomissão de Hospedagem, Transporte e Eventos

- Ana Cláudia Magalhães Alves de Melo (Promotora de Justiça)
- Ana Luíza Lobo Leão Osório (Promotora de Justiça Adjunta)
- Ana Paula Tomás Ferreira (Promotora de Justiça)
- Luciana Bertini Leitão (Promotora de Justiça)
- Wilton Queiroz de Lima (Promotor de Justiça)
- Zuleika Ávila de Resende (Procuradora de Justiça Aposentada)

Subcomissão de Patrimônio e Contratos

- Canito José Pinto Coelho (Promotor de Justiça Adjunto)
- Jânio Antônio Coelho (Promotor de Justiça Adjunto)
- Kátia Christina Lemos (Promotora de Justiça)
- Libanio Alves Rodrigues (Promotor de Justiça)
- Newton César V. Teixeira (Promotor de Justiça Adjunto)
- Railson Américo Barbosa Oliveira (Promotor de Justiça Adjunto)
- Vyvyany Viana Nascimento (Promotora de Justiça Adjunta)

ÍNDICE

<i>Nº</i>	<i>Tese</i>	<i>Página</i>
1.	Substituição da pena de suspensão do direito de conduzir veículo automotor	01
2.	A Incompetência do Juiz-Presidente para aplicar os novos institutos de justiça consensual após a desclassificação operada pelo Tribunal do Júri	08
3.	Por um conceito mais amplo de crime de menor potencial ofensivo	17
4.	A perda da arma de fogo, sob forma de doação, como condição para o oferecimento de proposta de suspensão processual nos delitos previstos no art. 10, caput, e § 1º, incisos I e II da lei 9.437/97	28
5.	O valor probatório do testemunho policial nos crimes definidos na Lei 6.368/76	36
6.	A Sentença Penal Condenatória Anulada e a Interrupção da Prescrição	46
7.	Redução da imputabilidade penal	54
8.	Não à redução da idade penal	64
9.	Poder geral de tutela de cautela do juiz e suspensão liminar de decisão judicial em recurso de agravo em execução	74
10.	Competência para execução penal provisória e juízo de execuções criminais	79
11.	Impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em crimes hediondos ou a estes equiparados	86
12.	Condenação anterior como qualificadora do crime de porte de arma: irretroatividade	90
13.	Liberdade provisória e crimes hediondos e assemelhados	95
14.	O Ministério Público e o controle externo dos processos de procriação <i>medicamente assistida</i>	105
15.	Ministério Público: Magistratura Pró-Sociedade & Poder Judiciário: Magistratura Pró-Indivíduo – <i>Un juge devant le juge Ein Richter vor dem Richtersta</i>	115
16.	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	127
17.	A valorização da pesquisa jurídica no âmbito da Fundação Escola Superior do MPDFT	129
18.	Sentença legiferante: uma anatomia da desordem	132
19.	Da inoponibilidade de sigilo ao Ministério Público pelo Tribunal de Contas	144
20.	Otimização do plantão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios	152
21.	Democratização do Concurso do MPDFT	161
22.	A necessidade de implementação das teses aprovadas no Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios	165

23.	O contraditório e ampla defesa na sindicância e inquérito administrativo disciplinar	171
24.	Modificação da regulamentação do afastamento de membros do MPDFT para frequentar cursos de aperfeiçoamento e estudos	176
25.	Propostas para o aprimoramento das investigações de grande porte realizadas pelo Ministério Público	183
26.	O princípio constitucional da eficiência frente à Lei Orgânica do Distrito Federal. Atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios na defesa do 'princípio da eficiência' perante os poderes executivo e legislativo distritais	189
27.	O acesso a todo e qualquer ofício da carreira de Promotor de Justiça	199
28.	A necessidade de normatizar o provimento das promotorias que funcionem em caráter experimental	206
29.	Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas	213
30.	Execução de prestação alimentícia fixada em acordo referendado pelo Ministério Público e prisão civil	221
31.	Acordo extrajudicial de alimentos referendado pelo Ministério Público: validade, eficácia e execução	230
32.	A coisa julgada em face do juízo universal e a impenhorabilidade da garantia real em cédula rural	235
33.	Responsabilidade civil dos bancos de dados de proteção ao crédito	244
34.	Responsabilidade civil pelo fato do produto	254
35.	Integração entre os entes legitimados à propositura da Ação Civil Pública	264
36.	Sucessão do adotado na adoção prevista no Código Civil	273
37.	O Ministério Público e a fiscalização das fundações de previdência privada ou complementar	280
38.	Regimento Interno do IV Congresso Interno do MPDFT	287

**IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

GRUPO I

**Direito Penal
Direito Processual Penal
Direito Penal Especial
Direito Processual Penal Especial**

SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR

Márcia da Rocha Cruz
Promotora de Justiça do MPDFT
Juliana Poggiali G. e Oliveira
Promotora de Justiça do MPDFT

EMENTA: “Considerando a necessidade de individualização da pena , prevista no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, a pena de suspensão do direito a conduzir veículos automotor não deverá ser aplicada quando restar demonstrado que o veículo era conduzido profissionalmente, que as circunstâncias pessoais do réu são favoráveis e que a imposição da pena inviabilizará o sustento do Acusado e de seus familiares.”

Os artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro prevêm a aplicação da pena de detenção e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Diversamente do que era aplicado anteriormente aos condenados pela prática de homicídio culposo no art. 121, § 3º do Código Penal, atualmente o juiz, ao fixar a pena dos crimes de homicídio e lesão corporal no trânsito, deve também aplicar como pena principal a suspensão do direito de dirigir.

No dia-a-dia nos deparamos inúmeras vezes com réus que praticaram este crime no exercício regular de sua profissão. Ressalte-se que se o réu for motorista de veículo de transporte de passageiro existe uma causa de aumento de pena específica prevista no artigo 302 no Parágrafo Único, inciso IV, da Lei 9.503/97.

Assim, temos que a aplicação da pena de suspensão do direito de dirigir, para estes condenados, pode significar sua demissão do emprego e empecilho para exercer sua profissão por tempo que pode variar de dois meses a cinco anos, como estabelece o art. 293 do mesmo *Codex*.

As dificuldades advindas desta pena são enormes, inclusive para o cumprimento da própria pena de detenção que, por previsão legal (art. 44 do Código Penal) e condições especiais do agente (geralmente réus primários), é substituída por prestação de serviço à comunidade ou multa.

Desta forma, pois, esta pena irá afetar mais gravemente aquele que conduz veículo automotor profissionalmente, do que aquele que não o faz como atividade laborativa.

É natural que assim seja, eis que a responsabilidade e os requisitos para o exercício desta profissão exigem cautelas ainda maiores que as do motorista comum. Entretanto, observe-se que muitas vezes o crime é praticado com o mesmo grau de culpabilidade, ou seja, o excesso de velocidade que acarreta o motorista comum a cometer o delito do art. 302 é o mesmo que o do motorista profissional. Assim, temos inúmeras situações em que a culpa baseada na imprudência, imperícia ou negligência do motorista profissional condenado pelo crime do art. 302, não exacerba a culpa que qualquer outro motorista está sujeito a cometer. Todavia, a aplicação da pena possui reflexo muito mais gravoso para aquele.

Por outro lado, não se quer dizer com isto que todos os motoristas profissionais, ao cometerem estes delitos, estejam impedidos de sofrer tal punição. O que se defende é o fato de ser dada a possibilidade de no caso concreto fazer-se também a substituição desta pena de suspensão do direito de dirigir, exigindo-se, para tanto, que as condições pessoais do acusado sejam favoráveis, a caracterização do elemento subjetivo não extrapole a culpa comum e suas condições profissionais assim reclamem.

Outrossim, deve o Promotor, desde o oferecimento da denúncia, observar estas questões, e caso entenda cabível a substituição, pedi-la em alegações finais.

Não se quer simplesmente deixar de aplicar tal pena. Objetiva-se substituir a forma de cumprimento desta pena em determinadas situações, adequando-a às condições pessoais do condenado que a recebe.

Para tanto deve-se fazer uma interpretação extensiva do instituto da substituição da pena privativa de liberdade.

Isto é possível ao observarmos que as penas privativas de liberdade são as únicas que, de acordo com a lei, permitem substituição. Tal fato se explica porque, à época da reforma do Código Penal de 1984, somente existiam, como penas principais, a privativa de liberdade e a multa. Pelo caráter estigmatizante da pena privativa de liberdade, previu-se, então, a possibilidade de ser ela substituída por outra reprimenda que pudesse atingir iguais objetivos sem os efeitos nefastos que decorrem da privação da liberdade humana.

Ora, com a recente elevação da pena restritiva de direito à qualidade de pena principal (ao lado da privativa de liberdade e de multa), as razões sociais e jurídicas que justificaram a referida substituição devem ser extendidas para a nova modalidade de punição.

A propósito do assunto, pertinentes são as considerações de CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, *in* "O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica", Ed. RT, pg 118/119, *in verbis*:

"A interpretação extensiva é uma ampliação do sentido porque o texto diz menos do que pretendia (lex minus dixit quam voluit lex minus scripsit, plus voluit). (...)

O intérprete aumenta a elasticidade da norma, adequando-a ao seu espírito e alterando-a em certa medida.

*A interpretação extensiva alarga então o texto, dando-lhe uma extensão conforme o pensamento legislativo, isto é, **fazendo corresponder o texto da lei ao espírito da lei** (ratio legis). Neste caso, não há lacuna*

da lei, visto que os casos não diretamente abrangidos pela letra da lei cabem dentro do seu espírito.

A interpretação extensiva assenta-se em considerações teleológicas e axiológicas. A ratio legis conduz a aplicação a casos que não são diretamente abrangidos pela letra da lei, mas são acobertados pela finalidade da mesma.” (destacamos)

Destarte, não poderia o legislador, à época, prever a necessidade de aplicação do instituto da substituição da pena além da modalidade de pena privativa de liberdade, porquanto simplesmente não existia, além da multa e da pena privativa de liberdade, outro tipo de pena principal.

Saliente-se que hoje os princípios norteadores do instituto da substituição da pena privativa de liberdade devem ser aplicados a uma pena restritiva de direito que pode causar problemas graves para o condenado e para sua família. Note-se que antes da vigência do Código de Trânsito, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo era utilizada somente como pena substitutiva à pena privativa de liberdade ou como efeito da condenação (art. 92 do Código Penal). Nestes casos, sendo o condenado motorista profissional, inúmeros foram os recursos providos em favor da alteração da substituição desta pena, por ser no caso concreto exacerbada ao condenado. Abaixo citam-se alguns exemplos.

*“Restrição de direitos – Suspensão de autorização para dirigir veículo – Imposição a condenado motorista profissional – Substituição por multa negada – Mandado de segurança impetrado visando a conferir efeito suspensivo a agravo interposto da decisão – Admissibilidade – **Reprimenda que deve ser objeto de necessária individualização** e que não pode impedir o condenado de exercer atividade ilícita – Providência que, se negada, implicará cumprimento da pena antes da apreciação do recurso – Presença do ‘fumus boni juris’ e do ‘periculum in mora’ – Segurança concedida. Inadmissível que a pena restritiva de direitos imposta a condenado motorista profissional consistente na suspensão da autorização para dirigir veículos pelo prazo da*

condenação possa impedi-lo de exercer atividade lícita. Daí o cabimento de mandado de segurança para concessão de efeito suspensivo a agravo em execução interposto da decisão que denegou a substituição da referida pena por multa, eis que a não concessão de tal efeito certamente faria com que, na oportunidade em que o recurso ordinário fosse apreciado, a pena já tivesse sido cumprida, recaiando no vazio eventual decisão favorável ao impetrante, que, nessa circunstância, se tornaria inútil, o que não se pode admitir” MS184-9400-2 9ªC, de 1.11.89 – TACrimSP 279 (destacamos)

“HOMICÍDIO CULPOSO – Acidente de trânsito – Agente que atropela vendedor de sorvetes em virtude de ter sua atenção desviada pelo trânsito – Imprudência caracterizada – Condenação mantida.

PENA – Proibição do direito de dirigir veículos automotores – Reprimenda que extravasa seus limites ao se considerar que o agente é motorista profissional – Substituição pela prestação de serviços à comunidade” (JTACrSP 240/94)

“PENA – Substituição da corporal pela restritiva de direito de proibição de dirigir automotor – Agente que, por ser motorista profissional, ficou impedido de conseguir sustento aos familiares – Substituição que deve ser feita para favorecer o sentenciado – Recurso provido para afastar a substituição, aplicando-se a corporal com sursis” (JTACrSP 223)

A razão de decidir das ementas acima, trazidas a título de exemplo, é a necessidade premente de individualizar-se a pena, adequando a sanção a ser cumprida aos objetivos de repressão e de prevenção almejados pela Justiça e pela sociedade. Com a possibilidade de substituir-se a pena de suspensão do direito de dirigir por outra restritiva de direito, poder-se-á seguramente obter-se um resultado muito mais educativo e positivo para todos os envolvidos, seja o condenado, seus familiares ou a sociedade.

Como afirmou o i. Juiz MARREY NETO:

*“As penas restritivas de direitos, nem por mais benéficas, perdem o caráter aflitivo, impostas que são por infrações de normas penais, bem por isso devem também ser **individualizadas**, adequando-as o Juiz, ao delito e ao delinqüente. É insustentável, assim, impor a motorista profissional a pena restritiva de direitos de ficar um ano sem dirigir, por obrigá-lo a mudar de profissão, impedindo-o de exercer atividade lícita, o que a lei não admite.”* (destaque original) –Apelação 480.379-6 – 9ª Câmara TACrSP

Discorrendo sobre a substituição da pena, semelhante é a posição dos grandes processualistas penais da atualidade EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, in “Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral” Ed. RT, como se segue:

*“(...) A primeira, refere-se a tendência de ampliação do poder do magistrado conferido pela legislação em comento, no tocante ao exame subjetivo dos requisitos que permitem o deferimento das substituições previstas. Exemplos do **exercício desse poder discricionário são a análise da “suficiência” da substituição da pena** (art. 44, III, do CPB); a “**possibilidade**”, a critério do magistrado, de substituição de pena a réu reincidente em crime doloso (art. 44, § 3º); e, a “**decisão**” pelo juiz da execução da conversão do benefício no caso de descumprimento “injustificado” ou condenação posterior. Trata-se, pois, de princípio moderno consagrado no direito penal liberal, que confere ao juiz dispor de um poder discricionário na escolha da sanção mais indicada para o caso concreto levando em consideração as circunstâncias relacionadas com o crime e seu autor.”*

Mais adiante, os autores a respeito dos efeitos da condenação, conforme o disposto no art. 92 do Código Penal, lecionam:

“O inciso III (referindo-se ao art. 92 do Cód. Penal) possui uma característica essencialmente preventiva prevendo ‘a inabilitação para

dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso'. Esta finalidade preventiva também exige a necessidade de valoração judicial, caso a caso, posto que a utilização de veículo é circunstancial, e a inabilitação importa, por exemplo, a perda da fonte de trabalho do agente, o que, pelas suas conseqüências, atinge a terceiros inocentes, como os membros da sua família, daí que sob qualquer visualização se deva ter por adequada a imposição da inabilitação" (destacamos).

Se já é pacífico entre nós na individualização da pena privativa de liberdade a sua substituição por outra restritiva de direito, como se negar que os mesmos requisitos devam ser observados para a substituição da pena de suspensão do direito de dirigir? Ora, aquele que pode o mais, pode o menos. Se a pena mais grave de todas, que é a privação da liberdade pode e deve ser substituída, como negar-se a substituição da pena restritiva de direito em face de sua individualização?

CONCLUSÕES

- 1- Considerando a necessidade de individualização da pena, prevista no art. 5º, inciso XLVI, da CF, deverá o Ministério Público, desde o oferecimento da denúncia, buscar provas no sentido de verificar se o réu, quando da prática das condutas tipificadas nos arts. 302 e 303, da Lei 9.503/97, conduzia o veículo profissionalmente.
- 2- Considerando que a imposição da pena de suspensão para dirigir veículo automotor poderá inviabilizar o exercício de sua profissão, atingindo, muitas vezes de forma irreversível, o sustento de sua família, poderá o Promotor de Justiça, em alegações finais, requerer a substituição desta espécie de sanção por uma pena alternativa, desde que favoráveis as condições pessoais do Acusado.

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 em 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 9099/95, 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 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 desclasificação, 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 do que a que seria cabível pela capitulação inicial, não implicando assim em 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.

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).

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 das 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)ⁱⁱ, 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 condenatória, haja vista que a desclassificação para infração de menor potencial ofensivo implica em modificação de competência, *in casu*, absoluta, diante da regra especial do art. 60 da Lei 9.099/95ⁱⁱⁱ. 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 usurparia o direito de ser processado segundo regras de procedimento que lhes são inegavelmente mais benéficas.

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

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

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.”

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 abusiva^{iv}.

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

^{iv} HC nº 7.711/RJ, STJ, 5ª Turma, rel. min. Gilson Dipp, j. 19.11.98, v.u.

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 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, em 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 9099/95, 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 conseqüências, 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 9099/95, 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.

POR UM CONCEITO MAIS AMPLO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Rogério Schietti Machado Cruz

Promotor de Justiça do MPDFT

Trajano Sousa de Melo

Promotor de Justiça do MPDFT

Ementa: Aplicação do artigo 76 da Lei n.º: 9.099/95 aos crimes que, embora prevendo pena máxima privativa de liberdade superior a um ano, estabelecem, como pena alternativa autônoma, a imposição de multa. Análise criteriosa pelo membro do Ministério Público sobre a aplicabilidade da transação penal, considerando as circunstâncias judiciais do caso concreto.

I. Aproximando-se o primeiro quinquênio da Lei 9.099/95, ultrapassadas as perplexidades iniciais, mantidas algumas resistências típicas de nossa enraizada formação positivista, e constatada a necessidade de reparos tópicos naquele diploma legal, nós, os que operamos a lei, vamos tentando extrair o máximo possível de utilidade da nova justiça consensual.

Fazem-se, vez por outra, críticas severas aos juizados especiais criminais, centradas, basicamente, na sua alegada facilitação à impunidade e na sua quase sempre renúncia à “verdade real” (presumivelmente obtida após regular instrução processual), que é substituída pela “verdade acordada” (quer na composição civil, quer na aplicação imediata de pena, ou mesmo na suspensão condicional do processo).

Não é propósito deste trabalho analisar essas e outras objeções à justiça consensual, pois o que interessa, por ora, é 1º) assumir e sustentar nossa posição

favorável a todas as formas possíveis de redução do direito penal ao mínimo necessário e desejável para a convivência humana, em uma sociedade que busca sua afirmação no regime democrático e na racionalização e humanização do seu sistema punitivo; 2º) buscar, pelo manejo dos métodos de interpretação da norma jurídica, soluções jurídicas – dentro do direito – que possam derivar consequências materializantes da tomada de posição feita no item anterior; 3º) concentrar tal esforço no tema objeto deste estudo.

Por que aderir ao direito penal mínimo, garantidor, fragmentário, subsidiário, e não ao direito penal de intervenção máxima, simbólico, direcionado prioritariamente à defesa social? Eis um questionamento que todo operador do direito criminal já deve ter feito a si mesmo, nem sempre, porém, encontrando uma resposta satisfatória.

Sem a intenção de sermos maniqueístas, cremos se possam identificar dois tipos de postura diante do direito criminal (*latu sensu*):

De um lado, pode-se optar por operar o direito penal na firme crença de que é a única ou a melhor alternativa para combater a crescente criminalidade e a violência social, bastando então fazer cumprir as normas penais, independentemente de qualquer tipo de questionamentos acerca do seu conteúdo ou dos efeitos práticos de sua decisão, ou, ainda, sem preocupações quanto à validade ou constitucionalidade da norma aplicada. Para quem abraça esta postura, eventuais defeitos da lei são da responsabilidade do legislador e, portanto, somente ele é autorizado a corrigir as imperfeições da norma jurídica, e, até que isto seja feito, o operador jurídico deve continuar a aplicá-la, a menos que o Supremo Tribunal Federal a entenda inconstitucional. Afinal, somente o órgão máximo da jurisdição pode dizer se uma norma é ou não inconstitucional; se foi ou não recepcionada pela Constituição; se, embora vigente, tem ou não validade.

De outro lado, encontram-se aqueles que não se conformam em aplicar a lei sem a avaliação de seu conteúdo, que não aceitam o mito da total racionalidade do

legislador, e que procuram empregar o direito penal apenas quando e se necessário; os que, basicamente, não deixam de angustiar-se com as aparentes contradições do sistema punitivo, pois acreditam que, se não contornadas por métodos de interpretação centrados nos valores e princípios consagrados na Constituição, podem levar a situações absurdas, irracionais e pouco sustentáveis sob a ótica da justiça e do bom senso.

Alinhamo-nos a este segundo grupo, sem a preocupação de recebermos a crítica, agressiva e pouco inteligente, de que defendemos os “bandidos” ao invés das vítimas, como se o repúdio à barbárie de um anacrônico e falido sistema punitivo representasse apologia ao crime ou ao criminoso e, ao mesmo tempo, desdém às suas vítimas.

Quais são, então, os corolários práticos desse discurso, no dia-a-dia de um promotor de justiça?

Estamos certos de que, fincadas as estacas na posição ora defendida, grassam oportunidades diárias para concretizar o discurso, e não seria aqui oportuno desenvolvê-las^v, haja vista os objetivos desta proposta, que aborda tão somente uma dessas possíveis situações em que nós, operadores do direito, alargando o campo de incidência da norma, podemos instrumentalizá-la a favor de um direito penal menos estigmatizante e intervencionista. Refiro-me à interpretação que se pode dar ao

^v Apenas para enumerar algumas dessas situações em que nos deparamos com a necessidade de fazer uma opção entre os dois tipos de posturas. lembremo-nos dos inquéritos e processos nos quais temos a oportunidade de aplicar princípios como o da insignificância e da adequação social, da lesividade ao bem jurídico protegido, da necessidade da tutela penal e da própria sanção criminal, da proporcionalidade da pena, da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal; ou recordemos as oportunidades em que nos questionamos sobre a utilidade do processo (dado o longo tempo já transcorrido desde a data do fato), sobre os custos econômico-sociais do uso do direito penal ao invés de outras instâncias formais de controle e resposta aos conflitos humanos; lembremo-nos, enfim, de todas aquelas vezes em que, diante de duas ou mais interpretações jurídicas possíveis para o mesmo fato (basta uma breve consulta às coletâneas de jurisprudência), tivemos a possibilidade de optar por aquela alternativa que representava a intervenção mínima do direito penal.

conceito de "crime de menor potencial ofensivo", encontrado no artigo 61 da Lei 9.099/95.

II. Com efeito, por infração de menor potencial ofensivo entende-se a contravenção e o crime *"a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial"*.

Para saber, portanto, se um crime é ou não de menor potencial ofensivo basta examinar qual a respectiva pena cominada no Código Penal ou na lei extravagante, atentando-se, porém, para eventuais causas de diminuição ou de aumento da pena, a interferirem nos limites mínimo e máximo da sanção.^{vi}

Há, porém, alguns crimes em que o legislador comina a pena de multa como alternativa à privativa de liberdade,^{vii} ou seja, crimes em que a sanção criminal ou é privativa de liberdade ou é apenas pecuniária, com o seguinte detalhe: a pena máxima privativa de liberdade supera um ano de detenção.

A um primeiro olhar pareceria que esses crimes, por preverem, como uma das possíveis sanções, a privação da liberdade por período superior ao estabelecido no art. 61 da Lei 9.099/95 como teto para o seu enquadramento no conceito de crime de menor potencial ofensivo, estariam excluídos do âmbito de incidência das normas relativas àquela lei.

^{vi} Embora não pretenda incluir a ressalva final do art. 61 da Lei 9.099/95 como objeto de nossa análise, entendemos irrazoável aceitar como válida a interpretação literal daquela norma, a implicar que um crime cuja pena não excede um ano deixa de ser considerado "de menor potencial ofensivo" tão somente porque há procedimento especial previsto em lei para o seu processamento. Ora, a gravidade de um crime se mede pela ação e pelo resultado e não pela opção do legislador em submetê-la a um procedimento diferenciado. A nosso ver, portanto, a ressalva final do art. 61 destina-se apenas a evitar que as contravenções e os crimes com penas máximas até um ano de detenção, mas que possuam procedimento especial definido no Código Penal ou em lei extravagante sejam julgados pelos Juizados Especiais Criminais, o que não importa dizer que a aplicação dos institutos de natureza penal da lei – entre eles a composição civil e a transação penal – esteja vedada, no juízo criminal comum.

^{vii} Em pesquisa apenas no Código Penal, encontramos 12 (doze) crimes nessa situação, correspondentes aos tipos penais descritos nos artigos 156, 175, 179, 205, 234, 280, 293, § 4º, 325, 331, 335, 335, 341 e 359.

Propomos que se promova uma diferente leitura sobre tais dispositivos.

Vejamos, como exemplo, o que se poderia dizer em relação a um desses crimes, o de desacato (positivado no art. 331 do Código Penal), tão contraditório nas pilhas de inquéritos policiais que recebemos da Polícia Civil.

Sabemos muito bem que existem condutas humanas amoldadas a essa figura delitiva que mais se aproximam da ignorância, falta de educação ou de urbanidade do agente, do que propriamente de seu desejo de menoscabar a função pública. Tanto é que a jurisprudência tem sido bem flexível na interpretação do que constitui crime de desacato, sendo freqüentes os julgados em que não se reconhece tal delito quando o sujeito ativo estava com os ânimos exaltados, quando estava embriagado ou quando demonstra apenas incontinência verbal e grosseria no trato com o funcionário público.

A despeito desse entendimento, pode-se, todavia, preferir, dentro da nossa liberdade de avaliação do caso concreto para a formação da *opinio delicti*, optar não pelo arquivamento, mas sim pelo início da ação penal. Em tais situações, como também naquelas outras em que o exame das circunstâncias judiciais do caso seja totalmente favorável ao autor do fato, parece fora de dúvida que eventual sanção a ser imposta ao acusado, na hipótese de ser ele condenado, será a menos gravosa, ou seja, a pena de multa.

Não se trata de exercício de futurologia, ou de incabível antecipação de uma análise que normalmente é feita no momento final da persecução penal. Trata-se, sim, de uma responsável e fundada avaliação sobre dados que muitas vezes já constam dos autos do inquérito policial – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, além do comportamento da vítima – e que podem perfeitamente merecer avaliação pelo Ministério Público e, em seguida, pelo magistrado, para que se verifique se o agente possui ou não tais circunstâncias a seu favor.

Na verdade, se o legislador deixou ao juiz a responsável escolha entre duas possíveis punições, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e se todas essas circunstâncias são favoráveis ao acusado, não restará ao julgador outra alternativa que não a de optar pela sanção menos gravosa – entre as duas previstas – e se essa pena, que é abstratamente prevista pela norma penal incriminadora, situa-se no patamar definido pelo art. 61 da referida lei, haveremos de concluir, por um raciocínio lógico, que esse crime apresenta-se, ainda que em caráter excepcional ou alternativo, como “de menor potencial ofensivo”.

Notem que as circunstâncias que orientam a tarefa judicial de individualização da pena, elencadas no art. 59 do Código Penal e reproduzidas parcialmente no art. 77, II, do mesmo *codex*, são similares às que devem ser analisadas no momento do oferecimento da proposta de aplicação imediata de pena ou de suspensão condicional do processo, conforme indicam os artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95. Isto equivale a dizer que, para impor-se uma pena mediante a aceitação do autor do fato, ou para suspender-se o processo, faz-se também uma avaliação “antecipada” sobre algo que, no procedimento comum, vem apenas ao final do rito. Daí porque não se trata de futurologia, e muito menos de intempestividade e impropriedade dessa avaliação.

Saliente-se que não estamos cuidando da *substituição* da pena privativa de liberdade por pena de multa ou restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, mas **é a própria norma penal incriminadora**, inserida na parte especial do *Codex*, **que prevê essa pena pecuniária autônoma**, não cumulativa à privativa de liberdade. Logo, não é absurdo sustentar que o crime de desacato ou qualquer um dos que foram alinhados acima, pode ser, **a depender da análise do caso concreto**, classificado como de “menor potencial ofensivo”, se considerarmos a **previsão alternativa da pena de multa**.

Poder-se-ia argumentar da desnecessidade da interpretação ora proposta, na medida em que os crimes em questão reclamariam outro instituto despenalizador: a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95. Todavia, é de convir-se que o *sursis* processual não apenas se apresenta ocasionalmente mais

oneroso para o réu, em face do longo tempo a que estará vinculado ao processo (mínimo de dois anos), cumprindo as condições legais e judiciais positivadas no art. 89 da L. 9.099/95, como também, sob a ótica da justiça criminal, se poderia mostrar incompatível com os objetivos da resposta penal e desproporcional à conduta violadora da norma penal.

Outra possível crítica que poderia ser colocada à presente proposta é que a escolha pela pena de multa e não pela pena privativa de liberdade há de ser feita somente no momento da individualização da pena, ao cabo do processo. Tal objeção poderia ser rebatida lembrando-se que o processo de individualização da sanção criminal é escalonado, já que se inicia com a genérica e abstrata previsão legal, aperfeiçoa-se pela específica e concreta escolha judicial e finaliza-se pela própria execução da pena.

Se na fase da individualização legal da pena, orienta-se o legislador por critérios de limitação do poder punitivo do Estado^{viii}, na fase da individualização judicial volta-se o magistrado para as regras positivadas na parte geral e na parte especial do Código Penal, sem olvidar, evidentemente, os princípios já incorporados à civilização moderna e que estão reproduzidos, implícita ou explicitamente, em nossa e em todas as constituições atuais. Com apoio nessas normas-princípio e normas-disposição, deverá o juiz, motivadamente, escolher a pena que melhor se ajusta ao caso concreto. Escolherá, então, entre a qualidade da pena (pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) e sua quantidade (entre os limites mínimo e máximo cominados), definindo, ainda, formas de cumprimento da reprimenda.

Ora, no sistema punitivo brasileiro, essa tarefa judicial pode ser realizada de duas formas: ou após um moroso e estendido procedimento, em que serão colhidas, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, provas e alegações das partes, ou, então, de modo mais sumário e apoiada em elementos de convicção não exaurientes,

viii Vide, a respeito, interessante artigo de JUAREZ TAVARES, *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número de lançamento, RT, p. 75/87.

porém idôneos. É deste segundo modo que, no tocante à aplicação da pena, se faz a justiça consensual, perante a qual os sujeitos processuais, deliberadamente e mediante expresso acordo, satisfazem-se com o juízo de verossimilhança e não necessariamente com o juízo de certeza, com o contraponto e a vantagem de evitarem o desgaste inerente aos rituais de um processo criminal.

Nada impede, portanto, que o juiz criminal, mediante provocação do Ministério Público, avalie, diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto, se já não é possível aplicar-se, com a expressa concordância do acusado e de seu defensor, a mesma sanção criminal que seria imposta àquele ao cabo do processo, através do mecanismo disciplinado no art. 76 da Lei nº 9.099/95. Nesta hipótese, **o mesmo juiz da vara criminal** para onde foi distribuído o inquérito policial (percebiam que, em princípio, os crimes em comento não são da alçada dos Juizados Especiais Criminais) **poderá homologar a transação penal**, pois a própria lei 9.099/95 não exclui a possibilidade de que crimes de menor potencial ofensivo sejam julgados na justiça comum.

Não sendo assim, é de perguntar-se qual a utilidade e a necessidade de se instaurar, mediante denúncia, um processo criminal, interrogar-se o réu, realizar-se toda a instrução criminal, oferecerem-se as peças processuais cabíveis para, ao final de toda essa atividade desgastante e custosa (para o Estado e para o acusado), além de constrangedora e estigmatizante (apenas para o acusado), chegar-se ao mesmo resultado prático que se poderia obter logo no início da atividade persecutória?

Na verdade, o acolhimento da presente proposta resultaria, para o acusado e para o Estado (e a sociedade) as mesmas vantagens que já observamos em relação aos crimes passíveis de transação penal, ou seja:

a) para o acusado: sua imagem e sua honra pessoal são menos afetadas, na medida em que não tem que se submeter às cerimônias degradantes de um processo criminal; a decisão que homologa o acordo penal não vale conta como antecedente penal (com a ressalva da lei); a sentença homologatória também não gera efeitos civis.

b) para o Estado: os recursos materiais gastos na persecução criminal, bem elevados em um procedimento moroso e formalizado, são inevitavelmente reduzidos; a prestação do serviço jurisdicional é muito mais rápida, o que evita o prolongamento e mesmo o agravamento do conflito penal; otimiza-se o tempo normalmente empregado pelos sujeitos processuais, permitindo-lhes focar suas atenções sobre processos de maior relevância social.

III. Ousaríamos avançar um pouco mais nesta proposta, e suscitar o debate sobre dois outros crimes que julgo ser passível de ensejarem a interpretação ora apresentada à consideração dos colegas de *Parquet*: os crimes de furto e de estelionato "privilegiados", definidos, respectivamente, no art. 155, § 2º e 171, § 1º, do Código Penal.

Percebam que, nestes dois específicos crimes, ao contrário dos demais retrocitados, o legislador preferiu, ao invés de estabelecer simplesmente dois tipos de pena e fixar-lhes os limites, deixar a critério do magistrado a opção entre 1º) substituir a pena de reclusão pela de detenção; 2º) reduzir a pena de reclusão de um terço a dois terços ou 3º) aplicar somente a pena de multa.

Parece-nos, porém, que a situação, em sua essência, é a mesma. Também no caso do furto ou estelionato com causa de diminuição da pena, o legislador previu, em abstrato, a possibilidade de que, diante da primariedade do agente e do pequeno valor da *res furtiva*, pudesse o juiz aplicar, com exclusividade, a pena pecuniária, quando entendesse favoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto.

Apenas para que sejamos auxiliados a vencer nossas naturais resistências contra a aplicação excepcional da justiça de consenso a esses dois crimes tão corriqueiros no nosso cotidiano, convém lembrar que o Anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, elaborado recentemente por comissão de juristas designada pelo Ministério da Justiça, passa a considerar como crimes de ação penal pública condicionada à representação os que têm como objeto de tutela penal o patrimônio alheio. Isto nada mais é do que a incorporação, no espírito reformador

nacional, das idéias e opções já feitas em diplomas penais estrangeiros, no sentido de mitigar o rigor penal que o modelo liberal burguês impingiu nos códigos penais do final do Século XIX e início do Século XX, e do qual resultou nos paradoxos facilmente constatados no simples cotejo das penas previstas para os crimes contra o patrimônio com as que são cominadas para, v.g., os crimes contra a pessoa.

Não é raro – e todos os que militam na área criminal podem confirmá-lo – depararmo-nos com inquéritos policiais em que se apurou um furto de um botijão de gás, de algumas peças de um vestuário, ou que revelou a emissão fraudulenta de um cheque de valor quase insignificante, praticados por pessoas sem qualquer registro criminal, impelidas ao crime ou por fraqueza moral ou até mesmo por alguma dificuldade financeira momentânea.

Para esses casos, não vemos por que deixar de optar por uma interpretação mais abrangente do sentido da norma jurídica, emprestando-lhe validade tal a reduzir ou minimizar os efeitos do emprego de um modelo penal que, até o momento de sua reforma, há de ser relido com olhos diferentes daqueles que inspiraram a sua elaboração.

Invocando e adaptando o escólio de JOSÉ CANOTILHO^{ix} “se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, conclui-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade”.

Nesse trabalho de concretização do conteúdo da norma abstrata, o intérprete e aplicador do direito orienta-se por critérios e princípios, entre os quais o “princípio da máxima efetividade”. Regendo-se por tal princípio, que costuma referir-se à norma constitucional mas também se aplica aos dispositivos que de algum modo afetam

^{ix} Direito Constitucional. Coimbra. 3ª ed., Almedina. 1989, p. 160.

direitos fundamentais, o operador jurídico extrai da norma o sentido que mais eficácia lhe dê.^x

CONCLUSÃO:

É o que propomos se faça com o conteúdo do art. 61 da Lei 9.099/95: permitir que, dentro do conceito de infração de menor potencial ofensivo, incluam-se todos os crimes em que o legislador previu pena alternativa de multa, e que, na análise criteriosa da situação concreta, permitem a imediata aplicação da pena pecuniária, se considerada suficiente e necessária à reprovação da conduta ilícita, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

^x Idem., p. 162.

**A PERDA DA ARMA DE FOGO, SOB A FORMA DE DOAÇÃO, 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. OBRIGAÇÃO DE DOAR EM FAVOR DO ESTADO A 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, 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, e 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 frequentar 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, 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 condições.²

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 *discrecionabilidade prudencial* do juiz o dever de escolhê-las e aplicá-las.³

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*

¹ Nesse sentido: LUIZ FLÁVIO GOMES *in* SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL, Revista dos Tribunais, 1995, p. 185.

² Nesse sentido: CEZAR ROBERTO BITENCOURT *in* JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO, Livraria do Advogado Editora, 2ª Edição Revista e Atualizada, p. 127.

³ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *ob. cit.*, p. 127.

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 outro".⁴

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.

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 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, na forma de doação 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

⁴ Ob. cit. , p. 182.

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 prevista 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 obrigação de doar a arma de fogo apreendida a favor do Estado, no casos acima descritos, certamente, estaria se 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 naipe, ou outras de bem maior gravidade, que, geralmente, são perpetrados com o emprego de armas de fogo, prevenindo, assim, a delinqüência e garantindo a segurança pública (prevenção geral). De outro, estaria se 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.

Creemos, é bem verdade, que o entendimento defendido neste 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 nesta dissertação e o efeito da condenação inserto no artigo 91, II, a, do CP, circunstância esta que obstaría a pretendida inclusão na proposta da obrigar de doar a arma de fogo a 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 obrigação de doar a arma de fogo em favor do Estado.⁵

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 processo"*.⁶

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

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 *"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 caso."*⁷

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

"Vejamos o 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 obstáculos".⁸

⁷ in Ob. Cit., p. 187.

⁸ In Ob. Cit., p. 188

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, e que se encontra prevista no artigo 89, § 1º, inciso 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 7 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 obrigação de doar, em favor do Estado, a 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 obrigação de doar a 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 despenalizador.

2. 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.

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.

O VALOR PROBATÓRIO DO TESTEMUNHO POLICIAL NOS CRIMES DEFINIDOS NA LEI 6.368/76

Railson Américo Barbosa de Oliveira
Promotor de Justiça Adjunto em exercício
na 9ª Promotoria Criminal de Brasília

EMENTA: PENAL-TÓXICOS -PROVA-DEPOIMENTO POLICIAL-VALIDADE PLENA -NATUREZA DA INFRAÇÃO -ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS -ÔNUS DA DEFESA EM DEMONSTRAR A PARCIALIDADE OU SUSPEIÇÃO DO AGENTE PÚBLICO -NOS DELITOS LIGADOS À ÁREA DE TÓXICOS, EM RAZÃO DE SUA PRÓPRIA NATUREZA, A PROVA ORIUNDA DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS ASSUME RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO, E AINDA QUE SE CONSTITUAM ESTES NOS ÚNICOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO APRESENTADOS PELA ACUSAÇÃO, PODEM PERFEITAMENTE ANCORAR UM DECRETO CONDENATÓRIO, DESDE QUE NÃO SE MOSTREM CONTRADITÓRIOS EM SEU NÚCLEO ESSENCIAL, OU QUANDO NÃO DEMONSTRADAS CABALMENTE PELA DEFESA A SUSPEIÇÃO OU PARCIALIDADE DAS REFERIDAS NARRATIVAS JUDICIAIS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DECORRE DO ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE QUE REGE TODO O GÊNERO ATO ADMINISTRATIVO, ONDE SE INCLUEM OS ATOS DOS AGENTES PÚBLICOS EM APREÇO.

1. EXPOSIÇÃO

Questão que sempre tem despertado polêmicas na doutrina e jurisprudência pátrias diz respeito à validade dos depoimentos de policiais, no processo penal, como elemento probatório a servir de suporte à formação de um juízo condenatório. Neste particular, não são poucos os arestos dos nossos tribunais que repelem o valor probatório de tais testemunhos, mormente quando se afiguram como os únicos apresentados pela acusação, ao argumento de que, sendo os agentes policiais os responsáveis pelas diligências que visam à apuração dos ilícitos, teriam eles interesse direto no resultado exitoso de seus trabalhos investigatórios, derivando daí a parcialidade e suspeição de seus relatos, e, por via de consequência, a quebra do princípio do contraditório e descaso ao princípio da inocência presumida, que regem o

procedimento penal¹

Todavia, de um modo geral, e embora com certas variações, a jurisprudência vem aceitando os depoimentos policiais como elemento válido de prova, entendendo que a simples condição pessoal de referidos agentes públicos não os tornam impedidos ou suspeitos de testemunharem, tampouco retira a credibilidade que se deve esperar da palavra de alguém legalmente investido pelo Estado para atuar na prevenção e repressão da criminalidade.

Este tem sido, inclusive, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já se pronunciou no sentido de que *“o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.”*²

De fato, não existe em nossa lei processual penal qualquer dispositivo que impeça os policiais, sejam civis ou militares, de deporem como testemunha sobre atos de ofício nos processos em que tenham participado no exercício de suas funções, durante a fase extrajudicial. Ao revés, estabelece o artigo 202 do CPP que *“toda pessoa pode ser testemunha”, “ não podendo a testemunha eximir-se da obrigação de depor”* (art. 206). Por seu turno, o artigo 207 do mesmo estatuto processual menciona expressamente as pessoas proibidas de depor, o que se dá em razão de função, ministério, ofício ou profissão, não estabelecendo qualquer restrição aos agentes públicos em apreço, extraindo-se daí que tais depoimentos têm plena validade em face da lei, desde que, por qualquer motivo, não se tornem suspeitos ou indignos de fé.

¹ Nesse sentido: RT 630/344; RT 482/384; RT 434/322; RT 358/98; RT 471/350

² STF-HC 74522/AC – 2ª Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU 13.12.96, p. 50167. No mesmo sentido: STF-HC 72500/SP – 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, JDU 04.08.95, p. 22448.

Ademais, jamais se pode esquecer que os atos dos policiais, quando estes agem na qualidade de agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade, atributo que impregna todo ato administrativo, e que se constitui, no exato magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, *“na qualidade que reveste tais atos de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade: salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em Juízo”*.³

Dessa forma, revestidos que se encontram sob o manto da presunção de legitimidade, não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito o seu titular, presumindo-se que digam a verdade, como qualquer testemunha.⁴ Afinal, seria verdadeiramente um contra-senso que o Estado credenciasse alguém como seu agente e, posteriormente, quando este prestasse contas de seus atos e diligências, fosse taxado de suspeito. Em face disso, somente devem ser desprezadas e repelidas as narrativas policiais, quando demonstrados, de forma inequívoca, a sua má-fé ou abuso de poder, ou quando houver fundadas suspeitas de sua falsidade, a ponto de gerar dúvidas no espírito do julgador.

Sedimentado, pois, o entendimento de que os testemunhos de policiais são perfeitamente admissíveis do processo penal brasileiro e que, salvo prova em sentido contrário, devem eles merecer inteira credibilidade, assim como o de qualquer outra pessoa idônea, imperioso se faz, neste momento, averiguar o grau de valoração probatória que se deve conferir a tal elemento de convicção. Em regra, e opondo-se àqueles que procuram emprestar ao testemunho policial foros absolutos de certeza e credibilidade, tem prevalecido a orientação de que tais depoimentos são plenamente válidos e suficientes a ensejar a prolação de um decreto condenatório, **desde que, porém, estejam confortados por outras provas obtidas no curso da instrução processual.**

Segundo essa corrente, portanto, a força probatória do depoimento policial reside, justamente, na sua compatibilidade com o restante do acervo

³ In curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 7ª Edição, Revista e Atualizada, p. 237.

⁴ Nesse sentido: RT 325/327; 390/208; 392/325

probatório, revelando-se imprescindível que se ajuste aos demais fatores de certeza do processo. Nesse diapasão, leciona Camargo Aranha que “os policiais não são suspeitos e, como tal, não estão impedidos de depor; porém, como ao deporem, estão dando conta da legitimidade do ato praticado, seus depoimentos devem ser recebidos com reservas”. E prossegue em sua linha de argumentação, ao dizer que “o valor de suas palavras é bem relativo, devendo necessariamente ser cotejado com outros elementos, pois ao depor está dando conta do trabalho realizado, tendo total interesse em demonstrar a legitimidade da investigação.”⁵

O entendimento perfilhado pelo renomado autor acima citado, quando defende a validade dos relatos policiais, desde que corroborados por outros subsídios probatórios existentes nos autos, parece-nos correto, não em função de um possível interesse que tenham eles em demonstrar a legitimidade da investigação, o que faz com que tais testemunhos sejam aceitos com ressalvas, mas em razão do próprio sistema de apreciação de provas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, dispõe o artigo 157 do CPP que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Assim, em tema de direito processual penal, o legislador pátrio escolheu o princípio do livre convencimento (ou livre convicção, ou da verdade real), segundo o qual “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração”.⁶ Nesse contexto, as provas, no processo penal, não são prévia e legalmente valoradas, dando-se ao julgador liberdade em sua apreciação. Todas elas são relativas, inexistindo hierarquia de provas. O magistrado, embora jungido às provas constantes dos autos, não fica subordinado a qualquer critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.

Dentro dessa ótica, extrai-se a ilação de que os depoimentos dos policiais, como qualquer outro, têm o seu valor relativo como todas as provas em processo penal, devendo ser analisados dentro de todo um contexto coerente e harmônico, conferindo-lhes o juiz a devida força probatória, segundo a sua liberdade de convicção.

⁵ in DA PROVA no Processo Penal, Saraiva, 5ª Edição, atualizada e ampliada, 1999, págs. 160/161

⁶ JÚLIO FABBRINI MIRABETE, in Código de Processo Penal Anotado, Atlas, 4ª Edição, 1996, p. 222.

A regra acima estabelecida, em princípio, não apresenta grandes dificuldades de aplicação quando tratamos de modalidades criminosas em geral, em que, usualmente, além dos depoimentos policiais, diversos outros elementos de convicção, como por exemplo a palavra da vítima e os relatos de outras pessoas estranhas aos quadros policiais, convergem para a formação do juízo condenatório, sendo possível, portanto, cotejar o valor daqueles depoimentos com o restante da prova produzida nos autos. Em casos como tais, o testemunho policial se apresenta como apenas mais um dos subsídios — às vezes, até de somenos importância — de que dispõe o magistrado ao desenvolver o seu raciocínio, que deságua na prolação da sentença.

A matéria se torna delicada e complexa quando nos deparamos com certas hipóteses delitivas, destacando-se aqui aquelas previstas na Lei de Tóxicos, especialmente o comércio clandestino de substância entorpecente, em que, como já é cediço, a prova reside precipuamente, quando não, exclusivamente, nos depoimentos dos policiais que procederam aos atos de investigação, apreensão da droga e prisão em flagrante dos autores do delito. Neste particular, significativa parcela da jurisprudência pátria afasta a possibilidade de que a condenação do réu, tratando-se de crimes definidos na Lei 6368/76, seja fundado tão-somente em narrativas policiais, mormente quando, havendo testemunhas presenciais do acontecimento, estranhas aos quadros da polícia, não são requisitadas para a apreensão e nem ouvidas.⁷ E o fundamento da proibição são vários, podendo-se citar a hipótese de que ocorram flagrantes “forjados”, com os mais indiferentes propósitos, eis que, estando os atos investigatórios a cargo dos policiais, pessoas naturalmente suspeitas de parcialidade, a prova fundada unicamente nas palavras isoladas dos referidos agentes públicos poderia se tornar em uma nefasta arma de vingança e perseguições, responsável por acusações indefensáveis. Sustenta-se, outrossim, e conforme já assinalado alhures, que os policiais, ao servirem como testemunha,, sempre estariam procurando legitimar os seus próprios atos, o que, juridicamente, seria inadmissível.

Creemos, todavia, e esta é justamente a proposta deste trabalho, que, em tema de comércio clandestino de substância entorpecente e demais infrações

⁷ Nesse sentido: TACRIM-SP-AP 919.0001/6 – Rel. Ary Casagrande –J. 31.06.95; RT 457/377; RT 482/384; RT 429/370; RT 358/98

capituladas na Lei Antitóxicos, apresenta-se inteiramente válida e eficiente a prova constituída pelo testemunho exclusivo de policiais, servindo ela para ancorar um decreto condenatório, salvo quando demonstrado cabalmente pela defesa que os depoimentos dos agentes públicos são suspeitos e indignos de fé, ou quando se verifique em tais relatos a existência de contradições que abalem o seu núcleo essencial, de forma a gerar dúvidas no espírito do julgador quanto à veracidade das informações por eles prestadas.

É preciso ressaltar, de imediato, e como costuma acentuar, em suas laboriosas sentenças, o ilustre magistrado titular da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, Dr. Marco Antônio Silva Lemos, que *“em relação aos delitos de que se cuida nos autos, de que é regra, nos crimes insculpidos na Lei 6368/76, o serem praticados de modo sub-reptício, clandestina e ocultamente, à sorrelfa. Trata-se de tipos peculiares de delito, onde não costuma haver vítimas evidentes e estas, quase sempre, se acham mancomunadas com os agentes do delito; de regra, são crimes que não apresentam testemunhas presenciais, a não ser os agentes policiais, pelo que em relação a eles especial atenção e valor deve ser dada à prova indireta colhida”*.

De fato, a experiência dos que militam na área de tóxicos demonstra que os flagrantes desses crimes, em geral, são dados à noite, em “bocas de fumo”, em ruas discretas ou em outros locais em decorrência de rondas e batidas da POLÍCIA, onde nem sempre, por razões até mesmo de segurança para os transeuntes, permite-se arrolar “testemunhas do povo”. E ainda que isso seja possível, é bastante corriqueiro que a maioria delas, temendo eventuais represálias por parte dos traficantes, além dos naturais percalços de terem que comparecer à delegacia e, posteriormente, em juízo, buscam de todas as formas se esquivar à convocação policial, dizendo que nada viram ou ouviram. E mesmo quando devidamente convocadas para acompanhar uma situação de flagrância delitiva, poucas são as testemunhas que, perante o juízo, e frente a frente para com o traficante, decidem revelar aquilo que presenciaram, já que provavelmente ameaçadas e advertidas por pessoas ligadas ao réu das graves consequências que lhe poderão advir em razão de tal comportamento.

Assim, diante de todas as peculiaridades que se observa em relação aos delitos previstos na Lei Antitóxicos, sobejam razões para que a prova oriunda dos testemunhos policiais mereça inteiro prestígio, uma vez que, nos termos já expostos, não raras vezes se constituem eles no único material probatório de que dispõe o órgão julgador para a formação de seu convencimento.

Imperioso ainda lembrar, em complemento a essa linha de argumentação, e conforme alhures explanado, que os atos praticados pelos policiais, como agentes da administração pública, gozam da presunção de legitimidade, o que faz gerar a presunção *juris tantum* de que agem corretamente no cumprimento de seus deveres funcionais. Resulta dessa constatação que não caberá ao Ministério Público demonstrar a idoneidade e existência de suspeição em relação aos testemunhos aludidos, mesmo porque tal característica já é decorrência daquele atributo dos atos administrativos. Ao revés, constitui-se, sim, em ônus da defesa trazer à apreciação judicial elementos concretos que visam inquinar a validade das narrativas policiais, apontando eventuais interesses daqueles na condenação do réu, especificando todas as circunstâncias que os tornem inservíveis como material probatório a ensejar o édito condenatório.

Evidentemente que não será qualquer alegativa sustentada pela defesa que poderá malferir a prova escudada nos relatos dos agentes de polícia, mas tão-somente aquela arrimada em razões concretas e sérias de suspeição e inidoneidade, assim consideradas pelo magistrado quando levado a apreciar as questões suscitadas com este enfoque. Do contrário, estaria se criando um verdadeiro "salvo-conduto" em favor dos traficantes, os quais, sabendo-se que em delitos dessa natureza a prova reside precipuamente nos testemunhos policiais, bastaria alegar, evasiva e infundadamente, a imprestabilidade de tais depoimentos, e, automaticamente, obter-se-ia um passaporte para a impunidade.

Dessa forma, não demonstrando a defesa qualquer restrição concreta aos depoimentos policiais, a ponto de infundir no espírito do julgador fundadas suspeitas quanto a sua parcialidade e comprometimento com o objeto da apuração, e desde que a prova neles baseada, de forma exclusiva, revele-se coerente, harmônica e firme na descrição dos fatos dos quais participaram aqueles servidores do Estado,

natural é a prolação do decreto condenatório.

A contrario sensu, se inequivocamente comprovada a má-fé ou abuso de poder de parte dos referidos agentes públicos, ou quando os seus relatos divergirem entre si em pontos básicos da acusação, e carecendo o feito de qualquer outra prova complementar, recolhida fora dos quadros dos agentes de segurança, indubitavelmente, impõe-se a absolvição do réu. Frise-se, porém, que não será qualquer contradição verificada em tais depoimentos que os tornará nulos e imprestáveis como meio de prova, mas tão-somente aquelas que dizem respeito ao núcleo essencial da idéia que deles se objetiva extrair, até porque, e conforme tem entendido a jurisprudência de nossos tribunais, *“pequenas discrepâncias de prova testemunhal explicam-se pelas naturais diferenças de comunicação e pelo fato de terem sido os depoimentos recolhidos em oportunidades diferentes e por pessoas diferentes. Justamente são tais discrepâncias que conferem autenticidade às informações das testemunhas. Extraordinário seria, e o fato não deixaria de ser explorado pelas defesas, se os depoimentos de tais testemunhos fosse pronunciados com as mesmas palavras, na mesma ordem de idéias, como lição decorada”*.⁸

Por derradeiro, deve ser assinalado que, embora defendamos neste modesto trabalho a validade total dos testemunhos policiais, como prova suficiente a estribar um decreto condenatório, não é do nosso desconhecimento que, hodiernamente a pretexto de repressão ao combate ao tráfico e vício de substâncias entorpecentes, diversos abusos têm sido cometidos por maus policiais, dando ensejo a prisões em flagrante arbitrárias e ilegais, que, não raras vezes, motivam o seu relaxamento a pedido do próprio órgão do Ministério Público. Diante desta infeliz e lamentável constatação, toda cautela, prudência e sensibilidade se mostra recomendável, tanto ao magistrado quanto ao próprio representante do “Parquet” com atuação na área de tóxicos, os quais, sem desprestigiar a prova oriunda dos testemunhos policiais, deverão sempre analisar com bastante atenção os apontados vícios que dizem respeito à lisura das diligências por eles realizadas, verificando se existe ou não avultação de procedência em tais alegações defensivas, tudo isso com o propósito de evitar que processos dessa natureza venham se transformar em instrumento de perseguição ou vingança pessoais.

⁸ TACRIM-SP-AC 162-623-Rel. Sílvio Lemmi. No mesmo sentido: JUTACRIM 55/61

2. CONCLUSÃO

Nos delitos ligados à área de tóxicos, em razão de sua própria natureza, a prova oriunda dos depoimentos policiais assume relevante valor probatório, e ainda que se constituam estes nos únicos elementos de convicção apresentados pela acusação, podem perfeitamente ancorar um decreto condenatório, desde que não se mostrem contraditórios em seu núcleo essencial, ou quando não demonstradas cabalmente pela defesa a suspeição ou parcialidade das referidas narrativas policiais, circunstância esta que decorre do atributo da presunção de legitimidade que rege todo o gênero ato administrativo, onde se incluem os atos dos mencionados agentes públicos.

3. PROPOSTA

Como proposta deste trabalho, sugerimos a adoção da conclusão acima referenciada pelos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, especialmente aqueles que atuam ou venham a exercer suas atribuições nas Promotorias que oficiam junto às varas de Entorpecentes do DF, uniformizando, assim, o entendimento acerca da matéria no âmbito de nossa instituição.

Por outro lado, é sempre recomendável cautela, prudência e sensibilidade, tanto ao magistrado quando ao próprio órgão do "Parquet" com atuação na área de tóxicos, os quais, sem desprestigiar a prova oriunda dos testemunhos policiais, deverão sempre analisar com bastante atenção os apontados vícios que dizem respeito à lisura das diligências por eles realizadas, como forma de evitar que processos dessa natureza se tornem em instrumento de perseguição ou vingança pessoais.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Direito à Prova no Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais, 1997.
2. AQUINO, José Carlos G. Xavier de Aquino, A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro, Editora Saraiva, 3ª Edição atualizada e ampliada., 1995.
3. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha,. Da Prova no Processo Penal, Editora Saraiva, 5ª edição atualizada e ampliada, 1999.
4. JUNIOR, Romeu de Almeida Salles. Inquérito Policial e Ação Penal, Editora Saraiva, 7ª Edição atualizada e ampliada, 1998.

5. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal, Editora Saraiva, 3ª Edição revista e atualizada, 1999.
6. MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. Da Prova Penal, Copola Editora, 2ª Edição, 1994.
7. CHIMENTI, Francesco. O Processo Penal e a Verdade Material (Teoria da Prova), Forense, 1995.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal, Editora Atlas, 10ª Edição revisada e atualizada, 2000.

A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANULADA

E A

INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Alexandre Sales de Paula e Souza
Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT
Fábio Barros de Matos
Promotor de Justiça do MPDFT

Ementa: PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA ANULADA -
INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO - POSSIBILIDADE - CAPACIDADE
PARA GERAR EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO - INTELIGÊNCIA DO ART.
117, IV, DO CÓDIGO PENAL

Doutrina e Jurisprudência têm reiteradamente manifestado entendimento assumidamente majoritário no sentido de que, na expressão *sentença condenatória recorrível*, constante do rol do art. 117, IV, do Código Penal, não está incluída a sentença condenatória posteriormente anulada em razão de recurso da defesa. Neste sentido, vejam-se os seguintes arestos do STF e do STJ:

“Prescrição - Sentença condenatória anulada - Aplicação da Lei 7.209/84 - Prazo prescricional já verificado a contar do recebimento da denúncia - Hipótese de decretação de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva - Recurso Extraordinário conhecido, por dissídio jurisprudencial, mas desprovido.”¹

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO. JÚRI. SENTENÇAS ANULADAS. NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUPTÃO PELO ACÓRDÃO QUE CONFIRMA A PRONÚNCIA (ART. 117, III, DO C. PENAL) E PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA VÁLIDA (ART. 117, IV). PRESCRIÇÃO PELA PENA *IN CONCRETO* (ARTIGOS 109, V, E 110, PAR. 1., DO CÓDIGO PENAL).

1. As sentenças condenatórias anuladas não produzem efeito interruptivo da prescrição.
2. Interrompem a prescrição a pronúncia e o acórdão que a confirma (art. 117, II e III, do C. Penal). Assim, também, a sentença condenatória válida (art. 117, IV).
3. Reduzida a pena, pelo acórdão impugnado, em apelação interposta apenas pelo réu, a dois anos de detenção, e de se reconhecer a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, se, entre a data do acórdão confirmatório da pronúncia

¹ STF - RE - Rel. Néri da Silveira - RT 636/364

e a única sentença condenatória válida, decorreram mais de quatro anos (artigos 109, V, e 110, par. 1., do C. Penal)."²

"DENÚNCIA. NULIDADE. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO

- A denúncia anulada não serve como causa interruptiva do prazo prescricional. A ratificação dos seus termos equivale a uma nova denúncia e do seu recebimento começa a fluir o curso daquele prazo.

- Sentença declarada nula não se presta, também, para interromper a prescrição."³

"RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. ART. 117, IV, CÓDIGO PENAL.

A nulidade da sentença condenatória recorrível não interrompe o curso da prescrição. Recurso conhecido e provido."⁴

A despeito do entendimento já firmado por nossas mais augustas Cortes Superiores, mister se faz uma análise mais detida sobre o assunto e a rediscussão do tema, levando-se em consideração aspectos importantes que o envolvem, ainda que a Jurisprudência Pátria majoritária já se tenha orientado no mesmo sentido do STF e do STJ.

análise sistêmica

Na definição de Clóvis Beviláqua (*CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL COMENTADO*, obs. 1 ao art. 161), trata-se a prescrição de causa extintiva do direito de ação correspondente a um determinado direito pelo decurso do tempo. Ante a inércia do titular desse direito de ação entende-se convolada a situação jurídica como forma de equilíbrio das relações sociais. Sob o aspecto conceitual, distingue-se da decadência já que esta atinge o próprio direito material em si - sendo suas características ontológicas a peremptoriedade e a fatalidade - enquanto a prescrição admite a suspensão ou a interrupção de sua fluência advindas algumas condições especiais que a lei elenca.

Não é possível fazer-se uma análise do tema sem a adoção de uma visão sistêmica do instituto da prescrição. Sua definição e aplicação no campo penal orienta-se de certa forma no mesmo sentido que o campo civil quando de igual maneira fulmina

² STF HC-71630/PB, 1ª Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, publ. DJ em 16.12.94 pág. 34888

³ STJ RHC 6488/GO, 6ª Turma, Relator Min. William Patterson, publ. DJ em 23.3.1998 pág. 00169

⁴ STJ RESP 120823/GO, 5ª Turma, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, publ. DJ em 1.9.1997 pág. 40858

o direito de ação do Estado na persecução criminal pelo decurso do tempo, uma vez que o interesse jurídico de punição da ofensa à lei penal já não mais subsiste. Sob esse mesmo ponto de vista sistêmico, o legislador penal enumerou determinadas circunstâncias capazes de provocar a interrupção do curso da prescrição (art. 117 do CP) e, como sabido, o rol é taxativo, não se admitindo sua ampliação analógica.

Outro conceito imprescindível à análise do tema proposto é acerca da nulidade dos atos jurídicos. Aqui novamente mister se faz uma análise sistêmica do direito para evitar que a definição de determinados institutos deixe de ser ontológica para tornar-se meramente semântica. Nesse esteio cumpre primeiro estabelecer uma distinção entre o ato nulo e o ato inexistente.

ato nulo e ato inexistente

Por nulo, entende-se o ato que, em virtude de vício insanável, não pode gerar os regulares efeitos a que se destina. Já o ato inexistente é ato colhido por irregularidade de tal monta que não pode ser a ele emprestado qualquer valor, pois não é capaz de reconhecimento no mundo jurídico. É o caso por exemplo da sentença proferida por pessoa que não é Juiz. Trata-se, na verdade, de um não-ato ao qual se nega qualquer efeito jurídico.

“São atos processuais inexistentes aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-lo como atos processuais; são, na verdade, não-atos, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade.”⁵

Portanto, na teoria geral das nulidades, mister se faz tal discrimen mormente quando se analisam os efeitos jurídicos diversos que tais institutos promovem. Se por um lado o ato inexistente não é capaz de trazer qualquer transformação no mundo jurídico, o próprio legislador cuidou de tratar o ato nulo de forma distinta, prevendo a sua capacidade de geração de alguns efeitos jurídicos de acordo com sua relevância e seu interesse social. Não é sem propósito que o Código de

⁵ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, *AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL*, Malheiros, pág. 16

Processo Civil, por exemplo, alerta para o fato de que a citação feita por Juiz incompetente é suficiente para produzir efeitos, dentre os quais destacamos a interrupção da prescrição (art. 219 do CPC). Portanto, mesmo sendo ato nulo, a lei garante existência a um ato jurídico da relevância da citação, o qual é capaz de lançar importantes efeitos no mundo jurídico, um dos quais, a interrupção do curso da prescrição. Ao contrário, se a citação tivesse sido ordenada por alguém que não fosse investido de Jurisdição Estatal, este ato seria um ato inexistente uma vez que só o Juiz pode ordenar a citação processual. Neste caso há um não-ato, razão pela qual não pode gerar quaisquer efeitos no mundo jurídico.

Da lição da Professora Ada Pellegrini Grinover, destacamos um exemplo lapidar dessa visão sistêmica da nulidade dos atos jurídicos quando afirma que, mesmo anulada, a sentença penal condenatória ainda gera efeitos. Em caso de condenação anulada por recurso exclusivo da defesa, o *quantum* da primeira pena, mesmo anulada, acaba sendo o limite máximo para uma eventual nova condenação.

“Além disso, no campo processual, a declaração de invalidade diz respeito à inaptidão do ato para produzir certos efeitos jurídicos, sendo até mesmo possível a subsistência de alguns deles depois de reconhecida a nulidade; é o que ocorre, entre nós, com a sentença viciada que vem a ser anulada através de recurso exclusivo da defesa; em virtude da proibição da *reformatio in pejus*, a jurisprudência dominante tem entendido que, mesmo nula, tal sentença continua a possuir efeito de fixar o máximo de pena que poderá ser aplicado ao réu recorrente.”⁶

Se a sentença condenatória anulada é capaz de impor limite à condenação ulterior, forçoso é concluir que tal sentença nula produziu pelo menos um efeito: o de fazer coisa julgada material quanto à dosagem da pena. Sendo a coisa julgada efeito peculiar à sentença válida, verifica-se que uma sentença nula é capaz de trazer em si o mais importante dos efeitos jurídicos.

Não havendo no inciso IV do art. 117 do Código Penal qualquer distinção entre sentença válida e anulada, chega-se à conclusão de que a prescrição é interrompida ainda que a decisão seja anulada.

⁶ Op. cit., pág. 17

Aliada ao entendimento da ilustre processualista está a judiciosa lição do eminente Ministro Bento de Faria que sustenta a opinião de que a sentença nula ainda é capaz de efeitos no mundo jurídico:

“A propósito da interrupção cumpre considerar os seguintes princípios:

- 1º. a prescrição da ação decretada em relação a um dos agentes aproveita a todos quantos participaram do mesmo delito;
- 2º. as decisões que interrompem a prescrição são as de pronúncia ou sua confirmação e de condenação e não qualquer outra respeitante a incidente ou provimento jurisdicional;
- 3º. **o efeito interruptivo já produzido permanece**, embora a sentença venha a ser anulada, desde que subsista a ação penal.

Não se lhe empresta, assim, eficácia atual, mas se reconhece a sua inegável existência jurídica precedente.”⁷

Em sua bem lançada fundamentação, o Ministro Bento de Faria reproduz as palavras do mestre italiano Girolano Penso quando diz que não se trata de reconhecer eficácia atual ao decreto nulo mas do inegável reconhecimento de sua existência jurídica precedente:

“La prescrizione è anche interrotta dalla sentenza o dal decreto di condanna che in seguito siano annullati o riformati. In tal caso viene riconosciuto a tali sentenza non un efficacia attuale, bensì soltanto la loro innegabile esistenza giuridica precedente. Non vi sarebbe motivo perchè, in seguito ed in conseguenza dell’annullamento, venisse eliso un effetto determinato da tali sentenza, quando le medesime erano in conduzione di poterlo determinare e sul quale il successivo annullamento dell’atto non può, quindi, influire.”⁸

Argumentar-se-ia que a interpretação restritiva deve ser observada na interpretação da lei penal quando importar em situação mais gravosa ao réu, regra de ouro da hermenêutica penal. Ocorre que o mesmo argumento não prevalece ao sustentar-se que, a despeito de a lei penal referir-se apenas a “**sentença condenatória**”, o “**acórdão condenatório**” também seria suficiente para interromper a prescrição. Outra não poderia ser a postura do intérprete, sob pena de emprestar ao acórdão condenatório menos efeitos do que os da sentença absolutória que ele reformulou. A interpretação da lei não pode levar a um labirinto lógico como este.

⁷ Bento de Faria, **CÓDIGO PENAL BRASILEIRO COMENTADO**, vol. III (segunda parte), Récord, pág. 219

⁸ Girolano Penso, **PRESCRIZIONE DEL REATO E DELLA PENA IN NUOVO DIGESTO ITALIANO**, *apud* Bento de Faria, **Código Penal Brasileiro Comentado**, pág. 219

Ora, no rol taxativo do art. 117 não está incluído o termo “acórdão”, sendo este compreendido no termo “sentença” por flagrante interpretação extensiva. O mesmo não se diga da pronúncia, que traz expressamente a “confirmação” da pronúncia como causa de interrupção da prescrição. Ou seja, o mesmo raciocínio que permite que o acórdão condenatório que reformular sentença absolutória funcione como causa da interrupção da prescrição deve ser aplicado no caso da sentença condenatória ainda que posteriormente anulada.

Como demonstrado, a Doutrina Penal também oferece opiniões ilustradas que oferecem suporte à tese de que a sentença condenatória anulada é suficiente para interrupção do curso prescricional. Oferecemos ainda a sempre abalizada opinião de Paulo José da Costa Júnior em idêntico sentido:

“A sentença absolutória não interrompe o prazo prescricional. A sentença anulada, conforme parte da jurisprudência pátria, interrompe o lapso prescricional. Segundo corrente contrária, a sentença anulada é como se não existisse, não interrompendo a prescrição penal.”⁹

É possível encontrarmos na Jurisprudência Pátria manifestações respeitáveis que acabam por concluir no mesmo sentido do entendimento aqui sustentado. Veja-se por exemplo o presente aresto da lavra do Desembargador do TJSP, Adriano Marrey:

“PRESCRIÇÃO CRIMINAL - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - ANULAÇÃO COM REFERÊNCIA A PACIENTE - SUBSISTÊNCIA, PORÉM DO EFEITO INTERRUPTIVO DO PRAZO PRESCRICIONAL RELATIVAMENTE A TODOS OS RÉUS, INCLUSIVE AQUELE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO DECRETADA

Apesar de anulada no que diz respeito ao paciente, continua a sentença a produzir efeito interruptivo da prescrição em relação a todos os acusados, inclusive, portanto, ao próprio paciente, nos termos do art. 117, § 1º, do Código Penal. Determina esse dispositivo que as causas de interrupção do curso prescricional, salvo as de cunho pessoal, se comuniquem, a todos os autores do crime. Seus efeitos propagam-se, portanto, necessariamente entre os co-partícipes.

(.....)

6. Cumpre, ademais, notar que, embora a sentença condenatória, no que concerne ao paciente, deva ser anulada, subsiste ela quanto aos co-réus com ele igualmente condenados, e produz efeito interruptivo da prescrição, em relação a todos os acusados,

⁹ Paulo José da Costa Júnior, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, vol. 1, Saraiva, pág. 518

inclusive, portanto, a José Dirceu Martins, nos termos do art. 117, § 1º, do Código Penal”¹⁰

Evidenciado está nas palavras do eminente Desembargador Adriano Marrey que a sentença condenatória, ainda que posteriormente anulada, produz efeitos mormente quanto à interrupção da prescrição. Praticamente reproduzindo as ilustres palavras desse jurista e sua irrefutável argumentação, encontramos ainda o seguinte aresto:

“PRESCRIÇÃO CRIMINAL - INTERRUÇÃO DO PRAZO PELA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, NÃO OBSTANTE ANULADA - NOVA CONTAGEM A PARTIR DESSE EVENTO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE VERIFICADA - DECISÃO MANTIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 117, § 1º, DO CÓDIGO PENAL

A primeira sentença, a despeito de ter sido anulada para o recorrido, produziu efeito interruptivo da prescrição em relação a todos os outros acusados, inclusive ao próprio recorrido, nos termos do art. 117, § 1º, do Código Penal.”¹¹

Ora, uma vez estabelecido que a sentença penal condenatória posteriormente anulada tem o condão de interromper a prescrição, o mesmo raciocínio deve necessariamente ser aplicado nas hipóteses de recebimento da denúncia (art. 117, I) e da pronúncia (art. 117, II), quando posteriormente forem tornadas nulas por decisão do Tribunal. *Ubi eadem ratio, ibi eadem jus*.

CONCLUSÃO

A despeito da controvérsia gerada pelo tema suscitado, ele somente poderá ser corretamente apreciado sob o foco de uma visão racional do direito, sob pena de escolhermos uma distinção meramente semântica. Exatamente sob esta ótica, forçoso é concluir que o ato nulo é capaz de gerar efeitos no mundo jurídico de acordo com sua relevância social.

Uma vez entendido tal pressuposto, não se mostra razoável a interpretação do art. 117, IV, do Código Penal para admitir que somente a sentença válida interrompe a prescrição: a uma porque o legislador não fez tal distinção e na melhor tradição da

¹⁰ in, RT 442/345

¹¹ in, RT 460/322

escola exegética não cumpre ao operador fazê-la onde não há plausibilidade para tanto. De outro modo se há razão suficiente para reconhecer à sentença condenatória anulada a coisa julgada material, a mesma razão há de ser invocada para sustentar a interrupção da prescrição. Por fim, Doutrina e Jurisprudência, em face de situações embaraçosas como a de tornar inócuo o acórdão condenatório que reformulou sentença absolutória no que tange à interrupção da prescrição, já se socorreu da interpretação extensiva para admitir que, no termo “**sentença**” do inciso IV do art. 117 do Código Penal está compreendido também o termo “**acórdão**”.

Por todo o exposto, conclui-se que, na expressão “*sentença penal condenatória*” inserta no art. 117, IV, do Código Penal, está compreendida a sentença penal condenatória anulada – desde que subsista a ação penal – a qual também é suficiente para fundamentar a interrupção da prescrição, devendo ela reger-se pelo *quantum in concreto* estabelecido por ocasião da prolação da sentença. No mesmo raciocínio é de se admitir que o recebimento da denúncia (art. 117, I) e a pronúncia (art. 117, II), ainda que posteriormente anuladas, são capazes de interromper a prescrição.

proposta

Uma vez admitida a tese de que a sentença penal condenatória posteriormente anulada é uma das causas de interrupção da prescrição e, da mesma forma e pelos mesmos motivos, o recebimento da denúncia e a pronúncia posteriormente anuladas por recurso do Acusado, que a Câmara de Coordenação Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios elabore enunciado nesse sentido.

REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL

FERNANDO HENRIQUE MENDES
Promotor de Justiça do MPDFT
LUCIANA MEDEIROS COSTA
Promotora de Justiça do MPDFT

Propostas de Emenda à Constituição. Art. 228, da Constituição Federal. Inimputabilidade. Redução da idade de 18 para 16 anos, como marco para a aquisição da imputabilidade. Moção de adesão ao projeto.

Encontram-se em tramitação no âmbito do Congresso Nacional propostas de emenda à Constituição (PEC 37/95; PEC 91/95; PEC 301/96; PEC 386/96; PEC 426/96), **desarquivadas por ato da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em 3.3.1999**, destinadas a operar modificação no art. 228, conferindo-lhe a seguinte redação:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de **dezesseis** anos, sujeitos às normas da legislação especial.” (sem grifos no original)

Esclareça-se que a exposição de motivos mais contundente, embasadora dos projetos, diz respeito à acentuada prática de condutas hediondas por parte de adolescentes.

□

A sociedade em geral, premida pela constatação de que o jovem está imune à repreensão estatal, tem, incisivamente, admitido a diminuição da idade para a aquisição da imputabilidade, emprestando ampla receptividade à proposta. Vale ressaltar que em pesquisa recente, o Instituto Vox Populi registrou que 84% dos entrevistados concordam com a redução da idade para imputação criminal.

A visão minimizada de lesões sociais, fruto da aplicação prática do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos moldes atuais, tem imposto à sociedade amargo e intolerável ônus e incitado o retorno à vingança privada.

De fato, constata-se na Vara da Infância e Juventude de Brasília uma realidade frustrante, haja vista que quando se aplica o Estatuto a adolescentes autores de atos infracionais descritos como crimes hediondos, não se alcança internação pelo período de três anos, sob os argumentos de que o jovem tem direito à progressão de regime; de que o CAJE está superlotado e não possui condições de reeducá-los. Na prática, esses infratores recebem benefícios a partir de um ano de internação, tempo insuficiente para operar alguma modificação nos seus valores, isto quando não são inseridos, por sentença, na medida de semiliberdade e permanecem soltos e convivendo em sociedade, uma vez que a apelação não possui efeito suspensivo.

A assunção do poder de retribuição por parte do Estado deve necessariamente resguardar a paz social e não servir de argumento para situações de ruptura da ordem ou absoluto descrédito com o Estado de Direito.

A doutrina da proteção integral, consoante disciplinado no art. 3º, da Lei nº 8069/90, tem como finalidade propiciar à criança e ao adolescente o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Não obstante, é preciso frisar que o fator de discrimine condiz com “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”, elemento necessariamente orientador da exegese da norma de regência (Lei nº 8069/90, art. 6º).

Externa o art. 228, da Constituição Federal, e o art. 27, do Código Penal, opção pelo critério biológico para fixação do marco da imputabilidade, uma ficção jurídica fundada em razões de política criminal.

Tal opção divergiu do melhor critério concebido no Código Penal de 1969, em que estabelecido no art. 33:

“Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com

este entendimento. A pena aplicável, neste caso, é diminuída de um terço até a metade.”

Idêntica posição adota o art. 50, do Código Penal Militar.

Sob outra ótica, ainda que centrado o tratamento especializado na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, não há razoabilidade em conservar a idade em dezoito anos.

A evolução tecnológica da comunicação é referencial incontestável do universo de informações a que tem acesso o adolescente hoje, fato que inegavelmente contribui para o amadurecimento precoce dos jovens.

O Código Civil, no art. 183, inciso XII, autoriza o casamento de mulheres com dezesesseis anos, concedendo às mesmas, ultimado o ato solene, a plena capacidade.

No ponto, revela-se conveniente o registro de lição doutrinária:

“O critério para fixação do termo da incapacidade absoluta em razão da idade é evidentemente arbitrário. O legislador pode escolher os 16 anos, como no Código Civil, ou um outro limite qualquer, mais avançado ou mais recuado e, na verdade, a diversidade das legislações é patente e mostra como o arbítrio legislativo se faz sentir de forma variada. Sem dúvida, por outro lado, varia de pessoa a pessoa o momento em que lhe surgem os predicados necessários ao estabelecimento de seus contatos diretos com a vida jurídica: condições de meio, de clima, de educação, de saúde, provocam, em uns, o desenvolvimento mais rápido, às vezes mesmo precoce das qualidades intelectuais ou psíquicas; em outros, fatores adversos retardam a sua fixação”.

(Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, 18ª ed. rev. e atual., p. 170).

Anota-se, no direito comparado, diversidade de tratamento dispensado à matéria, conforme explicitado pela doutrina:

“... alguns sistemas, como o argentino (Código Civil argentino, art. 127), distinguem os menores impúberes dos púberes, com a barreira de separação nos 14 anos e total abstenção dos atos da vida civil até essa idade. O Código alemão (art. 104) considera incapaz do exercício dos direitos o que não atingiu os 7 anos, e acima desta idade confere-lhe aquele exercício com restrições (art. 106), devendo-se entender que até os 7 anos os menores são completamente incapazes de agir, e acima desta idade, até os 21 anos, necessitam do consentimento dos seus representantes. O Código francês não faz distinção entre incapacidade absoluta e relativa dos menores, deixando à apreciação do juiz verificar se o menor já chegou à idade do discernimento ou não. O Código italiano, de 1865, acompanhava o francês, mas o de 1942 faz cessar em princípio a incapacidade absoluta aos 18 anos, salvo em casos especiais, de leis que estabeleçam uma idade inferior (art. 3º)”.

(Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, 18ª ed. rev. e atual., p. 171).

O concubinato, puro ou impuro, é usual entre adolescentes.

Na esteira do exposto, há incontáveis decisões da Justiça do Distrito Federal, que em procedimentos de jurisdição voluntária, destinados a suprir o consentimento, concederam autorizações para a celebração de matrimônio de adolescentes, suplantando o impedimento dirimente relativo à idade, para reconhecer maturidade nos pretendentes.

Quem afirmaria desconhecer a considerável quantidade de ações em que genitoras, assistidas por avós, pleiteiam a declaração da paternidade e alimentos ?

Incontáveis julgados no País têm transformado a presunção absoluta, insculpida no art. 224, a, do Código Penal, convertendo-a em relativa, para desconsiderar a violência presumida em crimes contra a liberdade sexual e admitir o consentimento consciente de menores de 14 anos.

A Carta Política confere **direitos políticos** e, como decorrência, o **status de cidadão**, a **maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos**, mediante a

previsão do exercício do voto (art. 1º, II, e 14, inciso II, alínea c), ou seja, o adolescente de 16 a 18 anos tem maturidade para escolher os governantes do país, mas não para entender que matar um semelhante é crime!

Em complemento, autoriza a realização de atividade laboral, a partir dos dezesesseis anos, na dicção do art. 7º, inciso XXXIII.

Na conciliação dos interesses subjetivos, têm os tribunais assegurado a participação de menores de 18 anos em concursos públicos, afirmando que a idade mínima consignada no edital deve ser compatível com as atribuições do cargo, bem como que só será exigida no ato da posse.

Registre-se, ainda, que há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional no sentido de autorizar o jovem a dirigir veículos automotores a partir de 16 anos.

Por fim, é oportuno destacar que a Convenção Internacional sobre os Direitos da criança - ONU -1989, inobstante tenha reconhecido a proteção especial a todo ser humano menor de 18 anos, autorizou o recrutamento militar de maiores de 15 anos. Nessa mesma convenção, no Protocolo I, há previsão de detenção em lugar diverso do destinado aos adultos, **mas só para menores de 15 anos**

Necessário se faz registrar importante estudo acerca da maioridade penal no direito comparado:

"Os antigos códigos socialistas e os países anglo-saxônicos sempre optaram pelo critério psicológico, e os países da América Latina sempre optaram ou pelo critério biopsicológico, ou pelo critério biológico com a idade aos dezesesseis anos, **com exceção do Brasil, Peru e Chile**, onde a idade-limite era dezoito anos, e o critério o biológico.

A União Soviética, que não tinha Código Penal desde 1960, pois os Códigos anteriores, de 1926 e 1937, foram substituídos sucessivamente com o fim da era Stalinista por uma Lei de Bases da União Soviética, que fiava, pela via de 184 artigos, os princípios gerais

do Direito Penal Soviético válido para todas as Repúblicas que com relação à tipificação de delitos tinham autonomia para promulgar seus próprios Códigos, estabelecia, no artigo 23 desta Lei, diversificações, porque os menores de dezesseis anos e maiores de doze, desde que passíveis de discernimento, ficavam sujeitos, em todas as Repúblicas, a medidas disciplinares de pedagogia corretiva; os maiores de dezesseis e menores de dezoito poderiam ser presos como adultos desde que constatado o discernimento e a compreensão do fato-crime praticado. Os maiores de dezoito anos tinham, pois, capacidade plena.

Nos países anglo-saxões, especialmente a Inglaterra e os Estados Unidos, pela via da Secção 18 da Constituição e dos Códigos Penais Estaduais, verifica-se a adoção plena do critério psicológico ou do discernimento, chegando, em alguns casos, os menores de **doze** anos, desde que capazes de discernir, a serem passíveis de responsabilidade penal plena.

As críticas feitas a este critério decorrem de uma temática lombrosiana a ele atribuída, mas a verdade é que a resposta à questão deve ser encontrada ora nos critérios ideológicos de carácter repressivo que vigiam na grande nação eurasiática, e do puritanismo religioso característico da formação metodista, presbiteriana e calvinista dos países anglo-saxões e é, evidentemente, um exagero que reduz as invocações de imaturidade à inexistência, o que, positivamente, se afasta da realidade.

Aliás, nestes países, sempre houve, ao lado de leis de proteção ao menor abandonado, como deve ser o Estatuto da Criança e do Adolescente, leis de delinquência juvenil providas de razoável severidade.

Quanto às legislações latino-americanas, é interessante notar o importante estudo de LUÍS JIMENES DE ASÚA, em sua obra clássica em conjunto com FRANCISCO CARSI denominada "Códigos Penales IberoAmericanos — Estudio de Legislación Comparada", Caracas, 1946, aonde, ao tratar da menoridade, páginas 270 e seguintes, alude o grande mestre que na **Bolívia** a idade penal começa aos **dez** anos, no **Haiti** aos **catorze**, na **República Dominicana** aos **dezesseis**, e em **Porto Rico** chega até a responsabilidade penal de menores acima de **sete** aos de idade...

Isto sem falar no **Paraguai**, onde a responsabilidade penal começa aos **dez anos** o **Panamá** aos **doze**; **El Salvador**, **Honduras** e **Guatemala** aos **quinze anos**; **Equador**, **catorze**; **Cuba**, **doze anos**; o **Chile**, agora em **dezesseis** e a **Argentina** em **catorze**, modificada para **dezesseis** pela **Lei n. 14.394**, que modificou os artigos 36 e 37 do Código Penal.

O Código da **Costa Rica** estabelece **dezesete anos**, e apenas o Brasil e o Uruguai se situam entre os Códigos que estabelecem punição a partir de dezoito anos, sem considerar o Peru, cujo limite de idade de situava em dezoito anos, mas ante a crescente onda de terrorismo foi baixado para **dezesseis anos**.

Quanto aos Códigos Europeus, o Código **francês**, por uma ordenança de 2 de fevereiro de 1945, dizia que os menores de dezoito anos não estavam submetidos a tribunais comuns, mas uma lei de 24 de maio de 1951 permitia o pronunciamento de **condenações criminais a maiores de treze anos e menores de dezesseis**, muito embora estes tivessem a atenuante da menoridade, não poderiam ser julgados por tribunais infantis.

O Código Penal **espanhol** fixou a idade em **dezesseis anos**, através de artigo 8º, § 2º, dizendo que os menores de dezesseis anos serão submetidos a julgamento por tribunais tutelares de menores.

O Código Penal **italiano** é categórico ao adotar o critério biológico no artigo 97, estabelecendo que os menores de **catorze anos** não são imputáveis, embora o artigo 98 permita a diminuição de pena.

O Código Penal **suíço**, no artigo 82, afirma que uma criança de mais de sete anos, mas menos de quinze, sofrerá ao praticar um ato punível, punições educativas, na conformidade dos artigos 84, 85 e 86. Isto significa dizer que a responsabilidade penal propriamente dita se inicia aos **quinze anos**.

O Código Penal **alemão** estabelece a responsabilidade penal no artigo 19 aos **catorze anos**, adotando também o critério biológico, o que significa dizer que a legislação brasileira é excepcional em termos de direito comparado, porque estabelece o critério biológico de maneira radical, sem qualquer concessão ao aspecto biopsicológico, diferenciando-se até mesmo do Código colombiano, que embora fixe a idade legal em dezoito anos, estabelece medidas de

segurança expressamente no capítulo II do título II do Código Penal para menores que evidenciem discernimento.

Ora, como se vê, não socorre ao ponto de vista de adoção irrestrita do critério biológico com idade-limite aos dezoito anos, nenhum argumento racional, porque através do direito comparado, chega-se à conclusão de que a idade penal, de regra, em sua maioria, começa aos dezesseis anos, ainda que em grande número de países possa chegar a menos, isto tratar-se de países desenvolvidos, em desenvolvimento ou até países do chamado terceiro mundo, os quais, como o Brasil, possuem miséria e favelas...(..."

(Marcelo Fortes Barbosa, Menoridade Penal. LEX 138, p. 14/21 – RJTJESP)

O Código belga fixou a idade penal em 16 anos; o austríaco em 14 anos e o grego em 17 anos. (Fonte de consulta - "Marginalização: menor e criminalidade", de J. B. Azevedo Marques, Ed. Mc. Graw-Hill do Brasil Ltda., 1976, págs. 9 e 10).

Observa-se que, operada a revogação do Código de Menores, estando em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, a idade para a responsabilização socioeducativa passou a incidir a partir dos 12 anos.

A par do direito comparado, cumpre frisar que o núcleo da discussão reside na seguinte questão: jovens, de 16 a 18 anos, que vivem na rua, que têm filhos e vida sexual precoce; que têm acesso à televisão; à violência; que podem eleger seus governantes; que pretendem dirigir; que podem trabalhar, não possuem capacidade cognitiva e volitiva? Os jovens de 16 a 18 anos são inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? A resposta é negativa. Pode-se argumentar que há quarenta anos atrás, o jovem era puro e ingênuo, o que não se pode mais afirmar dos jovens atuais, que têm consciência da ilicitude de seus atos; que assumem a responsabilidade atribuída aos maiores; nas infrações penais, por terem consciência de que a maioria das medidas previstas no ECA não têm alcançado eficácia.

A propósito, confirmando a ineficácia do ECA, esclareça-se que, em Brasília a prestação de serviços à comunidade só é cumprida, em média, um ano após a

sua determinação, pois não há vagas suficientes e há uma fila de cerca de 700 jovens aguardando a convocação do Setor de Execução de medidas da Vara da Infância; a Liberdade assistida não funciona a contento, pois tem atualmente cerca de 1350 adolescentes vinculados a apenas treze Centros de Desenvolvimento Social, havendo inclusive uma sobrecarga nos Centros de Ceilândia com 318 adolescentes; Samambaia com 190, seguidos por Santa Maria, Paranoá e Planaltina; as unidades de Semiliberdade estão superlotadas e com um índice razoável de evasão e o CAJE, além de superlotado e vulnerável às drogas e violência, não opera a tão almejada reeducação.

Os argumentos contrários à tese proposta fundamentam-se na situação peculiar do jovem, que não suportaria o cumprimento de pena e no fato de o ECA não haver sido efetivamente implementado. Tais argumentos não prosperam. O primeiro porque os jovens, no presídio ficariam em local separado em razão da idade (artigos 10 a 37 da Lei de Execução Penal, e o presídio e a pena também buscam a ressocialização do indivíduo, que tem direito de estudar, trabalhar, profissionalizar-se, ter assistência material, médica, odontológica, psicológica, jurídica e religiosa durante o cumprimento de pena e enquanto egressos. Logo se tal argumento for verdadeiro, a pena também deve ser abolida, uma vez que nossos presídios estão muito aquém de oferecerem as condições básicas previstas na Lei. O argumento do não implemento do ECA, também serve para a lei de execuções penais e muitas outras, que não foram implementadas por falta de vontade política, mas em momento nenhum põe em questão a incapacidade de cognição e volição do jovem. Ademais, é importantíssimo ressaltar que, caso a idade seja reduzida, só irão ser apenados com reclusão por longos anos os jovens que praticarem fatos típicos e hediondos, pois a eles também se aplicarão o princípio da insignificância; a Lei 9.099/95; a pena de multa; o *sursis* e as penas restritivas de direitos para crimes com penas não superiores a quatro anos.

Por último, defendem alguns o caráter intocável do artigo 228, que seria parte do núcleo imutável da Constituição Federal. Não merece prosperar tal argumento, e para tanto nos valem da obra da ilustre colega, Márcia Milhomens Sirotheau Corrêa - Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição, que concluiu: "14. O direito à inimputabilidade penal constitui um direito fundamental de um certo grupo de indivíduos que fazem jus a um tratamento diferenciado em razão de especiais e transitórias condições de existência. O núcleo essencial deste direito, porém, não pode ser *a priori* e

definitivamente fixado."; "15. O direito à inimputabilidade penal comporta, em tese, restrições em relação ao limite de idade. A questão sobre o limite mínimo, a partir do qual o conteúdo do direito restaria esvaziado, envolve uma ponderação em relação aos bens jurídicos envolvidos."

Postas essas considerações conclui-se que a fixação da idade não está inserida nas cláusulas pétreas e que ao se ponderar os bens jurídicos envolvidos, deve-se pender para a defesa da sociedade. De modo que consentâneo com o momento histórico, é adequada às aspirações da sociedade a fixação da inimputabilidade em 16 anos incompletos.

PROPOSTA:

Adesão à proposta de redução da imputabilidade penal, atualmente fixada em 18 anos, para 16 anos.

NÃO À REDUÇÃO DA IDADE PENAL

Cleonice Maria Resende
Promotora de Justiça do MPDFT
Helena Rodrigues Duarte
Promotora de Justiça do MPDFT

EMENTA: REDUÇÃO DA IDADE PENAL DE 18 PARA 16 ANOS. MEDIDA INEFICAZ PARA DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE JUVENIL. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PREVISTA NO ECA. MOÇÃO DE REPÚDIO ÀS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 228 DA CF.

JUSTIFICATIVA

O presente trabalho quer apenas levar os colegas a refletirem um pouco mais sobre tema que está sendo amplamente discutido não só pelos profissionais que lidam com a Infância e Juventude, mas por juristas de outras áreas, pela imprensa, pelos cidadãos, formadores de opinião etc. A discussão extrapola, portanto, a esfera jurídica, tendo repercussão em toda sociedade.

Tramitam no Congresso Nacional as Propostas de Emenda à Constituição nºs 37/95, 91/95, 301/96, 386/96, 426/96) que visam conferir nova redação ao artigo 228 da CF, rebaixando a idade de responsabilidade penal para dezesseis anos.

Primeiramente, há que se destacar que as propostas apresentadas de emenda à constituição encontram óbice legal, já que a maioridade penal está incluídas entre os direitos e garantias individuais e, por isso, corresponde à cláusula pétrea, prevista no artigo 60, inciso IV, da CF. Neste sentido vale transcrever opinião do ilustre Procurador de Justiça, Olympio de Sá Sotto Maior Neto, em tese apresentada no IV Congresso da Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Juventude, a qual foi aprovada por unanimidade, *in verbis*:

"O primeiro ponto que deve ser ressaltado – e que importa, na prática, fulminar com qualquer proposta de emenda constitucional direcionada à diminuição da imputabilidade penal – contempla a conclusão de que a imputabilidade penal somente a partir dos dezoito anos, trazida à condição de cânone constitucional pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988, corresponde a cláusula pétrea e, por isso mesmo, insuscetível de modificação por via de emenda, conforme comando do art. 60, § 4º, da Constituição Federal (assim: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: ... IV – os direitos e garantias individuais"). Embora topograficamente distanciada do art. 5º, da Constituição Federal (pois, afinal, pela primeira vez em nossa história constitucional destinou-se um capítulo exclusivo para tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso), não há dúvida de que a regra do art. 228, da Constituição Federal, apresenta natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (como anota Gomes Canotilho, "os direitos de natureza análoga são direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes" ou, na observação de Alexandre de Moraes, "a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna"). Vale dizer, os menores de dezoito anos a quem se atribua a prática de um comportamento previsto na legislação como crime ou contravenção têm o direito fundamental (que se traduz também em garantia decorrente do princípio constitucional da proteção especial) de estar sujeito às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (recebendo, se for o caso e como resposta à sua conduta ilícita, as medidas socioeducativas) e afastados, portanto,

das sanções do Direito Penal. É este, inclusive, o pensamento do Fórum DCA (Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente)."

Analisando pelo lado político e social, observa-se que os autores e defensores dessas emendas acreditam que com essa nova ordem legislativa encontraremos a tão sonhada diminuição da criminalidade juvenil. Veremos adiante que essa assertiva é falsa e que por isso não poderá prevalecer.

Caso seja aprovada alguma das emendas constitucionais acima citadas, o país estará vivendo um retrocesso em matéria de direito da criança e do adolescente e será um atestado da incompetência do país na implementação de uma lei moderna e de acordo com tratados e convenções internacionais sobre a matéria, os quais fundamentam-se no princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Será também um atestado da incapacidade do Ministério Público em exercer uma de suas funções institucionais, qual seja, a de fiscalização das leis.

O Ministério Público deve posicionar-se contrário à modificações constitucionais que visam apenas apresentar soluções simplistas e que não resolverão a questão da criminalidade juvenil no país. Ao revés, deve informar à população as verdadeiras causas da violência entre os jovens e utilizar dos instrumentos legais disponíveis para cobrar do Estado a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente quanto às medidas socioeducativas ali previstas, já que prevê o artigo 201, inciso VIII, do ECA, que compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

Rebateremos a seguir os argumentos mais utilizados pelos defensores da redução da menoridade penal.

Os argumentos mais comuns referem-se à responsabilidade dos adolescentes por grande parte da violência praticada no país a crença de que os adolescentes infratores ficam impunes em face das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses argumentos são amplamente difundidos pela mídia para

justificar uma reforma constitucional e termina induzindo a população a acreditar que a responsabilização penal dos maiores de dezesseis anos contribuirá para diminuição da violência urbana .

Alguns dados estatísticos mostram que os adolescentes são responsáveis por menos de 10% das infrações registradas, sendo que deste percentual 73,8% são infrações contra o patrimônio e 50% são furtos. Já os crimes contra a vida representam apenas 8,46%. Tais dados demonstram que na verdade não são os adolescentes os maiores responsáveis pela violência urbana que assola as grandes cidades. (Caderno1DCA – SNDH – MJ – Atendimento ao adolescente em conflito com a lei – Coleção Garantia de Direito).

Outro argumento amplamente divulgado contra a manutenção da idade penal aos dezoito anos é o de que nada acontece com os jovens que praticam atos infracionais.

Ao contrário, o ECA prevê responsabilização dos adolescentes (entre 12 e 18 anos) que praticam crime ou contravenção penal, submetendo-os à ação socioeducativa, que ao final poderá resultar na aplicação de uma das medidas previstas no artigo 112 do ECA, inclusive com a privação total ou parcial da liberdade por tempo indeterminado. Assim, não há que se falar em irresponsabilidade ou impunidade do jovem que pratica ato infracional (crime ou contravenção). Na verdade, as medidas socioeducativas de semiliberdade e internação são muito mais eficazes do que as penas privativas de liberdade em regime fechado ou semi-aberto, em face dos projetos pedagógicos ali desenvolvidos.

Apesar do Distrito Federal não ser um exemplo na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, esta lei nos dá instrumentos eficazes na ressocialização do jovem, desde que sejam bem aplicados. Várias experiências bem sucedidas mostram que a diminuição da criminalidade entre adolescentes depende de uma aplicação eficiente das medidas socioeducativas, por intermédio de um esforço conjunto do Poder Judiciário, Ministério Público, Poder Executivo local, em parceria com organizações não governamentais e universidades.

E foi pensando nisso que a Agência de Notícias do Direito da Infância e da Juventude – ANDI, Fundação Educar, ILANUD e UNICEF criaram o Prêmio Socioeducando, que vem reconhecido o trabalho de pessoas e organizações que se destacam na aplicação criativa das medidas socioeducativas.

Dentre as experiências selecionadas, vale destacar a medida socioeducativa de Liberdade Assistida Comunitária que foi adotada em algumas cidades brasileiras, que conta com a contribuição de voluntários da comunidade, previamente cadastrados e capacitados, os quais acompanham o adolescente e sua família, promovendo-os socialmente (inclusão na escola e qualificação profissional, colocação no mercado de trabalho etc). No DF, o MPDFT, por iniciativa da PDIJ, já firmou termo de cooperação com a Fundação do Serviço Social para a implantação da Liberdade Assistida Comunitária. Atualmente, o projeto está sendo levado à comunidade de Riacho Fundo, cujas entidades comunitárias já estão aderindo ao programa. Em seguida, o projeto será levado para à cidade de Ceilândia/DF.

Dados estatísticos de outros Estados brasileiros mostram que quando as medidas socioeducativas estão adequadamente implementadas, obtêm-se índices consideráveis de completa reintegração social do jovem em conflito com a lei penal.

Outro argumento utilizado pelos defensores da mudança da idade penal é que os jovens de dezesseis anos já possuem discernimento suficiente para responder por seus atos. Exemplificam com a capacidade de voto; com a possibilidade da mulher casar-se quando atingir essa mesma idade; com as inúmeras decisões judiciais que são proferidas para suprir consentimento para o casamento de menores de quatorze anos; com a permissão para o trabalho aos dezesseis anos e com a existência de projeto de lei para que possam dirigir nessa idade.

Primeiramente, há de se considerar que a lei brasileira fixa diversos parâmetros etários para o exercício de direitos civis. Somente adquire-se a capacidade plena aos vinte e um anos de idade. As exceções apresentadas acima advêm de decisões legislativas de caráter político e nada têm a ver com o amadurecimento. É bom lembrar que o direito político de voto aos dezesseis anos é facultativo, ou seja, apenas aqueles que se sintam preparados exercem referido direito. No entanto, os

adolescentes não são elegíveis e não podem exercer cargos públicos de qualquer natureza, sendo que para alguns exige-se inclusive idade superior. Isso demonstra que o legislador não atribuiu capacidade de discernimento plena aos menores de dezoito anos.

É preciso salientar também que os adolescentes infratores em sua grande maioria não têm qualquer consciência quanto ao direito de voto e muito menos quanto aos atos civis que podem praticar. Alguns não possuem sequer certidão de nascimento. Sendo assim, fica esvaziada a discussão quanto ao discernimento para o exercício de tais direitos, já que não o exercem e sequer têm consciência deles.

A idade para trabalhar fixada ao dezesseis anos existe em função de um contexto sócio-econômico do país que obriga inclusive crianças a trabalharem para ajudar na manutenção de suas famílias. Recentemente a idade foi alterada, aumentando-a de quatorze para dezesseis anos, justamente para tentar amenizar essa triste realidade que é a exploração do trabalho infantil.

Quanto à condução de veículos automotores, é preciso esclarecer que os oito projetos de lei que permitiam a concessão de habilitação a maiores de dezesseis anos foram arquivados no Congresso Nacional.

Argumenta-se também que esses adolescentes têm acesso à inúmeras informações, trazendo-lhes, portanto, amadurecimento e capacidade de entendimento de seus atos. É verdade que os jovens atualmente recebem mais informações, mas essas são recebidas quase sempre pela televisão, que é o meio de comunicação de massa de maior alcance. O argumento não prevalece na medida em que a televisão divulga informações sem qualquer preocupação com a formação desses jovens. Os programas televisivos banalizam o sexo e a violência em busca de gigantescos lucros e os jovens absorvem essas informações sem o juízo crítico necessário, prejudicando sua formação. Na verdade não se pode afirmar que o amadurecimento dos adolescentes advém do acesso a essas informações.

Isso não significa que o jovem menor de dezoito anos não possui consciência da ilicitude de uma conduta que eventualmente venha a praticar. Qualquer

criança de seis ou sete anos também já tem capacidade de distinguir o que é certo ou errado. Ocorre que a atual normativa constitucional, que fixa a idade penal em 18 anos, não leva em consideração apenas a capacidade de discernimento, mas também a inadequação do sistema prisional para recuperação de um jovem que ainda está em processo de formação de sua personalidade. Por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o adolescente deve receber tratamento diferenciado de um adulto. O jovem nessa idade, é muito mais susceptível a mudanças em seu comportamento, em face de sua maior potencialidade em responder positivamente a um processo pedagógico, podendo modificar sua trajetória de vida. Se colocado em um presídio convivendo com adultos criminosos dificilmente será recuperado.

É preciso ressaltar também que o sistema penitenciário brasileiro não está preparado para receber essa parcela de infratores entre dezesseis e dezoito anos. É de conhecimento público que a superpopulação carcerária corresponde hoje a três vezes mais do que a disponibilidade de vagas do sistema. Isso sem computar os mais de trezentos mil mandados não cumpridos. Como todos sabem, essa superpopulação carcerária e a falta de investimentos na reeducação do preso, resultou em ambientes prisionais promíscuos, violentos e com total desrespeito aos direitos humanos, não havendo qualquer chance de ressocialização de um adulto. Menos sucesso ainda terá no trabalho com os adolescentes que apresentam características singulares por estarem em desenvolvimento.

Outra questão que merece ser considerada é que a redução da idade penal irá atingir basicamente os adolescentes que são vítimas de um sistema de exclusão social e sofrem com a miséria e o abandono. A experiência na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude do DF comprova que a maioria absoluta dos adolescentes infratores é oriunda das camadas menos privilegiadas, cujas famílias têm pouca ou nenhuma fonte de renda para a sobrevivência. Além disso, vários desses adolescentes são vítimas de violência física e moral dentro de seus próprios lares, pois provêm de famílias desestruturadas, acabando por reproduzir esses comportamentos na sociedade. Essa constatação é extraída das oitivas diárias de jovens infratores e de suas famílias, acrescidos dos relatórios sociais elaborados pelas equipes de técnicos que executam as medidas protetivas e socioeducativas no DF.

Dados estatísticos apontam que no Brasil existem 21 milhões de crianças vivendo em famílias cuja renda familiar é de ½ salário mínimo por mês, o que corresponde a 35% das crianças brasileiras. Além do que, 2,9 milhões de crianças estão sendo exploradas no trabalho infantil. Já 20 milhões de crianças não têm acesso à educação infantil e a desnutrição infantil atinge 15% das crianças de 0 a 6 meses de vida e em torno de 30% na faixa etária de 6 meses a 2 anos. (Dados extraídos do página da internet - Campanha Catarinense contra a Redução da idade Penal). www.mp.sc.gov.br/OAMP/CPI/maioridade.HTM)

Conclui-se, portanto, que antes de se discutir a redução da idade penal é preciso cumprir o que determina o artigo 4º do ECA, que é uma reprodução do artigo 227 da CF, que dispõe que é dever de todos – Família, Sociedade e Poder Público – assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. Já o parágrafo único explicita em que consiste essa prioridade, consignando, dentre outras, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O Brasil nunca priorizou os investimentos necessários à efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, previstos no artigo 4º do ECA e artigo 227 da CF, tais como, direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, não cabendo exigir que os filhos das classes baixas tenham o mesmo discernimento dos jovens que vivem em países desenvolvidos, como França, Inglaterra, Estados Unidos etc, que recebem por parte do Estado, da sociedade e da família os cuidados necessários a um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade, tal como exigido no artigo 3º do ECA, mas solenemente ignorado pelos responsáveis pela sua implementação. Ora, se não lhes possibilitaram o exercício pleno de seus direitos fundamentais como cobrar-lhes o respeito aos direitos dos demais cidadãos?

Em que pese a determinação legal ao Poder Público de priorizar recursos para a área da infância e juventude, a realidade é bastante diferente. Lamentavelmente, o orçamento brasileiro para o ano 2000 para a educação é de 3,8%

contra 5,5% em 1997 e o da saúde é de 6% contra 11% no mesmo ano. Já para o pagamento da dívida o governo federal está destinando valores na proporção de 43,7%. (Dados extraídos da página na internet – Campanha Catarinense contra a Redução da Idade Penal).

O Departamento da Criança e do Adolescente, da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, realizou mapeamento do atendimento socioeducativo ao adolescente autor de ato infracional, em todo país, em agosto/97, apresentando os seguintes dados: 7,12% são analfabetos e 71,01% não concluíram o ensino fundamental, dos quais 45,97% estão cursando o 1º grau menor e 25,04% o 1º grau maior. Vale destacar também que em todo o país apenas 3,96% dos adolescentes sob medida socioeducativa concluíram o ensino fundamental. (Caderno1 DCA – SNDH – MJ – Atendimento ao adolescente em conflito com a lei – Coleção Garantia de Direito).

As estatísticas acima apresentadas são significativas na medida em que demonstram que efetivamente o jovem que pratica infrações não recebeu durante a infância e já na adolescência a atenção que deveria ter por parte do Estado.

Por outro lado, a própria sociedade tem se mostrado omissa não só quanto à cobrança do papel do Estado, como também a questionar as verdadeiras causas do aumento da criminalidade. Diante do crescimento da violência, a sociedade prioriza soluções imediatistas, as quais não vão sanar as causas do problema.

CONCLUSÕES

1. O tratamento especial para os menores de dezoito anos está incluído entre os direitos e garantias individuais, correspondendo, portanto, à cláusula pétrea e impõe limitação expressa e material ao poder reformador, nos termos do artigo 60, § 4º, da Carta Magna.
2. A diminuição da idade penal será um solução simplista e não resolverá o problema da criminalidade juvenil e apenas transferirá parcela dos adolescentes infratores para um sistema penitenciário falido, e não trará benefícios a esses jovens e nem mesmo à

sociedade. Agravará, ainda mais, o problema de superpopulação carcerária.

3. Para a efetiva redução da criminalidade juvenil é necessária a adoção de medidas políticas e administrativas capazes de possibilitar o acesso das crianças e adolescentes às políticas sociais públicas, bem como de medidas judiciais garantidoras do princípio da prioridade absoluta, estampada no artigo 227 da CF.

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente oferece instrumentos eficazes para a ressocialização dos infratores, desde que as medidas socioeducativas sejam aplicadas.

PROPOSTA

1. Manifestação de repúdio às Propostas de Emendas Constitucionais que visam a redução da maioria penal e a qualquer projeto legislativo nesse sentido.

2. O Ministério Público do DF, por meio da Promotoria de Defesa da Infância e Juventude, deverá trabalhar para a efetivação de programas capazes de garantir a execução de medidas socioeducativas, principalmente em meio aberto, que oferecem melhores condições de sucesso quando executadas com qualidade e eficiência. A Procuradoria Geral deverá apoiar os Promotores de Justiça da Infância e da Juventude na busca de experiências de outros Estados, por intermédio de seminários e visitas locais etc, bem como na intervenção junto ao governo local para implementação desses programas no DF.

3. Criação de outras duas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude com o fim de possibilitar o pleno exercício das funções ministeriais previstos no ECA.

PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ E SUSPENSÃO LIMINAR DE DECISÃO JUDICIAL EM RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO

Augusto Cesar Barbosa de Carvalho
Promotor de Justiça do MPDFT
Maércia Correia de Mello
Promotora de Justiça do MPDFT

Ementa: PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO LIMINAR DA DECISÃO JUDICIAL EM SEDE DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. EXCESSO OU DESVIO DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. Em decorrência do poder geral de cautela do juiz, é possível a suspensão liminar dos efeitos de decisão proferida no curso de execução penal até que se decida o mérito do agravo em execução, a fim de evitar-se o exaurimento de ato judicial que acarrete incidente ou desvio de execução, com conseqüente perda do objeto do recurso.

JUSTIFICATIVA

Dentre as atribuições do Ministério Público, consta a de fiscalizar a execução da pena (art. 38, VII e 150, VII, da Lei Complementar 75/93; art. 67 da Lei de Execuções Penais).

Para o exercício desse ofício, deve o Ministério Público dispor de instrumentos e recursos adequados, incluindo a possibilidade de requerer a suspensão imediata de decisões judiciais que acarretem evidente excesso ou desvio de execução, com prejuízo irreparável para o regular cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória.

Com efeito, nos casos de excesso ou desvio de execução praticado pelo Juiz de Execuções Criminais, para fazer cessar a ilegalidade, dispõe o Ministério Público, a princípio, de duas alternativas expressamente previstas em lei: suscitar

incidente de excesso ou desvio de execução (art. 186, I, da LEP) ou interpor recurso de agravo, sem efeito suspensivo (art. 197), o qual, consoante jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, segue o rito do recurso em sentido estrito (art. 581 e seguintes do CPP) e não do agravo previsto na CPC.

Ocorre que, na prática, se os efeitos da decisão não são suspensos imediatamente, nenhum dos referidos remédios legais (incidente de desvio de execução e agravo) se revela eficaz para evitar ou fazer cessar a ilegalidade, diante da possibilidade – bastante freqüente, aliás - de exaurimento dos efeitos do ato ilegal durante o tempo transcorrido entre a interposição e o julgamento do recurso ou do incidente.

Na tentativa de evitar a perda de objeto do recurso antes de sua apreciação, há precedentes de impetrações de mandados de segurança e reclamações pelo Ministério Público, mas a jurisprudência do Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da impossibilidade de utilizar-se esses instrumentos para dar efeito suspensivo às decisões do Juízo da Vara de Execuções Criminais.

Para dar uma idéia da dimensão da questão ora em enfoque, recentemente, por exemplo, o Juiz em exercício na Vara de Execuções Criminais autorizou um grupo de sentenciados submetidos a regime fechado (alguns condenados por crimes hediondos) a participar de atividades religiosas durante 15 dias, sem escolta policial, na cidade do Rio de Janeiro.

Referida decisão ensejou incidente de desvio de execução, suscitado pelo Ministério Público, o qual foi julgado procedente em parte. É que, embora configurado o desvio, já não havia meios de corrigi-lo, conforme voto do Desembargador Joazil M. Gadés, que concluiu o seguinte:

“Desse modo, embora o MM. Juiz das Execuções goze de plena autonomia em sua atividade executória, não pode ir além do quanto posto na sentença condenatória, configurando a autorização de saídas ao sentenciado, que cumpre pena em

regime integralmente fechado, desvio de execução, por exceder os limites de sua competência. Contudo, na lei não prevê alternativa, senão a de corrigir o excesso ou desvio de execução e, agora, já exaurido, fato que torna impossível fazer retornar ao estado em que antes estava. Dele só resta, que se lamente o excesso cometido.”¹

É inadmissível, contudo, que decisões dessa natureza se revelem, na prática, irrecorríveis, o que implica conferir-se ao Juiz de Execuções Criminais poderes absolutos para interpretar a LEP a seu modo, ainda que desvirtuando a natureza e as sanções impostas em sentença penal transitada em julgado.

É certo que o art. 197 da LEP prescreve que *“Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo”*. Tal dispositivo não pode ser interpretado de forma literal e restritiva, de forma a impedir a suspensão do ato judicial, ainda que seja essa a única forma de evitar a consumação da ilegalidade.

Efetivamente, há casos em que se deve admitir, como decorrência lógica do poder geral de cautela, a suspensão liminar do ato ilegal. Certamente a suspensão só deve ser aplicada em casos extremos, em especial os de excesso ou desvio de execução, de fácil e imediata constatação. O que não se pode é admitir-se a ilegalidade do ato judicial, sem que nada se possa fazer para evitar seu exaurimento antes da apreciação do mérito do recurso.

A matéria, aliás, já foi debatida no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja orientação é sem dúvida a melhor:

“PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. SUSPENSÃO LIMINAR DA DECISÃO EM SEDE DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. HABEAS CORPUS. CASSAÇÃO DA MEDIDA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

¹ Proc. nº1999.00.2.001816-0, TJDF, Rel. Des. Joazil M. Gardes, Decisão em 09.09.99.

1 – A suspensão liminar de decisão concessiva de progressão de regime prisional, até que se decida o mérito do agravo em execução, insere-se no poder geral de cautela do juiz, não se compadecendo com eventual falta de regramento legal para a medida que, a teor da jurisprudência desta Corte, *mutatis mutandis*, não se sujeita ao crivo do *habeas corpus*, sob pena de supressão de instância, a não ser que se apresente teratológica ou flagrantemente ilegal, o que não acontece na hipótese vertente, à vista da natureza hedionda dos delitos cometidos.

2 – Ordem denegada.”²

Ao justificar seu voto, proferido no acórdão acima mencionado, o Min. Fernando Gonçalves assim se manifestou:

“A medida liminar nada mais é do que o exercício do poder geral da cautela do magistrado que, diante de análise perfunctória dos elementos probatórios coligidos, *initio litis*, defere ou indefere determinada providência, sob pena de, ao prestar a jurisdição, definitivamente, ela não mais produzir nenhum efeito, ante a consolidação de situação fática.

É o que acontece. Malgrado não existir previsão legal para conferir efeito suspensivo ao agravo em execução, houve por bem o relator do Tribunal a quo deferir a medida, ante a constatação de que os crimes hediondos, praticados pelos pacientes, devem ser cumpridos no regime integralmente fechado.”

Entretanto, apesar de o Superior Tribunal de Justiça admitir a possibilidade de suspensão liminar do ato ilegal, com base no poder geral de cautela do juiz, a matéria é controversa e merece ser contemplada com prescrição legal expressa, de maior clareza e eficácia. Por outro lado, ainda que o atual ordenamento jurídico já admita a suspensão, é importante que se esclareçam os limites desse poder

geral de cautela, evitando-se o uso desnecessário desse remédio processual. Daí a proposta de mudança legislativa adiante enunciada.

Frise-se, por fim, que também o sentenciado pode valer-se da possibilidade de suspensão liminar de ato judicial ilegal, em casos como os de mudança arbitrária de regime e tantos outros que muitas vezes não podem ser apreciados mediante simples interposição de *habeas corpus*, já que este remédio não se presta a violações que demandem exame mais apurado de fatos e provas, conforme reiteradas decisões dos tribunais.

PROPOSTAS:

Diante do exposto, propõe-se sejam aprovados enunciado e proposta de alteração legislativa, a ser encaminhada ao Poder Legislativo, nos seguintes termos:

1. Enunciado: **“Independentemente de disposição legal expressa, admite-se a suspensão liminar de decisão proferida no curso de execução penal, como decorrência lógica do poder geral de cautela do juiz.”**

2. Proposta de alteração legislativa:

O art. 197 da LEP³ passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 197: Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo.

Parágrafo Único. Sem prejuízo da interposição e do regular processamento do agravo, existindo fundado receio de desvio ou excesso de execução dos quais possa resultar danos irreparáveis ou de difícil reparação, o agravante poderá requerer ao Presidente do Tribunal a suspensão liminar dos efeitos da decisão até o julgamento do mérito do recurso.”

² HC nº 10314-MG – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ de 11/10/99, p. 89.

³ Redação atual do art. 197 da LEP: *“Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.”*

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 esta 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). 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 provisória.¹

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 Execuções de 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).

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 o quais não há como efetuar-se o

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

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 juizes 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

de Execuções Criminais e encaminhadas ao diretor do estabelecimento penal.

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.

IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS EM CRIMES HEDIONDOS OU A ESTES EQUIPARADOS

Dorival Barbosa Filho
Promotor de Justiça do MPDFT
Maércia Correia de Mello
Promotora de Justiça do MPDFT

Ementa: CRIMES HEDIONDOS. TRÁFICO ÍLÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI 9.714/98 (PENAS ALTERNATIVAS). NÃO APLICABILIDADE.

- 1) A Constituição Federal (art. 5º, XLIII) e a Lei 8.072/90 prescrevem tratamento mais rigoroso aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e aos definidos como hediondos, considerando-os de maior potencial ofensivo.
- 2) A Lei 8.072/90, por tratar-se de lei especial, não pode ter suas disposições alteradas pela Lei 9.714/98, de caráter genérico.
- 3) Em consequência, a Lei 9.714/98, que alterou disposições do art. 44 do Código Penal Brasileiro, não pode ser aplicada aos crimes hediondos ou a estes equiparados.

JUSTIFICATIVA

A Lei 9.174/98 ampliou as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito. Assim, é possível, em tese, a conversão de penas iguais ou inferiores a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o sentenciado não seja reincidente em crime doloso, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do infrator indiquem que a substituição é medida adequada.

Discute-se quanto à possibilidade de permitir-se aludida conversão a condenados por crimes hediondos ou equiparados, especialmente traficantes, cujas penas não costumam exceder a quatro anos.

Dispõe o art 2^a, § 1º, da Lei 8.072/90 que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Esse dispositivo, contido em norma penal especial, impede a substituição da pena, prevista em norma geral, e não foi derogado pela Lei 9.174/98.

Com efeito, de acordo o art. 12 do Código Penal, as regras gerais previstas nesse Estatuto “aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”, sendo evidente que a Lei 8.072/90 não permitiu a substituição da pena, tanto que vedou até mesmo a progressão de regime.

A impossibilidade de substituição de pena em crimes hediondos decorre também de uma interpretação finalística da norma legal. Ora, a Lei 9.714/98 buscou acomodar tão-somente a situação de condenados por crimes de menor gravidade. Já os crimes hediondos e a estes equiparados são considerados de maior potencial ofensivo, tanto pela Lei 8.072/90, como pela Constituição Federal que, no art. 5º, XLIII, dispôs que tais crimes são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Portanto, aplicar a Lei 9.714/98 a crimes de evidente gravidade significa também desvirtuar a sua finalidade.

A matéria, contudo, é controversa. Os que defendem a aplicabilidade da Lei de Penas Alternativas a crimes hediondos argumentam que a gravidade do crime deve ser verificada caso a caso, sendo possível encontrar, dentre os condenados por crimes hediondos, criminosos de maior ou menor periculosidade. Nessa linha de raciocínio, a Lei 9.714/98 seria aplicável a estes, mas não àqueles.

Ocorre que, certo ou errado, o Legislador, tanto na Lei 8.072/90, quanto na Constituição, não fez ressalvas, optando pela prescrição de tratamento mais rigoroso a todos os condenados por crimes considerados hediondos, limitando-se a individualização da pena ao *quantum* desta. Ora, se a Lei 8.072/90 restringe os benefícios de todos (e não de alguns) condenados por crimes hediondos, não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o fez, dando a uns tratamento mais favorável que a outros.

Por outro lado, há quem argumente que a pena restritiva de direitos é mais eficiente no combate ao crime do que a pena privativa de liberdade, o que justificaria a aplicação da Lei 9.714/98 a qualquer espécie de delito, independentemente de sua gravidade. Ainda que um pouco de verdade haja em tal afirmação, acolhê-la sem ressalvas significa praticamente defender o fim da pena privativa de liberdade. Ora, se tal ocorresse, estaria nossa sociedade ou qualquer outra do mundo contemporâneo preparada para vivenciar tal experiência?

A verdade é que, apesar de toda a problemática que envolve a pena privativa de liberdade, a segregação do infrator de maior gravidade, mesmo transitória, ainda constitui importante instrumento de proteção social, não se devendo utilizar a precariedade do sistema penal como justificativa para dar aos condenados por crimes hediondos tratamento menos rigoroso que o previsto no ordenamento jurídico brasileiro. A questão, portanto, deve ser analisada sob o prisma legal e não emocional.

É importante mencionar também que a matéria em exame vem sendo exaustivamente debatida nos tribunais. Embora haja decisões tanto admitindo quanto negando a aplicabilidade da Lei 9.714/98 a crimes hediondos, o Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, tem acolhido a tese contrária à substituição da pena. Senão, vejamos:

"A Lei 9.714/98, quando prevê a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direito, não se aplica aos crimes hediondos e os a estes assemelhados. Precedentes. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (ROHC 9.062-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, Julg. 05/10/99).

"À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela "Lei das Penas Alternativas" (Lei 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 8.072/90 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90).

Inteligência da Súm. 171-STJ. Ordem denegada” (HC 9.271-RJ, Rel Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 13/09/99).

Ressalte-se que a Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios também já teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema, decidindo, por maioria, vencido o Procurador de Justiça Dr. João Alberto Ramos, pela inaplicabilidade da Lei 9.714/98 a crimes hediondos e equiparados.

Finalmente, nas Promotorias de Execuções Penais, tampouco há consenso sobre o tema, embora a maioria não admita a conversão, acompanhando o entendimento majoritário da Câmara. Quanto ao atual Juiz Titular de Execuções Criminais, até agora não firmou posição definitiva sobre o tema e, principalmente em função da falta de uma posicionamento uniforme dos Promotores, ora nega, ora concede a conversão aos condenados por crimes hediondos, criando, dessa forma, uma inaceitável situação de desigualdade jurídica entre condenados por crimes da mesma natureza, com idêntica quantidade de pena, com iguais antecedentes, culpabilidade e semelhantes personalidades e condutas sociais.

Enfim, o fato de ainda não haver um entendimento unânime do Ministério Público sobre o assunto nos animou a ampliar o debate, levando-o também ao Plenário deste Congresso, já que o tema é de interesse geral, sendo importante que todos os Promotores, em especial os que atuam em áreas criminais, reflitam sobre essa controvérsia e, dessa forma, possam contribuir para a solução desta.

PROPOSTA:

Diante do que foi exposto, propõe-se seja aprovado o seguinte enunciado:
Nos crimes hediondos ou a estes assemelhados não se aplicam as disposições da Lei 9.714/98, sendo incabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

CONDENAÇÃO ANTERIOR COMO QUALIFICADORA DO CRIME DE PORTE DE ARMA: IRRETROATIVIDADE

FAUSTO RODRIGUES DE LIMA
Promotor de Justiça Adjunto
DANIEL RODRIGUES FARIA
Promotor de Justiça Adjunto

Ementa: Lei Nº. 9.437/97. Qualificadora pela condenação anterior. Crimes cometidos antes da vigência da Lei. Irretroatividade. Princípio constitucional penal impreterível.

A Lei nº 9.437/97 criou, em seu artigo 10, § 3º, inc. IV, uma qualificadora de crime **inédita** no ordenamento jurídico brasileiro: a condenação anterior como qualificadora do crime de porte ilegal de armas. O dispositivo dispõe que o crime de porte ilegal de arma será punido com **reclusão** - ao contrário do previsto para seu tipo simples (art. 10, **caput**) -, de 2 (dois) a (quatro) anos, o dobro do previsto para o **caput** do artigo, quando o acusado já foi condenado por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Tal qualificadora - apesar de repudiada e combatida unanimemente pelos doutrinadores brasileiros mais autorizados - tem a finalidade de reprimir, com maior intensidade, os reincidentes que são flagrados portando arma de fogo, demonstrando propensão ao crime e periculosidade social. Tem, ainda, o escopo, numa época de compulsão penalizadora do legislador, de prevenir a sociedade e as pessoas definitivamente condenadas sobre as consequências da prática do ato.

Com efeito, a técnica legislativa do legislador, mais uma vez, é infeliz e deixa muito a desejar, eis que inseriu o dispositivo em parágrafo legal usado para criar crimes.

No entanto, discordando da opinião dos mais abalizados doutrinadores pátrios, entendemos que a qualificadora é legal e constitucional, porém deve ser aplicada obedecendo-se o princípio da legalidade e anterioridade, que tem como corolário a irretroatividade da lei penal mais grave.

Sobre este aspecto, irretroatividade do dispositivo em comento, o questionamento é relativamente novo, posto que nenhum doutrinador, ao que temos conhecimento, se manifestou, talvez por repudiarem a própria aplicação da qualificadora, e os Tribunais não tiveram a oportunidade de se manifestar, em razão da recenticidade da Lei.

Entretanto, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento inédito, apreciando recurso nosso, decidiu que a aplicação da qualificadora, mesmo que a condenação anterior se refira a crime cometido antes da norma, não ofende o princípio da reserva legal.

Entendeu o Ilustre TJDF, em data de 18/11/99, que a qualificadora em comento integra o próprio tipo penal, alegando que, em aceitando-se a tese da irretroatividade, "haveria de se afastar, também, o crime, isentando de pena o Apelado", nas literais palavras do Eminentíssimo Desembargador JOAZIL M. GARDÉS.

O fato é que o Egrégio TJDF, até o julgamento do recurso, não havia cogitado de analisar referida qualificadora sob o pálio da irretroatividade, conforme reconheceu o Augusto Desembargador GETÚLIO PINHEIRO em seu voto:

"A tese sustentada pelo Dr. Fausto Rodrigues de Lima, eminente Promotor de Justiça com atribuições na Vara Criminal do Paranoá, é, para mim, inédita. Pelo menos no âmbito deste Tribunal. Confesso que ainda não havia cogitado de analisar a Lei nº 9.437/97 sob esse aspecto, como procedeu sua Excelência nas razões.

*Embora elogiável o discernimento douto Promotor de justiça, principalmente em consideração ao fato de haver apelado em favor do réu, tenho que não lhe assiste razão, **data venia**, assim como ao não menos eminente Procurador de Justiça, que com ele concordou."*

O Eminentíssimo Desembargador JOAZIL M. GARDÉS, apesar de ter proferido decisão contra a tese, reconheceu que a mesma **"é sedutora, e, no âmbito acadêmico, por certo, propiciará acalorados debates e apaixonantes defesas"**.

Assim, decidiu o Ilustre TJDF que deveria ser mantida a condenação do réu por porte de arma ocorrido em 1.999, com a qualificadora da condenação anterior por crime de furto, este cometido no ano de 1.988, ou seja, o furto foi cometido 9 anos

antes da vigência da Lei 9.437/97 e 11 anos antes do mesmo ter sido flagrado portando arma.

Perquere-se: pode o acusado por crime de porte ilegal de arma ser condenado nas penas do § 3º, inc. IV do referido artigo, por ter sido condenado por um crime cometido antes da vigência da Lei, ou seja, antes de 09/11/97? Entendemos, com a devida vênia, que **não**.

A lei penal incriminadora tem eficácia temporal prevista para o futuro, e nunca para o passado. É o princípio da anterioridade, combinado com o princípio da legalidade, e expresso na célebre fórmula de Feuerbach : ***nullum crimen, nulla poena sine lege***.

Esse é o maior princípio do direito penal, base mesmo de sua existência e eficácia, já que tem o direito penal cunho repressivo e, principalmente, **preventivo**, devendo tipificar condutas ilícitas futuras, e não passadas.

Considerado, sem exagero, a mais importante conquista de índole política, foi previsto, na sua forma moderna, na Declaração dos Direitos do Homem na Revolução Francesa e, desde 26/08/1.789, o princípio é copiado pelas demais legislações. Os próprios Romanos não o desconheciam: *Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est*.

No Brasil, está previsto no art. 5º, incs. XXXIX (legalidade) e XL (irretroatividade), da Constituição da República e no primeiro artigo do Código Penal Brasileiro.

A norma que qualificou o crime de porte ilegal de armas, face a condenação anterior, **tem natureza jurídica de norma penal incriminadora**, eis que, apesar de não criar um crime autônomo, mesmo estando erroneamente inserido em parágrafo com esta finalidade, cria uma situação que, se existente, admite severa punição, com pena de reclusão de dois a quatro anos.

Cumprе salientar que ***lex gravior*** não é apenas a norma que cria um crime, mas aquela que de alguma maneira agrava a situação jurídico-penal do acusado, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Embargos de declaração nº 177313, publicado no DJ de 13/09/96.

São palavras de JULIO FABRINI MIRABETE, em comentário ao princípio da irretroatividade:

*"...Nessa situação estão leis posteriores em que se comina pena mais grave em qualidade ou quantidade, **se acrescentam circunstâncias qualificadoras ou agravantes** não prevista anteriormente;...Essa regra é um dos princípios maiores, mais importantes, do Estado de Direito, pois proíbe que as normas que regulam um fato criminoso sejam modificadas posteriormente em prejuízo da situação jurídica do agente."*
(Código penal interpretado, Ed. Atlas, Edição 1.999, página 99)

E, ainda, o art. 9 do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que, além da impossibilidade de criminalizar fato anterior, *"tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito"*.

Assim, cometido um crime contra a pessoa, contra o patrimônio ou por tráfico ilícito de entorpecentes, antes de 09/11/97, portanto antes da vigência da Lei do porte ilegal de armas, a condenação por tal fato é irrelevante para efeito de qualificar o crime de porte de arma, posto que a legislação não previa que tal conduta, no caso de ser flagrado portando arma, seria incriminada como crime, e punida tão severamente.

Ora, ***tempus regit actum***. Como poderíamos aceitar, perante a irretroatividade da lei penal mais severa, que a prática de um crime anterior à lei pudesse qualificar a prática de outro crime, criado posteriormente? Talvez esta tenha sido a intenção do legislador que, na sua ingenuidade e populismo, acredita, ou finge que acredita, que as leis penais incriminadoras, aprovadas às pressas e sem reflexão maior com a sistemática penal vigente no país, serão solução para os problemas da sociedade.

A norma tem eficácia para o futuro. Após a vigência da Lei, toda pessoa sabe que, se cometer um crime contra a pessoa, patrimônio ou de tráfico ilícito de entorpecentes, for condenado, e posteriormente flagrado portando arma de fogo ilegalmente, terá punição rigorosa e qualificada. Nesse caso, aplica-se a qualificadora, uma vez que **OS FATOS** são considerados ilícitos na legislação em vigor, no momento da prática dos mesmos.

Com a devida vênia à respeitável decisão do Egrégio TJDF, não vemos como possa a qualificadora ser aplicada, mesmo contra princípio penal constitucional

primário, sob a alegação de que a qualificadora pertence ao tipo do crime e, caso não seja aplicada, o réu ficaria isento de pena. Ora, em não aplicando a qualificadora, por afrontar princípio constitucional, resta o tipo simples previsto no caput do artigo.

Assim, entendemos que o dispositivo em comento não tem aplicação para qualificar a conduta de pessoas condenadas pela prática de crime cometido antes da norma penal incriminadora, posto que protegido **pelos princípios da anterioridade da lei e da legalidade**. Entendimento contrário fere o art. 1º do Código Penal Brasileiro e o art. 5º, incs. XXXIX e XV, da Constituição da República, além do art. 9 do Pacto de São José da Costa Rica. É o nosso singelo posicionamento.

No momento em que discutimos o Ministério Público no novo milênio, não podemos ignorar o mais importante princípio do direito penal, adotado secularmente depois de muitas lutas, sob pena de incentivarmos as leis de exceção e direcionadas a determinados fatos ou pessoas, mormente em tempos em que a legislação penal é produzida para atender determinados fatos circunstanciais da nossa história recente.

Informamos que a decisão do Egrégio TJDF é objeto de recurso especial e extraordinário intentado pela Ilustre Procuradoria de Justiça. O número do processo é 1999.08.1.000483-5.

LIBERDADE PROVISÓRIA e CRIMES HEDIONDOS e ASSEMELHADOS

JOÃO ALBERTO RAMOS
Procurador de Justiça do MPDFT

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO; II – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL; III – O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; IV – A LEI nº 8072/90; V – A POSIÇÃO do STF e do TJDF; VI – A POSIÇÃO do STJ; VII – A POSIÇÃO do AUTOR; IX – CONCLUSÃO.

I – INTRODUÇÃO

No dia 7 de dezembro de 1999 emiti parecer no Habeas Corpus nº 4192-6/99 e, como já havia feito em inúmeros casos, opinei pela denegação da ordem. No referido HC postulava-se pela concessão de liberdade provisória a um paciente que fora preso em flagrante delito, sob a acusação da prática de crime de tráfico de entorpecentes. Tratava-se, o paciente, de um jovem de vinte e poucos anos de idade, estudante, primário, sem antecedentes criminais, que reside com os pais no Plano Piloto e que fora indiciado no artigo 12 da Lei 6368/76.

2. O meu parecer baseou-se em texto expresso de lei e foi em conformidade com a jurisprudência amplamente dominante, inclusive do STF e das duas Turmas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Porém, ao contrário das vezes anteriores, fiquei com um enorme desconforto a martelar-me a mente, a questionar-me se teria sido correto o meu posicionamento. A dúvida instaurou-se em meu espírito e a posição até então adotada com convicção pareceu-me incorreta. Comecei a perguntar-me se não estaria com a razão aqueles que sustentam que a prisão cautelar, mesmo nos casos de crimes hediondos e os a eles assemelhados, como o de tráfico de entorpecentes, deve submeter-se aos mesmos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, isto é, além da prova de autoria e da materialidade do crime há de ficar caracterizada a necessidade da prisão, seja para a garantia da ordem pública ou

da ordem econômica, seja por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. A inquietação acompanhou-me nos dias que se seguiram e me fez companhia até mesmo durante as férias. Nos momentos em que minha mente deveria estar isenta de preocupações do trabalho, o assunto teimava em voltar-me à lembrança, obrigando-me a uma intensa reflexão sobre os preceitos constitucionais garantidores da liberdade do cidadão. E, de repente, tendo por cenário a deslumbrante beleza das praias quase virgens do bucólico Mangue Seco, na Bahia querida de todos os brasileiros, resolvi rever a minha posição, para dar sossego à minha consciência. Não tenho a pretensão de convencer os meus colegas de Ministério Público a pensarem como eu no tema que coloco em pauta. Na verdade, este trabalho se presta muito mais a dar uma satisfação aos integrantes do Ministério Público do Distrito Federal do porquê da minha mudança de opinião. Se eu puder contar com o apoio de alguns ou de muitos dos meus colegas sentir-me-ei ainda mais tranqüilo.

II – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4. A Constituição Federal prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em decorrência desta regra, conhecida como “presunção de inocência”, o acusado tem o direito de responder o processo em liberdade, salvo se existirem motivos especiais a aconselharem a sua custódia cautelar. Portanto, responder ao processo em liberdade é a regra geral, sendo exceção a prisão antecipada.

5. Para tornar efetiva a norma da presunção de inocência, a Constituição Federal dispôs, expressamente, sobre a liberdade provisória, assegurando-a com ou sem fiança. Vale dizer, se alguém for preso em flagrante delito mas não estiverem presentes aqueles motivos especiais ensejadores de uma segregação cautelar, terá direito à liberdade provisória, mesmo que o crime seja considerado grave, inafiançável, porquanto, em sede constitucional, este direito não sofre restrição em razão da gravidade do crime. É o entendimento que se pode extrair dos incisos LIV, LVII, LXI e LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

III – O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

6. A Constituição Federal estabelece que a liberdade provisória será concedida nos termos da lei. Pois bem, a lei que disciplina o instituto em comento é o Código de Processo Penal, que em sintonia com a Carta Magna prevê a liberdade provisória com ou sem fiança. A liberdade provisória com fiança está sujeita a certos requisitos, como a gravidade do crime e o limite máximo da pena cominada, conforme se colhe dos artigos 321 a 324 do estatuto processual. Porém, a liberdade provisória sem fiança não sofre as mesmas restrições, podendo ser concedida, em tese, em qualquer crime, não importando a sua gravidade. Com efeito, o parágrafo único do artigo 310 do CPP permite a concessão de liberdade provisória quando não estiverem presentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Portanto, a única restrição que a lei impõe à liberdade provisória sem fiança é o exame da necessidade, ou não, da segregação excepcional do acusado. Mas esta necessidade deve ser aferida em termos positivos, diante de fatos concretos constantes dos autos e não de forma genérica, vazia. O exame de cada caso é imprescindível.

IV – A LEI 8.072/90

7. Estatui a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990:

“Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insusceptíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória.”

8. Literalmente considerado, o dispositivo em questão proíbe, taxativamente, a concessão de liberdade aos acusados da prática de crimes hediondos e assemelhados, como o de tráfico ilícito de entorpecentes. O meu posicionamento, até dezembro passado foi, como afirmei na introdução, de observância irrestrita da literalidade do dispositivo legal, posicionamento que, agora, reputo não ser o melhor, e do qual me penitencio.

V – A POSIÇÃO DO STF e DO TJDF

9. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, sobre o tema ora em discussão, considerando incabível a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles assemelhados. Veja-se, por exemplo, o Habeas Corpus nº 79386, Relator o Ministro Maurício Correia, julgado pela 2ª Turma em 5 de outubro de 1999 – Boletim Informativo nº 165, pág. 2, de 13.10.99. Mas o próprio STF vem abrandando o rigor da norma, como se constata do julgamento do Habeas Corpus nº 77052-5, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 30 de junho de 1998, quando a mesma 2ª Turma registrou expressamente que ***“a interpretação sistemática da Lei nº 8072/90 é convincente a concluir-se pela possibilidade de o réu responder ao processo em liberdade, sendo suficiente, para assim entender-se, considerar que, mesmo condenado, poderá recorrer em liberdade - § 2º do artigo 2º”*** - DJU nº 174, Seção 1, pág. 5, de 11.9.98.

10. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal filia-se, por ambas as Turmas Criminais, ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e, reiteradamente vem negando liberdade provisória nos casos de crimes hediondos ou assemelhados. Disto é exemplo o próprio HC nº 4192-6, a que me referi logo nas primeiras linhas da introdução deste trabalho. Porém, entre os juízes de primeiro grau a questão não é pacífica, pois alguns juízes têm concedido liberdade provisória na hipótese. Convém registrar que no citado HC nº 4192-6, a 2ª Turma Criminal do TJDF acena com a possibilidade de, em casos raros, conceder liberdade provisória a acusados da prática de crimes hediondos. Voltarei ao assunto mais detidamente no oitavo tópico deste trabalho.

VII – A POSIÇÃO DO STJ

11. A 6ª Turma do STJ pacificou o entendimento de que a simples invocação da Lei nº 8.072/90 não autoriza a negativa de liberdade provisória. Para os Ministros do referido Colegiado, ***“é mister a demonstração da necessidade concreta da medida restritiva”*** – RHC nº 8644, DJU nº 161, Seção 1, pág. 150, de

23.8.99. Por outro lado, transcrevo, pela sua importância, parte do voto do Ministro Vicente Leal no RHC nº 7834/RS:

“Esta Egrégia Turma, em centenas de casos, tem proclamado a prevalência do princípio constitucional da presunção de inocência sobre normas inferiores. Daí porque, mesmo se admitindo a constitucionalidade da prisão processual, tem-se consolidado o pensamento de que sua decretação só é admissível por meio de decisão suficientemente fundamentada, com indicação de fatos concretos, susceptíveis de causar prejuízo à ordem pública ou à instrução criminal, bem como por em risco a aplicação da lei penal. Dentro dessa linha de visão, é de se afirmar os seguintes pontos: a – tanto o despacho de prisão preventiva como a decisão que nega liberdade provisória devem ser fundamentados; b – a circunstância única de ter sido o réu preso em flagrante por tráfico de droga não impede a concessão de liberdade provisória em face do princípio constitucional da presunção de inocência.”

12. Inclusive, parece que a 5ª Turma do STJ está aderindo ao entendimento da 6ª, porquanto o Diário da Justiça do dia 28 de fevereiro de 2000 estampa a ementa do julgamento do recurso ordinário em Habeas Corpus nº 9335-CE, com os seguintes dizeres:

“Se o paciente permaneceu solto por quase dez anos após o delito que lhe é imputado, não restando evidenciado que tenha praticado atos atentatórios à paz social ou intimidado testemunhas antes de ser custodiado, quando de

sua apresentação espontânea na Polícia, e diante da inexistência de suficiente fundamentação quanto à necessidade da custódia, deve ser reconhecido o seu direito de aguardar em liberdade o julgamento pelo júri.” - DJU nº 41E, Seção 1, pág. 95.

VIII – A POSIÇÃO DO AUTOR

13. Deixei claro, na introdução, que o meu posicionamento era, até dezembro do ano passado, pela observância irrestrita do texto legal proibitivo. Porém, como registrei no mesmo tópico, o caso concreto do jovem de vinte e poucos anos obrigou-me a pensar mais detidamente no problema. Recordei-me da minha rápida passagem por uma Promotoria de Entorpecentes e veio-me à mente os diversos casos de desclassificação da capitulação do artigo 12 para o artigo 16, e mesmo as absolvições, embora mais raras. Lembrei-me também que, em grau de recurso, não foram poucas as desclassificações e absolvições e me dei conta de como é prematuro e imprudente manter-se alguém preso cautelarmente, durante dois ou três meses, para depois ver este alguém ser absolvido, ou desclassificada a acusação. O mesmo se pode dizer com relação a outros crimes, como estupro, atentado violento ao pudor e homicídio qualificado, confirmando a imprudência de, sem motivos concretos, suficientemente demonstrados nos autos, prender-se antecipadamente alguém só pela formal gravidade do crime.

14. Lembrei-me também das lições dos filósofos a respeito de justiça, lições estas admiravelmente sintetizadas por NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GEANFRANCO PASQUINO no seu “Dicionário de Política”, especialmente a lição de que existem normas jurídicas formalmente válidas que podem e devem ser criticadas como essencialmente injustas. Após demorada meditação, cheguei à conclusão de que a prisão cautelar praticamente obrigatória nos casos de flagrante de crimes hediondos não se harmoniza com os preceitos constitucionais garantidores da liberdade do cidadão e me convenci definitivamente que a lei é injusta

e como tal deve ser combatida. Sim, é injusta porque a Lei nº 8.072/90 é fruto do equivocado “movimento da lei e da ordem”, no dizer de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, movimento que imaginou resolver o problema da criminalidade no Brasil por meio da implantação de leis duras e arbitrárias. Com tais leis, que nada resolvem, os legisladores dão uma satisfação mentirosa à sociedade e fingem aplacar as suas consciências. Posso dizer, a respeito da Lei 8.072, o mesmo que o Dr. Rogério Schietti afirmou sobre a Lei 7.960/89, isto é, que foi fruto de **“processo legislativo viciado pelo afogadilho e pela histeria punitiva”**.

15. Como anota CARLOS VICO MANAS, no IBCCRIM nº 86, de janeiro deste ano, **“é preciso dar basta, de uma vez por todas, à utilização desenfreada, demagógica e simbólica do Direito Penal (e, digo eu, também do Direito Processual Penal) supondo-se que ele seja capaz de resolver todos os males da sociedade”**. O tal “movimento da lei e da ordem” nada mais faz que ignorar uma estrutura social profundamente injusta e desigual, desrespeitando garantias básicas do cidadão.

16. Há de se considerar ainda que a Lei 8.072/90 surgiu em atenção ao clamor público que se levantou contra a criminalidade que assolava e assola o País. Porém, como adverte o Ministro Edson Vidigal, o clamor público deve ser analisado com os devidos cuidados, para se evitar a injustiça precipitada de acusações, principalmente advindas da imprensa (HC nº 4926, DJU nº 212, Seção 1, pág. 53110, de 20.10.97). E, em recente artigo publicado no mesmo IBCCRIM, o notável ALBERTO SILVA FRANCO ressalta que os meios de comunicação constróem imagens dramatizadas e distorcidas da realidade, capazes de difundir um sentimento generalizado de intranquilidade e de impunidade, fazendo com que a sociedade clame por medidas duras e restritivas de direitos fundamentais, embora sem se dar conta que estão jogando na lata do lixo, com esta exigência, os seus próprios direitos.

17. Na verdade, a prisão cautelar da Lei 8.072 afigura-se como verdadeira antecipação de pena, o que é odioso. Como afirmei em outro ponto deste trabalho, a 2ª Turma Criminal do TJDF admite o abrandamento da norma, em casos excepcionais. Transcrevo parte do voto do Desembargador Getúlio Pinheiro:

"Nós, nesta Turma, já tivemos a oportunidade de ratificar liberdade provisória concedida a preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes, pelo juiz da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções. Ocorre que se tratava de hipótese especialíssima, em consideração à natureza cautelar da prisão em flagrante. E, como em toda medida cautelar faz-se imprescindível o fumus bonis juris, naquela oportunidade verificou o MM. Juiz que a probabilidade de ser o réu condenado era remotíssima. Por essa razão, considerou que não se fazia presente o fumus bonis juris e, por isso, concedeu-lhe a liberdade."

18. A argumentação do Dr. Getúlio Pinheiro vem em apoio ao meu ponto de vista. Todavia, sabemos que é muito difícil se analisar, pela prova do inquérito, a probabilidade de condenação ou absolvição. Por isso mesmo se faz imprescindível que o juiz tenha a liberdade de examinar, caso a caso, se estão presentes ou não os requisitos para a concessão da liberdade provisória.

19. E não se diga que o inciso LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, autoriza a severidade do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90. Como acentua ODONE SANGUINÉ, ilustre professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, os preceitos constitucionais devem ser analisados em conjunto e harmonizados. Segundo o ilustre professor, a vedação de liberdade provisória, em caráter genérico e absoluto, tal como feito pela Lei 8.072/90, infringe os princípios constitucionais da proporcionalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal. Pela força da ponderação, não posso deixar de transcrever trecho do trabalho do professor SANGUINÉ:

“O legislador, mesmo quando autorizado constitucionalmente a editar normas restritivas, permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido (Canotilho). Será esta lei inconstitucional, mesmo quando adequada e necessária, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos.” – Prisão provisória e princípios constitucionais, publicado no fascículo de Ciências Penais, volume 5, nº 2, pág. 96, de abril de 1992.

20. Poderão me acusar de incongruente porque em alguns outros escritos, especialmente no citado HC nº 4192-6 e em trabalhos da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, afirmei que se impõe a observância à lei, mesmo que injusta. Penitencio-me por tê-lo feito, mas não posso sustentar uma posição que agora considero equivocada e lembrando-me de MAHATMA GANDHI, pergunto-me o que teria sido da Índia se ele não houvesse desencadeado o movimento conhecido como “desobediência civil”.

21. Leis injustas devem ser varridas do ordenamento jurídico, e o caminho correto para isto é a reformulação legislativa. Mas, como as reformas legislativas são muito lentas, na maioria das vezes, o aplicador do direito deve buscar inspiração e apoio na Lei Maior, e, no caso específico, a Constituição Federal assegura a liberdade provisória, pois, se quisesse vedar o benefício nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados, teria afirmado isto no inciso XLII, do artigo 5º. Porém, limitou-se, o legislador constituinte, a declará-los inafiançáveis e a negar-lhes graça e anistia. Nenhuma outra restrição pode haver além das referidas no citado inciso constitucional.

X- CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto submeto aos meus colegas de Ministério Público do Distrito Federal a proposta de sugestão de revogação do inciso II, do artigo 2º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de, desde já, em cada caso, o membro da Instituição manifestar-se favoravelmente à liberdade provisória com amparo nos princípios constitucionais asseguradores da liberdade do cidadão.

**IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

GRUPO III

Direito Constitucional

Direito Administrativo

Direito Tributário e

Questões Administrativas e Institucionais do Ministério Público

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE EXTERNO DOS PROCESSOS DE *PROcriação medicamente assistida*

Diaulas Costa Ribeiro Promotor de Justiça do MPDFT

Malthus Fonseca Galvão, Médico

Maria Leonor de Souza Kühn, Médica

Rodrigo N. de Avellar Fonseca, Médico

Ementa: É obrigatório o controle externo do Ministério Público sobre todas as fases do processo de procriação medicamente assistida, visando à garantia dos *interesses virtuais do nascituro e da sociedade*, da ordem jurídica e da defesa do patrimônio público contra a malversação de recursos destinados à saúde, quando o procedimento tiver lugar em estabelecimento oficial. Os critérios e princípios a ser observados, enquanto não houver uma lei específica, deverão ser extraídos, basicamente, da Constituição Federal, do Código Civil, do Código Penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei da Ação Civil Pública, da Lei de Biossegurança, da Lei de Transplantes e da Lei do Concubinato.

1. Justificativa

Quando da criação da Pró-Vida, foram outorgadas a ela atribuições típicas de *Biodireito*, à época consideradas inovadoras enquanto funções do Ministério Público. «São atribuições da Pró-Vida: Oficiar em todos os feitos submetidos ou requisitados pelo Ministério Público, judiciais ou extrajudiciais, que tiverem como objeto a manipulação genética humana; em feitos de manipulação genética de vegetais e animais (*transgenic foods*), desde que possa atingir a vida e a saúde dos seres humanos; de clonagem de seres humanos ou não; de experimentos biológicos e terapêuticos em seres humanos; de eutanásia, de suicídio assistido, de homicídio humanitário, abortamento eugênico, abortamento seletivo de fertilização artificial, transgenitalização, transplante de órgãos, cessão de útero e a esterilização humana.»¹

A manipulação genética humana,² a redução embrionária (*aborto seletivo de fertilização artificial*) e a cessão de útero integram o quadro de um processo aqui denominado **reprodução medicamente assistida**, que não está regulado em lei.

¹ BRASIL, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Portaria 374, de 17 de Maio de 1999, artigo 4.º, inciso IV.

Neste sentido, há o Projeto de Lei n.º 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara e já relatado pelo Senador Roberto Requião — com a colaboração da Pró-Vida — aguardando votação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Todavia, pelo fato de esse projeto, como outros, possivelmente não integrar o interesse imediato do Governo, não há previsão de sua votação este ano, nem no próximo e provavelmente não o será até o final dos atuais mandatos federais, o que dará continuidade ao funcionamento de *fábricas de gente*, sem qualquer controle do Estado.

«O verdadeiro *boom* que a inseminação medicamente assistida conheceu, em especial na segunda metade deste século, e as experiências conseguidas dos processos de fertilização *in vitro* deram ao fenômeno da procriação medicamente assistida proporções tais, envolvendo valores que radicam no que há de mais essencial no homem e potenciando conseqüências de tamanha gravidade, que tornam insustentável o vazio legislativo reinante e a estupefata passividade dos poderes públicos.»³ Para F. Santosuosso, «é verdade que à família deve reconhecer-se o máximo de autonomia possível em relação às autoridades públicas e tal é de fato a orientação das normas constitucionais. Mas neste caso [de procriação medicamente assistida] a intervenção é exigida justamente pela própria necessidade de tutelar as linhas essenciais desse instituto, no quadro dos valores que não são ainda comungados pela maioria da comunidade.»⁴

Além dos aspectos éticos reservados ao Conselho Federal de Medicina — que já regulou a matéria —, a **reprodução medicamente assistida** tem conseqüências jurídicas e sociais, razão porque não poderá continuar sem o controle do Ministério Público. Ressalve-se que neste caso o Ministério Público não necessita da aprovação do mencionado projeto de lei para controlar esses processos, tendo legitimação sob dois aspectos autorizativos constitucionais: o primeiro, o interesse da criança, matéria do artigo 22 do substitutivo do Senador Roberto Requião, em atendimento à proposta da Pró-Vida e de vários pesquisadores ouvidos pelo Senado Federal, do qual consta expressamente que o «Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de procriação medicamente assistida,

² Stella Maris Martínez, *Manipulação genética e direito penal*, IBCCrim, São Paulo, 1998.

³ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 281.

⁴ F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 11.

com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.»

O segundo, a proteção do patrimônio público, tanto no emprego dos recursos públicos, se o tratamento for realizado em hospital público como ocorre em Brasília, quanto sobre a responsabilidade desse mesmo hospital público em relação às consequências de eventual mau resultado da assistência médica à reprodução.

A Pró-Vida inspecionou o HMIB, no dia 16 de Fevereiro último, e constatou a existência de 653 pacientes envolvidas em processos de reprodução assistida, atendidas por um setor da Unidade de Ginecologia e Obstetrícia, criado pelo próprio hospital sem um ato normativo do Secretário de Saúde, do Governador ou mesmo uma lei local. A relativa informalidade no funcionamento desse setor não constitui, entretanto, objeto desta discussão.

Para atendimento daquelas pacientes, o Hospital não tem qualquer critério senão a ordem cronológica de apresentação. Não há nenhuma avaliação dos aspectos jurídicos envolvendo possíveis consequências do processo; não é investigado o estado civil, o vínculo entre a mulher e o homem, as condições sócio-econômicas do casal etc. Segundo o chefe do setor, «a maternidade é um direito da mulher», o que, a seu ver, afastaria a utilidade dessas investigações. Também não há qualquer restrição à origem de quem busca esses serviços, o que tem permitido o atendimento de pacientes de todo o País. Por fim, não há um programa de orientação no sentido de viabilizar outras alternativas à procriação, como a adoção, que poderia resolver inúmeros problemas sem criar outros.

Sob a perspectiva da ética social, a questão deve ser discutida e equacionada, tendo por base os aspectos de que se falou acima. O estabelecimento de uma prioridade na alocação de verbas para a saúde, definindo se as técnicas de **reprodução medicamente assistida** estariam inseridas na graduação dessa prioridade, deve considerar, especificamente, as enormes carências dos serviços públicos de saúde no Distrito Federal.

Apenas como referência ilustrativa para o debate, um recente relatório holandês do *Governmental Committee on Choices in Health Care* estabeleceu quatro critérios para definir os tratamentos básicos (*basic package*) a serem suportados pelos serviços públicos de saúde. Esses critérios são: a) grau de necessidade dos cuidados

de saúde em análise; b) sua eficácia (*percentagem de êxito*); c) sua eficiência (*razão entre eficácia e custo*), e c) impossibilidade de que esses cuidados de saúde sejam economicamente suportados pelos próprios indivíduos. De acordo com esses critérios, a **reprodução medicamente assistida** não fica incluída no *basic package*. A principal razão aduzida para essa posição é a de que nem os interesses da comunidade (*o interesse público*) nem as normas e valores da sociedade parecem justificar uma solidariedade compulsiva com a pretensão (*ou seria um direito?*) dos casais inférteis de terem filhos por **reprodução medicamente assistida**. A mesma razão é invocada para vedar a realização de cirurgia plástica estética com recursos públicos, o que acrescenta um referencial para o debate: a reprodução assistida é um tratamento cosmético ou reparador?

Estamos, então, diante do delicado problema do justo equilíbrio entre direitos individuais e direitos coletivos. Se uma posição ética sobre técnicas de ponta — como as utilizadas no caso em foco — não pode ignorar a universalidade do direito aos cuidados para com a saúde, a questão do acesso às técnicas de reprodução não deve ocultar a realidade social: a existência no Distrito Federal (*para não falar no Brasil e no mundo*) de milhares de crianças totalmente carentes de ambiente e cuidados familiares.

Ainda para ilustrar, o custo de **reprodução medicamente assistida** em estabelecimento privado varia, em média, de R\$5.000,00 a R\$15.000,00. No HMIB, mesmo sendo um serviço público, há, em alguns casos, a participação das pacientes que pagam a medicação e alguns exames realizados em estabelecimentos privados, sem que se possa quantificar um valor médio dispendido por cada uma. Mas mesmo com essa co-participação nos custos — que pode ser também ilegal —, o tratamento é muito caro para o Hospital.

Superada a discussão sobre o possível desvio de finalidade no emprego de recursos públicos, há um ponto final a ser posto em debate. No caso dos “*Quíntuplos de Brasília*” — quando cinco crianças nasceram no HMIB, após a mãe ser submetida à reprodução com assistência médica —, tratava-se de uma mulher com 39 anos, dois filhos adolescentes e com laqueadura tubária eletiva irreversível. Foi inseminada com mais de quatro embriões, total proibido pelo CFM, nascendo cinco filhos, um deles, uma menina, falecida dias após o parto. A renda familiar dos beneficiados era de um salário mínimo, tendo o casal buscado apoio na caridade

pública. O apelo não teve receptividade: obtiveram cerca de R\$300,00 e menos de um mês depois 'já faltava de tudo'. Ou melhor, antes do parto já não havia dinheiro para a água, a luz e o aluguel.⁵

Na visita que fizemos ao HMIB, apresentamos à equipe médica os seguintes questionamentos: a) os beneficiários do processo eram casados? b) se não eram casados, viviam como se casados fossem? c) neste caso, há quanto tempo? d) ainda neste caso, porque não eram casados? e) o casal foi esclarecido das alternativas ao processo de reprodução, como a adoção? f) foram considerados os aspectos sócio-econômicos do casal? g) levou-se em conta a renda familiar, antes do processo? h) o homem que se apresentou como "marido" reconheceu e registrou as crianças?

A resposta foi *não* a todos os itens, exceto o último, do qual não se conhecia uma solução. Sobre as condições sócio-econômicas, o responsável pela assistência médica à paciente acrescentou um comentário sobre o aumento descontrolado da sua prole: que sua vizinha da direita, disse o médico, tinha nove filhos; e a da esquerda, oito; não havia nada de mais ela ter sete.

Essa conclusão, para ser verdadeira, deveria tomar como paradigma aproximado a alternativa à adoção e não a geração espontânea de filhos, como ocorreu com as referidas vizinhas. Se no quadro real o casal não obtivesse a adoção de cinco filhos (*ad hoc balancing test*), jamais poderia haver assistência à reprodução com a possibilidade desse resultado. Se as condições sócio-econômicas não eram recomendáveis, deveria ser considerada, ainda, que a infertilidade da beneficiada não constituía uma doença, mas uma opção arrependida sua, ante o desejo de dar uma prova de fertilidade ao "novo marido", bem mais jovem que ela; e este, de dar uma satisfação social que atestasse sua virilidade. Todos esses 'argumentos' — eufemismo de capricho e vaidade — receberam tratamento cosmético pago com o dinheiro do contribuinte. Num espectro maior, tais argumentos receberam do Hospital um tratamento prioritário em detrimento de tantas e vergonhosas omissões nos hospitais públicos do Distrito Federal.

É preciso registrar que a **reprodução medicamente assistida** não tem uma base fática idêntica à da adoção, que é regida pela teoria do fato consumado: a

⁵

Arlete Salvador, Quintuplos de Brasília, *Correio Braziliense*, Opinião, Brasília, p. 16, 18 de Fev. 2000.

criança já existe. É por isso que o Estado interfere visando à melhoria de vida do adotando. Na reprodução assistida, como está sendo praticada, a solução não visa ao bem estar da criança que ainda não existe, mas à do casal. Na adoção, a posição do Estado pode ser permissiva desde que ela represente efetivamente o bem da criança — *princípio da interpretação mais amigável da criança* —, uma vítima de circunstâncias as mais diversas, inclusive o destino. Na reprodução, a posição do Estado deve ser restritiva, de modo a evitar que a busca de satisfação para os pais acabe por criar mais um candidato à adoção. E se os adotandos podem ser vítimas do destino, os filhos da medicina poderão ser vítimas do Estado,⁶ ou seja, a extensão de uma atitude aleatória, sem o respaldo de uma análise sócio-econômica que satisfaça, está permitindo resultados que a ética médica não é capaz de coibir. É preciso, portanto, deixar de lado a poesia sobre os 'milagres da medicina reprodutiva' e também afastar a idéia de um Ministério Público 'remediador' de fatos sociais acabados. Se o seu papel é zelar pelos interesses da sociedade, não é mais possível exercê-lo nos bastidores, atrás do fato consumado, quando a história aponta que essa postura não foi satisfatória. Se a racionalidade dos fatos sociais deve prevalecer sobre razões puramente emotivas, individuais por pressuposto, os critérios do *Governmental Committee on Choices in Health Care* são um paradigma ideal para se perspectivar o Ministério Público do próximo milênio, numa visão mais organicista, mais articulada: se a Pró-Vida não interferir agora nos processos de *procriação medicamente assistida*, na defesa dos *interesses virtuais* da sociedade, as Promotorias da Infância, da Educação, de Registros Públicos, da Cidadania, as várias Curadorias, e, com certeza, as Promotorias Criminais, terão muito o que fazer, cada uma a seu tempo e talvez numa ordem diversa da indicada.

A pretexto de proteger os interesses da criança que irá ser concebida, a intervenção do Ministério Público no processo de *procriação medicamente assistida* poderá inviabilizar a sua concepção. Parece contraditório, mas é real. É real e demonstra o papel que o Ministério Público irá desenvolver no próximo milênio: a proteção dos *interesses virtuais*, que irá sobrepor-se à defesa dos *interesses difusos* deste final de século. O *interesse virtual* será a marca da atuação preventiva/inibitória do Ministério Público e talvez uma das formas mais eficazes de sua intervenção.

⁶ Arlete Salvador, Quíntuplos de Brasília, *Correio Braziliense*, Opinião, Brasília, p. 16, 18 de Fev. 2000.

Quanto ao gasto de dinheiro público, ele não se limita a pagar a assistência médica para a reprodução, mas vai pagar também o mau resultado desse tratamento. Se o casal desejava ter um único filho e acabou tendo cinco, quatro deles decorreram da responsabilidade exclusiva do hospital, principalmente se for considerado o entendimento da atual jurisprudência de que a intervenção médica se estabelece como uma relação contratual de fim e não de meios,⁷ sendo, em tese, possível uma ação indenizatória para que o Distrito Federal arque com a criação dos filhos excedentes. Além disso, houve o óbito de uma menina, que poderia ser menos provável caso não fossem implantados cinco embriões — uma imprudência do médico —, mas tão-somente os quatro permitidos pelo CFM, que estabeleceu esse limite seguindo uma orientação médica mundial. A morte dessa criança, que segundo declarações da mãe à imprensa «era a mais querida de todas», obviamente será fato gerador de dano moral a ser também indenizado pelo Distrito Federal.

A discussão sobre o eventual consentimento esclarecido dos beneficiários — como causa de exclusão do dever de indenizar — fica praticamente prejudicada já que a maioria dos casais, num desejo exacerbado de ter o filho pretendido, não tem espaço psicológico suficientemente liberto para debater com objetividade questões éticas, médicas e jurídicas, confundidas que estão com suas verdadeiras pretensões. Antes de mais, convirá, ainda, ter presente que o consentimento é um processo e não uma forma. É inconcebível que qualquer formulário de consentimento assinado pelo paciente possa sobrepor-se à recíproca troca de informações com toda a equipe do hospital, médica e paramédica, além de apoio jurídico, ou mesmo substituí-la.⁸

Outros aspectos necessitam ser acrescidos à discussão, visando responder não só as questões jurídicas envolvendo hospitais públicos, mas também os privados, de forma a englobar a ordem jurídica nacional.

Para a problematização que se propõe, a Pró-Vida resume os pontos para os quais necessita de respostas:

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 81101/PR, relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 13 de Abril de 1999, Brasília, Diário da Justiça da União, Imprensa Nacional, Brasília, p. 140, 31 Maio 1999. «Civil e processual — cirurgia estética ou plástica — obrigação de resultado (*responsabilidade contratual ou objetiva*) — indenização — inversão do ônus da prova. I — Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (*Responsabilidade contratual ou objetiva*), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II — Cabível a inversão do ônus da prova. III — Recurso conhecido e provido.

⁸ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 281.

a) Mulher solteira pode ser inseminada?

b) Casal homossexual pode ter assistência médica para a reprodução?

c) A mãe de substituição (*barriga de aluguel*) pode ser utilizada sem que uma lei específica regulamente as condições?

d) Enquanto não houver lei, como resolver as situações abaixo, sem que haja um *Rei Salomão* em cada hospital:

— Se a mãe que gerar o filho se recusar a entregá-lo à/ao beneficiária/o da gestação?

— Qual o critério para definição da filiação materna, se nosso sistema ainda prevê que a mãe biológica é a que dá à luz?

— Poderá o médico expedir a guia de nascimento em nome da beneficiária?

— Em caso de beneficiário do sexo masculino, poderá o médico expedir a guia de nascimento para o registro sem o nome da autora do parto?

— A beneficiária que der como próprio o parto alheio não incidirá no crime do artigo 242 do Código Penal? E o médico, não será partícipe (*artigo 29*) ?

— A indicação apenas do nome da mãe na guia de nascimento, como ocorre, não permitirá o registro do filho com pai diverso daquele que participou do processo de reprodução assistida?

— O não acompanhamento da gestação até o parto não permitirá a infração a todas as regras que se propõem a regular este tema?

e) Em caso de retirada de espermatozoides para fertilização homóloga — inseminação na esposa ou companheira —, a fertilização poderá ser realizada após a morte do marido ou companheiro?

f) Em caso de morte da doadora de óvulo para inseminação em mãe de substituição, poder-se-á prosseguir com o processo *post mortem*, a pedido do marido ou companheiro?

g) Nos dois casos anteriores, havendo testamento ou documento escrito autorizando a fertilização, poderão ser utilizados esses gametas?

h) Ainda nos dois casos anteriores, poder-se-á aplicar o disposto no artigo 42, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente? (*A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.*)

i) Não podendo haver a inseminação no Brasil, pode o hospital entregar ao interessado o material genético da pessoa morta para que ocorra a inseminação em outro país?

2. Conclusão/propostas

A busca de uma resposta ideal a todas essas perguntas é o objetivo da discussão que se propõe. A posição da Pró-Vida é que o HMIB continue realizando a procriação medicamente assistida, mas com restrições. Elaboramos um projeto normativo que será submetido ao hospital como Termo de Ajustamento de Conduta e/ou como recomendação do Ministério Público ao Secretário de Saúde para os serviços públicos e privados. Nele estão contidas as soluções encontradas nos sistemas de Direito e de Biodireito Comparados.^{9 10} Também foram adotadas propostas do substitutivo do Senador Roberto Requião, que serão aqui resumidas. No debate, caso seja aprovada a discussão desta tese, apresentaremos o projeto integral.

Propomos que as técnicas de **reprodução medicamente assistida** sejam aplicadas exclusivamente em casais heterossexuais com garantias de estabilidade (*legalmente constituídos ou não*) e de condições adequadas para o completo e harmônico desenvolvimento do nascituro, ficando excluídas as situações em que ele viesse a ter só mãe ou só pai, quer por inseminação *post mortem*, quer por procriação de uma mulher isolada (*sem ligação, nem de direito nem de fato, a um homem*) ou de um homem isolado (*por recurso à mãe de substituição*). A admissão de fecundação *post mortem* comporta necessariamente a aceitação de suas legais conseqüências, se bem que possam e devam, quando tal for a opção, restringir-se os pressupostos de admissibilidade, os prazos em que pode ser efetuada após a morte do progenitor e extremar-se nas garantias quanto à proveniência dos gametas utilizados e ao cumprimento da vontade do falecido. A orientação da Pró-Vida é no sentido de se proibir terminantemente tal prática. Também será proibida a maternidade de substituição (*barriga de aluguel*) até que haja regulamentação legal do assunto, não

⁹ PORTUGAL, Ministério da Justiça, Comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, Utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (*Projetos*), Coimbra, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990.

¹⁰ PORTUGAL, Assembléia da República, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, Lisboa, 1990.

podendo o Hospital solucionar as situações jurídicas decorrentes desse processo sem lei que revogue dispositivos do Código Civil e do Código Penal vigentes.

Para terminar, as técnicas de procriação medicamente assistida só poderão ser utilizadas em benefício de pessoas maiores de 21 anos e com plena capacidade civil, casadas entre si há, pelo menos, cinco anos ininterruptos e que não estejam separadas judicialmente ou sob separação judicial de corpos, ou que vivam em sociedade conjugal entre si, com comunhão de habitação e demais condições análogas às dos cônjuges, nos termos da Lei n.º 8.971, de 29 de Dezembro de 1994, desde que não existam impedimentos legais para o casamento.

O projeto do ato normativo tratou, também, das condições sócio-econômicas para a procriação assistida e da fiscalização concreta a ser exercida. O HMIB encaminhará ao Ministério Público todos os processos, antes de realizar o ato médico hábil a produzir a gravidez. A Pró-Vida, como já ocorre em casos de transgenitalização, de interrupção da gravidez de fetos inviáveis e de transplante de órgão *inter vivos*, realizará uma *habilitação* em que fiscalizará todos esses critérios (*ad hoc balancing test*), garantindo um mínimo de estabilidade jurídica e social à **procriação medicamente assistida**, «ante o insustentável vazio legislativo reinante» e pondo fim à «estupefata passividade dos poderes públicos.» Além do Código Civil, Penal, da Lei da Ação Civil Pública, da Lei do Concubinato, da Lei dos Transplantes, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Pró-Vida adotou na essência a Lei n.º 8.974, de 5 de Janeiro de 1995 (*Lei da Biossegurança*), que trata da manipulação genética.

São essas as propostas que temos para o «IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios», na perspectiva de fazermos, nessa oportunidade ímpar, uma reflexão do papel do Ministério Público no próximo milênio e, concretamente, evoluir a normatização que se pretende quanto à **procriação medicamente assistida** no Distrito Federal, a ser implantada logo após o Congresso.

Ministério Público: Magistratura Pró-Sociedade

&

Poder Judiciário: Magistratura Pró-Indivíduo

Un juge devant le juge

Ein Richter vor dem Richter

Diaulas Costa Ribeiro
Promotor de Justiça do MPDFT

Ementa: Num sistema penal que compatibiliza os direitos fundamentais com o direito difuso de a sociedade punir os infratores, a pena máxima constitui o limite do interesse permanente da sociedade, que deve ser obedecido e individualizado objetivamente pelo Ministério Público na acusação concreta; a pena mínima constitui o limite do direito individual, que deve ser observado pelo Juiz. É por essa razão que a fixação da pena é uma oportunidade única em que interagem os quatro poderes do Estado: O Congresso, o Presidente da República, o Ministério Público e o Juiz.

A concepção de Oskar von Bülow¹ e Adolf Wach² sobre o processo como uma relação jurídica triangular, apesar das críticas e da própria adesão de Bülow em seus últimos escritos, à concepção angular,³ acabou prevalecendo pela qualidade didática e pela lógica aparente, capaz de calar discordâncias.

A idéia de um juiz imparcial no vértice de um triângulo, com base constituída de *partes* iguais, por mais adequada que seja ao processo civil, não pode ser estendida ao processo penal. A figura de um triângulo foi preservada na relação processual penal apenas como um símbolo místico da figura de autoridade do juiz,

¹ Oskar von Bülow, *Excepciones procesales y presupuestos procesales*, tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, EJE, 1964, p. 56.

² Adolf Wach, *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. 1 (2), tradução de Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJE, 1977, p. 70.

³ Hélio Tornaghi, *A relação processual penal*, 2.ª edição revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 28.

como também são símbolos os palácios da justiça, as becas, as perucas e o martelo,⁴ todos eles em avançada decadência, inclusive porque a tradicional defesa da sua imparcialidade nunca considerou os argumentos inauditos com que fundamenta a condenação, no intuito de agravar a pena, como consta no artigo 385 do Código de Processo Penal.⁵

De acordo com a concepção do contexto processual que se pretende concluir neste estudo, cabe à defesa assistir o juiz, como a vítima real ou legal assiste o Ministério Público, o que irá superar a figura tradicional dos dois gladiadores — defensor v. Ministério Público. Isso, tendo a ação penal pública como base. A ação penal privada não passa de um resíduo de vingança, também privada, que deverá ser afastado do Direito Processual Penal. A ação penal nos crimes contra a honra são estatisticamente as que têm iniciativa particular. Não passam, todavia, de *ilícitos civis* com *ação civil* regulada pelos Códigos Penal e de Processo Penal. Os crimes contra a honra tutelam interesse disponível com caráter patrimonial.⁶ A honra, com a possibilidade de ressarcimento do dano moral, não deve constituir um bem jurídico de crimes porque o Direito Penal deve ser apenas um instrumento do Estado que assegure os interesses sociais permanentes ou interesses supra-individuais, sem perder de vista os direitos individuais, não podendo ser usado pelo particular; não pode servir ao interesse privado, já que existem instrumentos adequados a ele. Foi nessa linha que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu sobre o Caso *Helmerts*.⁷

O que faz o Ministério Público na ação penal pública. Duas são as posições processuais clássicas do Ministério Público: a de parte — típica do modelo empírico-primitivo de organização ministerial — e a de *custos legis*. Na condição de parte na ação penal pública, o Ministério Público teria como contraponto o acusado,

⁴ Jean Chevalier e Alain Gheerbrant, Dictionnaire des symboles, mythes, rêves, coutumes, formes, figures, couleurs, nombres, Paris, Robert Laffont/Jupiter, 1982, p. 967.

⁵ BRASIL, Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, *Código de Processo Penal*.

⁶ Diaulas Costa Ribeiro, Crime contra a honra: investigar ou não investigar? Eis a questão! *Resenha do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região*, v. 5, n.º 3, p. 7-9, Jul. 1999.

⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, acórdão de 29 de Outubro de 1991, A 212-A, p. 14, § § 27-30. In: Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Editorial de Notícias-Aequitas, 1995, p. 85: «O Tribunal, depois de lembrar que o caráter *civil* de gozar uma boa reputação se apresenta pacífico, e de que uma *determinação sobre um direito de caráter civil* se concebe mesmo sem que haja um pedido de reparação pecuniária, bastando que o seu desfecho seja determinante para o *direito de caráter civil*, concluiu pela aplicação do n.º 1 do artigo 6.º ao caso concreto.».

ficando na base da relação triangular já mencionada, onde o juiz, no ápice, figuraria como sujeito *imparcial* da relação processual.⁸ Essa ainda é a visão que se tem do Ministério Público no Brasil, onde a sua atuação processual penal não mudou de forma significativa desde a Casa de Suplicação de Lisboa. Mas apesar da histórica legislação brasileira, as mudanças inter-nacionais (*assim mesmo!*) ocorridas nesta segunda metade do século permitem rever essa concepção, na medida que transformaram o juiz num *guardião dos direitos fundamentais individuais*; numa magistratura *pró-indivíduo*, como ilustra o artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: «Toda pessoa tem o direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.»

Com isso, ficou afastada a idéia tradicional do juiz como uma figura única de autoridade, garante da legalidade, da ordem social e da segurança e paz públicas. Essas atribuições, anteriormente suas, foram transferidas para o Ministério Público, envolvidas pela titularidade privativa de promotor da ação penal e, em consequência, de executor da política criminal. Disso, emergiu a magistratura *pró-sociedade*, uma magistratura *pro populo* e não *pro domo sua*,⁹ ainda que no Brasil, nem como metáfora, a noção de *magistratura* inclua o Ministério Público, ao contrário do que ocorre na Europa.

O juiz criminal, nesse novo contexto, não tem competência para a iniciativa de aplicar pena como consequência de infração, seja ela com que finalidade for.¹⁰ E assim sendo, não lhe cabe, em nome da sociedade vitimada, fazer nem executar a política criminal, como não lhe cabe perseguir ou punir mais severamente certos crimes ou deixar de perseguir e punir outros sob o eufemismo da finalidade preventiva da pena. Também não lhe cabe agir de ofício para reprimir criminosos.¹¹ Na fase pré-processual, é-lhe vedada qualquer intervenção investigatória porque o nosso

⁸ Delfino Siracusano, Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti. In: *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale (Studi in onore di Giuliano Vassalli)*, v. 2 (2), a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata e A. M. Stile, Milano, Giuffrè, 1991, p. 169-77.

⁹ Enrico Redenti, *Diritto Processuale Civile*, v. 1 (4), Padova, Cedam, 1947, p. 139.

¹⁰ Jorge de Figueiredo Dias, *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-96.

¹¹ Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, v. 1 (3), Lisboa, Verbo, 1993, p. 33.

sistema não adotou o juiz de instrução,¹² estando também esta fase — de instrução — nas atribuições do Ministério Público, como ocorre em toda a Europa ocidental.

Mão não há de se confundir esse novo papel do Ministério Público com o conceito de parte. A parte, enquanto sujeito da relação processual, tem um interesse contraposto ao do adversário e obstinadamente luta pela sua prevalência, independente da objetividade do pleito. No processo civil, o confronto entre requerente e requerido é comparável a luta de gladiadores, a partida desportiva: vence quem jogar o melhor jogo. A magistratura, ao contrário, detém privativamente uma parcela das funções estatais. Em vista disso, tem poder de decisão sem sujeição a ordens hierárquicas, constituindo «um centro autônomo de emanção da vontade do Estado.»¹³

Esse é o novo conceito de Ministério Público: não é o vingador da sociedade; não se confunde nem é movido pelo sentimento da vítima. Como o juiz na garantia dos direitos individuais, o Ministério Público assegura os interesses sociais com objetividade, «na medida em que é orientado, da mesma maneira [que os juízes], para o valor jurídico.»¹⁴ Em sua condição de magistratura, tem o dever de impedir injustiças contra o acusado,¹⁵ e o compromisso com o *respeito* (e não com a garantia) a seus direitos fundamentais. Seu dever ético-funcional faz com que assim haja, tanto em relação à sociedade quanto em relação ao indivíduo.¹⁶ «Não é função do Ministério Público, com efeito, sustentar *a todo o custo* a acusação contra o argüido; (...) não recai sobre aquele, digamos assim, *um dever de acusação*, mas antes um *dever de objetividade*: ele não é parte, pelo menos no sentido de que não possui um interesse necessariamente contraposto ao do argüido.»¹⁷

¹² BRASIL, Ministério da Justiça, Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, Francisco Campos, de 8 de Setembro de 1941, — Item IV. A conservação do inquérito policial —, ao projeto de lei que deu origem ao Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, *Diário Oficial da União*, Imprensa Nacional, 13 Out. 1941.

¹³ Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Atos do Estado*, Lisboa, edição policopiada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1986, p. 43.

¹⁴ Claus Roxin, Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. In: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 45.

¹⁵ Manuel Favaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, v. 1 (3), Lisboa, Danúbio, 1986, p. 145-9.

¹⁶ Jorge de Figueiredo Dias, Comentários ao acórdão 5/94, processo n.º 46.444, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, n.º 3860, p. 332-353, Mar. 1996.

¹⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal (Lições coligidas por Maria João Antunes)*, Coimbra, Universidade de Coimbra, p. 144-5, 1988/1989.

A ambigüidade do papel do juiz tornou sem limites o espaço aparentemente limitado da escala penal, alimentando a concepção ideologicamente superada de que ele representa, ao mesmo tempo, um órgão com funções estatais e senhor supremo, tanto dos interesses supra-individuais ou permanentes da sociedade, quanto dos direitos individuais. Hoje, o juiz é tão-somente o guardião dos direitos individuais; e o Ministério Público, o guardião dos interesses supra-individuais, dos interesses permanentes da sociedade, do interesse público.

Sem oposição científica, absorveu-se a idéia de que o Estado Democrático de Direito é apenas a garantia judicial dos direitos fundamentais e teria por base e finalidade o binômio *direitos individuais* e *juiz*. Com a evolução institucional do Ministério Público e sua consolidação como guardião dos interesses supra-individuais, ou interesse público, ou interesses permanentes da sociedade (*difusos e coletivos*) – com destaque para o interesse difuso perseguido na ação penal – este novo binômio deve ser integrado ao conceito de Estado Democrático de Direito, que não é só *indivíduo* e *juiz* mas também *sociedade* e *Ministério Público*. De forma analítica, Estado Democrático de Direito constitui o *equilíbrio jurídico* entre o interesse público e os direitos individuais. Na relação processual esses interesses e direitos são garantidos, porque delimitados, pela Lei, pelo Ministério Público e pelo Juiz, como evidencia o artigo 32 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), de 22 de Novembro de 1969, com a apropriada rubrica de *Correlação entre Deveres e Direitos*: «Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.»

Quanto ao Ministério Público, há também um espaço de garantia do interesse público fora da relação processual estrita, mormente quando o interesse público não se contrapõe ao direito de um indivíduo determinado. Nesses casos, as decisões do Ministério Público têm o mesmo valor jurídico de uma decisão judicial, inclusive com força de trânsito em julgado ante a possibilidade de se recorrer à Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Civil ou Criminal. Esse é, por sinal, o pensamento de José Narciso da Cunha Rodrigues, Procurador Geral da República Portuguesa: «As decisões do Ministério Público não são definitivas. Numa síntese simplificadora, diria que só o são quando não estão em causa direitos ou

interesses individuais. Existindo estes direitos e interesses, intervém sempre um juiz de cuja decisão existe, por regra, recurso.»¹⁸

O aspecto da definitividade das decisões do Ministério Público também foi observado por Claus Roxin, ao afirmar que «o membro do Ministério Público não é um juiz, porque não pode ditar sentenças com força de coisa julgada, mas a sua atuação e atividade correspondem à do juiz qualitativamente, na medida em que é orientado, da mesma maneira, para o valor jurídico.»¹⁹ Essa conclusão teve como referência o modelo técnico-burocrático de Ministério Público ainda predominante na Europa de Roxin. Mas o Ministério Público que se tem em perspectiva no próximo milênio está mais próximo do pensamento de Cunha Rodrigues. Enquanto não forem atingidos direitos fundamentais, as decisões determinativas do Ministério Público têm força de coisa julgada. Isso acontece, por exemplo, no despacho de arquivamento de investigação e na delimitação da pena máxima.

As magistraturas pró-sociedade e pró-indivíduo e a determinação da medida da pena. A determinação da medida da pena é um raro momento de total falta de controle sobre o arbítrio judicial, mesmo em democracias consolidadas. Na Itália, esse aspecto foi amplamente abordado na recente exposição de motivos da reforma penal: «Com referência ao sistema de penas, a Comissão foi unânime em concluir pela urgente necessidade de uma profunda revisão do modelo em vigor, caracterizado pela insustentável situação de incerteza e de imprevisibilidade da sanção a ser concretamente aplicada, graças ao excessivo poder discricionário concedido ao juiz para a determinação da pena em concreto (...)».²⁰ Como pode, por exemplo, o juiz estabelecer um cursor dosimétrico – o impulso para percorrer a escala penal – apto a distinguir entre o desvalor da culpa correspondente a 12 anos de prisão e o desvalor correspondente a 12 anos, um mês e um dia? Como e quando o acusado poderá se defender desses critérios, contestar e propor um cursor dosimétrico, demonstrando que *tem direito* a 10 anos de prisão e não a 12, por exemplo? No Código Penal, onde

¹⁸ António Ribeiro Ferreira e Margarida Maria, Há políticos que fazem pressão, *Diário de Notícias*, Lisboa, Entrevista, p. 3-7, 9 Nov. 1996.

¹⁹ Claus Roxin, Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. In: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 45. Também: Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24. Auf., München, C. H. Beck, 1995, p. 47-9.

²⁰ ITÁLIA, Ministero di Giustizia, Relazione della commissione ministeriale — Commissione Grosso (*Prof. Avv. Carlo Federico Grosso*) — per la riforma del codice penale istituita con d. M. 1 Ottobre 1998, 15 Lúglio 1999, Roma, *Gazzetta Ufficiale*, 18 Ago. 1999.

as penas são sempre expressas em tempo de prisão, a amplitude das escalas penais evidencia o que antes foi afirmado como espaço apenas «aparentemente limitado»; no abandono de incapaz, por exemplo, a pena mínima é de seis meses e a máxima, de 36, havendo lapso de 500% entre uma e outra; na falsidade de atestado médico a pena mínima é um mês e a máxima, 12, com uma majoração de 1.100%.

O sistema de «incerteza e de imprevisibilidade da sanção a ser concretamente aplicada» constitui, portanto, uma incógnita tanto qualitativa quanto quantitativa; uma caixa de surpresas que muitas vezes leva a pena, concretamente aplicada pela discricionariedade absoluta do juiz, a constituir um pulo no escuro, produto de uma solução muitas vezes instintiva.²¹ Com um sistema copiado do mesmo modelo italiano que agora «necessita de uma profunda revisão», a discricionariedade constitui um espaço para o arbítrio porque não cabe mais ao juiz perseguir o réu, mas garantir seus direitos individuais.

Mas a garantia judicial contra a investida do Ministério Público não equivale na sua natureza jurídica à de um tribunal administrativo que opõe freio à ação ilegal da Administração Pública contra o administrado. Na relação processual penal, o papel do juiz não é o de só por freios à ação do Ministério Público; mas, numa relação de reciprocidade – em que um é o juiz do outro, um *juge devant le juge*,²² *Ein Richter vor dem Richter* –,²³ ser [o juiz] também freado pelo Ministério Público para que não imponha penas acima das delimitadas pelo próprio Ministério Público, nem abaixo do limite estabelecido pelo legislador na escala penal. Não é, pois, coerente que o juiz, na condição de guardião dos direitos fundamentais do acusado, busque por impulso próprio um argumento que venha demonstrar negativamente a culpabilidade, os antecedentes ou a personalidade do acusado, visando aumentar a pena e combater a impunidade.²⁴ Nem é constitucional que o juiz encontre argumentos para baixar a pena

²¹ Heinrich Henkel, *Die richtige Strafe*, Tübingen, Paul Siebeck, 1969, p. 6.

²² Karl-Ludwig Kunz, Le Ministère Public en Allemagne, Anais do Colloque organisé par la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Le Monde, l'Ecole Nationale de la Magistrature, le 29 et 30 mai 1995, à Assemblée Nationale, Paris. In: *Le Parquet dans la République: Vers un nouveau Ministère Public?*, Bordeaux, Bergeret, 1996, p. 43.

²³ Erhard Kausch, *Der Staatsanwalt: Eine Richter vor dem Richter?* Untersuchungen zum § 153 a StPO, Berlin, Duncker und Humboldt, 1980, p. 225, *passim*.

²⁴ Girolamo Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, Fratelli Bocca, 1939, p. 14 e ss.

para aquém do mínimo legal,²⁵ que indica o limite de intervenção judicial ante a valoração do legislador para com o direito do acusado.²⁶

Não é, por essas razões, compreensível que o Ministério Público, titular privativo da ação penal, não seja o titular da pena, não podendo estabelecer o seu limite, que é o objeto material da ação, dentro dos limites da escala penal prevista em lei.²⁷ No sistema vigente, há uma total falta de controle por parte do Ministério Público na fixação da pena, o que não ocorre, apenas para argumentar, no processo civil.

Esse limite reverencia a dimensão material da titularidade da ação penal pública, porque o Ministério Público, ao estabelecê-lo, afirma a vontade do Estado na perspectiva da sociedade, superando a noção meramente formalista de ação penal herdada do sistema italiano, e assumindo, numa dimensão mais ampla e mais consentânea com o novo papel do Ministério Público enquanto ator processual, o conceito de *Anspruch* do processo penal alemão. A promoção privativa da ação penal pública deixa, assim, a antiga noção de *impulso processual voltado para movimentar a jurisdição* e assume a idéia de titularidade total sobre a pretensão punitiva, que passa, com esta proposta, a integrar a denúncia, completando os dois limites de intervenção do juiz para fixação da pena: o primeiro, estabelecido pelo legislador, no que diz respeito à pena mínima; o segundo, estabelecido pelo Ministério Público, no que diz respeito à pena máxima.

Além disso, a delimitação material da pretensão punitiva pelo Ministério Público, desde o início da ação, acresce uma componente processual legitimante, ética, ao viabilizar, por conseguinte, a delimitação da defesa – aqui considerada como assistência ao juiz na objetivação dos direitos individuais –, permitindo e incentivando ao acusado – interessado material na solução da ação penal – uma resposta a toda a perspectiva ministerial de retirada de direitos fundamentais, dando-lhe conhecimento, desde a citação, da quantidade máxima da *sua pena*, se vier a ser condenado, afastando a «insustentável situação de incerteza e de imprevisibilidade da sanção a

²⁵ Raoul Berger, *Government by Judiciary*, Indianapolis, Liberty Fund, 1997, p. 337-57.

²⁶ Luiz Vicente Cernichiaro, Pena abaixo do mínimo legal, *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. IX, tomo 1, p. 247-50, 1995.

²⁷ Alberto Esteves Remédio, Artigo 16.º, n.º 3, do Código de Processo Penal: controle jurisdicional, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 64, p. 111-19, Out./Dez. 1995.

ser concretamente aplicada»; vale dizer, tratando em concreto e não mais em tese o objeto do processo.²⁸

Mas fora da timidez da Lei n.º 9.099/95, ainda não há intervenção do Ministério Público na fase da individualização da pena. Essa fase processual – a mais importante na perspectiva de se resguardar os interesses permanentes da sociedade sem usurpar os direitos fundamentais do acusado – continua sendo anormalmente conduzida pelo juiz, que assume o cursor dosimétrico com funções típicas de persecução do criminoso, mantendo a condição de *magistrado pró-indivíduo*. Isso permite-lhe impor penas superiores àquelas pretendidas pelo Ministério Público, o que só será conhecido quando o próprio Ministério Público, não concordando com a medida da pena aplicada, recorrer em favor do condenado para reduzi-la. É também no recurso que o condenado terá, pela primeira vez, a oportunidade para *exercer defesa contra a pena fixada*, o que não atende nem ao disposto no artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal. Em uma situação bem semelhante a essa, Germano Marques da Silva leciona que «a alegação dos vícios do julgamento que determinaram a nulidade da sentença, nos termos do artigo 378.º, alínea b), [do CPP português] correspondendo ao exercício do direito de defesa em recurso relativamente a esse vício, não constitui, ou pelo menos não substitui necessariamente, o direito de defesa que o artigo 32, n.º 1, da Constituição [portuguesa] consagra.»²⁹ A defesa, sustenta o autor, deve ser exercida na primeira instância, o que está em pleno acordo com a posição aqui sustentada.

2. Conclusão/Proposta

Para concluir, quando o Ministério Público apresenta ao Poder Judiciário uma acusação contra uma certa pessoa, a *magistratura pró-sociedade* não está pleiteando que lhe seja imposto um dever por parte da *magistratura pró-indivíduo*, mas sim, que lhe seja retirado um direito. A pena não constitui uma obrigação positiva em favor da sociedade, não obstante ser este o entendimento do artigo 59 do Código

²⁸ Germano Marques da Silva, O direito de defesa em processo penal, *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, v. XIII, tomo 2, p. 281-94, 1999.

²⁹ Germano Marques da Silva, O direito de defesa em processo penal, *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, v. XIII, tomo 2, p. 281-94, 1999.

Penal. A pena é uma obrigação negativa, uma obrigação de não fazer, de não ir, de não ter etc; é perda ou restrição de um direito já constituído; por isso não pode ser discricionariamente fixada pelo juiz.

É também por isso que a escala penal, na perspectiva do juiz, deve ser vista numa ordem inversa, do máximo para o mínimo. Daquele limite partirá a decisão judicial para individualizar a medida da pena, descontando atenuantes, causas especiais de redução de pena e outros fatores que constituam direitos individuais, não podendo, entretanto, reduzi-la para aquém do limite mínimo fixado pelo legislador.³⁰ A idéia de uma relação crescente reflete a herança do juiz perseguidor, do juiz que busca agravar a situação do criminoso em defesa da sociedade vitimada. A escala penal crescente é, hoje, uma referência apenas para o Ministério Público.

Num sistema penal que compatibiliza os direitos fundamentais com o direito difuso de a sociedade punir os infratores, a pena máxima hipotética indica até onde vai o direito dessa sociedade; a mínima, até onde fica o direito do condenado. O máximo constitui o limite do interesse permanente da sociedade, que deve ser obedecido e individualizado objetivamente pelo Ministério Público na acusação concreta; o mínimo constitui o limite do direito individual de um determinado acusado, que deve ser observado pelo juiz. É por isso que, ao instituir limites de pena, o legislador – no Estado que aplica o Direito Penal mínimo – não pode usar critérios aleatórios, devendo observar o princípio da proporcionalidade entre o mínimo e o máximo, buscando representar na escala penal essas duas ordens de interesses, assegurando, por fim, o ideal de racionalidade e certeza que se espera do Direito Penal.³¹ Essa hipótese da lei deve ser adequada aos elementos presentes desde o momento em que o crime foi praticado, a partir do qual «o dever de punir do Estado sai de sua abstração hipotética e potencial para buscar existência concreta e efetiva».³² O atual modelo de aplicação de penas está mais afinado com o antigo sistema inquisitório – herdado do Código Rocco, da Itália³³ – e não com o sistema acusatório

³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231, *Diário da Justiça da União*, Seção I, Brasília, Imprensa Nacional, p. 76, 15 Out. 1999: «A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.»

³¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 103-5.

³² Enrique Pessina, *Elementos de Derecho Penal*, tradução de Hilarion Gonzales Del Castilho, Madrid, Reus, 1936, p. 85.

³³ Gian Domenico Pisapia, *Primi appunti sui concetti di azione e giurisdizione nel nuovo processo penale*, In: *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale (Studi in onore di Giuliano Vassalli)*, v. 2 (2), a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata e A. M. Stile, Milano, Giuffrè, 1991, p. 117-32: «Del codice Rocco si usa dire che fosse ispirato ad un modello c.d. misto. In realtà il

puro. O juiz, ao aplicar a pena, continua armado de poderes de autotutela do Estado na luta contra a criminalidade, o que efetivamente constitui função do Ministério Público.

Germano Marques da Silva, a propósito da dimensão quantitativa da acusação, também acrescentou: «A pretensão que a acusação traduz respeita à submissão do arguido a julgamento pelos fatos nela descritos e à sua punição ou aplicação de medida de segurança criminal nos termos da lei. O Ministério Público pode, subsidiariamente, usando da faculdade que lhe é conferida pelo artigo 16.º, n.º 3, concretizar o pedido, não apenas pela remissão para as disposições legais aplicáveis, como é de regra, mas pela determinação dos limites máximos da pena de prisão ou medida de segurança de internamento a aplicar no caso, quando estas sejam em abstrato superiores a cinco anos e o Ministério Público entender que não devam ser aplicadas em medida superior a cinco anos.»

Caso o Ministério Público não indique o limite da medida da pena, ficará implícito que pretende a pena mínima, não podendo o juiz deixar de fixá-la, se vier a concluir pela retirada de direitos fundamentais do acusado. Se no curso da ação penal o Ministério Público se convencer que inicialmente pleiteou uma pena muito maior do que a necessária, terá, nas alegações finais, a oportunidade de fazer as aparas. Se se convencer de que a pena inicialmente pretendida foi aquém do ideal para a repressão e prevenção do crime, à vista de novos elementos apurados na instrução, terá o aditamento para aumentar o limite, conforme o procedimento semelhante regulado pelo atual artigo 569 do Código de Processo, surgindo, neste ponto, a oportunidade para se discutir, na perspectiva exclusiva da pena delimitada pelo Ministério Público, as conseqüências processuais da alteração dos fatos ou da sua classificação jurídica, verificada no curso do processo (*Mutatio e emendatio libeli*).

De forma sintética, propõe-se que, diante do novo conceito de promoção privativa da ação penal pública, que não é mais *impulso processual voltado para movimentar a jurisdição*, mas sim, titularidade total sobre a pretensão punitiva, o Ministério Público passe a delimitar, na denúncia, a pena máxima pretendida para o

suo carattere *sostanzialmente inquisitorio* si manifestava no solo nella fase istruttoria, segreta e scritta, nella quale la prova si formava al di fuori del contraddittorio delle parti senza la presenza del difensore, ma soprattutto nella vanificazione — almeno nell più frequente prassi — della fase dibattimentale, contraddistinta dalle stereotipate *'conferme'* delle dichiarazioni rese dai testimoni nella fase istruttoria.»

acusado, completando os dois limites para a intervenção do juiz na fixação da pena: o primeiro, estabelecido pelo legislador, no que diz respeito à pena mínima; o segundo, estabelecido pelo Ministério Público, no que diz respeito à pena máxima para o caso concreto.

PROPOSTA

Solicitação de Recomendação do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça para sugerir aos membros do MPDFT um “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 o Promotores de Justiça e outras autoridades pública 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 o 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, 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 merecer 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 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 necessária no âmbito da defesa dos interesse 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.

Mais ainda, será necessário votar no sentido de que seja expedida **uma recomendação** pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça no sentido de que sugerir aos membros do MPDFT a adoção da Rotina proposta.

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

A VALORIZAÇÃO DA PESQUISA JURÍDICA NO ÂMBITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MPDFT

Suzana de Toledo Barros
Procuradora de Justiça do MPDFT

Fundação Escola Superior do MPDFT. Necessidade de criação de um Núcleo de Estudos Avançados, visando à pesquisa jurídica de temas institucionais.

1. PROPOSTA:

A presente tese propõe a criação de um Núcleo de Estudos Avançados no âmbito da Fundação Escola Superior do MPDFT, com o objetivo de implementar a pesquisa jurídica dos temas de relevância institucional, fomentando o debate científico e o intercâmbio com outras instituições de ensino e pesquisa e propiciando ao membro do Ministério Público a sua inserção em um contexto de permanente envolvimento com o estudo. A alteração estatutária da FESMPDFT é ínsita à presente proposta.

2. JUSTIFICATIVA:

A demanda de problemas não solucionados ou mal solucionados ou, ainda, solucionados de modo empírico e sem controle de resultados, deve merecer especial atenção de todos aqueles que pretendem ver o Ministério Público como instituição apta e forte para tutelar interesses indisponíveis ou de relevância social.

A independência do Promotor ou Procurador, aliada ao tipo de organização funcional, conduzem à tomada de uma decisão e à resolução de problemas de alta indagação jurídica nem sempre comprometidos com parâmetros preestabelecidos. Este trabalho solitário e independente muitas vezes traz resultados surpreendentes do ponto de vista criativo e não raras vezes encontramos originalidade com qualidade nos pronunciamentos ministeriais.

Mas é forçoso reconhecer que temas complexos enfrentados cotidianamente não podem ter suas soluções simplesmente relegadas ao pensamento de cada um. É que em certos momentos somente a pesquisa científica pode trazer ao operador do direito condições de fazer emergir a melhor solução. Esta pesquisa pode demandar um procedimento mais longo, inconciliável com as normas processuais a que está vinculado.

A pesquisa jurídica é sempre requerida quando não se dispõe de informação suficiente para responder a um problema ou quando é necessário ordenar estas informações que se encontram dispersas. Este processo começa com a formulação adequada do problema e vai até a satisfatória apresentação de resultados.

Evidentemente este trabalho, por ser sistemático, precisa de apoio institucional. É necessário que haja recursos para desenvolvê-lo. E como não se trata de elaboração de um projeto para a solução de um determinado problema, mas de um processo de investigação permanente, porque inesgotáveis os novos casos, é importante que seja criado um núcleo com identidade física e orgânica, o qual possa viabilizar as diversas pesquisas de interesse da classe.

Pensamos, nesta senda, que a apropriação deste núcleo de estudos deva ser feito pela nossa Fundação Escola, porque o espaço de liberdade acadêmica garante a liberdade científica.

Importa reconhecer que hoje temos em nosso quadro diversos colegas mestres, doutores, que se empenharam em produzir pesquisa e que querem dar continuidade a este tipo de trabalho. Da mesma forma, muitos colegas querem se valer desse conhecimento para agregá-lo ao seu. Enfim, é preciso que se crie um espaço para a dialética, sem o que não teremos grandes chances de fortalecimento.

Este Núcleo de Estudos Avançados será gerido por uma comissão de membros que tenham, ao longo da vida profissional, apresentado trabalhos científicos de interesse para a instituição ministerial e para a ciência jurídica, sendo, preferencialmente, detentores de título de mestre ou doutor. O Núcleo deve provocar

debates e reuniões periódicas, criando grupos de estudos sobre temas controvertidos e que requeiram reflexões, coleta de informações técnicas, levantamento bibliográfico, estudo de direito comparado, etc, com o objetivo de apresentar resultados sistematizados que nortearão a rotina de trabalho do Ministério Público.

A adoção de métodos de estudo coletivo contribui para o aperfeiçoamento profissional gradativo, além de humanizar, sensibilizar e criar vínculos de afeição e respeito entre os colegas.

A Fundação Escola também estará ampliando as suas atividades e com certeza firmando-se definitivamente no cenário jurídico como a melhor instituição do gênero no Distrito Federal.

3. CONCLUSÕES

- a) Promotores e Procuradores de Justiça do MPDFT necessitam ter um espaço institucional reservado à reflexão, ao debate e, principalmente, à pesquisa jurídica de temas relevantes, ligados ao desempenho do múnus ministerial, sem o que não poderão enfrentar as constantes demandas de problemas atuais e futuros;
- b) a Fundação Escola Superior do MPDFT , por sua natureza acadêmica, que lhe garante total liberdade científica, deve assumir esta tarefa de implementar um Núcleo de Estudos Avançados, que deve ser dirigido por uma comissão cujos membros tenham trabalhos de reconhecida expressão no cenário jurídico, preferencialmente detentores de títulos de mestre ou doutor;
- c) O Núcleo de Estudos Avançados deve provocar debates e reuniões periódicas, viabilizando grupos de estudos sobre temas controvertidos e que requeiram reflexões, coleta de informações técnicas, levantamento bibliográfico, estudo de direito comparado, etc, com o objetivo de apresentar resultados sistematizados que nortearão a rotina de trabalho do Ministério Público.

SENTENÇA LEGIFERANTE: UMA ANATOMIA DA DESORDEM

Eduardo Albuquerque ¹

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 GUIA 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 crime 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.

¹ Procurador de Justiça do MPDFT.

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 validade², é de ser promulgada por um ato legítimo de autoridade, não tendo sido revogada³. São três os requisitos: legitimidade do órgão; competência em razão da matéria; e legitimidade do procedimento.

² Aqui, no aspecto formal que é apenas de existência, dispensando-se comentários sobre a qualidade lingüística do discurso normativo.

³ Kelsen. Teoria Pura do Direito.

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.

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 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 concreto**⁴.

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 científicas⁵”.

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. No 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

⁴ Firmino Ferreira Paz. Incidência de Regra Jurídica. Lex. p. 63.

⁵ Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo I. p. 3.

instante, em que os elementos já ocorridos, reais, objetivos, do suporte têm **conceito** formado⁶.

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 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,

⁶ Firmino Ferreira Paz. ob. cit. p. 64.

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 no são.”⁷

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, e 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.

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

⁷ Firmino Ferreira Paz. ob. cit.

o juiz tem perante si é esta: **descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei**"⁸. (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**..."⁹

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 princípio, 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."¹⁰

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.

⁸ Karl Engisch. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Colouste Gulbenkian, 6ª Ed., 1983, p. 85.

⁹ *Apud*. Karl Larenz. Metodología da Ciencia do Direito, 2ª ed., Fundação Colostre Gulbenkian, p. 49.

¹⁰ Firmino Ferreira Paz. ob. cit., p. 57

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 dela.¹¹".

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).

¹¹ Firmino Ferreira Paz. ob. cit. p. 59

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.

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 do nulo, o que se não conceberia, se nulo e inexistente fossem o mesmo. Nulo não alude a não-ser, mas apenas a não valer.”¹²

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

¹² Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo IV. 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais. 1983, p. 20.

mesmo tempo e sob o mesmo aspecto (princípio da não-contradição)¹³. 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.

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.

¹³ Jacques Maritan. Elementos de Filosofia 1. Tradução de Ilza das Neves e de Heloísa de Oliveira Penteadó. Rio de Janeiro: Editora Agir. 17ª ed.. 1994. p. 152.

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 irradia efeito jurídico porque se passa no mundo jurídico.

A sentença 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.

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, evidentemente 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 tem 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;

Quicá prevendo possíveis resistência 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:

“(...

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.

(...)”

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”.

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 as 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 discricção com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem".

No Brasil, a mística do sigilo tem permitido que se perpetre 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.

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 dentre membros voluntários com atribuições para officiar junto às Varas da Justiça do Distrito Federal e Territórios, 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 faculte-se 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. Dentre 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, dentre 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 múnus 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 afigura-se-nos 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, de 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 às 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 às sextas-feiras os promotores plantonistas designados na portaria específica atendem das zero às 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 às 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. À 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 officiar 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;

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.

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, EVETIVANDO-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 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 incontrolabilidade do ato do examinador.

A gravidade do fato recrudesce à medida em 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.

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 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 candidato.⁵ Felizmente isto 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.

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.

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.

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 reposta 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.

⁴ *DEVIDO PROCESSO LEGAL*, Ed. Del Rey, p. 78.

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.

A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DAS TESES APROVADAS NO CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Alexandre Sales de Paula e Souza
Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT
José Britto da Cunha Júnior
Promotor de Justiça do MPDFT

Justificativa – Discussão de temas jurídicos –
Discussão de temas Institucionais – Necessidade de
implementação efetiva das teses aprovadas –
Proposta.

JUSTIFICATIVA

O Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é inegavelmente um evento onde se encontram presentes pessoas do mais elevado nível de conhecimento jurídico e social.

É um local onde questões de ordem jurídica e Institucional podem ser debatidas democraticamente, alcançando soluções de irrefutável praticidade com a sustentação de posições vanguardistas, freqüentemente ostentadas por colegas de indiscutível qualificação.

Por inúmeras vezes, o Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios demonstrou ser um excelente Fórum de Debates, com apresentação de teses inovadoras e merecedoras de aplausos.

O Regimento Interno do Congresso, já em seu artigo 1º, estabelece quais são as finalidades principais da apresentação de teses:

“Art. 1º. O IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que será promovido pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) e pela Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMPDFT), com o apoio do Ministério Público do

Distrito Federal e Territórios, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça, tem os seguintes objetivos:

I - estudo de temas jurídicos;

(...)

III - obtenção de subsídios para proposta de emenda constitucional e reforma legislativa;

IV - aprovação de proposta de enunciados para o Ementário do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

V - aprovação de trabalhos (teses) a serem encaminhados aos Encontros Regionais e Nacionais do Ministério Público;"

Ou seja, proporciona a realização de estudos jurídicos com vias à obtenção de subsídios para propostas de reformas constitucionais e legislativas, aprovação de enunciados para o Ementário do MPDFT e o encaminhamento dos resultados a encontros com o Ministério Público do restante do País.

Apesar de toda a motivação acima, é possível constatar a pouca efetivação de teses aprovadas em Congressos anteriores.

Exemplos desta afirmação podem ser mencionados, tais como: a gravação em meio magnético das provas orais dos concursos públicos para ingresso na carreira do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, tendo por finalidade a instrução de recursos bem como por questões relativas à moralidade do ato administrativo.

Outros exemplos merecem referência como as propostas de alteração legislativas e constitucionais especialmente referentes à Lei nº 9.426/96 (Lei de Receptação), do Código Penal (arts. 213, 214, 219 e 225, referentes aos crimes contra os costumes) e à própria Constituição Federal (art. 94), propostas que igualmente não foram implementadas.

Temos que assumir nosso próprio descuido pela não implantação das teses, muitas vezes pela simples inércia na busca da sua efetivação. Mas, uma vez tendo isto ficado constatado, urge a necessidade de buscarmos a modificação da situação atual, sob pena do desestímulo para a apresentação de novas teses e, via de consequência, a própria inocuidade da realização de congressos internos.

DISCUSSÃO DE TEMAS JURÍDICOS

O debate sobre temas jurídicos acadêmicos ou práticos, sobre questões muitas vezes enfrentadas por Colegas durante a atuação em processos, é sempre salutar.

A paixão que o direito gera para quem o manuseia faz com que debates calorosos sejam travados no âmbito doutrinário o jurisprudencial. As soluções encontradas sempre serão de êxito indiscutível; sempre será proveitosa a fomentação de discussões jurídicas.

Neste âmbito a finalidade do Congresso Interno é realmente alcançada.

Por outro lado, caso a discussão tenha por finalidade a elaboração de proposta para modificação da legislação, pouca razão terá havido caso a proposta não seja levada a efeito.

DISCUSSÃO SOBRE TEMAS INSTITUCIONAIS

A análise dos Congressos anteriores, como acima demonstrado, mostra-nos a ausência de implementação das teses aprovadas.

O Congresso Interno, pela excelência de seus membros, como já salientado, deve debater temas institucionais a fim de que haja o constante fortalecimento desta Instituição, que é a guardiã dos interesses da sociedade e da democracia.

Nunca na história recente houve uma Instituição que enfrentasse tantos interesses de algozes e, com sua corajosa atuação, os extirpasse. Esta tem sido a incessante e árdua tarefa dos membros do Ministério Público que, por este motivo, constantemente têm recebido críticas de pessoas desprovidas de qualquer compromisso com a verdade ou com o bem-estar social.

A necessidade de que sejam mantidas as atribuições e prerrogativas pertencentes ao Ministério Público não é interesse corporativista, mas sim de todos, pois o maior beneficiado será a sociedade brasileira.

Por este motivo, discussões internas têm que ser travadas para o engrandecimento da nossa Instituição. O Congresso Interno é o local para tais discussões.

Por outro lado de nada adiantará se as conclusões alcançadas não forem colocadas em prática.

NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DAS TESES APROVADAS

É inegável que já existe uma preocupação quanto à implementação das decisões tomadas. O Regimento Interno do IV Congresso estabelece, em seu art. 7º, que cabe à Comissão Organizadora:

(...)

IX- receber as teses e excluir as que não atenderem ao disposto no artigo 21 deste Regimento;

X - **encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça as teses aprovadas no IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que se refiram a sugestões ao Ementário ou que digam respeito às questões administrativas internas;**

XI - **encaminhar ao Poder Legislativo as teses aprovadas que tenham por objeto sugestão para modificação legislativa e/ou constitucional, obedecidos os trâmites legais;**

XII - **organizar os Anais do IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;"**

Ou seja, em última análise, a Comissão Organizadora é o órgão responsável pela efetivação das teses apresentadas e aprovadas pelo Plenário através do encaminhamento das propostas aprovadas. Ocorre que o encaminhamento, a despeito de sua importância, não encerra o trabalho de efetivação das teses. Acaso não ocorram as mudanças administrativas e legislativas encaminhadas, de pouca importância terá valido o trabalho de pesquisa e de discussão acerca dos temas.

Neste ponto, verifica-se que devem ser estudados outros mecanismos de efetivação das teses aprovadas que, além do encaminhamento das teses aprovadas pela Comissão Organizadora, garantam o prosseguimento das ações de implementação.

Considerando ainda a complexidade do tema discutido e o interesse geral da classe sobre ele, mister far-se-ia inclusive a submissão da proposta de enunciado ou de alteração legislativa aprovada pelo Congresso a referendo da classe em assembléia geral para tanto convocada.

Pelos motivos acima expostos, podemos identificar as seguintes necessidades:

- 1- fixação de um responsável para acompanhamento da implantação das teses aprovadas após o encaminhamento realizado pela Comissão Organizadora, ou esta assumiria tal atribuição, com o encargo de informar periodicamente aos seus autores o trâmite da sua implementação;
- 2- estabelecimento de um procedimento para implantação das teses, que deverá ser concluído no prazo do item seguinte;
- 3- estabelecimento de um prazo para a referida implementação da tese, **quando possível**, que deverá ser sugerido inicialmente pelo próprio autor, em face da sua complexidade;
- 4- estabelecimento de um *quorum* mínimo razoável que deverá alcançar a tese em sua aprovação a fim de permitir sua exigibilidade. Tal exigência se faz para que a tese aprovada corresponda aos anseios gerais dos membros do MPDFT;
- 5- designação de Assembléia Geral para informar exclusivamente sobre a implantação ou não das teses aprovadas.

PROPOSTA

A criação de uma comissão a fim de que seja estudada a elaboração de um procedimento para encaminhamento, acompanhamento e implementação das teses aprovadas, seja no âmbito administrativo seja no âmbito legislativo, assegurando os interesses dos membros da Instituição demonstrados no Congresso.

O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA SINDICÂNCIA E INQUÉRITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

WENCESLAU BRAZ LOPES DE BARROS
Promotor de Justiça do MPDFT

EMENTA: Os arts. 246, 247 e 249, da Lei Complementar nº 75/93, que cuidam da sindicância e inquérito administrativo disciplinar, devem harmonizarem-se com a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa, pois ao sindicado ou indiciado deve garantir-lhe o direito de, nestas fases do procedimento disciplinar, inquirir testemunhas, requerer perícias e diligências, juntar documentos, não devendo esta faculdade ficar somente a cargo do Poder Administrativo Disciplinar

JUSTIFICATIVA

O inquérito administrativo disciplinar e a sindicância administrativa, são procedimento destinados a apurar falta administrativa, cometida pelo membro do Ministério Público da União, cometida no exercício da função. O ato de acusação, revelado na Súmula de Acusação origina-se do inquérito administrativo. Disto resulta que acusação formal já nasce do inquérito administrativo, pela sua própria natureza e escopo.

Em decorrência, não se pode negar, a não ser os mais arbitrários, que o membro do Ministério Público da União, quando indiciado em inquérito administrativo disciplinar, assume *status* de acusado já no procedimento inquisitorial.

O inquérito administrativo é uma forma de procedimento onde exige a aplicação do aspecto adjetivo, como do substantivo **devido processo legal**, devendo ser aplicado corretamente as normas jurídicas, como uma expressão do direito vivo. Porque é *cedição*, ex vi do art. 5º, inciso LV, da

Constituição da República Federativa do Brasil, que assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, inclusive aos Promotores de Justiça, tanto o contraditório real e efetivo, como a ampla defesa substantiva.

A Comissão de Inquérito Administrativo Disciplinar colhe a prova de forma unilateral, sem proporcionar ao acusado o direito ao contraditório. E o que é pior: a partir da prova unilateral nasce a acusação. Disto resulta que o inquérito administrativo tem feições de processo acusatório, cujo contraditório, nessa fase, jamais pode ser suprimido.

Não existe defesa, nem ampla nem substantiva, afrontando o preceito constitucional, lesionando as garantias constitucionais, desrespeitando os direitos humanos, base de uma sociedade desenvolvida, honesta e justa. Nulo, portanto, o procedimento, sem proporcionar ao indiciado a possibilidade de contraditório e ampla defesa, que não pode gerar nenhum efeito, porque não tem validade, exceto para servir de tortura mental.

Ademais, a expressão "acusado em geral, inserta na Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, possui uma larga abrangência no que diz respeito aos destinatários, que alcança a todos os procedimentos administrativos, incluindo-se aí, a sindicância, o inquérito administrativo, etc., porque a toda evidência, trata-se de apuração de uma infração, seja de que natureza, que deve ser revestida de todas as garantias e formalidades.

Nesse particular, a melhor doutrina reforça tal assertiva, senão vejamos:

"E, de modo indubitado, reafirmo os regramentos do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos"(Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. Editora RT. 1993. pag. 25).

“Realmente, referendando os direitos indicados no dispositivo constitucional aos indiciados em processo administrativo e sendo inequívoco, outrossim como visto que o inquérito policial é uma modalidade de inquérito administrativo, não há como negar sua abrangência pelo novel regramento da Carta Magna da República” (mesma obra, pág. 27/28).

Equipara-se, assim, o inquérito administrativo com o inquérito policial, que são procedimentos administrativos específicos, que buscam, a perquirição da verdade material, já com a presença do indiciado em todos os atos, com o contraditório efetivo e todas as implicações daí decorrentes. Por outro lado, deve-se dar tratamento diferenciado entre o inquérito policial e inquérito administrativo disciplinar, porque àquele visa a preparação de futura ação penal, com imposição de pena privativa de liberdade e este último tem como escopo a imposição de sanção administrativa.

O inquérito administrativo deve estar submetido ao crivo do contraditório. Conquanto a Lei Complementar nº 75/93 seja omissa a esse respeito, proporcionando essa garantia apenas à Administração do Ministério Público, estamos em que tal omissão deságua em flagrante inconstitucionalidade.

Ainda que referida lei complementar tenha acolhido o princípio da verdade sabida, a fim de subjugar os membros do Ministério Público à acusação unilateral, esse princípio não pode ser admitido em face da Constituição Federal.

Como bem salienta ADMIR NETTO DE ARAÚJO,
“Acontece que a lei 8.112, em seu art. 143, determina expressamente que as irregularidades sejam apuradas mediante sindicância ou processo administrativo, assegurados em uma e outro, a ampla defesa. Portanto, atualmente é inviável, na área federal, a aplicação de penalidades pela “verdade sabida”.

“Mesmo que assim não fosse, a própria Constituição Federal garante (art. 5º, LV) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, e não é lícito supor que o dispositivo é aplicável, somente no caso de *processo*, porque logo a seguir, o mesmo estende tal garantia “aos acusados em geral”. (O Ilícito Administrativo e seu Processo. RT. 1994).

O E. Conselho Superior tem acolhido súmula de acusação, cujas testemunhas e outros elementos de prova são colhidos apenas pela Comissão de Inquérito Administrativo, o que resulta em flagrante prejuízo, pela ausência do contraditório, donde as testemunhas geralmente são interessadas na punição do membro do Ministério Público.

Muito a propósito, socorremo-nos na lição de EGBERTO MAIA LUZ, *verbis*:

“Não se pode falar em inquérito administrativo quando em tudo e por tudo temos a segurança de estarmos no trato do processo disciplinar, cuja autuação de peças depende do desenvolvimento da própria instrução probatória, que não comporta sigilo nem restrições quanto à amplitude da defesa” (Direito Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática, RT 3ª edição. 1994).

CONCLUSÃO

“Agregada à idéia de garantia de meios e resultados, a leitura do art. 5º, inc. LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” - complementa o art. 5º, inc. LV. Na esfera administrativa, não pode haver privação de liberdade ou restrição patrimonial, sem o cumprimento do seguinte pressuposto: a consagração legal do processo administrativo em sentido constitucional.

A acolhida do devido processo legal administrativo assegura o contraponto para o cidadão frente ao poder da Administração de autotela de interesse público. José Frederico MARQUES observa que “evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotela

não tem o direito de impor aos administrados gravames sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa.

Em síntese, os poderes de agir compreendidos no contraditório e na ampla defesa põem às claras as múltiplas finalidades do processo administrativo, imprimindo ao exercício da competência: legitimação, racionalização, imparcialidade e equilíbrio, quebra do monolitismo da Administração caracterizado pelo monopólio da decisão, aproximação entre Administração e cidadãos, rompendo-se a imagem de Administração contraposta à sociedade e o controle da atividade administrativa. " (Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO. De acordo com as Emendas Constitucionais nº 18 (D.O.U 06/12/98) e nº 19 (D.O.U. 05/06/98. Max Limonad. 1998).

PROPOSTA DE MUDANÇA LEGISLATIVA:

- I. A sindicância administrativa e o inquérito administrativo, devem assegurar ao sindicado ou indiciado o contraditório e ampla defesa;
- II. Em decorrência, propõe-se mudança no art. 246; art. 247 e art. 249, todos da Lei Complementar 75/93, no sentido de estabelecer ali as garantias mencionadas no item I.
- III. Demonstrada a inconstitucionalidade dos dispositivos retro e, considerando que os aplicadores da lei não devem decidir com base em norma inconstitucional, propõe-se a criação de norma interna garantindo o contraditório e a ampla defesa na sindicância e inquérito administrativo.

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

LEONARDO ROSCOE BESSA

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 estabelecidas 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.

5 – 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 3 (três) 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 .”*

PROPOSTAS PARA O APRIMORAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES DE GRANDE PORTE REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Alessandra Elias de Queiroga
Promotora de Justiça do MPDFT

Ementa: A eficácia das investigações realizadas pelo Ministério Público depende do aprimoramento de seu corpo técnico. Necessidade de ampliação do quadro de servidores de nível superior e criação da carreira de técnico em investigação. Utilização da prerrogativa contida no artigo 8º, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93. Necessidade de criação de comissão de membros do *Parquet* para investigar fatos complexos e multidisciplinares, ou quando o caso for de grande repercussão social ou perpetrado por organização criminosa. Necessidade de ampliação do número de membros do Ministério Público, bem como da dotação orçamentária destinada à nossa Instituição.

JUSTIFICATIVA

Apesar dos mecanismos legais colocados à disposição do MINISTÉRIO PÚBLICO para a realização de investigações as mais diversas, especialmente no que concerne à apuração de infrações que afetem os chamados interesses difusos da sociedade, estamos ainda bem distantes de conseguirmos, efetivamente, colher provas e propormos ações judiciais devidamente instruídas com sólido arcabouço probatório, mormente quando a investigação recai sobre atos ilícitos perpetrados por organizações criminosas, infratores "do colarinho branco", conglomerados econômicos e outros tantos sujeitos ativos de crimes da nossa época, que lesam a coletividade.

Delitos contra a economia popular, fraudes e desvios de finalidade relativos a desapropriação de terras, licitações fraudulentas, privatizações e "federalizações" viciadas, omissões dolosas de fiscalização pelo poder público no que concerne a ocupação irregular de terras, sonegações fiscais, prevaricações, crimes ambientais, improbidades administrativas, entre tantos outros ilícitos geralmente praticados por organizações criminosas de complexa estrutura, ou por pessoas de destaque no cenário nacional, ainda têm desafiado os membros do Ministério Público, os quais, mal aparelhados e assoberbados de trabalho, na grande maioria das vezes se vêem impotentes para os desvendar.

Peguemos como exemplo uma investigação de dano ao patrimônio público perpetrado por organização criminosa, onde se logre êxito em quebrar o sigilo bancário e fiscal dos envolvidos. Quem já teve esta experiência sabe o que significa chegar, em sua mesa de trabalho, dezenas de caixas lotadas de extratos bancários, cheques microfilmados, comprovantes de depósitos em fundos de investimento, balancetes de variação patrimonial, cópias de declaração de imposto de renda, entre outros. Como analisar toda esta complicada documentação, sem o auxílio de um corpo técnico especializado? Como se deter na comparação de dados, rastreamento de contas, cruzamento de cheques, quando se tem de dar andamento a inúmeros outros feitos judiciais e extra-judiciais que lhes são distribuídos todos os dias?

A verdade é que acabamos deixando de usar nossas prerrogativas, e até mesmo somos omissos na utilização de medidas judiciais, por sabermos que não teremos meios de conduzir uma instrução probatória que nos permita ajuizar ações em desfavor destas pessoas de "cidadania diferenciada", destas organizações criminosas que se especializaram no cometimento daquilo que hoje se chama de crimes de astúcia.

Por outro lado, não há como desconsiderar que, enquanto atuamos isoladamente na investigação dessa classe de delitos, os investigados contam, quase sempre, com uma banca de advogados, pareceristas, *experts*, que ganham fortunas para desqualificar o trabalho do Promotor de Justiça; impedir, com medidas judiciais intermináveis, as diligências requisitadas pelo membro do Ministério Público; corromper os inúmeros corruptíveis, e até mesmo desmoralizar a figura pessoal do membro do *Parquet*.

Assim, temos que nos conscientizar de que, até o momento, somos escassos e desaparelhados "cordeiros" - ainda que o pacifismo do cordeiro por vezes se confunda com omissão - lutando contra as "raposas", sendo realmente baixo o índice de sucesso por nós alcançado nas medidas judiciais intentadas, pelo menos na nossa experiência atuando nas Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, do Patrimônio Público e da Ordem Urbanística.

Como possíveis sugestões para se iniciar uma modificação neste estado de fato, podemos propor as seguintes ações:

PROPOSTAS

1-) Iniciativa legislativa no sentido de se implementar uma carreira de apoio técnico para as investigações do MINISTÉRIO PÚBLICO, realizando-se concurso público para lotar servidores em número expressivo, com formação superior específica e especialidade nas áreas de economia, orçamento, avaliação imobiliária, engenharia civil, engenharia de agrimensura, engenharia eletrônica, contabilidade, informática, medicina, dentre outras áreas, além da criação da carreira de técnico de investigação do Ministério Público, sendo que a estes técnicos se devem fornecer veículos, motoristas e equipamentos próprios para o desempenho das funções que lhes fossem cometidas;

Embora exista a polícia judiciária, da qual faz parte o Instituto de Criminalística, o fato é que tal instituição mal tem dado conta de apurar crimes de natureza comum, havendo situações em que a polícia técnica tem pleiteado o prazo de 300 (trezentos) dias para elaborar um laudo de avaliação de dano ambiental! Além disso, este trâmite de processos entre o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Polícia Civil tem ocasionado, por diversas vezes, o chamado "vazamento" de informações, comprometendo, sobremaneira, o sucesso da investigação.

Assim, seria um avanço incalculável contarmos com nosso próprio corpo técnico, especialmente para nos dar subsídios para a apuração de crimes de natureza mais complexa e multidisciplinar.

2-) Enquanto não implementada tal iniciativa, impõe-se o uso das atribuições conferidas pelo artigo 8º, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, onde se prevê:

"Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;"

Sendo parte integrante do Ministério Público da União, por determinação constitucional insculpida no art. 128, inciso I, alínea "d", pode o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios requisitar servidores para a realização de investigações com objeto determinado, tais como as mencionados acima.

Assim, técnicos do Banco Central, auditores fiscais, especialistas diversos, enfim, que prestem serviço, seja na Administração

Pública Direta, seja na Administração Pública Indireta, podem e devem ser requisitados pelo MPDFT, para prestar seus serviços nas investigações que nos incumbe conduzir.

A utilização dessa prerrogativa deve dar-se ainda quando estiverem completos os quadros funcionais do MPDFT, nos moldes sugeridos no item I acima, todas as vezes em que a realização de determinada investigação demandar a análise de uma grande e específica autoridade no assunto, que preste serviço à Administração Pública, uma vez que a ultra-especialização e compartimentalização do saber científico-social faz surgir este tipo de situação.

3-) Sempre que o objeto de investigação abarcar diversas especialidades jurídicas, como a patrimonial, criminal, urbanística, de registro público, do consumidor, da saúde, ou de tantos outros ramos, deve ser formada comissão interdisciplinar de Promotores de Justiça, para investigar a questão, pela óbvia razão de que se somam conhecimentos especializados e experiências diversas. Logicamente, o ideal seria que cada comissão pudesse se dedicar com exclusividade, caso a complexidade do objeto de investigação demandasse tal condição.

As comissões, tomando deliberações coletivas, e dispondo de um corpo técnico a seu serviço, dariam muito mais credibilidade e celeridade aos procedimentos de investigação, além de servir como proteção à individualidade dos Promotores de Justiça, que se sentem muito mais resguardados quando atuam em conjunto com outros colegas.

4-) Ainda quando se trate de matéria afeta a uma única Promotoria de Justiça, no caso de se ter como investigado pessoa de alto poder econômico, político ou social, ou organização criminosa, ou ainda quando o caso for de intensa repercussão social, deve o Promotor de Justiça procurar estudar e conduzir as investigações na companhia de outros membros do Ministério Público, a fim de se resguardar das inúmeras pessoalizações, pressões e constrangimentos causados pelos

investigados e seu círculo familiar e de convivência social, e pelos holofotes da Imprensa.

5-) Deve se ter como política institucional a conscientização da sociedade sobre a importância do Ministério Público, como o grande defensor dos interesses da coletividade, pressionando-se o encaminhamento de proposta legislativa que aumente significativamente os quadros e a dotação orçamentária destinada ao Ministério Público, para que possamos realmente nos dedicar à investigação dos verdadeiros saqueadores do nosso país, das pessoas que corrompem, dão golpes, apropriam-se do patrimônio público, causando esta desigualdade, esta miséria que certamente poderia deixar de existir se não fossem os assaltos dos grandes criminosos, das máfias, que deveríamos combater, mas que, infelizmente, ainda são muito, muito maiores do que nós.

“O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA FRENTE À LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS NA DEFESA DO ‘PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA’ PERANTE OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO DISTRITAIS”

OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES
Promotora de Justiça do MPDFT

No Estado de Direito a importância dos princípios “*positivados*” ou positivos, bem como dos princípios gerais de Direito é inquestionável. A inserção destes princípios no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais consoante uma estrutura hierarquizada. Depreende-se disso que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos “*princípios*”.

A Constituição é a lei fundamental da Nação, na qual se fixam as atribuições dos órgãos do Estado, as garantias fundamentais do homem e os poderes inerentes ao Estado. Os poderes constituídos têm na Constituição a fonte de sua autoridade. Desta “*autoridade*” advém a importância, a força dos princípios constitucionais.

Em consequência, se os atos do administrador público contrariarem a ordem jurídica constitucional, integrada pelos “*princípios constitucionais fundamentais*”, tais atos serão inválidos e nulos.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in “Elementos de Direito Administrativo”, 1980, p.230*):

“ Princípio, é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

E acrescenta:

“ Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.

No mesmo sentido preleciona Agustín Gordillo in *“Introducción al Derecho Administrativo”*, 1966, pp.176/7:

“Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. El principio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es límite, el principio es límite e contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio, exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún mas, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan”.

CONCEITO DE “PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”

José Joaquim Gomes Canotilho define, dentre os “princípios de interpretação constitucional”, o “princípio da máxima efectividade” (in *“Direito Constitucional”*, 5ª edição, p.233):

"Este princípio, também designado por 'princípio da eficiência' ou 'princípio da interpretação efectiva' pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".

No âmbito do Direito Constitucional, Canotilho classifica os "*princípios jurídicos constitucionais*" sob quatro dimensões (obra citada, pp.177-181):

- " 1 – 'princípios jurídicos fundamentais';
- 2 – 'princípios políticos constitucionalmente conformadores';
- 3 – 'princípios constitucionais impositivos';
- 4 – 'princípios-garantia'."

A partir deste critério classificatório, entendemos que o "*princípio da eficiência*" inscrito no artigo 37, "*caput*" da Constituição da República foi erigido como "*princípio jurídico fundamental*".

No dizer de Canotilho tais princípios são aqueles "*historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*". "*Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo*". "*Os princípios jurídicos gerais têm também uma **função positiva**, informando materialmente os actos dos poderes públicos*" (p.177).

O "*princípio da eficiência*" foi introduzido no Direito Constitucional Brasileiro pela Emenda Constitucional nº 19/98, no artigo 37, "*caput*", que reza:

“ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Na doutrina pátria o tema foi ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar dos “*procedimentos administrativos*” como manifestação da “*vontade administrativa*”.

Observou o eminente jurista que o procedimento administrativo deve atender a duplo objetivo: “*resguardar os administrados*” e “*concorrer para uma atuação administrativa eficiente*”, isto é, “*concorre para uma decisão mais bem informada, mais conseqüente, mais responsável, auxiliando assim a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa*” (in “*Direito Administrativo da Constituição de 1988*”, ed.1991, pp.17-19)

Decorre desta acepção a questão da “*executoriedade*” dos atos da Administração Pública.

A respeito do tema estamos com o eminente Professor José Cretella Júnior, que atribui à executoriedade do ato administrativo fundamento múltiplo, tal como: a presunção de legitimidade, a índole pública da potestade administrativa inspirada na tutela dos interesses públicos, acrescentando a **diligência e a urgência** que devem estar sempre presentes nas operações da Administração (in “*Do Ato Administrativo*”, ed. 1977, pp.93-96).

Portanto, um dos fundamentos da executoriedade da atividade administrativa é a necessidade da atuação **rápida e eficiente** na consecução da própria vontade administrativa.

No direito brasileiro, o “*princípio da eficiência*” foi bem esclarecido por Alexandre de Moraes, eminente constitucionalista, em sua obra “*Direito Constitucional*”

ed. 1999, p.298, “*in verbis*”:

“ **Princípio da eficiência** é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”. (grifos no original).

E esclarece ainda:

“Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o “*princípio da eficiência*” dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum”.

SENTIDO JURÍDICO DO “PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”

No sentido econômico, o princípio da eficiência se refere à “*forma de realizar uma tarefa*”, independentemente do seu resultado. É o que esclarece o Professor José Eduardo Martins Cardozo em artigo intitulado “*Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*” in “(Os 10 Anos da Constituição Federal”, ed. Atlas, 1999, pp. 150 e segs).

No sentido jurídico, a toda evidência, o significado do “*princípio da eficiência*” é muito mais amplo e está fundamentado no **artigo 3º** da Constituição de 1988, em seu **inciso IV**:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o **bem de todos...**”

É a noção do “*bem comum*” ou do “*bem estar*”, finalidade axiológico-jurídica presente em todas as Constituições democráticas.

Apontamos alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 atinentes a este princípio:

“ I – **Art.37, ‘caput’ e seus §§ 3º e 6º**, ao disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta; a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes representantes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público;

II – **Art.39, § 2º** - ao determinar a manutenção pela União, Estados e Distrito Federal de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos;

III – **Art.39, § 7º** - ao determinar que lei da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverá disciplinar a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público;

IV – **Art.74, inciso II** – ao impor aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal;

V – **Art.241** – ao estabelecer que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão disciplinar por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão

associada de serviços públicos.”

Na Lei Orgânica do Distrito Federal de 1993, o “*princípio da eficiência*” foi adotado em ambas as acepções: econômica e jurídica. O **artigo 3º** da LODF dispõe expressamente:

“ São objetivos prioritários do Distrito Federal:

– **inciso II**: assegurar ao cidadão o exercício dos direitos de iniciativa que lhe couberem, relativos ao controle da legalidade e legitimidade dos atos do Poder Público e da **eficácia dos serviços públicos**;

- **inciso IV** – promover o bem de todos.”

No Capítulo V, artigo 19, a LODF prevê os princípios que regem a Administração Pública do DF, nos seguintes termos:

Art.19 – “ A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade, motivação e interesse público.**”

No âmbito do Poder Legislativo distrital, as atribuições e a competência da Câmara Legislativa estão elencadas nos arts. 58 a 60 da LODF. Dentre tais atribuições, verifica-se que as matérias enumeradas exigem a observância do “*princípio da eficiência*”, tais como: plano plurianual e diretrizes orçamentárias, fixação e extinção de cargos públicos, planos e programas locais de desenvolvimento econômico e social, saúde, educação, previdência, habitação, ensino, desporto e segurança pública, uso do solo rural, planejamento e controle do uso, parcelamento, ocupação do solo e mudança de destinação de áreas urbanas, concessão ou permissão para a exploração de serviços públicos; proteção à infância, juventude e idosos.

No que concerne ao Poder Executivo, exercido pelo Governador do Distrito Federal, auxiliado pelos Secretários de Governo, a LODF fixou as atribuições,

competências e responsabilidade do Governador e seus Secretários nos arts. 100 a 105. Na “*competência privativa*” do Sr. Governador do DF (art.100), estão previstos atos de gestão de bens públicos e atos propriamente de governo, cuja efetivação deverá velar pela boa administração, e de forma eficiente e “*congruente*” para usarmos a expressão de Canotilho (obra citada, p.928).

Releva enumerar alguns dos atos de administração dentre aqueles elencados no artigo 100 da LODF: delegar, por decreto, a qualquer autoridade do Executivo atribuições administrativas que não sejam de sua exclusiva competência; solicitar intervenção federal na forma estabelecida pela Constituição da República; celebrar e autorizar convênios, ajustes ou acordos com entidades públicas ou particulares, na forma da legislação em vigor; decretar situação de emergência e estado de calamidade pública no Distrito Federal, praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Poder Executivo.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NO PLANO DA VINCULAÇÃO E DA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A questão é relevante quando se trata do exame da razoabilidade do comportamento do administrador. A doutrina brasileira ainda não esclareceu bem esta matéria.

Quanto aos atos “*vinculados*” em que a lei antecipadamente regula o comportamento administrativo, o “*princípio da eficiência*” deve ser ampla e rigorosamente observado e controlado. Isto porque o administrador não dispõe de liberdade, não age mediante critérios de “*oportunidade*” e “*conveniência*”.

No plano da “*discricionariedade*”, a situação é bem diversa; a lei confere ao administrador certa margem de liberdade, ... “*de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles...*” consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, in “*Curso de Direito Administrativo*”, ed. 1993, p. 203.

Por isso, na prática de ato discricionário, a verificação do “*princípio da eficiência*” alcança maior relevância.

Isto porque haverá um juízo subjetivo do administrador; portanto, caberá sempre a análise e o controle do ato administrativo discricionário no aspecto de sua finalidade, ditada pela lei, além do exame da razoabilidade dentre as possibilidades abertas pela lei, porque a conveniência se define pela “*conveniência pública*”, pelos fins superiores do interesse público.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA OMISSÃO OU AÇÃO DANOSA DECORRENTE DA
AUSÊNCIA DE EXECUÇÃO DO
“ PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ”

A questão se insere na “*exigibilidade*” do ato estatal quanto ao serviço não prestado ou de obra não executada, ou de descumprimento de dever jurídico de agir, ou ainda da atuação deficiente.

No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, em artigo intitulado “*Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*”, publicado na RT – 552/13-14, outubro de 1981, “*in verbis*”:

“ Não há resposta ‘*a priori*’ quanto à normalidade da eficiência da Administração no cumprimento do dever jurídico estatal.

Cumpra tão-só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção de cumprir seus deveres, para que reponte a responsabilidade pública em caso de omissão. É que ao Estado, em tese, cumpriria prover a tudo quanto interessa à sociedade. Teoricamente, dele se esperam todas as providências capazes de defender o bem-estar da coletividade e dos indivíduos”.

A causa da indenização por ação ou omissão danosa pode ser identificada, portanto, pelo descumprimento de um “*dever jurídico estatal*”. Verificada a exigibilidade da conduta do Estado e o fato danoso causado ao administrado, a responsabilidade civil do Estado se impõe.

Neste contexto o “*princípio da eficiência*” deve ser invocado também como fundamento da ação civil de responsabilidade do Estado, como “*causa*” do dano, em cada caso concreto.

CONCLUSÕES E PROPOSTAS ATINENTES À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO NOVO MILÊNIO:

I – O “*princípio da eficiência*” pública inserido no texto da Constituição da República, no art.37, “*caput*” e igualmente previsto no artigo 3º, inciso II da Lei Orgânica do Distrito Federal é um “*princípio jurídico fundamental*”, e constitui fundamento para a interpretação, a integração e a aplicação da lei no caso concreto, em todos os recantos do Direito.

II – O “*princípio da eficiência*” tem por fundamento a “*eficiência jurídica*”, isto é, a avaliação dos atos da Administração Pública no que diz respeito à legalidade e ao resultado eficiente, visando à boa administração dos bens públicos e do interesse público.

III – O “*princípio da eficiência*” pode servir de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público na hipótese de verificação de contrariedade ao interesse público.

IV – O Ministério Público tem a incumbência de invocar o “*princípio da eficiência*” em suas manifestações em processos judiciais e extrajudiciais, com fundamento em sua função institucional de defesa da ordem jurídica (art. 127, “*caput*” da CF) e de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública (art. 129, II da CF).

V – O Ministério Público deve fiscalizar a aplicabilidade do “*princípio da eficiência*” pelos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal nos casos concretos, promovendo a responsabilidade civil do Estado, com base no artigo 37, parágrafo 6º (sexto) da Carta Magna, visando a garantir a efetividade do princípio, sempre que verificar a ocorrência de dano aos cidadãos e ao patrimônio público (arts. 127, “*caput*” e 129, III, da CF).

*“Ninguém alcança o que não possui
de nascença, e o que te é estranho
não o podes cobiçar”.*

Thomas Mann

Jairo Bisol

Promotor de Justiça da 1ª Promotoria do Júri e dos Delitos de Trânsito de Sobradinho/DF

TESE: O acesso a todo e qualquer ofício da carreira de Promotor de Justiça – com a exceção do Procurador Distrital dos Direitos do Cidadão, designado pelo Procurador-Geral de Justiça por força de expressa previsão legal (art. 159, inciso III, LC nº 75/93) - constitui direito subjetivo público indisponível titularizado por cada Promotor de Justiça em atividade, mais exatamente o núcleo da dignidade institucional da função ministerial, uma vez que sua ofensa compromete substancialmente a inamovibilidade e a independência funcional do Promotor de Justiça. A obrigação de defesa desta prerrogativa está insculpida no corpo do artigo 236, inciso III, LC nº 75/93. O preenchimento de ofício da carreira de Promotor de Justiça por indicação do chefe administrativo ou qualquer outro critério que não o da remoção por antiguidade e o da promoção, ambos objetivamente postos pela lei, ofende frontalmente estes princípios constitucionais de independência, inamovibilidade e ampla autonomia funcional do Promotor de Justiça.

JUSTIFICATIVA E FUNDAMENTAÇÃO

O Constituinte de 1988 concedeu à sociedade o princípio do promotor natural e, aos promotores de justiça, uma sensível ampliação dos seus poderes institucionais. Conferiu, ainda, a mais ampla autonomia aos membros do Ministério Público, por entender que suas relevantes funções institucionais só poderiam ser levadas a bom termo pela garantia de uma rigorosa independência funcional.

Diz o texto constitucional, *“são princípios institucionais do Ministério Público a unidade a indivisibilidade e a independência funcional”* (art. 127, § 1º). Do mesmo modo, *“ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e*

administrativa, podendo (...) propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento".

Segundo esta regra constitucional, a criação e extinção de Promotorias é competência legislativa, e não da administração interna, que deve limitar-se propô-las ao Poder competente. A força do **interesse público**, no entanto, legitima a criação de novos ofícios da carreira através de simples portarias da administração, enquanto não houver uma lei regulamentando a matéria. Em questões institucionais desta natureza, por certo, não pode haver solução de continuidade.

No entanto, um tal interesse público restringe-se, na hipótese, a criação dos novos cargos e ofícios, não emprestando ao Administrador, por óbvio, uma discricionariedade capaz de afastar todos os demais critérios constitucionais e legais de ocupação e distribuição das funções ministeriais, calçados em princípios bem firmados na ordem jurídico-constitucional vigente e, o que não se ignora, dotados de ampla dignidade normativa.

As prerrogativas legais e constitucionais do Promotor de Justiça não são meros adornos da função, mas o conteúdo mais significativo do ***direito subjetivo público inalienável titularizado por cada membro da carreira: o direito de acesso a todo e qualquer ofício existente, em nosso caso específico pelo critério da remoção por antigüidade. Compõem ainda o núcleo de dignidade institucional da função ministerial o direito a independência e a autonomia funcional e, por fim, o direito a inamovibilidade. A uma só expressão: o direito de ser Promotor de Justiça, que se traduz como eficácia jurídica do fato da aprovação em concurso e da posterior nomeação, nos termos da Constituição e da legislação de regência, em especial a Lei Complementar nº 75.*** Afinal, diz a Lei Complementar 75/93 em seu artigo 182 que os cargos do Ministério Público da União - que constituem as carreiras independentes de cada ramo - serão providos por nomeação, em caráter vitalício, mediante concurso público, e os candidatos aprovados, na ordem de classificação, escolherão a lotação de sua preferência, na relação de vagas indicadas pelo Conselho Superior. Portanto, desde a nomeação, os Promotores de

Justiça passam a titularizar certas prerrogativas de acesso à carreira por critérios objetivos fixados em lei. Estas prerrogativas ampliam-se e tornam-se definitivas com a aprovação no Estágio Probatório, quando o Promotor adquire vitaliciedade e inamovibilidade, completando e consolidado o seu rol de prerrogativas constitucionais e legais (Lei Complementar 75/93, art. 208).

Ademais, tais prerrogativas não constituem apenas conteúdo do direito subjetivo público de ser promotor de justiça, mas também um múnus, na medida em que a própria lei nos impõe, em nome da dignidade de nossas funções, a defesa incondicional destas mesmas prerrogativas: "*O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve (...) velar por suas prerrogativas institucionais*" (art. 236 e seu inciso III. LC nº 75/93).

Em face da ausência de lei regulamentando a matéria para o Ministério Público Distrital, de tal modo que não dispomos do critério de promoção, resta-nos, no entanto, o critério objetivo da remoção promovida por antigüidade. Assim, outro não pode ser o critério de preenchimento das promotorias e seus ofícios, ainda que provisórias: uma vez criado o cargo e/ou o ofício, o exercício das funções ministeriais é domínio exclusivo dos promotores de justiça e de sua carreira, através de critérios objetivos fixados em lei, não podendo nem devendo sofrer qualquer intervenção política da administração, sob pena de criarmos um esdrúxulo Ministério Público paralelo, inconstitucional e de confiança do Procurador, inacessível aos membros da carreira, modo pelo qual ofende as prerrogativas mais fundamentais dos Promotores de Justiça.

Apenas o ofício de Procurador Distrital dos Direitos do Cidadão é objeto de indicação pelo Procurador-Geral, nos termos do artigo 159, inciso II, da Lei nº 75/93. Os demais ofícios do Ministério Público não estão à disposição da vontade política do Procurador-Geral, e o acesso a eles através dos critérios legais que regem a carreira é direito subjetivo público inalienável titularizado por cada um dentre os membros da classe.

É certo que o Promotor de Justiça pode ser removido de sua Promotoria por força de um bem fundamentado interesse público, num procedimento que envolve uma decisão colegiada do Conselho Superior pelo voto de dois terços de seus membros, garantida a ampla defesa ao removido (Lei Complementar nº 75/93, artigo 211). No entanto, não se pode raciocinar *a contrario sensu*, pretendendo com isto criar um direito obtuso e ofensivo à carreira, também de suposta natureza subjetivo-pública, do Procurador-Geral prover certos cargos e ofícios de Promotor de Justiça por atos de vontade política, ofendendo não apenas os princípios constitucionais que regem as prerrogativas da função, como também os critérios objetivos gerais já positivados na legislação de regência. Salvo os procedimentos especiais de 1) **remoção de ofício** e 2) **remoção por permuta**, os ofícios da carreira de Promotor de Justiça somente poderão ser providos através de 3) **remoção singular**, no prazo de quinze dias após a publicação de aviso da existência de vaga (artigo 212 do mesmo diploma legal).

Toda e qualquer outra forma de lotação dos ofícios de Promotor de Justiça ofende as prerrogativas dos membros da instituição, burla a constituição e a lei regente, especialmente se responder a critérios de natureza política, por caracterizar a criação de um Ministério Público paralelo, estranho à *carreira e de confiança do chefe da administração.

O fato é que a Procuradoria Geral de Justiça do Distrito Federal vem criando promotorias designadas por expressão estranha à matéria – qual seja, “promotorias provisórias” - preenchidas por indicação política do Procurador-Geral. Fala-se extra-oficialmente que tal critério de preenchimento dá-se em atenção ao “perfil” da promotoria e do promotor, argumento este que não creio ser o da Administração em face da gritante ingenuidade que encerra. Nenhum administrador tem o direito de imiscuir-se na carreira ministerial, nem poder legítimo para tal, criando cargos de Promotores inacessíveis aos seus legítimos titulares, ocupados por indicação pessoal, ainda que se decline o argumento de que tais cargos são de natureza provisória.

Ainda que instituídas por portarias e a título provisório, as Promotorias não são - e não podem ser em hipótese alguma – cargos preenchidos por indicação

política, ao estilo dos cargos de confiança, sob pena de promover-se mais grave ofensa que se pode cometer contra os Membros do Ministério Público: a violação, por subterfúgios administrativos conscientes ou não, de suas mais fundamentais prerrogativas, ou seja, do direito subjetivo público de acesso a todo e qualquer ofício da carreira de Promotor de Justiça pelo critério legal da remoção, bem como pelo direito às garantias da independência e da autonomia funcional e, por fim, da inamovibilidade, prerrogativas funcionais estas cuja defesa, conforme demonstrado, constitui um múnus da função ministerial por força de lei.

Sobre o tema, eis a posição de Hugo Nigri Mazzilli: *"Excetuada as designações precárias ou de necessidade momentânea, e apenas em estreitos casos quando cabíveis, não só o titular de cargo fixo deve ter a ele aderidas suas funções: o mesmo deve ocorrer com os promotores que tenham recebido designação para funções fixas, permanentes ou estáveis (como equipes, coordenações, secretarias, promotorias ou setores especializados). Caso contrário, a direção do Ministério Público não teria interesse em buscar a criação de novos cargos com atribuições fixas (deixaria eternamente de institucionalizar funções, equipes ou setores, mesmo ou até principalmente se se tivessem saído satisfatoriamente). Buscaria, antes, apenas a criação de cargos sem funções fixas ou funções sem cargos correspondentes, o que lhe permitiria manipular a seu bel-prazer e de forma indefinida todas as principais atribuições da instituição, em cabal afronta à garantia constitucional de inamovibilidade e até do devido processo legal, que pressupõe, ante de mais nada, a acusação por um órgão independente do Ministério Público. **Que independência funcional poderia ter um membro da instituição, escolhido em confiança, por designação que possa ser cessada ad nutum pelo procurador-geral?!***

É certo que poderia ser objeto que a própria estrutura atual da instituição torna necessário que alguns cargos e algumas funções sejam ocupados em comissão por membros do Ministério Público, como os de chefe de gabinete ou assessor do procurador-geral, ou os de coordenador de promotorias. **Contudo, tais agentes, assim, designados em comissão, não podem, de forma alguma, praticar atos finais da instituição, pois que não atuam com independência funcional para isso,** No caso do assessor, por exemplo, o ato final é exercido pelo procurador-geral, que,

este sim, no exercício de função própria da instituição, deve ser dotado de plena liberdade funcional de atuação (Regime Jurídico do Ministério Público, **Hugo Nigri Mazzilli**, 1993. Ed. Saraiva, p. 71 / grifos nossos).

Não se duvide, no que tange ao respeito à constitucionalidade e ao princípio da legalidade – especialmente no que diz respeito a dignidade da própria função - no âmbito de suas práticas administrativas o Ministério Público deve agir nos exatos trilhos do velho adágio sobre a mulher de César, a quem não basta ser honesta, pois precisava ainda parecer sê-lo. Afinal, ninguém desconhece, todo cargo - público ou não – ocupado por indicação cria um vínculo, uma espécie de dívida moral e/ou política entre o sujeito que ocupa e aquele que o indicou.

CONCLUSÃO

Trocando em miúdos, o autocontrole da constitucionalidade de nossos atos administrativos tem de ser absolutamente rigoroso, pois não constituímos outra Instituição Pública senão aquela a quem cumpre, nos termos da Carta Magna, a relevante função de “**defesa da ordem jurídica**” (art. 127). Com que moral poderíamos fiscalizar a legalidade e a constitucionalidade das demais instituições se cometemos deslizes em nossa própria casa?

Ademais, estas práticas político-administrativas inconstitucionais expõe a carreira ministerial a desgastes desnecessários, ofendendo duplamente o promotor natural: de um lado, promotorias importantes criadas recentemente não são acessíveis à carreira; de outro, quando os promotores mais antigos - de confiança do procurador - ocupam estes "cargos por indicação", não perdem a titularidade de suas promotorias naturais, de modo a torná-las também inacessíveis á carreira. A transformação das promotorias em “cargos de confiança” do Procurador-geral não responde às exigências formais e materiais de um controle vigoroso da constitucionalidade, digno da Instituição do Ministério Público.

PROPOSTA

1. Propomos, antes de mais nada, que o preenchimento de todo e qualquer ofício da carreira de Promotor de Justiça do MPDFT seja feito nos rigorosos limites da constitucionalidade e da legalidade, de modo a respeitar-se a dignidade institucional da função, insculpida nos princípios da inamovibilidade, da independência e da ampla autonomia funcional. Defendemos tais propostas para que argumentos sub-reptícios de supostas “demandas políticas da administração” ou de “exigência de um certo perfil de promotor para determinadas funções” não subvertam a ordem constitucional positiva, em especial a nossa própria tarefa institucional de defesa da ordem jurídica.
2. Nestes termos, os ofícios de toda e qualquer promotoria provisória deverão ser imediatamente oferecidos a carreira de Promotor de Justiça, passando a ser ocupadas pelo critério da remoção por antigüidade;
3. A provisoriedade de tais promotorias não poderá exceder o prazo de 06 (seis) meses, renováveis por mais 06 (meses) por decisão do Conselho Superior;
4. Durante o período de provisoriedade, o Promotor de Justiça que nela oficia não perde eventual titularidade de sua Promotoria de origem.
5. A extinção da promotoria provisória somente poderá ocorrer no final do período de provisoriedade por decisão do Conselho Superior.

A NECESSIDADE DE NORMATIZAR O PROVIMENTO DAS PROMOTORIAS QUE FUNCIONEM EM CARÁTER EXPERIMENTAL

Paulo Roberto Binicheski
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" (Wladimir 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 promotoriais experimentais viola a Lei Complementar n ° 75/93, eis 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 º 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 º 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 º, § 1 º, 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 º 269, de 11/04/1997, foi criada a **Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão** e no art. 6 º foi atribuído ao próprio criador da Promotoria o poder de nomear seus integrantes, sem que fosse especificado os critérios legais da escolha. Essa também vinculada ao **Gabinete do Procurador-Geral (art. 1º 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.º 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.º, 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.º 678, foi prorrogado o prazo até o dia 1º de setembro de 2000, ante a edição da Lei n.º 9.677/98, que alterou dispositivos do Código Penal, classificando algumas condutas como hediondas, dentre elas a falsificação de remédios.

Ainda no mês de setembro de 1997, através da portaria n.º 735, de 19/09/, 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 n.º 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 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 o 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 desempenhariam 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 ditas Promotorias em um balcão burocrático.

Tais afirmações causam inquietações aos Membros do Ministério Público, pois partem da presunção de que alguns Promotores são menos capazes de desempenharem 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 regedora 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), atendido sempre as necessidades da Sociedade, mas não consigno vislumbrar a existência de Promotores de Justiça exercendo **funções de Ministério Público** sem que detenha **garantias legais** de que será inamovível e tenha, ainda, independência funcional.

Importa registrar que não há nenhuma crítica aos Membros que foram designados para atuarem 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 ofícios **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.

3 - As Promotorias experimentais devem ser **limitadas no tempo**, bem como o número dessas e de eventuais ocupantes, sob o crivo do Conselho Superior. 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 ofícios 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 oficiar na Promotoria experimental é assegurada a inamovibilidade enquanto persistir o caráter experimental.

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

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

IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

GRUPO II

Direito Civil
Direito Processual Civil
Direito Comercial
Direito da Criança e do Adolescente
Direito Difuso, Coletivos, Individuais Homogêneos e
Individuais Indisponíveis

INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO DE COMERCIALIZAÇÃO DE CÉLULAS GERMINATIVAS HUMANAS

Paulo José Leite Farias

Promotor de Justiça do MPDFT,

Mestre em Direito e Estado pela UnB,

Professor Titular da UCB, Professor substituto da UNB

Invalidade do negócio jurídico de comercialização de células reprodutivas humanas(óvulos e espermatozóides). Tutela constitucional da saúde, condições e requisitos para remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas (art. 199, §4º da Constituição Federal). Correlação do tema com a proteção do direito à vida(art. 5º, caput), dignidade humana (art. 1º, inciso III) e saúde (art. 196) (normas constitucionais), bem como com a Lei 9.434/97, art. 1º (normas infra-constitucionais) (Lei de transplantes de Órgãos). Proibição da comercialização pelas normas constitucionais e infra-constitucionais já mencionadas. Respeito às normas legais como limite à autonomia privada e nulidade como consequência da ilicitude do objeto do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas (art. 82; 145, II do Código Civil brasileiro).

I - Sumário da Tese.

O objetivo básico da presente tese refere-se a demonstração da invalidade da comercialização de óvulos no direito brasileiro, no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, dentre eles, a dignidade humana (art. 1º, inciso III), bem como, a norma do art. 199, § 1º da Constituição Federal, que expressamente proíbe a comercialização de tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento.

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes a pessoa e ao corpo humano envolvem-se com questões jurídicas, decorrentes da evolução da Biologia.

Assim, analisa-se tema atual e polêmico intimamente relacionado com o desenvolvimento científico e com a reprodução humana, que não pode ficar à margem de análise legal e doutrinária de cunho jurídico, tendo em vista a tutela dos direitos

fundamentais e interesses difusos correlacionados com a técnica de inseminação artificial¹.

II - Relevância do tema.

Cena real de uma clínica de reprodução artificial no Brasil: um casal recebe um cardápio de “doadores” (juridicamente, o termo correto é de “vendedores”) do banco de sêmen e nele encontra ofertas variadas. Um professor de origem libanesa que adora surfar ou um escrivão de ascendência espanhola cujo hobby é estudar filosofia. A lista informa que o professor é católico e o escrivão, muçulmano. Descreve seus tipos sangüíneos e relaciona peso, altura e cor dos olhos. O casal estuda as opções, faz sua escolha e, **pelo equivalente a 150 dólares**, adquire a amostra que poderá dar origem a seu futuro bebê.²

No admirável mundo novo das clínicas com seus bancos de sêmen e catálogo de doadoras de óvulos, fazem-se as mais incríveis combinações visando-se tornar mercadoria o próprio ser humano.

Nesse contexto, até a rede mundial de computadores (*internet*) é utilizada para o comércio de substâncias humanas reprodutivas. Recentemente, a mídia escrita e falada tratou da jogada de marketing do fotógrafo americano RON HARRIS, que abriu em novembro de 1999, um leilão ao vivo de óvulos de três belas modelos. HARRIS, um suspeito de patrocinar *sites* de pornografia na Califórnia, pede um lance mínimo de US\$ 15.000(quinze mil dólares) por óvulo de suas beldades no endereço www.rosangels.com.

Em clínicas americanas, os “clientes” podem até mesmo visualizar por computador como seriam os seus filhos caso optassem por este ou aquele doador de

1 A inseminação artificial consiste em técnica de procriação assistida mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não por meio de um ato sexual, mas de maneira artificial. Trata-se de técnica dirigida, na sua concepção, ao casal fértil com dificuldade para fecundar naturalmente, quer em razão de deficiências físicas (impotenti coeundi; má-formação congênita do aparelho genital externo, masculino ou feminino; ou diminuição do volume de espermatozoides [oligoespermia], ou de sua mobilidade [astenospermia], dentre outras) quer por força de perturbações psíquicas (infertilidade de origem psicogênica) Nesta hipótese, em que a solução da infertilidade é buscada pelo próprio casal, sem a intervenção de terceiro, diz-se que a inseminação é homóloga.

2 Trecho extraído com modificações de reportagem intitulada “Em busca do bebê perfeito”, do semanário VEJA de 3 de novembro de 1999, p. 122.

sêmen ou de óvulo – ou ambos. Há, inclusive, pesquisas no Japão para a criação de úteros artificiais, afastando, completamente, a família do ato de geração de um novo ser.

Indaga-se, pois, na presente tese, se é possível, juridicamente, tal negócio jurídico de comercialização de material genético humano. Em outras palavras, as substâncias humanas podem ser objeto de negócios jurídicos onerosos, como expressão de autonomia privada.

III - Limites constitucionais e legais à comercialização de substâncias humanas .

A ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade. Assim, nesse contexto, deve se indagar se a venda de material genético para fins reprodutivos coaduna-se com valores constitucionais com ela relacionados.

No Brasil, a matéria obteve assento na Constituição Federal de 1988, a qual no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II, que trata da Seguridade Social, Seção II – Da saúde, compreendida como *“direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”*, dispôs no art. 199 , *verbis*:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

Dispõe, ainda, o art. 196 que a saúde deve ser objeto da atuação estatal visando não só a redução do risco de doença, mas, também, de outros agravos.

Compreendido que o termo saúde, colocado na Constituição Federal, refere-se a algo muito maior que a simples inexistência da doença, pode-se falar que o sistema constitucional brasileiro adotou conceito amplo para a proteção do direito fundamental à saúde.

Nesse aspecto, deve ser lembrado o que afirma o art. 225, §1º, inciso V:

“controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (grifo nosso).

Ademais, convém lembrar que a Carta Magna estabelece uma gama de direitos individuais e coletivos que resguardam, dentre eles, o **direito à vida** (artigo 5º, *caput*), a **dignidade humana** (art. 1º, inciso III)³, bem como, a **saúde**⁴ como direito de todos e dever do Estado (artigo 196).

A vigente Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos), concretizando o texto constitucional que veda a comercialização, estabelece que só a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem e só para fins de transplante e tratamento. Ratificando, a preocupação bioética com o material genético humano, assinala, também, expressamente, que para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o **esperma** e o **óvulo**.

Logo em seu artigo 1º, essa importante legislação, dispõe:

“Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes

3 Conforme assinala DOM CÂNDIDO PADIN, no artigo “As pesquisas científicas e o respeito à dignidade humana”, in *Cultura dos direitos humanos*, São Paulo, LTr, 1998, p. 47: “A defesa dos direitos humanos está fundamentada na dignidade do ser humano como pessoa constituída de um corpo orgânico animado por um princípio de vida de natureza espiritual. Esta é a definição do ser humano não só pela concepção cristã, mas de muitas outras concepções espiritualistas. É a concepção os que se recusam a reduzir o homem a um simples animal com uma composição genética que possa ser manipulada”

4 O preâmbulo do documento que regulamenta a Organização Mundial de Saúde, compreende que a saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência da doença ou da enfermidade.

do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Portanto, nem mesmo a **doação** (negócio jurídico gratuito) de esperma e óvulos são objetos de regulamentação pela norma.

Assim, as normas jurídicas constitucionais e infra-constitucionais são **harmônicas na proibição da comercialização de material genético humano**, não obstante, parte da sociedade médica não esteja observando tal desiderato, o que torna imperativo a discussão dos limites da autonomia privada no direito brasileiro.

IV - Limites à autonomia privada e a nulidade da comercialização do material genético humano.

O negócio jurídico é concebido como instrumento de realização da liberdade individual, porque por meio dele os particulares criam, modificam ou extinguem as relações jurídicas. É a vontade particular atuando no mundo jurídico, nesse aspecto, há a denominação "autonomia privada"⁵ que representa uma projeção jurídica do liberalismo econômico, consagrado no Código Napoleônico na máxima "o contrato é lei entre as partes".

Não se pode esquecer, entretanto, que, atualmente, o negócio jurídico deixa de ser instrumento exclusivo da liberdade individual e passa a ser encarado como importante fator de equilíbrio social, no sentido de que só os atos de iniciativa privada considerados idôneos podem compor o suporte fático da espécie negocial que tem validade na tutela da ordem jurídica.

⁵ A autonomia privada tem como resultado o poder de manifestação dos particulares, não total e absoluto, mas limitado pelas normas jurídicas. "Contudo, a autonomia privada sujeita-se à limitação da ordem estatal que deixa espaço (autonomia) em que se pode inserir a atividade normativa dos particulares" (NANNI, Giovanni Ettore. "A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal" in Direito Civil Constitucional, cadernos I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 260).

Nesse sentido, o plano dos negócios não pode ficar imune à dignificação do ser, pois não se admite a exclusiva visão econômica ou patrimonialista das relações negociais. CARLYLE POP, professor de direito civil da PUC/PR, ressalta:

“Percebe-se, então, que com o advento do Estado Social, ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de se portar como Pilatos e passa a se preocupar com os administrados, a autonomia privada passou a desempenhar um novo papel”⁶

Inicialmente, deve ser dito que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos, dos quais o negócio jurídico é subespécie, e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais. O elemento existência, no entanto, é a base de que dependem os outros elementos.

Conforme ensina MARCOS BERNARDES:

“Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico stricto sensu)”:

- a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente),
- b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador),
- c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade),
- d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou,
- e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente,
- f) existe e é ineficaz porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos”.⁷

6 POP, Carlyle. “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro” in *Direito Civil Constitucional*, cadernos I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p.153.

7 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75

Surge a diferenciação dos diferentes planos dos fatos jurídicos na doutrina germânica, transplantada por PONTES DE MIRANDA, ao considerar o mundo jurídico dividido em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.

a) Existência — plano do ser — entram todos os fatos jurídicos lícitos e ilícitos — não se cogita de invalidade ou eficácia — tudo fica circunscrito a se saber se o suporte fático propiciou a incidência do núcleo da norma. Ex: Casamento realizado para quem não tenha autoridade para casar (um delegado de polícia). Não existe, não há pois de se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente.

b) Validade — verifica-se a existência de vícios só se o fato jurídico é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico) - nos fatos jurídicos em que a vontade não é elemento do suporte fático e nos fatos ilícitos não há como pretender-se a invalidação. Ex: um nascimento não pode ser nulo ou anulável. No plano da validade é onde se têm atuação das normas jurídicas invalidantes (nulidade e anulabilidade).

c) Eficácia — plano no qual se produzem os efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres. O plano da eficácia pressupõe no caso de negócio jurídico a verificação prévia da validade — que neste caso servirá como filtro.

Nesse sentido, deve-se, observar o artigos 82 e 145 do Código Civil vigente, que trata de requisitos e espécies de invalidade do negócio jurídico:

“Art. 82 - A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”

“Art. 145 - É nulo o ato jurídico:

I - quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5º);

II - quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;

III - quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130);

IV - quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

V - quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito”.

Sabe-se que o negócio jurídico, como categoria de fato jurídico *lato sensu*, deve realizar-se não apenas no plano da existência para que seja eficaz, mas, também, no da validade. Isto significa que a manifestação de vontade (elemento essencial à constituição da categoria) deve observar os requisitos já assinalados para que venha a produzir os efeitos a que se destina.

Ora, a realização de contrato de venda de células germinativas humanas é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico (**objeto ilícito**), determina, portanto, claramente, a invalidade do negócio jurídico (na forma de nulidade), uma vez que este não pode de nenhuma maneira ser aproveitado por medida sanatória que vise a aperfeiçoá-lo.

IV - Conclusão.

A análise do que foi dito nos permite perfilhar a tese da INVALIDADE DA COMERCIALIZAÇÃO DE CÉLULAS GERMINAIS HUMANAS NO DIREITO BRASILEIRO, no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais concretizados em normas jurídicas que limitam a autonomia da vontade no campo das vendas realizadas nos chamados bancos de sêmen e de óvulos, invalidando, nos termos do Código Civil, com a sanção de nulidade tais negócios jurídicos viciados pela ilicitude de seu objeto.

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 expreso 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 JUÍZADOS ESPECIAIS. ACORDO REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PROVIDO.

1 - 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.

Faz-se 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, e 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 relembrar, 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.

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, provisórios ou 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 4 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 a 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 a 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.

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.

ACORDO EXTRAJUDICIAL DE ALIMENTOS REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: VALIDADE, EFICÁCIA E EXECUÇÃO.

Landelino Francisco de Souza

O autor é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília e Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 1ª Promotoria de Justiça cível, Família, Órfãos e Sucessões de Samambaia, DF. Atualmente exerce o ofício na 1ª Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Cidadão.

Ementa: Acordo extrajudicial de alimentos. Legitimidade do Ministério Público para referendar. Título executivo extrajudicial. Legitimidade do MP para efetivar desconto em folha de pagamento junto ao órgão empregador do alimentante. Possibilidade de execução, inclusive pelo rito da prisão do devedor, independentemente de homologação judicial. Vara de Família. Experiência da Promotoria comunitária do DF.

JUSTIFICATIVA

O art. 585-II do Código de Processo Civil, CPC, estabelece que são títulos executivos extrajudiciais, dentre outros, **o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público**, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. O texto anterior, dado pela Lei 5.925/73, restringia o título executivo somente às hipóteses de se referir a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível. Hoje, com a redação dada pela Lei 8.953/94, foi cancelada essa restrição: **o título executivo extrajudicial pode abranger qualquer tipo de obrigação** (de pagar quantia determinada, de entregar coisa certa ou incerta, de fazer ou de não fazer).

A Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais – L.J.E. estabeleceu alguns requisitos adicionais para que o acordo extrajudicial seja validado como título executivo. Assim, o artigo 57, parágrafo único, estabelece que valerá como título extrajudicial o acordo **celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público**. O *caput* do artigo prevê, expressamente, que **o acordo pode ser de qualquer natureza ou valor**.

Temos, pois, os **requisitos** legais a serem preenchidos para que o acordo extrajudicial seja válido como título executivo. São eles: a) partes capazes, b) acordo de vontades, c) objeto lícito, determinado e possível, d) instrumento escrito e e) referendo do órgão competente do Ministério Público.

Como visto, salvo expressa previsão legal em contrário, qualquer matéria poderá ser objeto de transação extrajudicial a ser referendada pelo Ministério Público. É nesse contexto que deve-se analisar a possibilidade do Ministério Público referendar **acordo extrajudicial sobre alimentos**, bem como a possibilidade de ser tal acordo executado, inclusive pelo rito da prisão do devedor, independentemente de homologação judicial.

Sabe-se que uma das consequências do pátrio poder é a obrigação dos pais prestar alimentos aos filhos. A obrigação alimentar tem seus limites, início e término, estabelecidos na lei, artigos 379, 384 e 392 do Código Civil. Sendo certo que o direito aos alimentos é irrenunciável, art. 404 do CC, o que as partes podem transigir (em juízo ou fora dele) é o seu **exercício**. Assim, podem transigir para fixar o **início do exercício do direito aos alimentos**, o **quantum debeatur** e sua **suspensão** (todos direitos disponíveis).

Alguns operadores do direito alegam que como a Lei 9.099/95, em seu parágrafo 3º, afastou a competência **dos juizados especiais** sobre matéria alimentar e como seu art. 57, parágrafo único, tratou do referendo do Ministério Público em acordos extrajudiciais, concluíram, precipitadamente, que aqueles acordos, também, não poderiam versar sobre matéria alimentar. O entendimento, contudo, não merece prosperar como veremos.

Em que pese estar o citado artigo 57 inserido na L.J.E., doutrina e jurisprudência concordam que suas normas têm aplicação transcendente à órbita dos juizados especiais. Nesse sentido são as notas àquele artigo colacionadas por Theotônio Negrão, em Código de Processo Civil e Legislação em Vigor, 30ª edição, Editora Saraiva, *verbis*:

“Esta disposição transcende, de muito, o âmbito dos juizados especiais, porque se aplica a todo e qualquer acordo (=transação) extrajudicial, ainda que de valor superior a 40 salários mínimos (RT 687/112).” (nota 1)

“De qualquer natureza ou valor’ significa que qualquer acordo, sobre qualquer matéria, pode ser homologado no juízo competente, segundo sua natureza e valor, salvo se o acordo visar a objetivo vedado por lei (RJTJESP 127/169, a citação é da p. 170). Por outras palavras: o art. 57 ‘não se aplica tão-só aos acordos pactuados no juizado especial que digam respeito às matérias elencadas’ no art. 3º da LJE (RT 672/152)” (nota 2).

No contexto do *caput* do art. 57 (de que os acordos extrajudiciais passíveis de homologação judicial não se restringem às matérias de competência dos juizados especiais), o legislador inseriu o parágrafo único que atribui ao Ministério Público legitimidade para referendar aqueles mesmos acordos validando-os como **títulos executivos extrajudiciais**. Ainda na obra acima citada ensina o autor que:

“Também este parágrafo se refere a causas de qualquer valor, ainda que excedentes da alçada prevista para o juizado especial” (nota 9).

Portanto, nem o C.P.C. nem a L.J.E. prevê qualquer restrição ao objeto a ser pactuado e referendado pelo Ministério Público. Assim, os mesmos acordos que podem ser homologados judicialmente (“de qualquer natureza ou valor”, incluídos, portanto, os de alimentos) também podem ser referendados (opção das partes) pelo Ministério Público. Concluindo, **homologação judicial** e **referendo ministerial** são, em verdade, institutos distintos, autônomos e suficientes, por si sós, para atribuir ao acordo extrajudicial validade de título executivo.

Quanto à competência (atribuição) do órgão, dentre os que compõem o Ministério Público, para referendar acordo extrajudicial alguns defendem que a mesma deve ser considerada como relativa, tendo em vista que o art. 585-II, do CPC, se limita a exigir que o acordo seja referendado pelo Ministério Público. Alega-se que se as partes aceitaram comparecer perante um órgão, ainda que incompetente, e celebraram acordo que foi por ele referendado, tal acordo vale como título executivo extrajudicial.

Com respeito aos defensores dessa corrente, entendo que a redação do art. 585-II do CPC, alterada pela Lei 8.953/94, não deve prevalecer sobre a previsão do art. 57 da Lei 9.099/95, por ser esta **lei posterior** e ter **expressamente feito referência à competência do órgão** e não, genericamente, do Ministério Público. Até mesmo por questão procedimental, esta restrição se justifica. É que para referendar os acordos o Ministério Público deve, por cautela, dispor de uma estrutura mínima na Secretaria e instaurar procedimento próprio instruído com: **petição dos acordantes solicitando intervenção do órgão, cópia de documentos de identificação das partes, termo de acordo firmado pelas partes e manifestação do Ministério Público** (no termo do acordo, preferencialmente) **referendendo, fundamentadamente, o acordo**. Esta cautela é necessária pois sendo o título executivo de natureza extrajudicial, enseja, na execução, a suscitação ampla de matéria de defesa do executado, como se verá adiante, inclusive falsidade do título, podendo ocorrer, por exemplo, requisição judicial de cópia daqueles documentos guardados em poder do Ministério Público. Permitir que qualquer órgão do Ministério Público possa referendar tais acordos importa necessidade de estruturar cada Procuradoria e Promotoria de Justiça com os meios adequados àquele fim.

Referendado o acordo de alimentos, o Ministério Público tem legitimidade para determinar ao órgão empregador do alimentante seu cumprimento. Essa legitimidade decorre do art. 129-VI, da CF, repetido no art. 8º-VII da Lei Complementar 75, e, especificamente, dos artigos 16 e 17 da Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos –L.A.) que estabelecem que na execução da **sentença** ou de **acordo** nas ações de alimentos será observado o disposto no art. 734 do CPC, onde está consignado que sendo o devedor funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação trabalhista, deverá ser a obrigação descontada em folha de pagamento. Portanto, da legitimidade atribuída por lei ao Ministério Público para referendar o acordo extrajudicial de alimentos decorre sua legitimidade para determinar seu cumprimento (exaurimento do ato) por ser ele, órgão do Ministério Público, autoridade competente para tal. Concluindo, a efetivação dos acordos extrajudiciais de alimentos referendados pelo Ministério Público se dá tal qual decisão judicial correlata.

Cabe esclarecer que, sendo certo que a lei não contém palavras inúteis, quando a L.A. refere-se a “sentença ou acordo”, (artigos 16, 17 e 19) tal “acordo”, a toda evidência, não é o extrajudicial homologado judicialmente, nem aquele realizado em audiência em ação de alimentos, pois, se assim fosse, não seria qualificado como acordo, mas, como sentença uma vez que realizado acordo perante o juízo o que daí decorre é **sentença** homologatória. Também quando a lei refere-se a “ação de alimentos”, por ação deve-se entender qualquer das formas legais permitidas ao jurisdicionado, aí incluída a via extrajudicial, para acionar o Poder do Estado visando solucionar conflitos.

Não sendo o caso de desconto em folha de pagamentos do alimentante, e não havendo o cumprimento voluntário da obrigação, deverá o título ser executado. Sendo o acordo extrajudicial de alimentos referendado pelo Ministério Público título hábil poderá ser executado. O juízo competente é o da Vara de Família do domicílio ou da residência do alimentando, por ser este o juízo competente para conhecer de matéria alimentar, art. 100-II, do CPC.

A execução de título executivo extrajudicial independe de homologação judicial, porque suficiente para tal fim, art. 583 do CPC. Como visto, **homologação judicial** e **referendo ministerial** são institutos autônomos, independentes e suficientes, por si sós, para produzir os efeitos previstos na lei. Exigir que um acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público só seja executável se homologado pelo Poder Judiciário (em idêntica situação daquele acordo em que não tenha havido intervenção ministerial) importa considerar que o referendo nenhum efeito produz, o que, sem dúvida, viola todos os princípios e regras de nosso ordenamento jurídico que tratam da matéria, limita, ilicitamente, a atuação do Ministério Público na legítima atribuição de referendar acordos extrajudiciais, retira a utilidade de tal instituto, ao submeter o acordo a um segundo procedimento, desta vez judicial e mais demorado, e violenta o espírito da lei criadora do instituto que pretendeu oferecer à sociedade mais uma alternativa célere para solução de litígios.

Aliás, a própria L.A. prevê a possibilidade de execução de tais títulos. Assim é que em seu art. 16 estabelece que na execução da **sentença** ou do **acordo** nas ações de alimentos será observado o disposto no art. 734, e seu parágrafo único, do CPC. Como se observa, para a execução, a lei não faz distinção entre títulos judiciais e extrajudiciais. Também quando trata da possibilidade de prisão do devedor de alimentos, a mesma lei ali inclui o acordo extrajudicial. Assim é que em seu art. 19 estabelece que o juiz, para instrução da causa na execução da **sentença** ou do **acordo**, poderá tomar todas as providências necessárias para o cumprimento do **julgado** ou do **acordo**, inclusive a decretação de prisão do devedor por até 60 (sessenta) dias. Concluindo, o acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público pode ser executado, inclusive pelo rito da prisão do devedor, independentemente de homologação judicial.

A única ressalva a ser feita é a de que, sendo o título de natureza extrajudicial, poderá o devedor, quando de sua execução, suscitar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir, como defesa, no processo de conhecimento, diferente, portanto, da execução de título judicial, arts. 741 e 745 do CPC. Assim, se o acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público padecer de algum vício que afete sua validade ou eficácia bastará que o alimentante no momento próprio (no prazo para justificação, se a execução se der pelo rito do 733, ou nos embargos, se pelo rito do 732, ambos do CPC) sobre ele se manifeste perante o juízo exeqüente. Tal possibilidade afasta definitivamente eventuais dúvidas sobre a segurança jurídica na formação de título executivo fora do Poder Judiciário.

A utilização do instituto do referendo ministerial em acordos extrajudiciais de alimentos se apresenta como grande avanço na busca empreendida por toda sociedade para minimizar os conflitos sociais e solucioná-los de forma mais célere, dando maior efetividade aos direitos inerentes à cidadania, sem prejuízo da segurança jurídica, simplificando e agilizando o acesso do cidadão ao Poder Estatal. Com a

inovação desse instituto, o momento de conciliação, sempre presente em matéria de família, deixou de pressupor o ajuizamento de mais uma ação judicial, seguida de longa espera até a realização de audiência, podendo ser, agora, promovida imediatamente pelo órgão competente do Ministério Público, se assim for da vontade das partes. Tal medida em nada prejudica os interesses de qualquer dos interessados, pois não os impede de, se desejarem ou em não ocorrendo acordo, ingressar com a ação judicial cabível. Contudo, transigindo os interessados, e sendo o acordo referendado pelo órgão competente do Ministério Público, o resultado é o surgimento de um título extrajudicial reconhecido pelo ordenamento jurídico como válido e eficaz, tal qual aquele obtido em processo judicial.

A Promotoria de Justiça comunitária do Distrito Federal, desde novembro de 1997, vem **promovendo** e **referendando** acordos diversos, entre eles os de alimentos. O procedimento é simples. Comparecendo o interessado, sua reclamação é reduzida a termo, designa-se data para Audiência de Conciliação e encaminha-se notificação à parte reclamada por meio do próprio reclamante. Na data designada, havendo acordo, reduz-se a termo as vontades das partes e colhem-se suas assinaturas. No mesmo documento, o órgão competente do Ministério Público se manifesta referendando o acordo. Em seguida, se for o caso, expede-se ofício ao empregador do alimentante para implementar os descontos.

Submetido recentemente à apreciação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em grau de recurso nos autos APC 8.548-3/99, o acordo extrajudicial de alimentos referendado pelo Ministério Público foi considerado, pela Terceira Turma Cível daquela corte, por unanimidade, como hábil para embasar ação executiva e, por maioria, executável, também, pelo rito de prisão do devedor.

PROPOSTA

Objetivando proporcionar melhores oportunidades à sociedade na solução de litígios, fortalecer o Ministério Público, ao ocupar espaços a ele destinados, e dar efetividade ao instituto do referendo ministerial, **proponho** que as Procuradorias e Promotorias de Justiça comunitárias, ou similares, de todos os Ministérios Públicos passem a **promover** e **referendar** acordos extrajudiciais de alimentos determinando-se, em seguida, o cumprimento do acordado pelos órgãos empregadores mediante desconto em folha de pagamento do alimentante, se for o caso, e que a execução desses títulos, inclusive pelo rito de prisão do devedor, independa de homologação judicial.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Procuradoria-Geral de Justiça. Portaria nº 269, de 11 de abril de 1997.

LEI nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
ACÓRDÃO. APC nº 8.548-3/99. Terceira Turma Cível. Tribunal de Justiça de Distrito Federal. Relator: Des. Nívio Gonçalves. Revisor: Des. Wellington Medeiros.

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 expresso 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 desta natureza. Prova inexorável disto 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.”¹

Outra notável dupla de processualistas, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, também já manifestaram opinião no mesmo sentido:

¹ Humberto Theodoro Júnior. **A INSOLVÊNCIA CIVIL**, Forense, 1997, pág. 118

"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(...)."²

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

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

² Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Ney, **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**, 3ª ed., págs. 376 e 895/896

³ Antônio Cláudio da Costa Machado, **A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**, 2ª ed., pág. 445

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 constituiu 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 viram-se 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 isto signifique ofensa à coisa julgada. Ao contrário, representa, antes de tudo, verdadeira proteção ao provimento judicial que não pode ser maculado pelo ardis 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 concurso.”⁴

Como demonstrado, não há que invocar-se a imutabilidade da coisa julgada material quando, em questão, seus efeitos atingem relação jurídica diversa daquela na qual proferiu-se o provimento judicial. Como bem ensina Ovídio A. Baptista da Silva, não há que cogitar-se 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 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 rediscutida.”⁵

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

⁴ Humberto Theodoro Junior, *op. cit.*, pág. 306

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:

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 malícia e à fraude, o que a execução concursal procura coibir a todo custo."⁶

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,

⁵ Ovídio A. Baptista da Silva. SENTENÇA E COISA JULGADA, Fabris, 1995, pág. 121

⁶ *op. cit.*, pág. 307

uma vez presentes elementos suficientes para o questionamento da regularidade da existência de créditos trabalhistas.

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. Tamanha 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 extraiu-se 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 dúvidas 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 os mesmos 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 Movida 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."

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

O credor de cédula rural hipotecária tendo como garantia um imóvel gravado com ônus real, é possuidor de crédito super-privilegiado 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.”⁸

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.

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.

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.

⁸ in RT 657/173

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*

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

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 crédito.² Muitos consumidores só podem adquirir uma grande variedade de bens em razão do parcelamento ou pagamento futuro do preço.

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 critério objetivos, não importa em afronta ao princípio constitucional da igualdade, nem conduta consistente na discriminação do consumidor,³ 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.

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 bons ou maus antecedentes no uso de crédito. Há de existir, pois, necessariamente, mecanismos de proteção àqueles que o concedem, sob pena de imediata bancarrota”.

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*.

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, isto 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 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 material.⁴

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. nº2.472/96 - 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"*

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

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 morais.⁵

Além de ressaltar a importância da comunicação, consta no voto e, também, na ementa da decisão a seguinte passagem: "*é de todo recomendável, aliás,*

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

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”.

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 informações”.⁶

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.

Serviço de Proteção ao Crédito e sua Responsabilidade pela Comunicação ao Consumidor da Abertura do Registro – ps. 136/139 do Livro de Teses)

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.

O parágrafo primeiro, do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor determina que as informações constantes em bancos de 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 linguística, deve haver uma igual preocupação com sua observância por parte do lojista e do banco de dado. 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, a 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 investigação,⁷ 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 de dados. O interesse

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 (...)".

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 inexatos,⁸ antes mesmo que terceiros tenham acesso aos bancos de dados.⁹ 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 arquivava por dois motivos: *"primeiro, para se precaver, pois a qualquer 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.

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.

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.

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.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO

LEONARDO ROSCOE BESSA
Promotor de Justiça do MPDFT

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO 2 – A IDÉIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL 3 – AS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO (A QUESTÃO DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR) 4 – CONCLUSÕES (EMENTA)

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise da denominada *responsabilidade pelo fato do produto*, disciplinada na Seção II da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Inicialmente, entretanto, apresenta-se breve notícia da evolução histórica da idéia da responsabilidade civil.

Procura-se enfatizar, ao final, que as soluções para os problemas decorrentes do tema devem ser encontradas na disciplina própria de cada matéria, conforme delineamentos objetivos e propósitos axiológicos da norma jurídica específica.

2 - A IDÉIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

René Savatier define a responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.¹

A idéia da responsabilidade civil, presente em qualquer comunidade social, está vinculada ao preceito moral de não prejudicar o outro - *neminem laedere* - e, também, de reparação do dano (indenização) a terceiro.

Com razão, aponta Sílvio Rodrigues que “o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira nos mais estritos princípios de justiça, principalmente quando o prejuízo foi causado intencionalmente. Nesse caso, além de amparar-se a vítima, pune-se o delinquente”.²

¹ Citação de Sílvio Rodrigues. *Direito Civil (Volume 4) - Responsabilidade Civil*. 12ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 04

² *Op. Cit.* P. 02.

Na verdade, a atenção maior do direito, conforme variadas circunstâncias, pode recair sobre o causador do dano ou sobre a vítima. O objetivo principal da norma jurídica parece ser de censura ao causador do dano, quando se exige o pressuposto *culpa* para ensejar o dever de indenizar. Já quando a preocupação maior é com a vítima do dano (a reconstituição de seu patrimônio), o fim maior, naturalmente, não é a censura (reprovação da conduta humana), devendo a reparação ocorrer com certa independência da valoração da conduta daquele que terá obrigação de indenizar.

O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. As teorias nada mais fazem, no fundo, do que indicar quem deve suportar o dano.³ Quanto maior o número de requisitos (pressupostos) exigidos para gerar a obrigação de indenizar, maior, também, é a probabilidade da própria vítima arcar com o prejuízo sofrido.

Foi na *Lex Aquilia* (possivelmente do século III antes de Cristo)⁴ que inicialmente se esboçou um princípio geral da reparação do dano constituindo-se em fonte direta da concepção de responsabilidade civil extracontratual, nomeada, também, de *responsabilidade aquiliana*.⁵

O Código Civil Napoleônico, de 1804, disciplinou a matéria, especialmente nos artigos 1382 e 1383, tendo influenciado diversos países que adotaram a responsabilidade civil baseada na teoria da culpa.⁶

No Brasil, antes do Código Civil (1916), inexistia preceito genérico indicando os pressupostos gerais da responsabilidade civil. O artigo 159 traz o princípio geral da responsabilidade extracontratual, cujos pressupostos são: ação ou omissão do agente, culpa do agente, dano e relação de causalidade entre este e a conduta.

³ Aguiar Dias. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. I. P. 42.

⁴ José Carlos Moreira Alves (*Direito Romano*. 7ª edição. Revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1992. P. 272)

⁵ Aguiar Dias. *Op. Cit.* P. 18.

⁶ Marton, citado por Aguiar Dias (*Op. Cit.*), apresenta sérias críticas à teoria da culpa. Argumenta que a adoção desta teoria como regra, nos ordenamentos jurídicos modernos, foi um equívoco. Fundamenta sua assertiva alegando que no direito romano, fonte dos códigos atuais, "a imposição do ressarcimento sempre teve caráter penal: delito e reparação se identificavam de tal modo que a ação aquiliana era a única via judiciária por que se podiam estabelecer as obrigações de um e outro caráter". Prosseguindo no raciocínio, Marton afirma que, embora modernamente seja clara a distinção entre delito e reparação, manteve-se "o ponto de vista ingênuo e antiquado, segundo o qual o fundamento da reparação não se poderia encontrar senão no delito, e que, portanto, sempre que se deparasse uma responsabilidade sem delito, conviria de qualquer forma imaginá-lo".

Registre-se, ainda, a dissensão doutrinária quanto à existência e grau de importância do elemento culpa no direito romano, especialmente na *Lex Aquilia*. Alguns autores negam que a noção da culpa estivesse inserida na *Lex Aquilia*, argumentando, inclusive, que o princípio *in lege aquilia et levissim culpa venit* decorreu de mera interpolação.

De qualquer modo, é certo que Domat e Pothier debruçaram-se sobre a noção de responsabilidade civil do direito romano para construir "a teoria inspiradora do Código Civil francês e de todas as legislações modernas".

Anote-se que na última década do século XIX a teoria da culpa já era objeto de crítica por juristas franceses, pois dificultava a reparação de danos em situações absolutamente injustas para a vítima.⁷

*“O teor da vida moderna mostrou a insuficiência da idéia de culpa para legitimar o dever de indenizar prejuízos dignos de reparação (...) toda a evolução no sentido da chamada impropriamente responsabilidade objetiva denota a imprestabilidade do conceito de culpa para a solução dos casos que reclamavam a atribuição do dever de indenizar independentemente da comprovação do erro da conduta do agente”.*⁸

A responsabilidade objetiva, de um forma geral, baseia-se na teoria do risco que proclama *“ser de melhor justiça que todo aquele que disponha de um conforto oferecido pelo progresso ou que realize um empreendimento portador de utilidade ou prazer, deve suportar os riscos a que exponha os outros”.*⁹

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) adotou, como regra, a responsabilidade civil objetiva, tanto no que se refere ao fato dos produtos e serviços (*acidentes de consumo*) quanto aos vícios dos bens de consumo.

3 - RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO

Fato do produto *“é a manifestação danosa dos defeitos juridicamente relevantes, que podem ser de criação produção ou informação (defeito), atingindo (nexo causal) a incolumidade patrimonial, física ou psíquica do consumidor (dano), ensejando a responsabilidade delitual, extracontratual, do fornecedor, independentemente da apuração de culpa (responsabilidade objetiva)”*¹⁰

A responsabilidade pelo fato do produto vem estabelecida no artigo 12 da Lei 8.078/90, cujo *caput* guarda a seguinte redação:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela

⁷ Em 1897, em decorrência de uma aumento vertiginoso de riscos e danos como consequências diretas da revolução industrial e, ainda, influenciado, por teses socialistas do direito, é publicada na França, por Saleilles o memorável *Les accidents de travail et la responsabilité civile*. No mesmo ano, Josserand publica obra referente a responsabilidade civil pelo fato da coisa. Ambos chegam a conclusões semelhantes. O Código de Napoleão era inadequado na apresentação de respostas satisfatórias aos novos fatos, havendo necessidade de implantação, nas hipóteses aludidas, de responsabilidade civil independentemente da prova de culpa do causador do dano.

⁸ Orlando Gomes. (*Obrigações*. 8ª edição. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. P.339).

⁹ Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*. Vol I.18ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 422)

¹⁰ Arruda Alvim e outros (*Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. Revista e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. P. 118.)

reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

O dispositivo é explícito no sentido de que o dever de reparar os danos *independe da existência de culpa*, consagrando-se, à evidência, hipótese de responsabilidade objetiva.

Não cabe ao lesado a tarefa de demonstrar que o fornecedor tenha agido com culpa. Os pressupostos da responsabilidade civil, na hipótese, são os seguintes: dano, defeito do produto, bem como relação de causalidade entre ambos (dano e defeito).¹¹

Ressalte-se que o nexo de causalidade é entre o defeito e o dano (moral e/ou material) sofrido pela vítima. Não se exige uma cadeia de causalidade da conduta do fornecedor até o dano. Basta a relação, nem sempre fácil de se comprovar, entre o defeito e o dano.¹²

O dever de indenizar independe do pressuposto *culpa*. Não há necessidade de demonstrar conduta intencional ou negligente do fornecedor. Na verdade, a lei simplesmente não considera a conduta consistente na fabricação do produto. O que importa é o produto pronto, sem defeitos. O que houve antes, na cadeia de produção - atitude diligente ou negligente do fornecedor - em nada altera o

¹¹ A Diretiva 374/85 da C.E.E. (art. 4º) explicita tais elementos: “*The injured person shall be required to prove the damage, the defect and the causal relationship between defect and damage*”.

¹² Problema bastante intrincado e que deveria merecer uma maior atenção da lei e da doutrina diz respeito à *relação de causalidade* como um dos pressupostos para caracterizar a responsabilidade civil.

Normalmente, fala-se, sem um maior exame da norma jurídica, que a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente é requisito indispensável, seja para a responsabilidade civil baseada na culpa, seja para a chamada responsabilidade objetiva.

É evidente que a causalidade entre conduta e dano, gerando consequentemente o dever de indenizar atende a anseio de justiça. Todavia, o direito pode simplesmente ignorar, para um fim específico, a relação de causalidade física e impor a alguém, ainda que esta inexistia no mundo dos fatos, o dever de reparar dano sofrido por terceiro.

O direito, ciência cultural, pode ou não receber as *verdades* científicas de outras ciências; pode presumir a ocorrência de fatos ou criar ficções jurídicas, tudo com o objetivo de se proteger determinado valores.

Ilustrando, cite-se, seja no direito civil ou penal, a conduta consistente em omissão. Ora, fisicamente “o nada nada causa”. Entretanto, na proteção de determinados bens, o direito torna a omissão física relevante, atribuindo-lhe determinado resultado. O Código Penal, no p. 2º do art. 13, discrimina situações em que a “omissão é penalmente relevante”.

Outra questão é que não há explicitação do significado jurídico da causalidade para fins de caracterização do dever de indenizar. Na maioria dos casos não há dificuldades. Sucede, todavia, que para determinado resultado - juridicamente relevante -, muitas vezes, podem concorrer inúmeras causas (concausas), algumas próximas outras remotas e, ainda, com diferentes intensidades. Diante dessas situações, é salutar que a lei diga o que deve ser considerado como nexo causal para caracterizar o dever de indenizar.

O Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também, chamada *conditio sine qua non* (art. 13, *caput*), com a mitigação do parágrafo primeiro (“a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado”)

dever de indenizar se, obviamente, presentes os requisitos defeito, dano e relação de causalidade entre ambos.

A noção de defeito para fins de caracterização da responsabilidade em questão não coincide com sua idéia vulgar. A definição jurídica de produto defeituoso é encontrada nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 12.¹³

Assim, um brinquedo eletrônico, v. g., ainda que estética e funcionalmente perfeito, pode ser juridicamente defeituoso se não trouxer informações adequadas quanto ao seu correto uso (art. 8º).

Os defeitos (artigo 12) são classificados em três grandes classes os defeitos: defeitos de criação, de produção e de informação.¹⁴

Acrescente-se que, por expressa disposição legal (art. 12, parágrafo único), foi instituída a solidariedade passiva entre todos os integrantes que participam da cadeia de produção e circulação do produto (fabricante, produtor, construtor e importador) e, também, em condições específicas, do comerciante (art. 13).

3 – AS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO (A QUESTÃO DO CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR)

Em termos de responsabilidade civil, há sempre preocupação doutrinária em indicar as chamadas causas excludentes – eximentes – do dever de indenizar. Seriam elas a ocorrência de fatos que elidiriam a responsabilidade civil.

Nem sempre é justificável referir-se a eximentes ou excludentes de responsabilidade civil, especialmente quando não constatado o suporte fático de incidência da norma que obriga uma pessoa a indenizar os danos sofridos por terceiro.

Pontes de Miranda, referindo-se ao caso fortuito e força maior, em lei específica, defende que eles atuam como *pré-eliminadores de suficiência do suporte*

Para a responsabilidade pelo fato do produto, o nexo causal que interessa para a lei, pelo teor da redação do *caput* do art. 12, deve ocorrer entre o defeito e o dano, sendo, em regra, desconsiderada a relação que vincula a conduta do agente ao defeito.

¹³ "Parágrafo primeiro - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação; II - os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Parágrafo segundo - O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado".

¹⁴ Os defeitos de criação decorrem da concepção ou idealização do produto, afetando as características gerais do bem em consequência do erro havido no momento da elaboração do projeto, de forma que o produto não terá a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança não aceitáveis dentro de determinados *standarts*. Os defeitos de produção decorrem de eventual falha inserta em determinada etapa do processo produtivo. Por fim, os chamados defeitos de informação decorrem de publicidade, apresentação e informações insuficientes ou inadequadas, como na hipótese citada. Para constatação desta espécie de defeito, é importante realizar interpretação sistemática da Lei 8.078/90 que em diversos dispositivos trata do dever de informação e da publicidade (art. 6º, 8º, 9º e 37), com especial relevo para os riscos à saúde ou segurança dos consumidores.

fático¹⁵ O dever de indenizar nasce de determinados requisitos que irão compor o suporte fático.. Se faltar um dos requisitos (dano ou nexo de causalidade, por exemplo), por que se referir a excludente do dever de indenizar que em momento algum existiu?

Este equívoco surge, em alguns casos, como influência de leis que dão voltas inócuas, dispondo desnecessariamente a respeito de hipóteses de exclusão do dever de indenizar, como se demonstra a seguir.

O parágrafo 3º do art. 12 da Lei 8.078/90 indica três hipóteses na qual o fornecedor não estará obrigado a indenizar, *verbis*:

"O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I- que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro"

O inciso I refere-se, especialmente, a situações consistentes em furto e roubo do produto defeituoso estocado no estabelecimento e, ainda, a produtos falsificados que trazem, indevidamente, a marca de empresa que não fabricou o bem. Tecnicamente, é o único caso que justificaria falar-se em excludente de responsabilidade. Como dito anteriormente, a lei desconsidera a conduta do fornecedor, para fins de caracterização da responsabilidade civil, antes do ingresso do produto no mercado de consumo. O inciso I é exceção. A lei volta os olhos à conduta do fornecedor, dispondo que se não houve colocação própria do produto no mercado, não há dever de indenizar.

Os demais incisos servem apenas para enfatizar o suporte fático da norma. Mesmo se inexistentes, a solução jurídica seria a mesma.

O inciso II trata da inexistência do defeito como excludente do dever de indenizar. Nada mais natural, considerando que o defeito do produto é pressuposto

¹⁵ Pontes de Miranda posiciona-se nesse sentido (*Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, Vol 2, P.265, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970) "*Quando a força maior ou o caso fortuito, é alegável como excludente da responsabilidade pelo ato ilícito relativo (e.g. Lei 2681/1912, arts. 1º, 17-25), ou absoluto, em verdade a regra jurídica é pré-excludente: vai ao suporte fático, e a força maior, ou o caso fortuito, opera como elemento negativo, que cancela a presunção de culpa, ou conceitualmente exclui prova de culpa*"

necessário (integrante do suporte fático) para surgir a responsabilidade civil em questão. A lei, neste aspecto, foi redundante.

O inciso III cuida da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. O dispositivo apenas reforça a idéia do suporte fático da responsabilidade civil em questão.

A chamada culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, em regra, irá constituir-se em causa suficiente para o acidente. Na hipótese, ou não há defeito ou, mesmo havendo, não há relação de causalidade entre o defeito e o dano. Como exemplo, cita-se o choque elétrico em eletrodoméstico em razão de desrespeito pelo consumidor de normas elementares de cuidado, ostensivamente apresentadas ao adquirente do produto.

Por fim, ainda neste tópico, cumpre referir aos efeitos do caso fortuito ou força maior em relação à responsabilidade pelo fato do produto.

Defende-se que a delimitação da responsabilidade civil pelo fato do produto deve ser extraída da exegese integral do artigo 12 da Lei 8.078/90. O intenso debate que a questão tem suscitado na doutrina não se justifica. Há, entre os autores, apenas um conflito terminológico, sem maiores dissonâncias a respeito dos resultados

Para Zelmo Denari, Antônio Herman Benajmim e Arystóbulo de Oliveira Freitas,¹⁶ embora não previstas expressamente no dispositivo comentado, há exclusão da responsabilidade em virtude de ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso.

Zelmo Denari, em defesa de sua posição, afirma que a *"excludente de caso fortuito ou força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que ira suprimi-la do universo jurídico"*.¹⁷

Tupinamba Miguel Castro do Nascimento defende que o caso fortuito e a força maior não afastam a responsabilidade civil pelo fato do produto, pois não estão previstos no parágrafo 3º, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸

¹⁶ *Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor*. Revista Direito do Consumidor. Vol. 11. Editora Revista dos Tribunais

¹⁷ Com a devida vênia, não é correto afirmar que a lei não pode impor, em determinada situação, o dever de indenizar danos decorrentes de caso fortuito ou força maior. O próprio Código Civil dá exemplo dessa possibilidade (art. 1058 c/c os arts. 955 a 957). Pode-se, e parece que este era o desejo do autor, discordar da justiça da norma jurídica, mas não dizer que o caso fortuito ou força maior por fazerem parte do "mundo fenomênico" devem necessariamente desobrigar excluir o dever de reparar o dano. Como dito, o mundo físico pode ser ignorado ou valorado diferentemente pelo direito, a ponto de entender que a omissão é geradora de determinado resultado físico.

¹⁸ *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. 1ª edição. Editora Aide.

Há, ainda, entendimento no sentido de que se deve diferenciar a ocorrência do caso fortuito ou força maior ocorrido durante ou o ciclo produtivo ou após a introdução do produto no mercado de consumo, sendo que apenas na última hipótese estaria excluído o dever de indenizar.¹⁹

Com a devida vênia dos ilustres juristas, a forma de abordagem do tema parece não ser a melhor. A lei normalmente indica quais os requisitos - pressupostos - do dever de indenizar em determinada situação. O Código de Defesa do Consumidor parece que foi bastante claro neste sentido, como exposto acima.

Ademais, *explicitou* no parágrafo terceiro situações que excluem o dever de indenizar. Todas as soluções devem partir da interpretação desses dispositivos, evitando-se *importar* conceitos não aludidos pela lei de proteção ao consumo.

Para os que defendem que o caso fortuito e a força maior afastam o nexo de causalidade, não há necessidade de recorrer a estes conceitos, pois, ao final, acaba-se por retornar aos pressupostos fáticos da caracterização da responsabilidade civil.

Acrescente-se que o Código de Defesa do Consumidor simplesmente não fez referência ao caso fortuito e a força maior. Nem mesmo o Código Civil, ao tratar da responsabilidade aquiliana (art. 159), dispôs a respeito do caso fortuito ou força maior. Sua previsão e definição encontram-se no artigo 1058 do Código Civil ao se disciplinar as consequências da inexecução das obrigações estipuladas nos negócios jurídicos.²⁰

Não se propugna que situações configuradoras de caso fortuito ou força maior em nada afetam a caracterização do dever de indenizar. Apenas que é desnecessária a utilização dessas denominações no âmbito da responsabilidade aquiliana e, também, da responsabilidade pelo fato do produto.

Por que ir buscar conceitos próprios dos direitos das obrigações para chegar a conclusões já previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor?

Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, ao discorrerem especificamente sobre os efeitos do caso fortuito e força maior nos acidentes de

¹⁹ Arruda Alvim. *Op. Cit.* P. 128.

²⁰ Os conceitos de caso fortuito e força maior têm sido considerados na análise de situações de atos ilícitos absolutos para excluir o dever de indenizar. A análise da inevitabilidade do resultado implica, no fundo, em verificar, a culpa do agente, questionando, em síntese, se outra conduta, nas circunstâncias específicas do fato, era exigível. Dessa forma, se a culpa é pressuposto da responsabilidade aquiliana, não parece ser adequado afirmar que o caso fortuito e a força maior são excludentes da responsabilidade civil. Sem dolo ou culpa do agente não há dever de indenizar (art. 159); não há propriamente responsabilidade civil. Como está pode ser afastada se ainda não existe?

consumo, apresentam alguns exemplos com o fim de justificar a presença das denominadas excludentes de responsabilidade²¹, que acabam por reforçar a tese defendida neste trabalho.

O primeiro exemplo é de um raio que atingindo uma fábrica de refrigerantes, destrói uma das paredes, fazendo com que algumas garrafas, contendo o produto ainda em teste, sejam espalhadas pelas proximidades. Os autores concluem: *"o defeito existe, mas o produto não foi colocado no mercado pelo fabricante, pelo que estaria eximido de indenizar eventual prejuízo aos que ingeriram o refrigerante. Todavia, o produto chegou às mãos de consumidores por motivo de força maior, que é o acontecimento da natureza. Dessarte, provado está que a força maior pode estar inclusa no disposto no inciso I do citado parágrafo 3º do artigo 12"*.

O segundo exemplo é fato concreto. Uma pessoa violou diversas embalagens de leite em pó para misturar o produto com veneno. Os autores concluem, neste caso, que *"é típico caso de culpa de terceiro, mas também é típico acontecimento inevitável e imprevisível, ou seja, é caso de força maior"*.

As duas situações, independentemente do nome que se dê a elas, afastam o dever de indenizar. A solução será a mesma, ainda que não se fale em força maior ou caso fortuito. A disciplina constante no Código de Defesa do Consumidor leva ao mesmo resultado, como reconhecem os próprios autores.

Assim, a análise das chamadas excludentes exige, especialmente, a verificação da ocorrência dos pressupostos do dever de indenizar, além do disposto no inciso I, do parágrafo terceiro do art. 12. Os demais incisos apenas enfatizam e explicitam situações que não há defeito ou que o dano não foi decorrência do defeito (ausência de relação de causalidade).

A novidade, em termos de exclusão da responsabilidade, foi conferida pelo inciso I, já analisado. Pois, nesta hipótese, a conduta do fornecedor - em colocar ou não o produto no mercado - passa a ter relevância jurídica. Se não houvesse o inciso, haveria discussão, v. g., a respeito do dever de indenizar do fabricante de mercadoria furtada, posteriormente vendida a terceiros, da qual decorresse acidente de consumo com a presença dos requisitos *defeito, dano e nexo de causalidade* entre ambos.

²¹ *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Ps. 122/123.

4 – CONCLUSÕES (EMENTA)

- I) Os pressupostos da responsabilidade pelo fato do produto (suporte fático), bem como as hipóteses de exclusão do dever de indenizar estão satisfatoriamente previstos na Lei 8.078/90.
- II) Não há necessidade de recorrer-se aos conceitos de caso fortuito e força maior para análise da responsabilidade pelo fato do produto.

INTEGRAÇÃO ENTRE OS ENTES LEGITIMADOS À PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

LEONARDO ROSCOE BESSA
Promotor de Justiça do MPDFT

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 - AÇÃO COLETIVA E A REALIZAÇÃO DE
DIREITOS 3 - INTEGRAÇÃO DOS ENTES LEGITIMADOS PARA
PROPOSITURA DA AÇÃO COLETIVA - 4 - CONCLUSÕES (EMENTA)

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a ação coletiva (ação civil pública),¹ abordando especialmente a absoluta falta de integração entre os entes que possuem legitimidade para ajuizamento da ação.

Num primeiro momento procura-se demonstrar - até com uma certa dose de truísmo - que a ação coletiva é relevante instrumento de realização de uma série de direitos consagrados na Constituição de 1988, sendo, portanto, uma via - não a única - adequada para a concretização da Carta Política e exercício efetivo da cidadania.

Depois, após desenho panorâmico da ação coletiva, discorre-se a respeito de fator de ordem prática que se constitui em verdadeiro óbice (*problema*) ao pleno êxito de realização de direitos materiais por intermédio da ação coletiva. Cuida-se da deficiente comunicação e integração entre os legitimados para ajuizamento da ação, gerando certo desprestígio ao instituto e aos seus potenciais autores, bem como desperdício de recursos humanos e materiais.

Ao final, sugere-se modelo que permitirá maior comunicação entre os órgãos dos diversos Ministérios Públicos que se dedicam à defesa dos interesses coletivos.

¹ Atualmente, a partir da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), pode-se utilizar indistintamente as expressões "ação coletiva" ou "ação civil pública", referindo-se ao mesmo instituto processual, ou seja, a ação, ajuizada pelo MP ou pelas outras entidades legitimadas, que tenha por desiderato a tutela judicial dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Cf. Hugo Nigro MAZZILLI in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos*, 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais.

2 - AÇÃO COLETIVA E A REALIZAÇÃO DE DIREITOS

A Constituição de 1988 é a matriz de vários direitos fundamentais. Ao lado dos chamados direitos de primeira geração (igualdade formal, propriedade, liberdade de expressão e locomoção),² constam os direitos de segunda geração (direitos sociais em sua formulação original: direitos do trabalhador, direito à saúde, previdência e assistência social). A novidade, em termos constitucionais, concerne à proclamação, de forma ampla, dos direitos relativos à qualidade de vida (art. 225), patrimônio cultural (art. 216) e outros, pertencentes a “carentes organizacionais”³ (consumidores, idosos, portadores de deficiência, crianças, adolescentes, índios).

De outro lado, com o propósito de viabilizar a realização dos “novos” direitos, observa-se, de uma forma geral, que nos últimos quinze anos, tanto o legislador constituinte como o ordinário ampliaram e aperfeiçoaram os instrumentos de tutela de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).⁴

Isto se deu por vários fatores. Sob o aspecto sociológico e político, cabe apontar a influência da doutrina do “acesso à justiça” que, em síntese, procura oferecer novos caminhos, estatais ou não, para solução de conflitos próprios de uma sociedade de massas. Assistiu-se, nas últimas décadas, ao surgimento de movimentos sociais sem tradição histórica de confrontação, tais como os negros, os estudantes, amplos setores da pequena burguesia. Todos em “*luta por novos direitos sociais no domínio da segurança social, habitação, educação transportes, meio ambiente e*

² Paulo BONAVIDES (*in Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., Ed. Malheiros, pg. 517), com razão, afirma: “(...) os direitos da primeira geração - direitos civis e políticos - já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”.

³ Cf. Ada Pellegrini GRINOVER (*in O Processo em Evolução*, Forense Universitária, pg. 116): “São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea” Se esta nota de desigualdade não for considerada, representa uma injustiça, no quadro de valores de uma sociedade democrática, aberta, pluralista e não excludente. Seria prematuro classificar tais direitos como de “terceira geração”, já que inexistente consenso quanto ao tema. Alguns autores falam em novos direitos sociais (Édis MILARÉ, ob. cit. nota 11 e José Afonso da SILVA, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores, 8ª ed. p. 259)

⁴ A Lei 8.078/90 definiu, em seu art. 81, o conceito dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A doutrina, de um modo geral, classifica os direitos difusos e coletivos como “essencialmente” coletivos, enquanto os direitos individuais homogêneos seriam direitos tipicamente individuais, mas ao serem judicializados em ação civil pública ganham dimensão e tratamento coletivos. Márcio MAFRA (ob. cit. Nota 06) discorda. No seu entender, os direitos coletivos e individuais homogêneos são direitos individuais que recebem a característica de indivisibilidade ao serem judicializados coletivamente. Os direitos difusos seriam os únicos materialmente indivisíveis e transindividuais.

qualidade de vida etc",⁵ A configuração processual clássica - João versus Pedro - mostrou-se absolutamente incapaz de absorver e dar resposta aos novos litígios que restavam marginalizados, gerando intensa conflituosidade.

Acrescente-se o fato de que determinados direitos transindividuais - os difusos - por ausência de um titular específico, ficariam carentes de proteção jurisdicional e eficácia, se não houvesse um representante para levá-los até o Judiciário.⁶

Ademais, a solução concentrada de conflitos traz prestígio à Justiça ao evitar decisões contraditórias e diminuir o volume de processos, possibilitando resultados mais céleres.

O constituinte de 1988 foi sensível a tais fatores, pois, ao lado de ampliar o catálogo de direitos substantivos, previu e realçou diversos meios processuais de tutela de interesses metaindividuais. A Constituição instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); possibilitou aos sindicatos e associações defender em juízo interesses da respectiva coletividade (art. 5º, XXI e 8º, III); ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII); aumentou o número de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, finalmente, fez referência expressa à ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", cuja promoção é função institucional do Ministério Público, sem exclusão de outros entes (art. 129, III e p. 1º).

No âmbito infraconstitucional, a preocupação com a eficácia dos interesses transindividuais reflete-se na edição de diversos diplomas legais,⁷ entre os

⁵ Boaventura de Sousa SANTOS (in *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*, artigo incluído na obra *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. - Série o Direito Achado na Rua. V. 2. Universidade de Brasília. José Geraldo de Sousa Júnior e Roberto A. R. Aguiar (orgs) Brasília, 1993)

⁶ Márcio MAFRA (in *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Sérgio Antonio Fabris Editor, pg. 74)) bem sintetiza este aspecto: "De fato, sem que houvesse o regime processual da ação coletiva, o cumprimento dos direitos difusos, em geral, de índole constitucional, ficaria relegado à implementação de políticas públicas, a cargo do Executivo e Legislativo, porque, como se trata de direitos atribuídos a uma entidade sem personalidade jurídica (*comunidade*), ficariam esses direitos sem apreciação por parte do Judiciário".

⁷ Lei 6.938/81 (proteção do meio ambiente), Lei 7.853/89 (ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiências físicas), Lei 7.913/89 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei 9.864/94 (ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica)

quais a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A Lei da Ação Civil Pública foi importante marco na evolução do direito processual coletivo, ao procurar conferir disciplina sistemática à matéria e por conter amplo espectro de incidência, permitindo a judicialização de questões vinculadas ao meio ambiente, consumidor e bens de valor artístico, estético, histórico e paisagístico - patrimônio cultural.

Seguiu-se o modelo da Lei da Ação Popular, ao estabelecer o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* (conforme o resultado do processo), mas, no que concerne a legitimação ativa, optou-se por outra via,⁸ instituindo legitimação concorrente e autônoma entre Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associações civis.

A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), por seu turno, trouxe novidade. Inspirando-se na *class actions for damages* do direito norte-americano, possibilitou a tutela judicial, em ação coletiva, dos danos pessoalmente sofridos (direitos individuais homogêneos - art. 81, II c/c os arts. 91/100).⁹

Aspecto bastante relevante, digno de especial referência, é ampliação do campo de incidência da ação coletiva. Atualmente esta ação pode ter por objeto qualquer espécie de matéria, desde que se caracterize tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. A Carta Magna (art. 129, III, IX e parágrafo primeiro) e a Lei 8.078/90 (arts. 110 e 117) foram expressas neste sentido. A restrição havida originariamente, pela qual somente os interesses relativos a meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural poderiam ser tutelados por meio da ação civil pública, não mais existe. O Código de Defesa do Consumidor (art. 110) acrescentou o inciso IV

⁸ A Lei da Ação Popular conferiu a "qualquer cidadão" a legitimação ativa, sendo que a prova dessa condição deve ser feita com o título eleitoral (art. 1º, p. 3º).

⁹ A sentença, no caso, deve ser genérica (art. 95), limitando-se a reconhecer a responsabilidade do réu pelos danos causados. Futuramente, deverão as vítimas ou seus herdeiros habilitarem-se no processo, a título individual, para procederem à liquidação da sentença, provando o dano sofrido, o seu montante e que se encontram na situação amparada pela decisão.

ao art. 1º da Lei 7.347/85, ensejando a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Assim, hoje, os mais variados assuntos podem ser veiculados em ação coletiva, tais como meio ambiente, consumidor, direitos dos aposentados, idosos, portadores de deficiência física, tributos indevidos, moralidade administrativa etc.

Além disso, o Código conferiu plena complementação e integração entre os dois diplomas legais, de forma que a disciplina estabelecida no Título III da Lei 8.078/90 (arts. 81 a 104) não se destina apenas a processo coletivo vinculado a interesse do consumidor e sim a qualquer ação coletiva, independentemente do seu objeto.¹⁰

Por fim, registre-se que diversos conflitos coletivos têm sido solucionados extrajudicialmente, na fase do inquérito civil, por meio de assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5, p. 6º, da Lei 7.347/85).

Édis Milaré¹¹ após afirmar que “a extrema facilidade com que novos direitos são declarados contrapõe-se a minguada atuação prática desses direitos”, com muita propriedade conclui que “os direitos conferidos no plano material só fazem sentido quando o ordenamento jurídico coloca nas mãos de seus titulares ou de seus representantes ideológicos (Ministério Público, associações etc.) mecanismos efetivos para seu exercício. Essa a missão da ação civil pública.”

3 - INTEGRAÇÃO DOS AUTORES DA AÇÃO COLETIVA

Questão relevante, praticamente sem discussão, diz respeito à integração e harmonia entre as pessoas legitimadas para ajuizamento de ações coletivas.

¹⁰ Antônio Gidi (*In Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995 pg. 77) defende a existência, no futuro, de um Código de Processo Civil Coletivo: “Quando a Ciência do Direito Processual Civil Coletivo estiver amadurecida, poderemos pensar na confecção de um Código de Processo Civil Coletivo. Enquanto isso não é possível, o Título III do CDC combinado com a LACP fará as vezes do Código Coletivo, como ordenamento processual geral”

¹¹ *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente*, artigo publicado no livro *Ação Civil Pública - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*, Ed. Revista dos Tribunais, pags. 193/267

É bom ressaltar, logo de início, que a relevância do presente tópico é relativamente independente da interpretação que se dê a atual - e teratológica - redação conferida ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública,¹² até porque num mesmo Estado, ou até município, há vários órgãos com possibilidade de ajuizar ação coletiva para defesa de interesses coletivos diversos.

De qualquer modo, Ada Pellegrini Grinover,¹³ com lucidez e objetividade, defende que a alteração do dispositivo em nada modificou a possibilidade dos efeitos de determinada ação coletiva abranger todo o país. Algumas de suas considerações são transcritas:

"(...) o indigitado dispositivo da Medida Provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinada pelo pedido, e não pela competência. (...) Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado"

Conforme se expôs, vários entes públicos e privados possuem legitimidade autônoma e concorrente para ajuizamento da ação. É comum que numa mesma cidade existam, v.g., cinco órgãos de defesa do consumidor (município, Promotoria do Consumidor, Procon, duas associações civis). O mesmo ocorre em nível federal, podendo haver órgãos diversos com a mesma possibilidade de ajuizar ação coletiva de âmbito nacional.¹⁴

É fundamental a existência de uma integração mínima entre os legitimados para formular estratégias de atuação, manter intercâmbio de idéias e experiências, centralizar informações referentes a processos coletivos de interesse

¹² Cuida-se de modificação inserida por meio da Medida Provisória 1570/97, posteriormente transformada na Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Pretendeu-se limitar os efeitos da sentença de acordo com o "os limites da competência territorial do órgão prolator".

¹³ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª ed. rev. at. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998. P. 725

¹⁴ Parte da doutrina entende que o foro da Capital de qualquer Estado é competente para julgamento de ações coletivas de "âmbito nacional" (art. 93 da Lei 8.078/90), aumentando a possibilidade de litispendência entre ações coletivas.

geral. Tudo com o objetivo de evitar posicionamentos diversos¹⁵ (muitas vezes, contraditórios), inquéritos civis e ações com o mesmo objeto¹⁶, racionalizando o trabalho, potencializando e prestigiando a ação coletiva.

Não é rara a hipótese em que se traz na contestação de ação coletiva cópia de termo de compromisso (art. 5º, p. 6º da Lei 7.347/85) firmado com outro ente legitimado ou informação que o tema está sendo investigado em inquérito civil no qual uma solução extrajudicial estava bastante próxima.¹⁷

Na área do consumidor, citada apenas como exemplo, o modelo legal não teve qualquer eficácia (arts. 105 e 106 da Lei 8.078/90). O resultado pretendido foi nulo. Não se tem notícia de uma única reunião entre os integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105). Não há qualquer centralização de informações referentes a ações coletivas ajuizadas ou inquéritos civis instaurados.

Faz-se necessária a criação de novos modelos, aplicáveis a todos os setores que atuam na defesa de direitos metaindividuais, atendendo-se, evidentemente, às peculiaridades de cada área.

Não se deve ingenuamente imaginar, qualquer que seja o modelo, que haverá uma integração ampla, com convergência de pensamentos e idéias, além de uniformidade de atuação. Divergências, posturas e ações diversas, decorrentes da autonomia dos órgãos, sempre existirão. Todavia, a maior comunicação entre os entes legitimados, por meio da internet, reuniões periódicas, seminários e o maior intercâmbio de idéias contribuirão naturalmente para uma atuação conjunta e mais

¹⁵ A imprensa, ao final do ano de 1998, conferiu ampla cobertura a situação de divergência entre órgãos estatais de defesa do consumidor. De um lado, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça afirmando ser obrigatório a afixação dos preços diretamente nos produtos expostos nos supermercados. Do outro lado, diversos PROCONs e Promotorias de Defesa do Consumidor posicionando-se no sentido de ser obrigatória a informação clara e ostensiva sobre o preço dos produtos (art. 31 da Lei 8.078/90), mas que tal informação não deveria necessariamente estar afixada no produto.

¹⁶ Após instaurada Investigação Preliminar pela Segunda Promotoria do Consumidor do MPDFT, visando à apuração de prática abusiva (art. 39 da Lei 8.078/90) de editora responsável por revista vendida nacionalmente, a própria investigada, em sua primeira manifestação, informa já existir semelhante procedimento tramitando na Promotoria do Consumidor de São Paulo e, ainda, que termo de compromisso (art. 5º, p. 6º, da Lei 7.347/85) iria ser firmado brevemente.

¹⁷ Ilustrativamente, cite-se ação coletiva ajuizada contra empresa nacional de locação de bens móveis em que se buscava a declaração nulidade de diversas cláusulas contratuais (Proc. nº 3.096/95, 8ª Vara Cível de Brasília). Em defesa, aduziu a requerida que o contrato já havia sido submetido à análise da Promotoria de São Paulo, tendo inclusive sido firmando termo de compromisso de ajustamento de conduta. O exame do referido instrumento, porém, demonstrou que apenas alguns itens do contrato foram adequados à Lei 8.078/90, havendo outras cláusulas abusivas.

harmoniosa, estratégias de atuação previamente elaboradas; tudo resultando em maior prestígio e eficácia de tão relevante instrumento de realização de direitos.

Sugere-se para o Ministério Público da União e dos Estados, na ausência de modelo melhor, que as Promotorias com atribuições de defesa de interesses metaindividuais mantenham cadastro padrão de todas ações ajuizadas e procedimentos em curso (inquéritos civis e investigações preliminares), com o fim de possibilitar permanente e rápido intercâmbio entre os órgãos. Esta comunicação deve ocorrer, preferencialmente, pela internet.

A par de estabelecimento do canal de comunicação sugerido, devem os Ministérios Públicos promover reuniões entre si, no mínimo, semestrais para formular estratégias de atuação; reforçar a troca de idéias e experiências e aperfeiçoar o sistema de comunicação existente.

A primeira reunião para o fim acima indicado poderia ser realizada em Brasília, sob a coordenação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

4 – CONCLUSÕES (EMENTA)

- I) A ação civil pública é relevante instrumento de realização de direitos materiais;
- II) A ausência de integração entre os entes legitimados para ação coletiva constitui-se em fator negativo para a maior eficácia de seus objetivos;
- III) Os Ministérios Públicos com atribuições para a defesa de interesses coletivos devem manter cadastro padrão de todas ações ajuizadas e dos procedimentos investigatórios em curso;
- IV) Os Ministérios Públicos devem realizar entre si reuniões periódicas - no mínimo semestrais - para formular estratégias de atuação; reforçar a troca de idéias e experiências e aperfeiçoar o sistema de comunicação existente;

V) A primeira reunião para o fim indicado no item IV poderá ser realizada em Brasília sob a coordenação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, devendo ser encaminhada proposta neste sentido ao ilustre Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

SUCESSÃO DO ADOTADO NA ADOÇÃO PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL

José Britto da Cunha Júnior
Promotor de Justiça do MPDFT

Tratamento da adoção estatutária e do Código Civil –
Princípio da reciprocidade na sucessão legítima –
Sucessão do adotado na adoção estatutária –
Sucessão do adotado na adoção regulada pelo CCB –
conclusão.

TRATAMENTO DA ADOÇÃO ESTATUTÁRIA E ADOÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

A adoção é um instituto através do qual se permite seja estabelecida uma relação de parentesco entre pessoas, onde este vínculo inexistia anteriormente.

Este instituto não tem recebido um bom tratamento doutrinário. Em face da escassez de discussões jurisprudenciais sobre situações pontuais, a doutrina, além de não haver conseguido uma posição uniforme, não esclarece a contento o assunto.

Tendo em vista o Estatuto da Criança e do Adolescente, alguns autores afirmam haver desaparecido o que foi conhecido por adoção simples. Completam a afirmação salientando existir, nos dias atuais, apenas a adoção prevista na Lei nº 8.069/90.

Há autores, porém, que não cometem este equívoco, pois reconhecem que o Estatuto da Criança e do Adolescente não regulamenta a adoção de pessoas que não são por ele abrangidas.

Os primeiros artigos da Lei nº 8.069/90 esclarecem seu campo de abrangência, assim statuindo:

“ART. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente;

ART. 2º - Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único – Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.”

Assim sendo, haverá a adoção estatutária quando o adotando contar com, no máximo, dezoito anos de idade à data do pedido, ou, com, no máximo, vinte e um anos se já se encontrava sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40, ECA).

Nas hipóteses em que o adotando não se encontrar abrangido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sua adoção reger-se-á pelo Código Civil. Neste caso, forçoso é reconhecer a permanência de adoção diversa da estatutária.

PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

O direito sucessório estabelece a reciprocidade na sucessão legítima, ou seja, na sucessão imposta por lei. Assim sendo, se **A** herda de **B**, é porque existe a possibilidade de **B** herdar de **A**.

Há que se salientar que o princípio da reciprocidade não impõe a igualdade da sucessão ou, até mesmo, a igualdade quanto à preferência na sucessão. Exemplificando: **A** é pai de **B**. Existe, em relação a ambos, a reciprocidade sucessória. Pois, legalmente, tanto **B** pode herdar de **A**, quanto **A** pode herdar de **B**. Mas isto não impõe a obrigatoriedade, pois falecendo **A**, **B**, seu filho, herdará daquele. No entanto, falecendo **B**, tendo este deixado descendentes, **A** nada herdará, pois há a preferência dos descendentes em relação aos ascendentes do *de cujus*.

SUCESSÃO DO ADOTADO NA ADOÇÃO ESTATUTÁRIA

Na adoção estatutária há o rompimento dos vínculos entre o adotado e sua família natural, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 41, ECA).

Assim sendo, a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, sendo que a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Desta forma, o adotado recebe idêntico tratamento do filho natural, não podendo haver qualquer tipo de distinção sob pena de violação de preceito constitucional (§6º, art. 227, da C.F.).

Pelo salientado, não existe qualquer efeito sucessório entre o adotado e sua família natural.

SUCESSÃO DO ADOTADO NA ADOÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

A adoção prevista no Código desperta indagações diante de algumas situações de perplexidade, inicialmente encontradas pelo intérprete, que demonstraremos ser de solução visível.

Falecendo o adotante, o adotado dele herdará em igualdade de condições com os filhos naturais. Não poderá haver tratamento diferenciado em face da regra constitucional supracitada.

Por outro lado, veremos que, falecendo uma pessoa cujo filho foi adotado por outra família, este filho herdará de seu pai natural.

Esta é uma primeira situação de perplexidade que enfrentaremos.

Na adoção regulada pelo CCB, o filho adotado herda tanto de seu pai adotivo como de seu pai natural.

Como já salientado, herdará de seu pai adotivo em face do preceito constitucional que impede qualquer distinção entre filhos (§6º, do art. 227, da C.F), e herdará de seu pai natural pela ilação que se extrai da combinação do artigo 1.609 do CC com o princípio da reciprocidade.

“ART. 1.609- Falecendo sem descendência o filho adotivo, se lhe sobreviverem os pais e o adotante, àqueles tocará por inteiro a herança.”

Assim sendo, pelo fato de que o pai natural herda de seu filho na adoção tratada pelo Código Civil, este também herdará de seu pai natural diante do princípio da reciprocidade da sucessão.

Uma outra questão a discutir diz respeito à ordem de vocação hereditária do adotado na adoção prevista CCB:

O já comentado artigo 1609, do CC, esclarece que, falecendo, sem descendência, o filho adotivo, se lhe sobreviverem os pais e o adotante, aos pais naturais tocará por inteiro a herança.

O parágrafo único deste artigo salienta que “em falta dos pais, embora haja outros ascendentes, devolve-se a herança ao adotante”.

Até este momento, a doutrina que admite a adoção regulada no Código Civil é uníssona, afirmando que, falecendo o adotado, primeiro herdarão seus descendentes; na falta destes, herdarão os pais naturais e, na falta destes últimos, o adotante.

Uma segunda situação a ser enfrentada diz respeito à continuação desta ordem de vocação sucessória.

O artigo 1.618 do CC esclarece que “não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante”. Isto em conformidade com o artigo 336 do CC, que salienta que “a adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado”. O art. 376 do mesmo *Codex*, em harmonia com os artigos

citados, salienta que "o parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V".

Há que se observar que estes artigos referem-se apenas à adoção tratada pelo Código, pois a adoção Estatutária tem regulamentação própria.

Diante do exposto, na adoção prevista no Código não há relação de parentesco entre o adotado e os familiares do adotante.

Desta forma, a sucessão legítima do adotado, nesta modalidade de adoção, defere-se após a ordem já salientada, na ausência do adotante, aos outros ascendentes da família natural; na falta destes, ao cônjuge ou companheiro(a) e, por fim, aos colaterais até o quarto grau, observando-se o que dispõe o artigo 1.603 do CC.

A ordem de vocação hereditária fica nos seguintes termos:

Falecendo o adotado (na adoção tratada no Código) serão chamados à sucessão, por interpretação conjugada dos artigos 336, 376, 1.603, 1.609 e 1.618 todos do CC:

- 1º - seus descendentes;
- 2º - os ascendentes na seguinte ordem: em primeiro, os pais naturais; na ausência destes, o adotante; na ausência deste último, os demais ascendentes da família natural;
- 3º - cônjuge ou companheiro(a);
- 4º - colaterais da família natural até o 4º grau;
- 5º - Municípios, Distrito Federal ou à União.

Alguns obstáculos têm que ser enfrentados. Primeiro seria a afirmação de alguns doutrinadores de que o ECA teria extirpado do nosso ordenamento jurídico o instituto da adoção prevista no Código Civil. O segundo obstáculo é que os parágrafos 5º e 6º do artigo 227 da CF/88 também teriam eliminado esta forma de adoção, não havendo mais a vigência dos artigos 336, 376, e 1.618 do CC.

O primeiro argumento não merece prosperar. Como já salientado, o ECA revogou apenas parcialmente a adoção regulamentada pelo Código Civil, ou seja, esta codificação passa a regular as hipóteses não abrangidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O parágrafo quinto, do artigo 227, da CF/88, estabelece que “a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”. Este preceito constitucional em hipótese alguma veio extirpar a adoção regulada no Código, sua finalidade foi apenas exigir a intervenção do poder público em qualquer tipo de adoção.

O parágrafo sexto do artigo 227 da CF/88 estabelece que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Numa análise mais aprofundada, poder-se-ia imaginar que este dispositivo impediria a afirmação acima. Outro equívoco, senão vejamos:

O dispositivo constitucional impede a discriminação entre filhos. Isto não ocorre na adoção tratada no Código Civil, pois, falecendo o adotante, o adotado herda em igualdade de condições com os demais filhos naturais. Não se estabelecerá relação sucessória, porém, entre a família do adotante e o adotado conforme os dispositivos legais já citados. Por exemplo: falecendo os pais do adotante, o adotado não poderá herdar deles, quer seja por pré-morte do adotante, quer seja por indignidade ou qualquer outra situação análoga. Não há violação da norma constitucional pelo simples fato de que o adotado não é filho do autor da herança. Poder-se-ia imaginar ser neto, **mas apenas por afeição, nunca legalmente**. Não está havendo a violação do preceito constitucional. Não se pode olvidar de que inexistente parentesco entre adotado e a família do adotante.

Pelo mesmo raciocínio, não se sustenta a revogação do artigo 1.614 do CCB, senão vejamos: É pacífico que os irmãos germanos herdam o dobro do que herdarem os irmãos unilaterais (art. 1.614, CC). Aqui também não há violação da regra constitucional em comento, pois os herdeiros são irmãos do autor da herança e não seus filhos. Novamente há que se salientar que a Constituição é explícita na

proibição de discriminação relativa à filiação.

A ilação extraída se dá pelo fato de que a adoção do Código é um ato jurídico celebrado pelo adotante. Não pode vincular terceiros, assim sendo, não pode vincular também seus ascendentes. Por este motivo não se estabelece a tão comentada relação de parentesco entre o adotado e os parentes do adotante. Para que o ato jurídico celebrado por uma pessoa possa alcançar terceiros, somente se houver disposição legal expressa, como é o caso da adoção estatutária, que, por força da lei cria a relação de parentesco entre o adotado e a família do adotante. O mesmo não ocorre na adoção tratada pelo Código Civil.

Imaginar-se o contrário seria sustentar a impossibilidade de ser adotada uma pessoa não incluída nas hipóteses da Lei nº 8.069/90.

CONCLUSÃO

Assim sendo, está em plena vigência a adoção prevista no Código Civil, obviamente em seu campo de incidência, bem como os artigos 336, 376, 1.609 e 1.618 do CCB.

PROPOSTA

Sugerimos o encaminhamento do presente trabalho para as Promotorias com atribuições para officiar em processos de adoção, com a finalidade de divulgar o presente entendimento aqui defendido, de modo a unificar o posicionamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios sobre o tema.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA OU COMPLEMENTAR

José Eduardo Sabo Paes¹

Ementa. Fundações de direito privado sua definição e características. Fundações de Previdência Privada ou Complementar e características gerais. Do velamento e atuação do Ministério Público e do Ministério de Previdência e Assistência Social com relação às fundações de previdência privada. Abrangência do art. 86 da Lei 6.435/77 e do art. 82, I, do Código de Processo Civil. Da necessidade de adequar o funcionamento das fundações de previdência privada ao velamento do Ministério Público constante dos artigos 26 a 30 do Código Civil e 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil.

I - As fundações de direito privado e suas características gerais.

A fundação, em nosso direito, é uma instituição de fins determinados (finalidade esta que depende da vontade do instituidor), formada através da atribuição de personalidade jurídica a um complexo de bens livres que é o patrimônio, o qual será administrado por órgãos autônomos de conformidade com as previsões do estatuto.

Assim, podemos elencar em cinco as principais características das fundações: a) a finalidade ou os fins; b) a origem ou a forma de criação; c) o patrimônio; d) o modo de administração; e) o velamento do Ministério Público.

¹ Membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios desde 1989 e titular da 2ª Promotoria de Fundações e Entidades de Interesse Social

A finalidade, sempre lícita, será permanente, uma vez que após definida pelos instituidores, em escritura ou testamento, não poderá ser modificada pelos administradores (CC, art. 28, II).

Quanto à origem da fundação, esta é realizada pela manifestação de liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, que são os instituidores, através de escritura pública ou cédula testamentária (CC, art. 24).

Com relação ao patrimônio, este de primordial importância na caracterização da pessoa jurídica fundacional, é composto por bens livres que o(s) instituidor(es) lega(m) ou doa(m) à futura entidade, para que ela possa, com aquela dotação inicial, realizar as suas finalidades.

O modo de administração ou a organização administrativa é característica basilar do ente fundacional, pois ao vincular-se um patrimônio a um fim, verificou-se a necessidade de diferenciar-se os instituidores dos administradores e de organizarem estes órgãos autônomos, mas subordinados, cabendo-lhes: deliberar e traçar metas e diretrizes, função do conselho curador ou deliberativo; executar função do conselho administrativo ou executivo e controlar internamente função do conselho fiscal.

Há, ainda, como quinta característica das fundações de direito privado, o papel desempenhado pelo Ministério Público como ente estatal incumbido, pela lei, de velar, acompanhar, intervir e fiscalizar as fundações².

II - As Fundações de Previdência Privada ou Complementar e suas características gerais

² O papel do Estado no acompanhamento das fundações é fruto da importância que têm estes entes para a sociedade. cabendo ao Ministério Público — instituição competente para defender os interesses da sociedade e os interesses públicos —, acompanhá-la em toda a sua vida: do seu registro à sua extinção.

A fundação de previdência complementar é também usualmente denominada de fundação de previdência fechada.

Insere-se esta fundação no contexto da seguridade social, sendo uma das formas jurídicas de organização de entidades destinada a atuar no campo da previdência privada.

Cumpre-nos esclarecer, *ab initio*, que estas fundações eram denominadas de fundação de seguridade social, tanto as instituídas por empresas particulares como por empresas públicas ou autarquias, e foram, até a vigência da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, fundações de direito privado, naturalmente submetidas às normas gerais as fundações instituídas por pessoas físicas ou jurídicas³.

A mencionada Lei nº 6.435/77, com as alterações da Lei nº 6.462, de 9.11.77, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1978, e dispôs sobre as entidades de previdência privada, definindo-as como capazes de instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de renda, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregados ou de ambos.

Classificam-as como entidades fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, os quais, para efeitos da Lei nº 6.423/77, foram denominadas de patrocinadoras, e em entidades abertas as demais, podendo estas terem fins lucrativos e aquelas — as fechadas — não.

De acordo com o referido diploma legal, art. 5º, as entidades de previdência privada são organizadas como sociedades anônimas, quando tivessem fins lucrativos e sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos e, nesta

³ Estas normas são as do Código Civil (arts. 24 a 30) e do Código de Processo Civil (arts. 652 a 654, de 1939, e 1.199 a 1.204, do atual), além de eventuais disposições regulamentares expedida pelos órgãos fiscalizatórios dos Ministérios Públicos locais.

condição, fazem complementação do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 34).

O artigo 86 da já mencionada Lei nº 6.435/77 transferiu a competência de velamento exercido pelo Ministério Público ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Esta é a redação do dispositivo:

Art. 86. Compete exclusivamente ao Ministério da Previdência e Assistência Social velar pelas fundações que se enquadrem no conceito de entidade fechada de previdência privada, como definido nos artigos 1º e 4º desta Lei, derogado, a partir de sua vigência, no que com esta conflitar, o disposto nos artigos 26 a 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

Na verdade, o que ocorreu é que o controle, fiscalização e supervisão dessas entidades fechadas de previdência passaram para o Poder Público Federal - MPAS - Secretaria de Previdência Complementar⁴ e saíram do âmbito do Ministério Público face à derrogação pelo art. 86 da Lei nº 6.435/77, dos artigos 26 a 30 do CC e 1.199 a 1.204 do CPC.

III - Da Atuação do Ministério Público e do Ministério da Previdência e Assistência Social

Nessa nova situação os poderes de regulamentação, de fiscalização, de controle e acompanhamento são exercidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, que tornam as fundações de previdência complementar em verdadeiras entes de colaboração da administração pública.

⁴ A Secretaria da Previdência Complementar é órgão específico do Ministério da Previdência e Assistência Social, e tem como competência analisar os pedidos de autorização para constituição, funcionamento, fusão, incorporação, grupamento, transferência de controle e reforma dos estatutos das entidades fechadas de previdência privada, submetendo parecer técnico ao Ministro do Estado (inc. IV, do art. 9º, do Dec. 1644, de 25.09.95).

São de Sérgio de Andréa Ferreira as primeiras colocações precisas para este tema, "podemos afirmar que as fundações de seguridade são fundações de direito privado, de direito civil, particulares: a) antes da legislação específica sobre elas, do Código Civil, inteiramente submetidas a esse e ao Código de Processo Civil, sob o velamento do Ministério Público: administradas, sujeitas, tão-somente, à provedoria daquela instituição e ao poder de polícia ordinário; b) após o advento da Lei nº 6.435/77, as entidades fundacionais fechadas de previdência complementar passaram a colaboradoras do poder público, mas sempre de direito privado, de direito civil, particulares, apenas com derrogação da incidência das disposições do Código Civil e do CPC, quando houver conflito daquelas leis com tais regras, tendo o respectivo velamento sido transferido para a responsabilidade do MPAS, nos termos do estatuído pelo art. 86 do citado diploma legal"⁵.

Por sua vez, quanto à competência, necessário se faz esclarecer que não tem o Ministério Público, através dos Promotores de Justiça que exercem a função de Curadores de Fundações, atribuição para velar pelas fundações de previdência privada. No entanto, cabe ressaltar que poderão haver ações cuja decisão, ao final, redundarão em grande repercussão social, como por exemplo em um caso em que foram reduzidos os proventos da aposentadoria de beneficiário da FACEB - Fundação de Assistência Social da CEB, ou alterado o tempo de contribuição dos empregados da CEF, por meio de mudanças de regras da FUNCEF.

Nestes casos acima exemplificados justifica-se a atuação do Ministério Público, no caso de Brasília, por uma das Promotorias de Justiça Cíveis, cuja atribuição é de verificar o interesse público em razão da natureza da lide que está sub examine e na forma do art. 82, I, do CPC intervir no feito.

Todavia melhor seria inclusive em nome do papel que tem o Ministério Público no velamento das fundações, novamente no acompanhamento do cumprimento de suas finalidades que houvesse uma modificação na própria legislação que dispõe sobre as entidades de previdência privada para que as fundações de

⁵ Sérgio de Andréa Ferreira. *Aspectos Básicos do Moderno Direito das Fundações de Previdência Suplementar*.

previdência privada complementar ou fechadas fossem submetidas às mesmas normas gerais a que são sujeitas as fundações instituídas por pessoas físicas ou jurídicas. (art. 26 do Código Civil)

Mesmo porque, agem estas fundações da mesma forma que todas as outras. Tem patrimônio, órgão de deliberação e administração, tem finalidades que são imutáveis e devem ser cumpridas. Não sendo incomum virem seus beneficiários até a Promotoria de Fundações apresentar denúncias quanto ao desvirtuamento de suas finalidades provocada por ato ou atos de seus administradores e também por omissão do órgão fiscalizador que é a Secretaria da Previdência Complementar (SPC), órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Registre-se que para uma modificação legislativa desta o momento é oportuno pois discute-se agora, no Congresso Nacional por meio dos Projetos de Lei Complementar de números 8B e 10B, ambos de 1999, respectivamente o Regime de Previdência Complementar e, a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

Nestes referidos projetos é tratado especificamente do tema quando coloca-se que as entidades de previdência privada serão instituídas sob a forma de fundação de direito privado sem fins lucrativos (art. 8º, parágrafo único do PLC nº 8-B)⁶ e que organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, e que não se aplicará às fundações o disposto nos arts. 26 a 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil (art. 73 do PLC nº 10-B)⁷.

Cabendo, em ambos os Projetos de Lei Complementar e inclusive na lei ordinária subsequente se for o caso a propositura de emenda voltando à inserir

Revista de Direito Administrativo, vol. 172 - abril/junho, 1988, p. 22 e 23.

⁶ O PLC nº 08/99, (que dispõe sobre a relação entre a união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar e dá outras providências) após tramitar na Câmara dos Deputados foi enviado ao Senado Federal em 11.01.2000.

⁷ O PLC nº 10/99 (que dispõe sobre o Regime de previdência Complementar e dá outras providências), após tramitar na

as fundações de previdência privada ou complementar no velamento do Ministério Público constante do art. 26 a 30 do CC e 1.199 a 1.204 do CPC.

IV - Conclusão

Dessarte, urge propugnar-se pela derrogação do art. 86 da lei 6.435/77 - que transfere a competência do velamento exercido pelo Ministério Público ao Ministério Público da Previdência e Assistência Social sendo possível por meio de emenda ao Projeto de Lei Complementar nº 10-B que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar estabelecer que realiza a Instituição Ministerial o velamento das fundações de direito privado de previdência fechada ou complementar.

Cumprindo ressaltar que pode e deve o Ministério Público havendo a presença do interesse público, na forma do art. 82, I do CPC atuar como fiscal da lei em casos em que figure em um dos pólos da ação fundação de previdência privada e beneficiários ou participantes que estejam com seus proventos ou pecúlios ou contratos sendo desrespeitados.

REGIMENTO DO IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Capítulo I DOS OBJETIVOS, DA SEDE E DO PERÍODO DE REALIZAÇÃO

Art. 1º. O IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, que será promovido pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) e pela Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMPDFT), com o apoio do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça, tem os seguintes objetivos:

- I - estudo de temas jurídicos;
- II - análise crítica do desempenho dos agentes do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face das atribuições e garantias da Carta de 1988;
- III - obtenção de subsídios para proposta de emenda constitucional e reforma legislativa;
- IV - aprovação de proposta de enunciados para o Ementário do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
- V - aprovação de trabalhos (teses) a serem encaminhados aos Encontros Regionais e Nacionais do Ministério Público;
- VI - discussão de questões administrativas internas;
- VII - discussão das transformações operadas na sociedade brasileira; do papel do Ministério Público como agente político vocacionado à transformação social; e das perspectivas de atuação institucional;
- VIII - discussão do relacionamento dos membros do Ministério Público com os poderes constituídos e segmentos da sociedade; e
- IX - conagração da classe.

Art. 2º. O IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios será realizado na Pousada do Rio Quente - GO, conforme prévia consulta à classe, no período de 12 a 15 de abril de 2000, ou, havendo motivo relevante, em outra data a ser informada oportunamente.

Art. 3º. As sessões solenes de abertura e encerramento do IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS serão presididas pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Capítulo II DOS ÓRGÃOS INTERNOS DO CONGRESSO E DOS TRABALHOS

Art. 4º. São órgãos do IV CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS:

- I - Plenário;

II - Comissão Organizadora.

Art. 5º. Serão objeto de apreciação no IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios as teses apresentadas à Comissão Organizadora no prazo previsto no artigo 22 deste Regimento.

Capítulo III DA COMISSÃO ORGANIZADORA

Art. 6º. A Comissão Organizadora terá a seguinte composição:

I - três representantes da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – três representantes da Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

III – três representantes do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, indicados pela Procuradoria-Geral de Justiça.

§ 1º. A critério da Comissão Organizadora, poderão ser convidados Membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para colaborar na organização do evento.

§2º. A Comissão Organizadora será auxiliada por servidores do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, indicados pela Procuradoria-Geral de Justiça, e por funcionários indicados pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e pela Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Art. 7º. Compete à Comissão Organizadora:

I - elaborar o Regimento do IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – escolher o local onde serão realizadas as reuniões do Congresso;

III - decidir sobre o termo final para inscrições do IV Congresso Interno do MPDFT;

IV- aprovar patrocinadores;

V - elaborar o programa oficial do Congresso;

VI - dar publicidade às atividades do IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

VII - escolher e convidar conferencistas;

VIII – indicar ou substituir o(s) Coordenador(es) do(s) Grupo(s) de Trabalho, caso venha(m) a ser constituído(s);

IX- receber as teses e excluir as que não atenderem ao disposto no artigo 21 deste Regimento;

X - encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça as teses aprovadas no IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que se refiram a sugestões ao Ementário ou que digam respeito às questões administrativas internas;

XI - encaminhar ao Poder Legislativo as teses aprovadas que tenham por objeto sugestão para modificação legislativa e/ou constitucional, obedecidos os trâmites legais;

XII - organizar os Anais do IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

XIII - exercer outras atribuições inerentes à atividade de organização e direção do IV Congresso Interno do MPDFT;

XIV - resolver os casos omissos.

Capítulo IV DOS GRUPOS DE TRABALHO

Art. 8º. Os Grupos de Trabalho poderão ser constituídos, a juízo da Comissão Organizadora, se o número de teses recebidas se mostrar excessivo para a apreciação durante as Sessões Plenárias.

Art. 9º. Instalados, os Grupos de Trabalho obedecerão à seguinte divisão:

Grupo I: Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Penal Especial e Direito Processual Penal Especial;

Grupo II: Direito Civil; Direito Comercial; Direito da Criança e do Adolescente; Direito Processual Civil; Direitos Difusos, Coletivos, Individuais Homogêneos e Individuais Indisponíveis;

Grupo III: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Tributário; e Questões Administrativas e Institucionais do Ministério Público.

Art. 10. Compete aos Grupos de Trabalho apreciar as teses que lhe forem distribuídas, bem como as respectivas emendas.

Art. 11. Aos Grupos de Trabalho caberá discutir as teses, objetivando o aprimoramento do trabalho apresentado.

Art. 12. Cada Grupo de Trabalho terá um Coordenador, escolhido pela Comissão Organizadora, e um Secretário, designado pelo Coordenador.

Art. 13. Compete ao Coordenador do Grupo de Trabalho:

I – designar data e local para a realização de reuniões, em Brasília, dos Grupos de Trabalho;

II – dirigir os trabalhos de apresentação e discussão das teses e resolver de plano as questões de ordem suscitadas;

III – providenciar o encaminhamento à Comissão Organizadora das teses discutidas, acompanhadas das atas das reuniões realizadas.

Art. 14. Não haverá votação para aprovação ou rejeição das teses no âmbito dos Grupos de Trabalho.

Capítulo V DO PLENÁRIO

Art. 15. O Plenário será composto por membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios — ativos e inativos — devidamente inscritos, e reunir-se-á nos dias 12, 13, 14 e 15 de abril de 2000, na forma do art. 2º.

§1º. Comporão também o Plenário, desde que devidamente inscritos, ex-membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e membros de outros Ministérios Públicos, mas somente poderão apresentar teses e exercer o direito de voto nos casos dos incisos I e III do artigo 1º deste Regimento.

§ 2º. A Comissão Organizadora poderá modificar o cronograma das reuniões do Plenário, mediante prévia informação aos inscritos, dependendo da quantidade de teses apresentadas.

Art. 16. Os Presidentes das Sessões Plenárias serão previamente escolhidos pela Comissão Organizadora.

Art. 17. Compete aos Presidentes das Sessões Plenárias:

- I - preparar e presidir as sessões;
- II - nomear os secretários para as sessões;
- III - definir as atribuições dos secretários, observado o disposto no art. 10;
- IV - submeter ao plenário as teses que lhes forem encaminhadas na forma deste Regimento;
- V - resolver de plano as questões de ordem, submetendo à apreciação do Plenário os recursos interpostos.

Art. 18. Os secretários deverão consignar em ata o ocorrido em cada sessão, especificando as teses aprovadas e rejeitadas e o número de votos obtidos.

Art. 19. Compete ao Plenário aprovar ou rejeitar as teses apresentadas.

Art. 20. Nas Sessões Plenárias, os trabalhos obedecerão à seguinte ordem:

- I - abertura da sessão;
- II - leitura do expediente;
- III - apresentação das teses;
- IV - votação das teses.

Art. 21. Havendo desrespeito ao presente Regimento, poderá ser argüida questão de ordem, que será decidida pelo Presidente da Sessão, facultando-se ao interessado a interposição de recurso oral ao Plenário, que se pronunciará imediatamente, vedada a declaração de voto.

Parágrafo único. As decisões do Plenário são irrecorríveis.

Capítulo VI DAS TESES E PROPOSTAS

Art. 22. As teses deverão ser encaminhadas à Secretaria da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios até as dezoito horas do dia 20 de março de 2000, para viabilizar a apreciação pela Comissão Organizadora, a composição do livro de teses e a divulgação aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º. As teses poderão ser subscritas por até dois autores.

§ 2º. A inobservância do prazo mencionado no *caput* deste artigo poderá implicar o não recebimento da tese pela Comissão Organizadora.

§ 3º. As teses deverão adequar-se aos seguintes padrões:

a) impressão em papel formato A-4 (21,0 cm x 29,7 cm); fonte arial; tamanho 12 pt.; entrelinhas com espaçamento 1,5, adotadas as margens abaixo especificadas:

superior: 3,0 cm
inferior: 2,0 cm
esquerda: 2,5 cm
direita: 2,0 cm

b) remessa de duas cópias da tese, acompanhadas de disquete de computador de 3,5" - 90 mm - 2HD, editadas no processador *Word for Windows 6.0 ou 7.0*.

c) máximo de 10 laudas, contendo o título, a ementa das conclusões, a justificativa e, necessariamente, o oferecimento de proposta.

§ 4º. Excepcionalmente, admitir-se-á a apresentação da tese datilografada, em espaço dois (2), com no máximo 12 laudas.

§ 5º. As teses que não atenderem ao disposto no parágrafo 3º deste artigo serão excluídas pela Comissão Organizadora, assim como as de conteúdo ofensivo aos membros do Ministério Público.

Capítulo VII DA APRESENTAÇÃO, DISCUSSÃO E VOTAÇÃO DAS TESES EM PLENÁRIO

Art. 23. A teses serão apresentadas pelo(s) seu(s) autor(es) — ou representante previamente indicado, observadas as disposições insertas no § 1º do artigo 8º deste Regimento — desde que devidamente inscritos no IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º. A apresentação de cada tese terá a duração de dez minutos, obedecida a ordem numérica de publicação no caderno de teses.

§ 2º. A ausência do apresentador no momento da exposição da tese implicará a transferência da sua apresentação para o final dos trabalhos.

Art. 24. Após a apresentação da tese, serão iniciados os debates, com duração de quinze minutos.

§ 1º. As inscrições para os debates deverão ser requeridas ao secretário da Sessão até o encerramento da apresentação da tese.

§ 2º. Serão admitidos, no máximo, cinco debatedores, sendo de três minutos improrrogáveis o tempo previsto para cada um, ainda que o número de debatedores seja inferior a cinco.

Art. 25. Terminados os debates, o apresentador da tese, querendo, terá mais quatro minutos para resposta.

Art. 26. Após a derradeira manifestação, o Presidente da Sessão Plenária submeterá a tese, imediatamente, à apreciação dos participantes presentes.

Art. 27. Os participantes do IV Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios poderão apresentar destaques e/ou emendas para acréscimo, supressão ou modificação da redação da tese.

§ 1º. Havendo emendas e/ou destaques, o(s) autor(es) da tese será(ão) consultado(s) sobre a sua aceitação.

§ 2º. Aceita pelo autor a emenda e/ou destaque, o Presidente da Sessão Plenária colocará em votação a tese modificada.

§ 3º. Negada pelo autor qualquer alteração da tese, esta será votada assim como apresentada na forma original, vedada a votação de emenda ou destaque.

Art. 28. As teses serão aprovadas por maioria simples dos votantes, excluídos os que se abstiverem.

§ 1º. Na votação, o Presidente computará os votos favoráveis e os contrários à tese e registrará as abstenções.

§ 2º. Em caso de empate, desprezadas as abstenções no cômputo dos votos, a tese será considerada reprovada.

Art. 29. O Presidente da Sessão Plenária, ou seu substituto eventual, não terá direito a voto.

Parágrafo único — Somente na hipótese de o Presidente apresentar tese, terá direito a voto, sendo que, nesse lapso de tempo, passará a Presidência do Plenário ao Secretário.

Capítulo VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 30. As questões omissas deste Regimento serão solucionadas pela Comissão Organizadora.

Art. 31. Este Regimento entra em vigor na data da sua aprovação.

COMISSÃO ORGANIZADORA:

Lélia Maria D. de Cerqueira – **Presidente**
Israel Pinheiro Torres – **Vice-Presidente**
Leslie Marques de Carvalho - **1ª Secretária**
Wilton Queiroz de Lima – **2º Secretário**
Alexandre Fernandes Gonçalves
Luciana Medeiros Costa
Jânio Antônio Coelho
Ana Luiza Lobo Leão Osório
Railson Américo Barbosa de Oliveira
Newton Cezar Valcarenghi Teixeira

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

Apoio:



**BRASÍLIA
JURÍDICA**

