

M.P.D.F.T.



112927

M.P.D.F.T.



112927

III CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ANAIIS

341.413
CONG
DFT
1998
112927



Portaria PGI nº 24, de 18/07/2000



ANAIIS

III CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS



**BRASÍLIA
JURÍDICA**

OUTUBRO/1997

OUTUBRO
1997

ANAI

*III Congresso Interno do Ministério Público
do Distrito Federal e Territórios*

(Outubro – 1997)

ANais

*III Congresso Interno do Ministério Público
do Distrito Federal e Territórios*

(Outubro – 1997)

M.P.D.F.T.



112927



M.P.D.F.T.



112927

1998



Brasília Jurídica

Direitos autorais reservados – © –
EDITORA BRASÍLIA JURÍDICA LTDA.

SDS Bl. O – Ed. Venâncio VI – Lj. 27
Tel.: (061) 224-4607 e Fax (061) 225-8494 – CEP 70393-900

Editoração eletrônica: Cia. Projecto Editorial
Capa: Marcelo de Oliveira

CONGRESSO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS, 3., 1997, Pirenópolis, GO.

Anais... – Brasília : Brasília Jurídica, 1998.

214p

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

CDDir. 341.413.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Praça Principal, Lote 2, Eixo Monumental (Praça Buriti)
Brasília-DF, CEP: 70075-900
Telefones: (061) 343-1147 / 343-1445

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

SAS – Quadra 5, Bloco H, 3º andar, sala 302
Brasília-DF, CEP: 70070-914
Telefax: (061) 226-4643 / 226-4178

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Praça Principal, Lote 2, Eixo Monumental (Praça Buriti)
Brasília-DF, CEP: 70075-900
Telefone: (061) 343-1147 / 343-1445

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS**

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Vice-Procurador-Geral

Procurador de Justiça ROMEU GONZAGA NEIVA

Corregedora-Geral

Procuradora de Justiça ZENAIDE SOUTO MARTINS

Diretor-Geral

Promotor de Justiça MOISÉS ANTÔNIO DE FREITAS

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

Conselho Curador

Conselheira-Presidente

Procuradora de Justiça LÉLIA MARIA DUARTE DE CERQUEIRA

Conselheira-Secretária

Promotora de Justiça ISABEL MARIA DE FIGUEIREDO FALCÃO

Conselheira

Promotora de Justiça CLÁUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS

Conselheiro

Procurador de Justiça HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Conselheiro

Procurador da República HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Conselheira

Procuradora de Justiça ZENAIDE SOUTO MARTINS

Conselho Administrativo

Diretora-Geral

Promotora de Justiça EUNICE PEREIRA AMORIM

Diretor de Ensino

Promotor de Justiça PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

Diretor Administrativo-Financeiro

Promotor de Justiça aposentado LUCAS RESENDE ROCHA

Diretora Editorial

Promotora de Justiça DENISE LYRIO PACHECO

Diretor de Eventos

Promotor de Justiça LEONARDO AZEREDO BANDARRA

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

Presidente

Promotor de Justiça MAURÍCIO SILVA MIRANDA

Vice-Presidente

Promotor de Justiça LIBÂNIO ALVES RODRIGUES

Relações Públicas

Promotor de Justiça MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL

Diretor Administrativo

Promotor de Justiça ALEXANDRE FERNANDES GONÇALVES

Diretor Financeiro

Promotor de Justiça JONATAS PEREIRA CARDOSO

Secretário

Promotor de Justiça TRAJANO DE SOUSA MELO

Diretor para Assuntos Jurídicos e Institucionais

Promotor de Justiça JAIRO BISOL

**COMISSÃO ORGANIZADORA DO III CONGRESSO INTERNO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS**

Presidente

Procuradora de Justiça FRANCISCA SOARES DA SILVA

Vice-Presidente

Promotor de Justiça ANDRÉ VINÍCIUS E. S. DE ALMEIDA

1º Secretário

Promotora de Justiça ISABEL MARIA DE FIGUEIREDO FALCÃO

2º Secretário

Promotor de Justiça DORIVAL BARBOSA FILHO

Membros

Promotora de Justiça ANA PAULA TOMÁS DA SILVA
Promotor de Justiça ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE

Promotor de Justiça BRUNO CAIADO DE ACIOLI

Promotor de Justiça ISRAEL PINHEIRO TORRES

Promotor de Justiça JAIRO BISOL

Promotor de Justiça JOSÉ BRITTO DA CUNHA JÚNIOR

Promotor de Justiça LIBÂNIO ALVES RODRIGUES

Promotora de Justiça YARA VELOZO TEIXEIRA

Subcomissão Editorial

Promotor de Justiça ADAUTO ARRUDA DE MORAIS

Promotor de Justiça BRUNO CAIADO DE ACIOLI

Promotor de Justiça FRANCISCO LEITE DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça Adjunto JOSÉ THEODORO CORRÊA DE CARVALHO

Promotora de Justiça MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA

Promotor de Justiça MAURO FARIA DE LIMA

Promotor de Justiça Adjunto PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

Promotor de Justiça ROBERTO CARLOS BATISTA

Subcomissão de Hospedagem, Transporte e Eventos

Promotora de Justiça ANA CLÁUDIA MAGALHÃES ALVES DE MELO

Promotora de Justiça ANA LUÍZA RIVERA

Promotora de Justiça ANA PAULA TOMÁS DA SILVA
Promotor de Justiça BRUNO AMARAL MACHADO
Promotora de Justiça EUNICE PEREIRA AMORIM
Promotora de Justiça Adjunta MARIEN CRISTINA DE SOUZA RODRIGUES
Procuradora de Justiça SANDRA MENDES GONZAGA NEIVA

Subcomissão de Patrimônio

Promotora de Justiça Adjunta ANA MARIA AMARANTE BRÂNCIO
Promotora de Justiça CÁTIA GISELE MARTINS VERGARA
Promotora de Justiça LEONORA BRANDÃO M. PASSOS PINHEIRO
Promotor de Justiça LIBÂNIO ALVES RODRIGUES
Promotor de Justiça LUCAS RESENDE ROCHA

Apresentação

É com imensa satisfação que a Comissão Organizadora apresenta os ANAIS do III Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, quando se discutiu sobre o **Ministério Público e a Defesa da Sociedade e da Cidadania**.

Relembrando o Encontro acontecido na cidade goiana de Pirenópolis, entre os dias 2 e 4 de outubro de 1997, pode-se assegurar que as horas de convivência serviram para mostrar a expressiva força intelectual de nossa Instituição.

Apesar do número recorde de teses apresentadas, os debates mantiveram a qualidade do início ao fim, mostrando mais uma vez que os Congressos Internos promovidos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS e ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS vieram para ocupar um cantinho especial em nossa mente e coração.

Mais do que instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público representa verdadeira garantia de consecução da Justiça Social fervorosamente consagrada pela Constituição Federal.

Mais do que simples reunião, o III Congresso Interno, assim como seus co-irmãos, é a prova viva de que a Justiça Social não é algo inatingível, é sim uma meta em direção à qual caminhamos unidos, sem pestanejar ante os mais variados obstáculos.

Espera-se que esta coletânea, elaborada com dedicação e pioneirismo, possa contribuir para o enriquecimento de quantos se decidam pela leitura dos temas abordados no referido Congresso.

Parabéns a todos os que trabalharam, participaram e, sobretudo, acreditaram na realização do Congresso de 1997, evento que indubitavelmente veio para ocupar um dos lugares de destaque na história do Ministério Público do nosso Distrito Federal.

Comissão Organizadora
Subcomissão Editorial

Sumário

Audiência Preliminar na Lei nº 9.099/95: Direito Subjetivo da Vítima	19
Bruno Amaral Machado	
A Comunicação da Prisão em Flagrante como Peça Suficiente a Iniciar a Ação Penal.....	25
Rogério Schietti Machado Cruz e André Vinícius de Almeida	
Interpretação da Lei de Receptação (Lei nº 9.246/96) e Sugestão Legislativa de Alteração	29
Adriana Hollanda, Alvarina Araújo Nery, André Vinícius de Almeida, Cleonice Maria Resende, Edmilson Marçal Passos, José Theodoro C. de Carvalho, Max Guerra Kopper e Rogério Schietti Machado Cruz	
A Súmula nº 554 do STF, Verbis: “O Pagamento do Cheque Emitido sem Provisão de Fundos, Após o Recebimento da Denúncia, Não Obsta ao Prosseguimento da Ação Penal”, Estende-se às Hipóteses de Cheque Emitido sem Provisão de Fundos em que o Credor Renuncia à Dívida, e de Cheque Emitido contra Conta Corrente encerrada, em Dívida Também Paga Antes do Recebimento da Denúncia	37
Ivaldo C. G. Lemos Júnior	
Código Penal. Crimes contra os Costumes. Proposta de Alteração Legislativa. Para os Crimes de Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto Violento, a Ação Penal Passa a Ser Pública Condicionada a Representação. Se For Cometido com Abuso do Pátrio Poder, ou da Qualidade de Padrasto, Tutor ou Curador, Continua a Ser de Titularidade Pública Incondicionada. Os Demais Delitos contra os Costumes Passam a Ser de Titularidade Privada	43
Ivaldo C. G. Lemos Júnior	
Âmbito de Aplicação da Lei nº 9.271/96	49
André Vinícius de Almeida	

Procedimentos Inadequados da Polícia Civil do Distrito Federal	59
André Vinícius de Almeida	
As Comunicações de Prisão em Flagrante, o Exercício do Controle Externo da Atividade Policial e a Deflagração da Ação Penal	63
André Vinícius de Almeida	
Legitimidade do Ministério Público para Efetuar Composição Civil na Forma da Lei nº 9.099/95	65
Cátia Gisele Martins Vergara e Roberto Carlos Batista	
Controle Externo da Atividade Policial.....	69
Israel Pinheiro Torres e Ana Paula Tomás da Silva	
Arma de Brinquedo Configura a Qualificadora do Inciso, I, § 2º, do Art. 157 do Código Penal	77
João Alberto Ramos	
Competência para Processar e Julgar as Causas Relativas às Contravenções Penais no Distrito Federal	85
Ana Cláudia Magalhães Alves de Melo	
Multa Proveniente de Transação Penal e Destinação Diversificada	91
Cátia Gisele Martins Vergara	
A Fiscalização das Entidades de Interesse Social pelo Ministério Público	97
José Eduardo Sabo Paes	
A Ilegalidade da Cobrança de Juros sobre Parcela do Preço de Imóvel em Construção.....	105
Leonardo Roscoe Bessa	
Conceito de Ação Coletiva	113
Márcio Flávio Mafra Leal	
Conceito de Transindividualidade e Indivisibilidade no Art. 82, Parágrafo Único, I e II, da Lei nº 8.078/90 – As Ações Coletivas Brasileiras	121
Márcio Flávio Mafra Leal	
Os Efeitos Cíveis da Sentença Penal Condenatória Irrecorrível na Tutela dos Interesses Difusos	125
Alessandra Elias de Queiroga	

Possibilidade Legal de Ressarcimento das Despesas Decorrentes da Elaboração dos Laudos Periciais pelos Institutos de Criminalística e Médico-Legal.....	135
Bruno Caiado de Acioli e Roberto Carlos Batista	
O Ministério Público, o Incapaz e o Juizado Cível	141
José Firmo Reis Soub	
Intervenção do Ministério Público na Ação Indenizatória Decorrente de Acidente do Trabalho.....	143
José Firmo Reis Soub	
A Impossibilidade da Clonagem Humana no Contexto do Ordenamento Jurídico Vigente.....	151
Paulo José Leite Farias	
Funções de Promotores Eleitorais	159
Wilson Issao Koressawa	
O Serviço de Proteção ao Crédito e sua Responsabilidade pela Comunicação ao Consumidor da Abertura de Registro.....	161
Leonardo Roscoe Bessa	
A Atuação do Ministério Público na Fiscalização dos Transportes Voluntários de Tecidos, Órgãos e Partes do Corpo Humano Vivo.....	167
Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves e Vitor Fernandes Gonçalves	
Proposta de Emenda ao Art. 94 da CF Quanto à Disciplina do Quinto Constitucional: Lista Tríplice para o Presidente da República	173
Márcio Flávio Mafra Leal	
Titularidade do Direito ao Meio Ambiente.....	175
Márcio Flávio Mafra Leal	
Emenda à Resolução nº 21/79 do Conselho Superior do MPDFT.....	183
Márcio Flávio Mafra Leal	
Necessidade de Aprimoramento dos Mecanismos de Controle do Desempenho Funcional do Promotor de Justiça Adjunto Durante o Estágio Probatório.....	189
Bruno Caiado de Acioli	

Normas da Prova Oral	195
Wilson Issao Koressawa	
Cerrado Brasileiro: Patrimônio Nacional	197
Roberto Carlos Batista e Bruno Caiado de Acioli	
As Faltas ao Serviço e as Substituições	201
André Vinícius de Almeida	
SISCO – O Sistema de Comunicação das 13ª e 14ª	
Promotorias de Justiça Criminal de Brasília	203
André Vinícius de Almeida e Rogério Schietti Machado Cruz	
A Interação dos Órgãos do Ministério Público de Primeiro	
e Segundo Grau.....	211
Roberto Carlos Batista	

Grupo A

**(Direito Penal e Direito
Processual Penal)**

Audiência Preliminar na Lei nº 9.099/95: Direito Subjetivo da Vítima

Bruno Amaral Machado

Ementa: 1. A Audiência Preliminar é fundamental no procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95. 2. A Audiência Preliminar como direito subjetivo da vítima. 3. Possibilidade de se aceitar "renúncia" expressa da vítima nas ações penais públicas condicionadas colhida na polícia, desde que cientificada do procedimento estabelecido em lei, em especial da audiência de conciliação.

Justificativa

A Lei nº 9.099/95, de 26.09.95, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico. Em vez do tradicional princípio da obrigatoriedade da ação penal, foi concebido, para os crimes de menor potencial ofensivo, o princípio da discricionariedade regrada na ação penal pública. Ademais, foi aberto amplo espaço para o consenso. A solução para o conflito tornou-se preocupação central no paradigma de Justiça Criminal instaurada pelo diploma em apreço. Nesse sentido, "a vítima, finalmente, começa a ser redescoberta porque o novo sistema preocupou-se precipuamente com a reparação dos danos".¹

Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil acarreta a extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único).

Além de privilegiar a conciliação e transação, estabeleceu o legislador que o processo se orientará pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Assim, estabeleceu-se que a

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais* : Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.

autoridade policial – ao tomar conhecimento de ocorrências relativas a contravenções penais ou crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano, exceto nos casos em que a lei preveja procedimento especial – lavrará termo circunstanciado e os encaminhará imediatamente ao juizado com o autor do fato e a vítima e, não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada audiência da qual ambos sairão cientes.

Contrapõe-se ao esquema estabelecido pela lei a dificuldade prática e, ao que parece, não rara em todo o País, da falta de estrutura necessária para viabilizar o texto legal. Por outro lado, há a necessidade imperiosa de lei que estabeleça e defina a competência, a organização e a composição do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

No Distrito Federal, as delegacias de polícia, ao lavrarem termo circunstanciado, têm-se preocupado precipuamente em documentar a vontade da vítima (tratando-se de ação penal pública condicionada), muitas vezes sem trazer aos autos informações essenciais quanto ao fato. Especialmente nas lesões corporais decorrentes de colisão ou atropelamento é fundamental que se colha a dinâmica do evento com oitiva informal dos envolvidos e testemunhas, dentro dos critérios de informalidade, simplicidade e celeridade consagrados pela lei.

Em verdade, o espírito da lei é o de que a audiência preliminar de conciliação seja realizada logo após a lavratura do termo, encaminhado juntamente com o autor do fato e a vítima ao juizado. Contudo, conforme já salientado, inexistente até o momento estrutura que possibilite realização imediata da audiência preliminar.

No que é pertinente à representação, o art. 75 da Lei nº 9.099/95 estabelece que, não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzido a termo. E o não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica a decadência do direito, que pode ser exercido no prazo previsto em lei.

Apesar do texto taxativo, nas ações penais públicas condicionadas, em regra, as representações estão sendo colhidas perante a autoridade policial, assim como a vontade expressa da vítima de que o autor do fato não seja processado e julgado. Havendo representação nos autos, ainda assim se faz mister a realização de audiência preliminar de conciliação civil, vez que corresponde ao espírito da lei. Na outra hipótese, exsurge a dúvida de se aceitar a vontade da vítima, situação em que o Ministério Público, por se tornar parte ilegítima, poderia requerer desde já o arquivamento, ou dever-se-ia insistir na designação de audiência preliminar. Por certo, razoável a posição pelo arqui-

vamento à luz dos princípios da simplicidade, informalidade e economia processual.

De outro ângulo, como já ressaltado, a lei inseriu novo paradigma de justiça criminal. No esquema instaurado, a composição de danos é finalidade precípua da lei. Dessa forma, praticado fato que se tipifica entre as infrações de menor potencial ofensivo, tem-se que é direito subjetivo da vítima a realização de audiência de composição de danos. Não se sabe ao certo se as vítimas são devidamente orientadas nas delegacias sobre o procedimento estabelecido em lei. Não seria temerário aceitar-se tal manifestação de vontade quando se sabe que, em relevante parcela dos termos circunstanciados, outra seria a atitude da vítima se essa fosse esclarecida sobre a audiência de conciliação? Por que não dizer que a vítima também tem direito ao procedimento estabelecido pela lei?

Parte da doutrina tem-se consolidado no sentido de que o comparecimento do autor do fato equivaleria a dever, ao passo que o comparecimento da vítima à audiência constituir-se-ia ônus, indicando faculdade que, não exercida, implicaria a perda da oportunidade para conciliar-se em audiência preliminar. Nesse sentido, o magistério de Ada Pellegrine Grinover.²

A inovação trazida pela Lei nº 9.099/95, ao estabelecer a audiência de conciliação na fase preliminar do procedimento para os crimes de menor potencial ofensivo, conferiu à vítima, em vez do ônus, direito subjetivo a esse instrumento processual, base da nova perspectiva instaurada no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, a justificativa ao Projeto de Lei nº 3.883/89, *verbis*:

“Daí porque a elaboração de um projeto que venha a detalhar aos Juizados Especiais para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo deve primar pelo realismo, que encare as necessidades da sociedade brasileira, com suas peculiaridades atuais e futuras, inclusive a realidade econômica, fator decisivo em qualquer proposição, sem perder de vista os objetivos colimados pelo legislador constituinte, entre os quais devem ser alinhados como fundamentais os seguintes: a) a possibilidade de acesso direto da pessoa à Justiça; b) procedimentos ágeis, com a instrução correndo toda perante o juiz; c) prestação jurisdicional rápida, assegurando recurso às partes” (grifo nosso).

Vale ressaltar que a doutrina se dividiu basicamente em duas posições diametralmente opostas quanto ao modo de encarar os direitos subjetivos.

² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 108.

A corrente afirmativista subdividiu-se em três vertentes básicas. A teoria da vontade, em que o direito subjetivo constituiria poder ou senhoria de vontade. A teoria do interesse resumir-se-ia no interesse humano garantido pela ordem jurídica. A teoria mista, que conjuga interesse e vontade, sendo definida por Iellinek: “direito subjetivo é o interesse protegido, que a vontade tem o poder de realizar”.³

As teorias negativistas foram basicamente representadas por Kelsen e Duguit. Este, em seu *Traité de Droit Constitutionnel* (3. ed.) assevera a existência não de direito subjetivo, mas de situações jurídicas que se apresentam sob duas faces distintas: situações jurídicas objetivas e situações jurídicas subjetivas, essas temporárias e especiais, vez que individualmente determinadas.

Vencedora a corrente afirmativista, restaria ainda o tema central: o direito da vítima à audiência de conciliação.

Se eventualmente fosse negada a realização de audiência de conciliação, qual o instrumento processual a ser manejado pela vítima? Consubstanciada a prática de crime de menor potencial ofensivo, essa poderia valer-se do mandado de segurança, uma vez preenchidos os demais requisitos estabelecidos em lei. Se a lei objetivou explicitamente privilegiar a composição civil, de forma mediata conferiu à vítima direito ao procedimento finalisticamente criado para concretizar a *mens legis*.

Em regra, lavrado auto de prisão em flagrante, dá-se ciência ao autuado de seus direitos e garantias constitucionais. Tal medida, imprescindível à espécie, já se incorporou à praxe policial. Por que não criar solução análoga para os termos circunstanciados em que a vítima seria cientificada dos direitos estabelecidos pela Lei nº 9.099/95? As audiências de conciliação têm proporcionado grande percentual de composição civil de danos, revelando-se como instrumento de grande importância na solução de futuras lides ou questões que antes eram relegadas pelas vítimas em face da dificuldade de acesso à Justiça.

Conclusão

O momento oportuno para que se colha a vontade da vítima é o estabelecido no art. 75 da Lei nº 9.099/95, sendo esse inclusive o termo inicial para o lapso do prazo decadencial. *Ad cautelam*, nada impede que a vontade da vítima seja colhida na delegacia. Entretanto, faz-se mister seja a vítima cientificada do direito subjetivo à audiência de conciliação, ocasião em que,

³ *Sistemas de Direitos Subjetivos*. p. 42.

na presença de um conciliador e do Ministério Público, acompanhada de advogado, será discutido com o autor do fato e, eventualmente, responsável civil, possível valor compensatório. Por certo, cientificada da sistemática da lei, poderá manifestar livre e conscientemente a sua vontade.

Dessa forma, proponho que, através da Procuradoria-Geral de Justiça, seja recomendado à Polícia Civil do Distrito Federal que cientifique o autor do fato e a vítima sobre o procedimento da Lei nº 9.099/95, alertando para a audiência de conciliação, onde será, na presença de um conciliador e Promotor de Justiça, devidamente acompanhados de advogados, discutida possível indenização. Ainda, que nas ações penais públicas condicionadas, em não havendo acordo, caso a vítima tenha interesse em representar, o autor do fato poderá transacionar com o Promotor de Justiça.

A Comunicação da Prisão em Flagrante como Peça Suficiente a Iniciar a Ação Penal

**Rogério Schietti M. Cruz
André Vinícius de Almeida**
Promotores de Justiça

*Auto de prisão em Flagrante – Peça de Informação – Deflagração
de Ação Penal Instruída tão-somente com o Auto de Prisão em Fla-
grante – Legalidade.*

Submetemos aos colegas participantes deste III Congresso Interno do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios a presente tese, que, na verdade, apresenta-se mais propriamente como uma proposta de trabalho, introduzida em nossas promotorias, e que esperamos mereça a reflexão de todos, para a sua adoção como prática usual no *Parquet*.

Na busca de uma Justiça mais eficiente e, ao mesmo tempo, rápida – um binômio possível, como já sustentamos em trabalho anterior, temos observado que as ações penais instauradas com apoio em um auto de prisão em flagrante poderiam ter o seu desfecho encurtado em cerca de dez dias, tempo previsto no Código de Processo Penal para a conclusão de inquérito policial na hipótese de indiciado preso (art. 10).

Deveras, recebemos o inquérito policial de indiciado preso por força de prisão em flagrante mais de dez dias após o cometimento do crime, já que raras vezes a autoridade policial remete a peça informativa-constitutiva antes de vencido o prazo que a lei lhe disponibiliza.

Mesmo que o faça, existe o inaceitável – mas inevitável – trâmite dos autos de inquérito policial pela Corregedoria-Geral de Polícia, onde se perdem mais alguns dias, em detrimento da prestação jurisdicional e da liberdade do autuado.

Doutra parte, verificamos que, na maioria dos casos, nenhum ato substancial foi praticado após a lavratura do auto de prisão em flagrante, sendo quase corriqueiro encontrarmos, em seguida a esta peça, tão-somente cópias de ofícios (aos IML, IC, II, ao Ministério Público e ao juiz de Direito, etc.), cópia da nota de culpa, carimbos, certidões...

Fácil constatar, portanto, que, entre a data da prisão em flagrante do autor do fato e o recebimento do inquérito policial, decorreram vários dias sem que se praticasse qualquer ato de conteúdo relevante.

Ainda nessa linha de observações, lembramos que, tão logo se efetue a prisão em flagrante de alguém, recebemos da Polícia Civil a respectiva comunicação (art. 10 da LC nº 75/93), acompanhada de cópia do respectivo auto, momento em que, pela leitura do documento, temos não apenas a possibilidade de examinar a legalidade da custódia cautelar, como também a possibilidade de formar nossa *opinio delicti*, oferecendo, no prazo legal, a denúncia ou, se for o caso, o pedido de arquivamento.

Ademais, se verificarmos a impossibilidade de formular a acusação desde logo, v.g., por ausência de documento que se relacione diretamente com a materialidade do delito, poderemos, já, diligenciar para a vinda ao Ministério Público de tais termos, documentos ou informações. Lembre-se de que, comumente, diversos documentos já solicitados pela autoridade policial não compõem os autos de inquérito policial quando este é encaminhado ao seu destinatário final, que terá meros cinco dias para providenciar a sua juntada à acusação. Adotando-se a postura ora apresentada, este prazo pode ser triplicado, com incontáveis vantagens.

Já salientamos alhures que, no inquérito policial, o Promotor de Justiça limita-se a buscar a materialidade do crime e os indícios de que o indiciado ou suspeito foi o seu autor, sem a preocupação de esclarecer todos os detalhes da dinâmica do evento criminoso, sob pena de transformar o procedimento investigatório em verdadeiro processo. Com tal premissa, temos observado que, salvo diante da necessidade de uma diligência complementar imprescindível à formação do convencimento ministerial, a cópia do auto de prisão em flagrante já atinge o objetivo a que se destina o inquérito policial, servindo como peça de informação a embasar o oferecimento da peça acusatória inicial.

Para que, então, aguardar a chegada de um inquérito policial de autuado mantido preso se já podemos nos antecipar na prática de ato de nossa exclusiva atribuição?

Quais seriam as vantagens da adoção desse procedimento?

Em primeiro lugar, economizaríamos alguns dias no cômputo geral dos prazos de conclusão da instrução criminal, diminuindo a possibilidade de

eventual constrangimento ilegal pela demora na prática dos atos probatórios, e a conseqüente soltura do acusado. Com efeito, os dez dias economizados no início da atividade persecutória estatal poderão ser utilizados no momento em que se necessita de maior prazo para a prática de atos processuais, quais sejam, os de natureza instrutória.

Em segundo lugar, daríamos parcial cumprimento à norma inserida no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente no Brasil por força do Decreto nº 678, de 09.11.92, que reza:

“Art. 7. Direito à liberdade pessoal.

(...)

5. *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em Juízo*” (grifo nosso).

Ora, ao acelerarmos o início da ação penal, antecipa-se em vários dias a oportunidade que a lei confere ao preso de ser conduzido à presença do juiz natural da causa, ou seja, no seu interrogatório judicial. A rigor, para que a norma em comento fosse integralmente respeitada, deveríamos pugnar para que, antes mesmo do início da ação penal, i.e., ainda na fase inquisitorial da persecução penal, fosse o preso apresentado pessoalmente à autoridade judiciária, ensejando um maior controle sobre a legalidade e a necessidade da prisão cautelar, bem assim a verificação das condições em que se encontra o preso.

Porém, uma vez que tal providência não depende apenas do Ministério Público, sendo de esperar-se resistências na maioria dos Juízes em adotar essa iniciativa, podemos, ao menos, contribuir para a redução do prazo para que se formule a imputação, possibilitando o início do contraditório e a judicialização da persecução penal.

Para finalizar esta argumentação, salientamos ainda dois outros efeitos benéficos que a aceleração do início da ação penal acarretará:

1. redução da população carcerária nas delegacias de polícia, porquanto em muitos casos o acusado, ainda que venha a ser condenado, alcançará a liberdade (seja por substituição da pena privativa de liberdade, seja pela concessão de *sursis*, seja pela fixação de regime aberto de cumprimento da reprimenda);

2. diminuição do número de pedidos de liberdade provisória formulados pela defesa, na medida em que, sendo o autuado denunciado dois ou três dias após a sua prisão em flagrante, eventual avaliação mais aprofundada quanto à manutenção ou não da custódia processual poderá ser efetuada no momento do interrogatório, o qual se realizará, certamente, antes que tenha sido remetido ao Ministério Público o inquérito policial.

Acrescentamos, ainda, no que é pertinente à legalidade da postura adotada, que a legislação processual penal agasalha a propositura da ação nos moldes propostos, ao disciplinar, *v.g.*, no revogado art. 26, a instauração da ação com fulcro no auto de prisão em flagrante, e, ainda, em diversos dispositivos do Código de Processo Penal e da legislação especial (abuso de autoridade, crimes de responsabilidade, lei de imprensa).

Não nos esqueçamos, enfim, de que, no magistério de LIEBMAN, “as formas são necessárias mas o formalismo é uma deformação”.

Conclusão

O oferecimento de denúncia instruída tão-somente pelo Auto de Prisão em Flagrante apresenta-se como procedimento legal e adequado para a deflagração de ação penal pública, desde que aquele forneça os elementos atinentes ao *fumus boni iuris*, vale dizer, a indispensável justa causa.

Interpretação da Lei de Receptação (Lei nº 9.246/96) e Sugestão Legislativa de Alteração

Adriana Hollanda
Alvarina Araújo Nery
André Vinícius E. S. de Almeida
Cleonice Maria Resende
Edmilson Marçal Passos
José Theodoro C. de Carvalho
Max Guerra Kopper
Rogério Schietti Machado Cruz
Promotores de Justiça

Ementa: Lei nº 9.426/96. Crime de receptação. Interpretação. A expressão “deve saber”, do § 1º do art. 180 do Código Penal, abrange os casos de ciência da origem ilícita do bem adquirido por comerciante ou industrial. Proposta de alteração legislativa da redação do art. 180 e seus parágrafos.

Justificativa

I – Interpretação da Lei nº 9.246/96 no Tocante ao Crime de Receptação

Em face das novas alterações introduzidas pela Lei nº 9.246/96 no tocante ao crime de receptação e considerando as inúmeras interpretações que podem surgir da nova redação do art. 180 e seus parágrafos do Código Penal,

o grupo de estudos da FESMPDFT adotou a orientação a seguir explanada, por considerá-la a mais correta e a que melhor atende à finalidade da Lei. De *lege ferenda* apresentamos uma disciplina mais adequada ao tema, visando a uma melhor sistematização das diversas formas de receptação.

Em evolutivo estudo social sobre as causas e conseqüências da criminalidade, percebeu-se, com alguma demora, que os receptadores de produtos de crime são, em verdade, autênticos empresários do delito, enquanto que os ladrões são sua mão-de-obra “especializada”. Ao contrário do que se tinha em mente no passado, concluiu-se que a reprovação às condutas institucionalizadas de receptação deve ser ainda maior que a que se dá ao crime pressuposto, visando, assim, a desestimular a indústria de delinquentes que necessitam de destinatários para os produtos de suas ações.

Objetivando combater, em especial, o comércio clandestino de armas e veículos roubados e furtados, foi editada a Lei nº 9.426/96 que, além de tipificar outras condutas criminosas (transportar e conduzir), instituiu a figura da receptação qualificada pela figura do agente (comerciante ou industrial).

A nova disciplina, entretanto, gerou diversas perplexidades interpretativas, seja na extensão do sentido da expressão “deve saber”, contida no § 1º do art. 180, seja na ausência de sistematização para as diversas formas de receptação, conforme passamos a explanar.

No regime da lei anterior, três eram as espécies de receptação: dolosa própria, dolosa imprópria (influência) e culposa (somente própria). Havia, ainda, a qualificadora da receptação de bens “públicos” adquiridos dolosamente (vide anexo 1).

A nova normatização tipificou as condutas de transportar e conduzir no caso da receptação dolosa própria, sem, contudo, fazê-lo em relação à imprópria. A seguir, no § 1º, cria a figura da receptação cometida por comerciante ou industrial, referindo-se à “coisa que *deve saber* ser produto de crime”, com aumento significativo da pena imposta (reclusão, de 3 a 8 anos, e multa).

No § 2º, ao explicitar a equiparação entre atividade comercial clandestina e regular, deixa de fazê-lo, equivocadamente, em relação à atividade industrial. Por fim, disciplina que nos casos de bens públicos receptados dolosamente (*caput* do artigo) a pena aplicar-se-á em dobro (vide anexo 1).

A nova redação do § 1º do art. 180 do Código Penal pune o comerciante que *adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio*, coisa que *deve saber* ser produto de crime.

Como o legislador não incluiu o *sabe* no dispositivo supracitado, indaga-se onde se deve enquadrar a conduta do comerciante ou industrial que

praticou quaisquer das condutas acima, consciente de que se tratava de produto de crime.

A orientação mais correta e que mais se aproxima do espírito da lei é aquela que entende que tal conduta está incluída no próprio parágrafo primeiro, já que, ao disciplinar que o comerciante que deveria saber (dolo eventual) da origem criminosa do bem merece punição mais severa, não poderia excluir desta tipificação aqueles que tinham conhecimento pleno (dolo direto) dessa ilicitude.

E assim é porque, se o legislador quis punir fato menos grave (*devia saber*) com pena de três anos de reclusão, não seria possível que o fato de maior gravidade (*sabia*) fosse punido com menos rigor, aplicando-se, então, a pena prevista para os não-comerciantes (*caput*).

Há de se fazer, *in casu*, uma interpretação extensiva para se alcançar a vontade da lei, já que o seu texto não conseguiu expressar a extensão desejada. Damásio Evangelista de Jesus assim a define, *in verbis*:

“Diz-se extensiva a interpretação quando o caso requer seja ampliado o alcance das palavras da lei para que a letra corresponda à vontade do texto”. (In Direito Penal, 13. ed., p. 34.)

A interpretação extensiva somente é permitida no Direito Penal quando for possível descobrir-se a *vontade da lei*. Caso contrário, há de se interpretá-la restritivamente, quando prejudicial ao réu, e extensivamente, quando lhe for benéfica.

No caso em exame, é possível buscar-se a *voluntas legis*, conforme acima já colocado. A bem da verdade, a maior gravidade do fato (§ 1º) decorre de ser *comerciante* ou *industrial* o autor do delito. E essa conclusão extrai-se da própria Exposição de Motivos nº 287, que ora se transcreve, *in verbis*:

“Por outro lado, cria-se a figura de receptação qualificada para aquele que faz da receptação um comércio, ainda que clandestino, conduta de maior gravidade e dano social do que a receptação individualizada ou simples. A grande incidência da receptação na atualidade, fator preponderante na ampliação dos casos de furto e roubo, é a receptação profissional que vem, em geral, acompanhada do desmonte da coisa para venda dos componentes, dificultando sua identificação e recuperação. Nos dias de hoje, a receptação simples é insuficiente para coibir a atividade dos chamados ‘desmanches’ de veículos, jóias, computadores e outros equipamentos. Daí a proposta da figura qualificada, *com pena significativamente maior*”. (Grifo nosso.)

Assim, as expressões inerentes ao elemento subjetivo da conduta dolosa – *sabe e deve saber* – não são determinantes para a caracterização da conduta do *caput* do art. 180 ou de seu § 1º, mas sim a condição do agente do crime.

Em todos os tipos do Código Penal Brasileiro, o legislador não fez distinção entre dolo direto e dolo eventual para fins de dosar a pena respectiva. Sendo dolosa a conduta, a pena é idêntica, independentemente de se constatar que o agente queria ou apenas teria assumido o risco de cometer o crime. Essa, inclusive, é a conclusão a que se alça com o exame na norma posta no art. 18, inciso I, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 18. Diz-se o crime:
CRIME DOLOSO

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;
[...]

Pode-se afirmar, por isso, que a distinção entre dolo direto e dolo eventual não gera, em abstrato, penas distintas, ou seja, a pena prevista para as duas condutas é a mesma, devendo o julgador, no entanto, levar em consideração tal particularidade quando da aplicação da pena. Nesse momento, porém, encontra-se superada a análise da tipicidade, ficando tal distinção apenas e tão-somente no campo da culpabilidade.

No tipo culposo, continua a indicar a sua ocorrência a expressão “deveria presumir-se”. Logo, se, diante das circunstâncias fáticas elencadas no § 3º do art. 180, o agente age sem a observância do cuidado objetivo necessário, incorre nas penas da receptação culposa.

II – Proposta legislativa de alteração do art. 180 do Código Penal

Diante dos problemas supramencionados, causados pelas inúmeras interpretações que podem advir das alterações trazidas pela Lei nº 9.426/96, entendemos por bem apresentar a proposta legislativa que se segue.

Receptação

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, *produto de crime*, ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba, transporte, conduza ou oculte:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A redação ora proposta retira do texto legal a expressão “sabe ser”. Com isso, a par de afastar eventuais óbices atinentes à comprovação da ciência da origem ilícita do bem por parte do agente, dirime-se toda e qualquer dúvida quanto à punição da conduta praticada com dolo eventual.

Nos termos do art. 18, inciso I, do Código Penal, não há diferença entre o delito praticado com dolo direto ou com dolo eventual, distinção esta que, feita no caso em concreto, terá o condão de afetar tão-somente o montante de sanção eventualmente imposta (culpabilidade).

Uma preocupação que pode ocorrer com uma interpretação mais desavisada do presente dispositivo, sem o cotejo com as demais normas penais codificadas, pode levar a crer que a mera aquisição ou recebimento de qualquer bem oriundo da prática de crime pode ser apenada, independentemente do conhecimento que de sua origem possa ter o agente.

Todavia, a questão resolve-se também pela aplicação das normas gerais do estatuto repressivo, em especial daquela que disciplina o erro sobre o elemento do tipo (art. 20 do CPB).

Com efeito, crendo o agente que adquire bem de origem lícita, não o sendo, contudo, incidirá em erro que afasta o dolo, mas permite a punição de sua conduta a título de culpa.

A presente redação acresce duas figuras típicas aplicáveis ao agente que influi para a conduta do terceiro de boa-fé, quais sejam, o transporte e a condução por parte deste. Não tem sentido, realmente, acrescentar-se tais condutas à primeira parte do dispositivo, como fez o legislador, sem que sejam estendidas para a sua segunda parte, mormente se um dos intuitos da reforma legislativa é fornecer maiores armas para o combate de furtos e roubos de veículos automotores.

Receptação Qualificada pela Qualidade do Agente

§ 1º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, *produto de crime*:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A nova redação, ora proposta, deixa clara a intenção de se punir com maior rigor a conduta praticada pelo comerciante ou industrial, daí por que o título deve fazer referência ao motivo da qualificação.

Como no dispositivo anterior, foi retirada a menção à ciência ou presunção de ciência da origem criminosa do delito, sendo válidos os argumentos então esposados.

Acrescentamos que a redação vigente é defeituosa, porquanto deveria claramente sancionar a conduta do comerciante ou industrial que não somente “deveria saber” a origem ilícita do bem, mas efetivamente “sabe”, resultado este que somente pode ser alcançado após interpretação da norma, deixando margens à discussão doutrinária e jurisprudencial, como bem aponta o professor Damásio de Jesus (*Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 52, março de 1997).

A proposta apresentada reduz a pena mínima para dois anos, de forma a permitir ao julgador conceder, se cabível, a suspensão condicional da pena, que o legislador intencionalmente pretendeu excluir para a hipótese, em atitude que vem contrariar o princípio da individualização da pena posto na Constituição Federal. Certo é que a conduta praticada por comerciante ou industrial é mais gravosa, mormente se o comércio ou indústria destina-se tão-somente àquele fim criminoso. Todavia, não se pode partir do pressuposto de que toda e qualquer ação praticada pelo comerciante ou industrial é dirigida neste sentido. A diferenciação deve ser feita no plano prático, com a fixação da sanção ao caso concreto, principalmente quando se verifica a amplitude da sanção prevista.

Cumpra esclarecer, ainda, que o princípio da proporcionalidade impede que seja estabelecida, em abstrato, pena superior ao delito mais grave, qual seja, o furto qualificado.

§ 2º Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio ou indústria irregulares ou clandestinos, inclusive os exercidos em residência.

Ao dispositivo foram acrescentados os termos aplicáveis ao exercício da indústria, inexplicavelmente omitidos na redação original, cujo intuito é esclarecer o tipo de comércio ou indústria a que se refere o parágrafo primeiro da lei.

§ 3º Se a receptação é culposa:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

A nova redação pune, a título de culpa, não somente a aquisição e o recebimento de produto de crime, mas todas as condutas tipificadas nos itens anteriores.

Volta-se, aqui, à clássica redação do Código Penal, como se vê, v.g., no seu art. 121, § 3º, ou no seu art. 129, § 6º, que disciplinam condutas em tipos abertos.

A natureza do bem, a desproporção entre seu valor e o preço pago, e a condição de quem o oferece deixam de ser elementos do tipo para se constituírem em parâmetros, não exclusivos, de avaliação prática da conduta perpetrada, porquanto – como esclarece o art. 18, inciso II – a conduta é dita culposa se manifesta a imprudência, a negligência e a imperícia do agente.

§ 4º (...) Idem.

§ 5º (...) Idem.

§ 6º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Distrito Federal, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput ou no § 1º deste artigo são aumentadas de um sexto até a metade.

Diversas são as alterações propostas para o presente dispositivo, a principiar pela inclusão do Distrito Federal no rol das entidades públicas cujo patrimônio é ofendido. Trata-se de ente de natureza jurídica mista, todavia, sendo o Direito Penal um direito “típico”, o princípio da reserva legal impõe seja feita a ressalva.

Acresce-se, por igual, ao texto vigente, a referência às condutas tipificadas no seu § 1º, não se justificando a omissão, porquanto é mais gravosa a conduta em qualquer das hipóteses de receptação dolosa.

Por fim, novamente a proporcionalidade das penas impõe a redução do montante de pena a ser exacerbada.

Conclusão

a) diante da ausência da expressão “sabe” na nova redação do § 1º do art. 180 do Código Penal, há que se fazer uma interpretação extensiva para se alcançar a vontade da lei;

b) as expressões inerentes ao elemento subjetivo da conduta dolosa – *sabe e deve saber* – não são determinantes para a caracterização da conduta do *caput* do art. 180 ou de seu parágrafo primeiro, mas sim da condição do agente;

c) se o comerciante ou industrial *sabe* da origem criminosa do bem e pratica quaisquer das condutas elencadas no § 1º do art. 180 do Código Penal, deve responder pelo crime próprio de receptação, previsto nesse mesmo parágrafo. E assim é porque, se o legislador quis punir fato menos grave (devia saber) com pena de três anos de reclusão, não seria possível que o fato de maior gravidade (sabia) fosse punido com menos rigor, aplicando-se a pena prevista para os não-comerciantes (*caput*);

d) a ocorrência do tipo culposo continua sendo indicada pela expressão *devia presumir-se*. Logo, se, diante das circunstâncias fáticas elencadas no § 3º do art. 180, o agente (comerciante, industrial ou não) agiu sem a observância do cuidado objetivo necessário, incorre nas penas da receptação culposa.

e) em face das diversas perplexidades interpretativas surgidas com a nova redação do art. 180, faz-se necessário encaminhar ao Congresso Nacional a proposta legislativa de alteração, nos termos expostos, visando à melhor sistematização das diversas formas de receptação.

**A Súmula nº 554 do STF, Verbis: "O Pagamento do
Cheque Emitido sem Provisão de Fundos, Após
o Recebimento da Denúncia, Não Obsta ao
Prosseguimento da Ação Penal", Estende-se às Hipóteses
de Cheque Emitido sem Provisão de Fundos em que o
Credor Renuncia à Dívida, e de Cheque Emitido contra
Conta Corrente Encerrada, em Dívida Também Paga Antes
do Recebimento da Denúncia**

Ivaldo C. G. Lemos Júnior
Promotor de Justiça

Relembrando brevemente a teoria axiológica do Direito, dentro da *ótica* tridimensional, diz-se que do *ser* não se pode passar ao *dever-ser*, mas do *dever-ser* se pode passar ao *ser*, pois se os valores não se realizassem no mundo concreto, ao menos relativamente, nada significariam para o homem. Os objetos jurídicos são enquanto devem ser.

O fenômeno do cumprimento espontâneo dos preceitos normativos se dá por variadas ordens de valorações, mas, a meu ver, sempre com a marca da ética estritamente jurídica. O desatendimento ao comando legal, que também se dá por complexas motivações, dá ensejo à garantia de tutela do ordenamento denominada sanção.

Como o direito é heterônomo, a escolha dos valores são pessoais, mas as normas de conduta são interpessoais, tanto no que respeita à sua formação, quanto à sua interpretação, o que também implica uma análise valorativa, mas de outra ordem, mais geral e *objetivista*. Ou seja, o fato é valorado para se chegar à norma, que volta a ser fato, em outro sentido.

Por uma questão de congruência do sistema e equidade da função judiciária, a aplicação da sanção deve ser a mesma para os casos idênticos, e proporcional para os casos assemelhados.

O egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, há mais de vinte anos, editou a Súmula nº 554, que diz:

"O pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal".

Não deixa de ser um pouco frustrante o estudo do teor dos acórdãos precedentes (ao que sei, RHC nº 53.599, HC nº 53.600, HC nº 53.677, RE nº 83.356, RHC nº 52.047, HC nº 50.935, RHC nº 52.073, RHC nº 53.604), cuja precária argumentação dá margem a entender que se criou causa extintiva da punibilidade não prevista no Código Penal.

Mas, a matéria parece estar superada, pois é pacífica a jurisprudência posterior à súmula e a doutrina é unânime ou quase unânime no sentido de prestigiá-la.

Portanto, entendemos que a súmula está consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e deste faz parte.

Não pretende esta pequena tese reagitar o entendimento sumular, mas, ao contrário, tomá-lo como premissa para dar-lhe nova dimensão.

Vamos um pouco mais longe, ao preconizar que a súmula se estende às hipóteses de:

1 – cheque emitido sem provisão de fundos, em que o credor renuncia à dívida; e

2 – cheque emitido contra conta corrente encerrada, em dívida paga antes do recebimento da denúncia.

Vejamos.

O cheque é instrumento de pagamento de uma obrigação contratual. O substrato é um negócio que envolve partes capazes e livres, cujo objeto, via de regra, é disponível, pelo que o direito subjetivo, em um sentido windscheidiano, encontra seu fundamento e sua realização no cumprimento da obrigação a ele subjacente. Logo, na hipótese de cumprimento, ainda que tardio, não há necessidade de sanção, muito menos sanção penal.

É incoerente que a prescrição cambiária do cheque dure sete ou oito meses (a depender de a cártula ser ou não da praça), e a prescrição quirográfaria dure dois anos (Lei do Cheque, arts. 59/62), ao passo que a prescrição penal varia entre quatro e doze anos. Vale dizer que, após um período de dois anos, ou dez anos, etc., o direito penal está a tutelar objetividade legal de patrimônio que não é mais patrimônio. Trata-se de crime sem objeto, ou com

objeto esvaziado, o que prejudica ou até mesmo anula a persecução criminal, em termos concretos.

Devem ser erradicadas as incoerências do sistema, não por uma questão de validade, mas por dever de justiça reclamado historicamente, tanto pela dogmática do direito positivo, quanto do direito natural.

Daí a justeza do entendimento jurisprudencial, que, por via das dúvidas, até mesmo poderia ter enfoque legislativo.

Dentro desse raciocínio, os efeitos da renúncia ao pagamento do cheque se equiparam aos efeitos do próprio pagamento, uma vez que ambas as modalidades resolvem a obrigação civil e, assim, a penal.

Tanto o pagamento propriamente dito, quanto a renúncia ao mesmo resolvem a obrigação. Logo, em quaisquer desses casos, deve-se aplicar a súmula, pois sua razão de ser é a mesma.

Em uma proposta um pouco mais audaciosa, entendemos que a súmula também cabe na hipótese de cheque emitido para desconto em conta corrente já encerrada, mas pago antes do ajuizamento de denúncia.

É que, em todas essas hipóteses, substancialmente não há um cheque, mas um pedaço de papel que nada vale – mas que nada vale da mesma forma em todos os casos.

Com efeito: o cheque é o suporte material de um bem cultural que tem um significado jurídico. Mas o cheque sem fundo ou o cheque sacável contra conta encerrada são de forma idêntica um suporte material sem nenhum significado jurídico, pois nos três casos o “pedaço de papel” será devolvido pelo banco, sem o devido desconto; o devedor terá tido a mesma intenção: fraudar o pagamento; o credor sofrerá prejuízo da mesma maneira.

Logo, em todas as hipóteses, se a obrigação que deu suporte ao cheque for resolvida antes do aforamento da denúncia, a súmula do STF deve ter aplicação, e não apenas na primeira, pois todas alcançam idêntica projeção deontológica, e assim deixam da mesma forma de atingir a norma, tornando o fato atípico.

Do terceiro caso (conta corrente encerrada) cuida o art. 171, *caput*, e não o art. 171, § 2º, VI, mas isso não vem ao caso.

Esse raciocínio interpretativo – partindo, repita-se, da premissa da Súmula nº 554 – é o que Bobbio, já em uma abordagem normativista mais decantada, chama de norma geral inclusiva, perfeitamente viável em se tratando de integração do ordenamento penal repressivo benéfica ao infrator.

Por fim, esta tese pretende valorizar o direito penal, relegando-o às características históricas de fragmentação e intervenção mínima, e até mesmo valorizar o dia-a-dia da justiça criminal, por evidentes questões de ordem prática.

Assim me manifestei, ainda que em outras palavras, em um caso concreto (autos do IP nº 301/95 – 19ª DP, indiciado: MANOEL JOSÉ BENTO, distribuído à 2ª Vara Criminal da Ceilândia), e promovi o arquivamento do inquérito policial. O juiz discordou e invocou o art. 28, CPP.

A Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do MPDFT, em acórdão relatado pela Procuradora de Justiça LENIR DE AZEVEDO, tendo como vogais os Procuradores JOÃO ALBERTO RAMOS e ODETE ALVES CAMELO, em 10.12.96, deu provimento ao recurso, acoiando meu raciocínio de “*esdrúxulo, descabido e sem qualquer respaldo jurídico*”. O argumento básico:

“O Ministério Público, no Processo Penal, exerce cumulativamente duas funções; a de titular da ação penal e a de fiscal da lei, posto que à Instituição incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim sendo, seus órgãos devem obediência à lei e pugnam por seu cumprimento, não podendo, ao contrário, basear-se em conjecturas pessoais para se afastar dos mandamentos legais. Enquanto a lei não dispuser ao contrário, o Ministério Público deve ser curvar à ela” (sic).

Acredito sinceramente ter me curvado à lei, mas não somente para fins de leitura, mas de interpretação. Para ler a lei, basta ser alfabetizado. Mas para interpretá-la requer-se muito mais, uma combinação de fatores complexa e delicada.

Se existe o direito, não como uma noção ingênua ou empírica, mas científica, existe a idéia da ética de conduta, dada por meio das normas jurídicas. São várias as interpretações possíveis de uma única norma. Para que se faça justiça, é necessário que a escolha recaia sobre a melhor delas, a que melhor se destinar à tutela de algo valioso para os homens.

Por isso, entendemos que a solução da Câmara é “muito fácil”, pois não passa de uma interpretação literal, que às vezes é a melhor, mas nem sempre; no caso concreto, talvez seja a pior, pois soa como eco do método hermenêutico de busca da “vontade da lei”, mito da vetusta Escola da Exegese, morto e sepultado há mais de século, que atualmente mais confunde do que enriquece a nossa ciência.

Talvez uma lição amarga que posso tirar é que o Direito é heterônomo não apenas como ciência normativa, mas também como ciência teórica. Certamente, quando um promotor vai ao fórum ou à delegacia, ou leva autos de inquéritos policiais para casa, etc., vai ele praticar e não teorizar o Direito,

ou melhor, um Direito, que foi feito para nós e não por nós. Nesse caso, meu erro foi ter pensado duas vezes. Deveria ter me *curvado* à lei e dito amém.

A deflagração de processo naquele caso concreto seria um ato puramente racional e abstrato, incompatível com o verdadeiro escopo de justiça; seria como que a busca de uma “pena que não vale a pena”, como diz singelamente, mas com muito acerto, o nosso colega DIAULAS COSTA RIBEIRO, ou, como ensina MIGUEL REALE, na sua *Filosofia do Direito*:

“A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de ‘racionalidade abstrata’, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao *homo juridicus*. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros atos de razão. Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e de objetividade”.

Código Penal. Crimes contra os Costumes. Proposta de Alteração Legislativa. Para os Crimes de Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto Violento, a Ação Penal Passa a Ser Pública Condicionada a Representação. Se For Cometido com Abuso do Pátrio Poder, ou da Qualidade de Padrasto, Tutor ou Curador, Continua a Ser de Titularidade Pública Incondicionada. Os demais Delitos contra os Costumes Passam a Ser de Titularidade Privada

Ivaldo C. G. Lemos Júnior
Promotor de Justiça

I

O tema da legitimidade *ad causam* é de grande relevância para o direito processual penal, especialmente em termos práticos, uma vez que o reconhecimento tardio da ilegitimidade ativa anula o processo, de forma absoluta, desde o início, além de trazer outras consequências.

Logo, a questão deve ser clara quanto a não permitir ensanchas a controvérsias. Nesse terreno, controvérsia é sinal de confusão, o que deve ser evitado.

Por exemplo: Furto, homicídio, tráfico de drogas: ação penal pública incondicionada. Ameaça, lesão corporal culposa: ação penal pública condicionada. Calúnia, dano simples: ação penal privada.

E os crimes contra os costumes?

Para esses crimes, o Código Penal confere todo tipo de titularidade: privada, como regra; pública incondicionada, se cometido com abuso do pá-

trio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; pública condicionada, se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

Ocorre que tal distribuição deve ser alterada – e a única via possível é a legislativa –, pois, além de mal posta, tem dado margem a interpretações equivocadas, conforme tentaremos demonstrar.

II

A violência ou grave ameaça à pessoa ínsita aos crimes sexuais traduz desvalor ético de conduta de tal gravidade que reclama o reconhecimento de uma questão de interesse público e não meramente pessoal; assim, nada mais conveniente que a persecução desses casos seja confiada ao Estado, por seu órgão específico, o Ministério Público.

Mas a lei optou pela regra da titularidade privada, ficando a iniciativa pública como exceção, ante os pesares do *strepitus judicii*, e a indispensável colaboração da vítima na estrutura probatória.

O que nos motivou inicialmente a querer modificar o quadro de distribuição de legitimidades foi a singular hipótese em que a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (CP, art. 225, § 1º, I), caso em que a titularidade é pública condicionada. Se não, a titularidade é privada.

III

A nosso ver, esta não é razão suficiente para que o Estado confira às vítimas com recursos financeiros a legitimidade extraordinária para a ação, ao passo que as pobres ou miseráveis dependem do Ministério Público.

Não há motivo plausível para que o Estado tenha legitimidade para a ação somente porque a vítima não pode fazê-lo, uma vez que há interesse público subjacente aos crimes sexuais, inobstante qualquer situação financeira que a vítima possa ter.

Sob o ângulo do Estado-promotor, essa discriminação não se justifica e não traz nenhuma vantagem para a qualidade da persecução criminal.

Sob o ângulo da vítima, a modificação preconizada nesta tese não trará desvantagem alguma, ao contrário, pois sua intimidade continuará preservada, na dependência de sua própria vontade. Continuará a ser a vítima (ou seus representantes) a mola propulsora do processo. Caberá a ela avaliar o custo-benefício do *strepitus judicii*. Mas, uma vez que opte pela punição do criminoso, deverá ser o Estado o autor da ação penal.

Afinal, o direito de punir é sempre do Estado; o que ocorre na queixa é apenas legitimação a título excepcional (*ad processum*).

A única vantagem do *discrimen* é para o próprio infrator, pois violentar pessoa rica ou pobre passa a ser uma questão de sorte ou azar...

Ora, se há um compromisso de MP voltado para a consolidação da democracia, como caldo de cultura, no sentido de se democratizar o rigor da lei entre os *infratores* ricos e pobres, o que dizer se diferenciamos *vítimas*, por exemplo, uma moça estuprada rica e outra da mesma forma ofendida, só que pobre?

IV

Mesmo que a discriminação teórica se justificasse, na prática os inconvenientes vicejam, pois os conceitos de pobreza ou miserabilidade são vagos e contraditórios.

Que “despesas do processo” são essas exigidas pela lei? Resposta: custas e honorários de advogados.

Mas isso não é problema para ninguém, nem mesmo para os infelizes que estão na mais absoluta miséria. Vejamos.

As custas iniciais de uma ação penal privada, segundo o Decreto-Lei nº 115/67, e tabela da Corregedoria-Geral da Justiça são as seguintes (em reais):

Custas: 7,41

Mandados: 1,49

Distribuidor, mais baixa: 1,68

Diligência de oficial: na própria circunscrição, 3,72; fora, 4,45

OAB: 0,74 (10% sobre o valor das custas)

Ofício: 1,49

Aviso de recebimento: 2,15

Aviso de recebimento em mão própria: 3,38

Na ponta do lápis, as custas iniciais variam entre R\$ 21,42 e R\$ 22,15. As custas finais de uma queixa-crime na Ceilândia, por exemplo, dificilmente saíam por mais de R\$ 25,00.

Tais valores poderiam ser pagos por pessoa de poucos recursos, que não a levariam à ruína.

Inobstante, ainda que a parte não possa arcar com essa despesa, poderá ser isentada, caso requeira ao juiz os benefícios da justiça gratuita, de acordo com lei federal existente desde 1950 (Lei nº 1.060).

Quanto a honorários advocatícios, os valores são os mais variáveis. Inclusive podem ser de valor nenhum. Algum advogado poderia assumir a causa de graça, por ser amigo da família, por exemplo. Isso sem falar nos advogados gratuitos da orgânica Defensoria Pública.

Acontece que todas essas questões geram polêmicas inúteis e, o que é pior, não são ventiladas no inquérito policial, ou o são de maneira insuficiente. No caso de infrator preso em flagrante, o promotor tem pouco tempo para saber se tem autoridade para a denúncia. Na maioria das vezes só consta que a vítima deseja a punição de seu algoz, ou isso e mais a informação de que não pode custear as despesas do processo, e mais nada. Às vezes, nem isso.

E será que não pode mesmo? E se lhe forem informados os valores concretos acima mencionados? E se lhe for informado que ela não terá qualquer despesa?

A defesa pode usar da estratégia de convencer o juiz de que a vítima ou sua família poderia custear o processo sem a privação do imprescindível para viverem – neste caso, o processo seria anulado, desde o início, o réu seria posto em liberdade, etc., o que seria desastroso, pois tal irregularidade não pode ser sanada. E não só a defesa; o próprio promotor poderia fazê-lo, e assim se convencesse; o mesmo para o juiz.

V

As modificações legais aqui propostas ainda resolveriam outro problema: a questão do estupro e atentado praticados mediante violência real.

Nestes casos, há entendimento sumulado do STF, a saber: “**no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada**” (Súmula nº 608), seguida de perto pelos egrégios STJ e TJDF.

Mas sua aplicação tem sido feita de maneira discutível. Vejamos:

Quando o estupro ou o atentado provocam lesões de natureza grave ou morte, o Código é expresso, art. 223 e parágrafo único: titularidade pública incondicionada.

E quando a violência causa na vítima lesões de natureza leve, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do CP, art. 103, e da Súmula nº 608-STF? Até hoje essa questão é controvertida. Para os que entendem que tais crimes não são de natureza complexa, a súmula está tecnicamente incorreta, e a ação seria privada; para os que pensam diferente, que são delitos complexos, a ação seria pública – atualizada a súmula, pública *condicionada*, uma vez que a lesão corporal dolosa de natureza leve passou a ser condicionada à representação, com o advento da Lei nº 9.099/95.

Eis outra polêmica inútil que seria solucionada pela alteração legislativa defendida nesta tese.

O mais grave é que, na rotina da persecução criminal, posso dar certeza absoluta, sem citar exemplos, a súmula tem sido aplicada mesmo quando a vítima não sofre nenhum tipo de lesão, caso em que, indiscutivelmente, a titularidade é privada. Mas o dia-a-dia esclerosou a questão, e com frequência o detalhe tem passado despercebido.

Portanto, ousar dizer que há uma tendência que se inclina no sentido desta tese, a que só falta sistematizar em termos positivos.

VI

A solução que propomos para evitar todos esses inconvenientes é muito simples: confiar ao Estado a titularidade da ação penal, desde que condicionada à manifestação de vontade da vítima ou seus pais (representação criminal), seja qual for a situação financeira destes.

Assim, a ação estaria nas mãos certas, nas do Estado, e dentro do respeito à vontade da vítima, independentemente dos recursos financeiros desta – fator de discriminação, repita-se, sem o menor cabimento.

Pela idéia desta tese, nos delitos em que não há grave ameaça ou violência, quais sejam, os de posse sexual mediante fraude (CP, art. 215), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), sedução (art. 217), corrupção de menores (art. 218) e rapto consensual (art. 220), a ação penal seria sempre privada. Nesses casos, poderíamos optar pela ação pública condicionada – também independentemente de recursos financeiros – mas tais crimes são tão raros que, a nosso ver, estariam bem encaminhados se a titularidade for estritamente particular. Mas, neste aspecto, estou disposto a mudar de opinião.

Já o estupro, atentado e rapto violento cometidos com abuso do pátrio poder continuam a ser de ação penal pública incondicionada, pelos motivos já existentes. Os delitos previstos nos capítulos V e VI (arts. 227/234) também continuam como estão, pelos motivos já existentes.

VII

O Código Penal passaria a ter a seguinte redação:

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – (a mesma)

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 2º Se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal é pública incondicionada.

(...)

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – (a mesma)

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 2º Se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal é pública incondicionada.

(...)

Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude: Pena – (a mesma)

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 2º Se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal é pública incondicionada.

(...)

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º – revogado

§ 2º – revogado

Acredito que tais modificações só trarão benefícios para a persecução criminal.

Brasília-DF, agosto de 1997.

Âmbito de Aplicação da Lei nº 9.271/96

André Vinícius de Almeida
Promotor de Justiça

A segurança das relações jurídicas impôs o estabelecimento de lapso temporal hábil a pôr fim às querelas face à ausência de iniciativa por parte do titular do direito.

A prescrição, como restou nominado aquele prazo, fez-se historicamente instituto que, dando por perdida a ação atribuída a um direito, objetiva a consolidação das relações jurídicas.

É este inicial argumento, de cunho eminentemente civilista, o principal fundamento da prescrição penal, pois, como sustenta Von Listz, “os efeitos da pena, quando a execução é distanciada da prática do ato punível, estariam, por certo, malogrados, pela completa desproporção com as dificuldades e incertezas que ofereceria a verificação do fato, e com a perturbadora intromissão nas novas relações originadas, e já consolidadas”¹.

No âmbito do direito punitivo, razões outras há, porém, de maior monta, a fundamentar e individualizar o instituto. Assim, pois, ensina Antolisei que “*el trascurso del tiempo atenúa normalmente el interés del Estado en comprobar el delito y también en ejecutar la pena que se haya infligido, interés que desaparece al perderse el recuerdo del hecho y de las consecuencias sociales de él. Por otra parte, cuando la investigación no se há concluido o no se há llegado a una sentencia irrevocable de condena, surgen, con el trascurso del tiempo, graves dificultades para recoger el material probatorio a causa de la desaparición de los testigos, de las huellas del delito, etc.*”².

¹ VON LISTZ, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tradução de Jiménez de Asúa, da 20. ed., alemã, 2. ed. Madri, 1929. v. 3. p. 403, in CARVALHO FILHO, Aloysio. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro, 1953. v. 4. Comentários ao art. 108, nº IV, p. 201.

² ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal 8. ed. Bogotá, Colômbia, 1988. v. 1. p. 535.

Imune a críticas, todavia, não está o instituto. Já Beccaria, no profundo *Dos Delitos e das Penas*, secundado, dentre outros, por Garofalo e Saldaña, alertava que “os crimes cruéis que permanecem longo tempo na lembrança dos homens, assim que provados, não merecem prescrição alguma em favor do réu, que se livra pela fuga”.³

Também Henckel e Bentham⁴ condenavam o regime, ao argumento de que deixar de aplicar a pena, tão-somente face ao transcurso do tempo, implicaria consagração da impunidade, resultando no encorajamento da prática criminosa.⁵

Susceptível às referidas críticas, vem o legislador pátrio editar a Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, publicada no órgão oficial um dia após, com *vacatio legis* de sessenta dias.

Alheio às doutrinárias discussões sobre a natureza jurídica do instituto, e afastando-se da questão da exposição do tema em tal ou qual código de normas, seguro é que a *novatio legis* revolucionou o regime ao alterar a redação, dentre outros, do art. 366 do Código de Processo Penal:

“Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

§ 1º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

§ 2º Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos”.

Nos moldes da lei *penal* codificada, têm os prazos prescricionais por termo inicial a data da consumação do crime, a da cessação da atividade criminosa (na tentativa) ou da permanência (nos crimes permanentes), ou a data do conhecimento do fato (delitos de bigamia e falsificação e alteração de registro civil).

A imprescritibilidade faz-se presente de modo excepcional quando por objeto os crimes decorrentes da prática do racismo (Constituição Federal, art. 5º, inciso XLII, e Lei nº 7.716/89) e as ações de grupos armados, civis ou

³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 101.

⁴ *Apud* PORTO, Antônio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. 2. ed. São Paulo : José Bushatsky Editor, 1977. p. 17.

⁵ Posição análoga foi adotada por FERRI, *Sociologia Criminale*, ZERBOGLIO, *Della Prescrizione Penale*, e PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, como bem pontua CALÓN, Eugenio Cuello, *Derecho Penal*, 17. ed. Barcelona, 1975. t. 1 n. 3. p. 759.

militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Constituição Federal, art. 5º, inciso XLIV, e Lei nº 7.170/83).

O curso prescricional, de regra, não deve suportar maiores alterações. Com efeito, diminuto é o rol de causas interruptivas (art. 117 do Código Penal) e menor ainda aquele que consigna causas suspensivas, denominadas de impeditivas (Constituição Federal, art. 53, § 2º, art. 116 do Código Penal, art. 89, § 6º, da Lei nº 9.099/95 e art. 368 do Código de Processo Penal, com a redação desta comentada Lei nº 9.271/96).

Declaradamente, procurou o legislador, em atenção aos constitucionais princípios da ampla defesa e do contraditório, dar proteção jurídica àqueles acusados que não têm ciência das imputações que contra si pesam (Exposição de Motivos GM/MJ/nº 607, de 27 de dezembro de 1994).

Todavia, com a introdução de nova causa impeditiva, busca-se também, de forma inequívoca, impedir que a fuga e o descaso do delinquente resultem em prejuízo para a sociedade, frustrada em seu dever/direito de obter a resposta, que é a sanção penal.

Ao determinar a suspensão do processo e do curso do lapso temporal extintivo da punibilidade, impede que se alcance uma condenação transitada em julgado, após moroso e dispendioso trâmite processual, e que venha a se constituir um nada face à impossibilidade fática de se executá-la por desconhecido o paradeiro do punido.

Como finalidade última, o novel diploma constitui parcela da nova postura legislativa tendente a resgatar a imagem da Justiça e, com isso, do próprio Estado, propiciando não só a desejada justiça rápida, mas também uma que seja efetivamente eficaz, melhor utilizando, deste modo, os poucos recursos existentes.

Do texto legal recém-editado, porém, exsurgem algumas questões de ordem prática que estão a exigir a apurada reflexão por parte dos operadores jurídicos.

A primeira delas tem relação com a colheita probatória que, se diferida ou postergada no aguardo da localização do acusado, poderia se imprestabilizar para a sustentação de um édito condenatório.

Não se olvide que se, sob determinada ótica, almeja a lei nova dar proteção ao que desconhece a acusação, remata por ensejar a fuga daquele que se sabe processado, ou em vias de o ser, confiante em assim escapar ao castigo penal.

Urge, pois, nestes casos, a adoção de posição no sentido de não permitir que a impunidade que pretende o legislador ver finda seja atingida por via oblíqua, qual seja, a total impossibilidade de colheita probatória.

Ocorre ser justamente um dos argumentos favoráveis à prescrição este de que, findo considerável lapso de tempo, não se possa reproduzir de forma a fundamentar a condenação a prova dos fatos. Nos entendimentos de Manzini⁶ e Carrara⁷, outro não é o principal fundamento do instituto.

Neste aspecto, valiosa é a observação de Eugenio Calón, no sentido de que *“a la buena administración de justicia interesa que las pruebas en los juicios criminales sean frescas y fehacientes pues las que, por haber transcurrido mucho tiempo desde la comisión del hecho perdido su vigor probatorio, pueden originar sensibles errores judiciales”*.⁸

Certo é que o novo tratamento admite a produção de prova antecipada, considerada urgente.

O entendimento até então aceito era de que a medida preventiva, geralmente de cunho cautelar e preparatório, fazia-se factível tão-somente diante do fundado receio de não poder ser a prova reproduzida no momento a ela reservado na instrução criminal.

Assim, o teor do art. 225 do Código de Processo Penal, autorizador da tomada antecipada do depoimento de testemunhas, e, ainda, aqueles atinentes às denominadas medidas assecuratórias.

É de se convir, porém, que mesmo a mais tênue demora na apreciação da prova pode vir a resultar em seu enfraquecimento e levar, em última análise, à incabível absolvição, donde se conclui que a suspensão do processo em uma fase incipiente, para posterior reabertura, dois, cinco ou dez anos após, com a localização do acusado, pode desembocar na mesma impunidade que procura afastar o novel diploma.

A praxe forense demonstra que, com raras exceções e, geralmente, atinentes elas a fraudes que deixam vestígios documentais, uma condenação penal lastreia-se em depoimentos de testemunhas que presenciaram os fatos e visualizaram o autor do ato criminoso.

Mesmo em relação a estas excepcionais causas, têm as cortes, por costume, entender imprescindíveis os informes orais, ratificadores daquela prova documental.

Ora, as pessoas que tiveram contato com os fatos estão sujeitas, naturalmente, às intempéries da vida moderna. Poderão vir a alterar os seus endereços (e a vivência nas cortes nos mostra que geralmente o fazem sem comunicar ao Juízo, ao Ministério Público ou à autoridade policial); poderão falecer, mesmo que de imediato não se apresentem enfermas; poderão, simplesmente, esquecer-se dos fatos e das feições dos criminosos.

⁶ *Trattato de Diritto Penale*.

⁷ *Programa del Corso di Diritto Criminale*.

⁸ Op. cit. p. 758.

Outra não é a razão para que, já em 1828, Lanzilli (*Prospetto Filosofico della Instruzione della Prove nei Giudizi Penali*, v. 2, 1828. p. 265-308), citado por Espínola Filho,⁹ relacionasse como requisito para avaliação das testemunhas o pertinente à “reminiscência” quanto à ciência do fato.

Aníbal Bruno, ao seu turno, assevera ser seguro que, passado algum tempo da data do fato, apagam-se “os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens escasseiam e se tornam incertas as provas materiais e os testemunhos, e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito”.¹⁰

Face ao novo tratamento dado à matéria pelo legislador, deve-se ter por urgente toda e qualquer prova que possa vir a se enfraquecer ou simplesmente desaparecer com o passar dos anos, admitindo-se como cautelar a oitiva das testemunhas arroladas por ambas as partes, sem prejuízo de que venha o réu, *a posteriori*, promover a demonstração de sua inocência.¹¹

Deste modo, e assim somente quando e se identificado o paradeiro do acusado, poderá vir ele a ser julgado com amparo em conjunto probatório forte, produzido, à evidência, sob o pálio do contraditório, e obter, desse modo, condenação ou absolvição fulcrada na verdade real.

Convém, pois, lembrar Beccaria, acima transcrito, para quem, somente após provado o delito, cabia falar-se na imprescritibilidade.

Dúvida outra que pode vir a aflorar na aplicação do dispositivo processual alterado é a atinente à prescrição dita retroativa, e que vem disciplinada pelo art. 110, § 2º, do Código Penal.

O que se questiona é se, retomado o curso da instrução criminal face ao comparecimento do acusado, e advinda a condenação, o lapso prescricional, concreto e retroativo, há de contar o tempo em que restou suspenso o processo.

O intérprete mais desavisado poderia assim crer, ao exame literal dos dispositivos legais aplicáveis.

As legislações penal e processual penal não cuidam expressamente da matéria, que, de resto, também não recebeu tratamento doutrinário e jurisprudencial.

Todavia, é de se crer que esta hipótese afronta os mais mezinhos princípios de hermenêutica jurídica, eis que não está o intérprete autorizado a retirar da lei e do ordenamento jurídico uma conclusão absurda.

⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro*. São Paulo : 1942. v. 3. p. 32.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967. t. 3. p. 211.

¹¹ É importante anotar a existência, mesmo hoje, de considerável parcela de julgadores que, sem oposição ministerial, admitem a oitiva de testemunhas de defesa mesmo que arroladas a destempo, desde que sem o intuito meramente procrastinatório.

Preciosa máxima aduzida por Juliano:¹² *commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat* (“prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade”).

Ora, não se propôs o legislador a prestigiar o contraditório e a ampla defesa em detrimento da aplicação da lei penal, tanto que decretou a suspensão obrigatória do curso da prescrição. Desta premissa decorre, pois, como corolário lógico, que frustrada restaria a *mens legis* se a extinção da punibilidade resultasse inexorável da sua aplicação.

Cumprir determinar, igualmente, se a nova orientação legal terá o condão de alterar o curso dos feitos já instaurados ou se, ao contrário, aplicar-se-á tão-somente aos fatos ocorridos após o início de sua vigência.

O exame inicial pode demonstrar ser correta a primeira das opções, ao argumento de que, em se tratando de norma processual – vale dizer, posta no Código de Processo Penal – tem ela aplicação imediata (art. 2º do estatuto processual pátrio).

Não obstante, e aqui sim cumpre discutir a natureza jurídica da prescrição penal, não parece ser esta a melhor orientação.

Tem o instituto da prescrição irretorquíveis efeitos no âmbito do direito material por extinguir não apenas a via judicial, mas o próprio direito de punir de que é titular o Estado.

Assim sustenta Damásio E. de Jesus, para quem a prescrição constitui matéria de direito penal, não de direito processual penal.¹³ Transcrevendo Oscar Vera Barros, assevera que os efeitos processuais ocasionados “não são mais que uma consequência da extinção do poder punitivo do Estado no caso concreto”.¹⁴

Deste modo, posto que seja tratado em nosso ordenamento jurídico pelas leis substantiva e adjetiva, o instituto tem caráter eminentemente material.

Impende, igualmente, salientar que, ao tratar de causa extintiva de punibilidade, a nova norma traz tratamento mais rigoroso, pois que determina a

¹² DIGESTO, livro 34, título 5, fragmento 12, *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. p. 249.

¹³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 21. V., ainda, COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 488. A doutrina pátria ecoa as lições alienígenas, entre as quais as sustentadas por Max Lorenz, *Die Verjährung im Strafrecht* (Praga, 1934. p. 53), Von Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, (25. ed. p. 437) e Beling, *Grundzüge des Strafrechts* (Tübingen, 1930. p. 61).

¹⁴ BARROS, Oscar Veras. *La prescripción en el Código Penal*. Buenos Aires : EBA, 1960. p. 44.

suspensão do prazo prescricional e, *ipso facto*, dificulta que se ponha fim ao *jus puniendi* do Estado.

Qualquer alteração legislativa neste sentido há de obedecer, outrossim, ao princípio *tempus regit actum*, adotado pelo art. 5º, inciso XL, da *Lex legum*.

Poderíamos, *ad argumentandum*, admitir a aplicação do dispositivo em seus aspectos processuais, autorizando-se a mera suspensão do feito sem repercussão no âmbito prescricional. Todavia, e aqui vale o argumento já expendido, tal entendimento feriria a intenção da norma, que em hipótese alguma valida o abandono do esforço estatal de responder, mediante a aplicação de sanção de natureza penal, ao ato criminoso perpetrado pelo réu.

De valia, nesse sentido, a consulta ao texto encaminhado ao Poder Legislativo, por ressaltar expressamente que “a proposta integra um elenco de medidas destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, proporcionando-lhe maior celeridade, racionalidade e eficácia, o que também trará reflexos na redução da impunidade” (Mensagem nº 1.629, de 29 de dezembro de 1994).

Vê-se, pois, que a Lei nº 9.271/96, na porção que altera os arts. 366 e 368 do Código de Processo Penal, há de ter sua vigência limitada aos delitos encetados após o início de sua vigência.

Esta última questão, inclusive, já foi objeto de apreciação pretoriana, tendo o Supremo Tribunal Federal agasalhado a tese ora proposta (*Habeas Corpus* nº 74.695/SP), situação que se repetiu, por igual, no Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* nº 5.546/96-SP) e no Tribunal de Justiça local (*Habeas Corpus* nº 7.454/96).

Trazemos à reflexão, por igual, o entendimento de Marcelo Lessa Bastos, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quanto à nulidade da citação editalícia e à contagem do prazo prescricional.¹⁵

Faz-se óbvio que a aplicação da norma ora em discussão em tudo pressupõe a validade do ato de citação por edital. Todavia, não se faz fantasiosa a hipótese de determinação da suspensão do processo e do prazo prescricional após uma citação editalícia viciada, diga-se, nula.

O que dizer, nesta situação, do lapso temporal transcorrido após tal decisão judicial, vindo a ser declarado nulo o ato de chamamento do acusado para o processo?

Entendemos que o vício da citação há de contaminar os seus efeitos, como, de resto, já o fazia quando prosseguia o feito, nos moldes da legislação revogada, no que se refere à revelia.

¹⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. Lei nº 9.271/96 : dois problemas e propostas de solução, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 56. São Paulo, julho de 1997.

Assim, tornado sem efeito o ato, renovado ou não, aquele prazo decorrido após a citação nula deve ser tido por prescricional, vale dizer, não se suspendeu ou interrompeu, e, inclusive, uma eventual decretação de prisão cautelar e produção de prova urgente devem ser revistas e renovadas, se for o caso.

Sobressai, por igual, a questão atinente ao prazo em que permanecerá suspenso o processo e o curso da prescrição.

De início, afastamos a solução dada por alguns no sentido de que a suspensão deve ser indefinida temporalmente, porquanto a situação corresponderia à imprescritibilidade que somente haveria de vir por alteração constitucional. Tal hipótese levaria à inafastável conclusão de ser inconstitucional a Lei nº 9.271/96, no que altera o art. 366 do Código de Processo Penal.

Entendemos, ao contrário, que o prazo de suspensão deve equivaler ao lapso temporal previsto nos diversos incisos do art. 109 do Código Penal, qual seja, aquele – máximo – já previsto para o delito que estiver sendo objeto da ação penal.

Apenas para exemplificar, denunciado um determinado acusado pela prática de furto simples, vindo a ser suspenso o processo e o curso da prescrição por não ter atendido o chamamento judicial fictício, o feito deve permanecer suspenso até que seja ele localizado ou transcorra o prazo de oito anos (art. 109, inciso IV, do Código Penal), após o qual deve ser recontado tal prazo que, vencido, levará à declaração da extinção da punibilidade.

Trata-se de interpretação construtiva, porquanto omissa a norma, mas permite que se aproveite o texto legal em discussão, com a vantagem de evitar hipóteses fantasiosas ou impraticáveis de fato.

Deve a decisão que suspender o feito, por esse motivo, declarar expressamente o prazo durante o qual permanecerá o feito.

Ultimando as discussões sobre tão polêmico diploma, entendemos não ser viável a decretação da prisão preventiva do réu tão-somente como mero efeito da decisão que suspende o curso do processo e da prescrição.

Com efeito, tratando-se de medida constritiva, esta deve, se pretender obedecer aos ditames constitucionais que a legitimam ao excepcioná-la, ser fundamentadamente aplicada, nas hipóteses legais já relacionadas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Não se pode ter a suspensão do processo em face da revelia como mais uma causa autorizada da custódia cautelar, que somente deverá vir a ser decretada se presentes os elementos atinentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*.

A presente tese, pois, tem as seguintes conclusões :

1. a produção de que prova testemunhal deve ser admitida, nos termos do permissivo contido no art. 366 do Código de Processo Penal, com o caráter de urgente e cautelar;

2. retomado o curso da prescrição após o comparecimento do acusado para se defender, o prazo em que permaneceu suspenso não deve contar para fins de prescrição retroativa;

3. o prazo máximo de suspensão do curso da prescrição deve ser aquele previsto nos incisos do art. 109 do Código Penal como prazos de prescrição em abstrato, cujo transcurso sem o comparecimento do acusado tem o condão de determinar a retomada da contagem do prazo como causa extintiva de punibilidade, cumprindo ao magistrado que suspender o feito declarar expressamente o prazo pelo qual o faz;

4. a aplicação da Lei nº 9.271/96, no que é pertinente ao art. 366 do Código de Processo Penal, pressupõe a citação por edital válida, sem o que, não tem efeito a produção de prova cautelar e a suspensão do curso da prescrição;

5. a prisão preventiva referida pela norma do art. 366 não pode decorrer simplesmente da suspensão do processo, devendo estar presentes os requisitos processuais e cautelares insculpidos no art. 312 daquele código;

6. a Lei nº 9.271/96 tem vigência; limitada às hipóteses de crimes cometidos após o início da sua vigência;

7. quando o réu, comprovadamente, esquivar-se para não ser citado, o processo não deve ser suspenso, assim como a prescrição.

Procedimentos Inadequados da Polícia Civil do Distrito Federal

André Vinícius de Almeida
Promotor de Justiça

Existe instalado certo e eterno clima de confronto entre o Ministério Público e a denominada Polícia Judiciária, devido, entre outros motivos, à não-aceitação, por esta, do controle externo da atividade policial conferido ao *Parquet* pela Carta Magna de 1988.

Não se pretende, neste breve espaço, questionar as razões – ou falta de – que justifiquem o embate travado entre as instituições; não se procura, igualmente, turbar ainda mais as já difíceis relações entre os integrantes de ambas, mas, tão-somente, trazer a lume algumas considerações acerca de procedimentos adotados pela Polícia Civil do Distrito Federal e que se afiguram inadequados, quando não ilegais.

O primeiro deles diz respeito ao trâmite de inquéritos policiais pela Corregedoria-Geral de Polícia.

Na prática, o que vemos é que, pleiteado e concedido prazo para prosseguimento das investigações criminais, o trâmite dos autos de inquérito policial não se faz diretamente entre o Ministério Público e a Delegacia de Polícia, porquanto há um inexplicável desvio dos mesmos para a Corregedoria-Geral de Polícia.

Nos termos do art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal, o retorno dos autos à autoridade policial destina-se à realização de diligências em hipóteses de difícil elucidação, e tendentes, obviamente, à complementação da prova inquisitorial que se destina exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

Doutrinária e jurisprudencialmente, já se firmou o entendimento de que a dilação de prazo somente se justifica em hipótese de fatos de difícil eluci-

dação ou para a produção de prova imprescindível para o oferecimento da acusação, mesmo porque assim disciplina o art. 16 da norma processual codificada.

O Professor Tourinho Filho assim se manifesta acerca do tema:

“Embora não haja preceito expresso a respeito, dizíamos, costumam os juízes, antes de proferir despacho autorizando a dilação do prazo para as conclusões dos inquéritos, ouvir o titular da ação penal. Às vezes, acontece que as diligências que a autoridade policial pretende realizar não são imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou queixa. Se forem importantes, mas não imprescindíveis, poderá ser proposta a ação penal, e o autor, ao promovê-la, poderá requerer ao juiz que se oficie à polícia, requisitando a realização das diligências a que a autoridade policial se propôs.

Note-se que os pedidos de dilação de prazo somente poderão ser formulados na hipótese do § 3º do art. 10. Em outros casos, embora outro remédio não haja senão o de deferir o pedido, bem poderá o juiz ou o órgão do Ministério Público levar o fato ao conhecimento do secretário de Segurança Pública, pelos caminhos normais, ou ao delegado seccional, para as providências disciplinares cabíveis. E, dependendo do caso concreto, poderá a autoridade ser responsabilizada por prevaricação”.¹

Igualmente comentando o tema das diligências, mais incisivo é o mestre Frederico Marques:

“Diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia são aquelas que colhem os dados integrativos da *notitia criminis*, de forma a oferecer ao acusador elementos suficientes para aferir da aparente procedência ou da manifesta improcedência dessa notícia”.²

Ora, não obstante a importância das tarefas de correição, não podem ser as mesmas tidas por imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Ao contrário, a retenção indevida e desautorizada dos autos de inquérito policial impede o prosseguimento das investigações e retarda a deflagração da ação penal, com conhecidos efeitos na produção da prova, que por vezes se torna deficitária, em prejuízo da justiça criminal e da sociedade.

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1992. v. 1. p. 239.

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. São Paulo : Forense, 1965. v. 1. p. 158.

O prazo de dilação conferido pelo Ministério Público destina-se à autoridade policial processante, vale dizer, à delegacia de polícia, devendo os autos ser encaminhados diretamente àquela, e, findo o prazo, devolvidos pronta e diretamente ao titular da ação penal.

Deve o Estado-Administração velar pelo respeito à legislação vigente, e, no caso, estruturar a Polícia Civil do Distrito Federal para proceder às correições diretamente nas delegacias de polícia, sem prejuízo à realização das investigações policiais e sem que seja ultrapassado o prazo concedido para prosseguimento das mesmas.

Questão outra que a vivência nas Promotorias Criminais tem proporcionado é aquela atinente à restituição de bens apreendidos pela autoridade policial.

A matéria vem regulada pelo art. 120 do Código de Processo Penal, o qual confere àquela autoridade poderes para proceder à restituição dos instrumentos e demais objetos relacionados com o crime, inclusive o objeto deste.

Veja-se, porém, que a referida norma há de ser interpretada face ao mandamento do art. 118 daquele corpo de normas, diante do qual as coisas apreendidas somente podem ser restituídas se não mais interessarem à ação penal.

Ora, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, somente ele poderá decidir quanto à importância que os aludidos objetos hão de ter para o processo, razão pela qual o § 3º do mencionado art. 120 estabelece expressamente que “sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público”.

Mirabete sustenta que

“A coisa apreendida deve ser restituída quando não interessa ao processo, não é confiscável e não foi apreendida em poder de terceiro, não havendo dúvida quanto ao direito do reclamante. A restituição é deferida pela autoridade policial, durante o inquérito, ou pelo juiz, sempre após vista ao Ministério Público”.³

Eduardo Espínola Filho também disserta sobre a matéria, ensinando-nos:

“Outro ponto, ao qual é indispensável que autoridades policiais não deixem de dispensar a mais cuidadosa atenção, pois é uma útil inovação do Código de processo penal, é o seguinte: nenhuma res-

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994. p. 189.

tituição de objeto apreendido pode ser feita sem que, sobre ela, fale, previamente, o Ministério Público. É taxativo e tem aplicação geral o § 3º do art. 120, impondo: sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público. Nenhuma exceção para o caso de, por líquido o direito do requerente, poder a autoridade policial deferir a entrega, mediante termo nos autos do inquérito. Cumpre-lhe, então, remeter o inquérito a Juízo, para o Promotor dizer sobre a pleiteada restituição".⁴

Não é o que ocorre na prática.

Na maior parte das vezes, mesmo duvidosa a titularidade sobre o bem, é a autoridade policial quem vem resolvendo sobre a devolução dos objetos apreendidos.

Novamente inadequado e ilegal o procedimento adotado, e diante do qual, infelizmente, tem-se quedado inerte e calado o Ministério Público, mesmo quando flagrante o prejuízo causado à ação penal.

Urge, pois, a adoção de uma postura tendente a corrigir a inadequação e a ilegalidade das referidas medidas que vêm se tornando corriqueiras no Distrito Federal.

Conclui-se, pois, sugerindo-se ao dirigente maior do *Parquet* local que formule recomendação ao Senhor Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal e ao Senhor Diretor-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal, que:

1. o prazo concedido pelo Ministério Público à autoridade policial deve ser utilizado exclusivamente para a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da acusação penal, vedada a permanência de inquéritos policiais na Corregedoria-Geral da Polícia (desde que não se trate de investigação conduzida por esta) por mais do que o mínimo necessário, a ser debatido e estabelecido;

2. todo e qualquer pedido de restituição de bem apreendido pela autoridade policial deve ser encaminhado imediatamente ao membro do Ministério Público com atribuição para oficiar no inquérito policial, sendo vedado àquela autoridade o conhecimento e deferimento de ofício.

As Comunicações de Prisão em Flagrante, o Exercício do Controle Externo da Atividade Policial e a Deflagração da Ação Penal

André Vinícius de Almeida
Promotor de Justiça

Entre os instrumentos conferidos ao Ministério Público para desempenhar a contento a tarefa constitucional de exercer o controle externo da atividade policial encontra-se aquele referido no art. 10 da Lei Complementar nº 75/93, o qual determina a comunicação da prisão em flagrante ao membro do *Parquet*.

A medida tem não apenas o condão de permitir também ao Ministério Público averiguar a legalidade da prisão cautelar, mas, principalmente, verificar se o prazo legal para encerramento das investigações foi respeitado, com o encaminhamento dos autos de inquérito policial ao titular da ação penal.

Com efeito, o membro do *Parquet*, ciente da prisão em flagrante e da sua data, tem como efetivamente velar pelo cumprimento da norma processual garantidora, exigindo da autoridade policial, se for o caso, a pronta remessa do caderno investigatório.

O instrumento permite, ainda, que, desde logo, possa o Promotor de Justiça formar a sua *opinio delicti*, inclusive oficiando para a produção de provas que entender cabíveis, ainda dentro do prazo legal para encerramento das diligências.

No Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, as comunicações de prisão em flagrante são distribuídas aos seus membros em função da delegacia policial responsável pela medida constritora, vale dizer, o Promotor de Justiça responsável pelo controle externo da atividade policial de determinada delegacia procederá ao exame de todos os autos de prisão em flagrante da mesma.

⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1942. v. 2. p. 274.

Conquanto deveras oportuna a sistemática adotada em nossa instituição, ela não permite de forma eficaz, salvo em raras hipóteses em seguida explicitadas, seja atendido um dos fins propostos pelo legislador ao conferir ao Ministério Público o instrumento ora discutido.

Com efeito, o método atual nem sempre assegura que o membro do *Parquet* responsável pelo exame da comunicação do flagrante dará início a uma futura ação penal, porquanto os autos de inquérito policial são encaminhados diretamente àquele membro que atua perante o Juízo criminal para o qual foi igualmente distribuído o auto de prisão em flagrante.

Em circunscrições maiores, tais como a de Brasília, a possibilidade de o inquérito policial ser encaminhado ao membro do Ministério Público que recebeu a comunicação de flagrante é de 1 para 16!

Difícil, se não se contar com a sorte ou se não se fizer um trabalho muito rigoroso de vigilância, controlar se a remessa dos autos de inquérito policial está sendo feita no prazo legal.

A produção de prova complementar, então, resta quase que inviabilizada...

O que se propõe, pois, é que seja alterado o procedimento hoje adotado, para que as comunicações de flagrante, tão logo protocoladas junto ao serviço de apoio da instituição, sejam copiadas para que também o Promotor de Justiça responsável pela deflagração da futura ação penal delas tome ciência.

Desse modo, podendo requerer o que entender cabível no sentido de velar pela observância do prazo legal de encaminhamento do inquérito policial, para complementar a prova inquisitória ou técnica, ou, mesmo, dar início desde logo à ação penal ou promover o arquivamento das peças de informação, este membro do *Parquet* estará dando cumprimento a mais uma das funções atinentes ao controle externo da atividade policial, ao passo em que a própria instituição será muito mais ágil e eficaz.

Conclui-se, pois, sugerindo-se ao dirigente maior do *Parquet* local que determine a extração de cópias de toda e qualquer comunicação de flagrante para encaminhamento ao membro do Ministério Público que haverá de officiar nos autos de inquérito policial.

Legitimidade do Ministério Público para Efetuar Composição Civil na Forma da Lei nº 9.099/95

Cátia Gisele Martins Vergara
e Roberto Carlos Batista¹

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, trouxe um novo horizonte ao sistema jurídico penal brasileiro, sendo pedra angular na busca de uma mentalidade que tenha como escopo a dimensão social e o resgate da legitimidade do direito penal.

É inquestionável, pois que notório, que o sistema penal e processual penal tradicional não vem cumprindo o seu verdadeiro papel na sociedade, promovendo cada vez mais o afastamento da instrumentalidade e efetividade processual da conveniente finalidade das penas.

Nessa busca, a Lei nº 9.099/95 veio inovar, propondo alternativas adequadas e viáveis ao estado de decadência do direito penal em contraposição à inexorável necessidade de sua existência.

No que diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo, o legislador proporcionou aos operadores de direito a valorização de medidas conciliatórias e sua efetiva aplicação alternativa com efeitos paliativos ou extintivos na esfera penal, possibilitando, assim, a aproximação do fim social à própria aplicação do direito penal.

Desta forma, a introdução, no sistema jurídico penal brasileiro, de medidas despenalizadoras – composição civil e transação penal, mediante a utilização de tratamento diferenciado aos delitos de menor potencial ofensivo – vem paulatinamente resgatando a tão criticada legitimidade do direito penal.

Tais medidas, quando bem aplicadas, no sentido de aproximação de seu conteúdo, adequação e eficiência, ao âmbito social, trazem benefícios

¹ Titulares da 1ª Promotoria Especial Criminal de Brasília e da 3ª Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Público e Social, respectivamente.

imensuráveis à coletividade, presenciadas dia a dia pelos sujeitos envolvidos na aplicação de tais institutos.

Diante de tais considerações, registra-se a possibilidade de composição civil nos termos do art. 72 da Lei nº 9.099/95, junto aos Juizados Especiais Criminais ou mesmo às Varas Criminais Comuns, nos delitos de menor potencial ofensivo que procuram tutelar, o meio ambiente e os direitos do consumidor, não somente no âmbito individual, mas também quando se trata de titularidade metaindividual de tais direitos.

Não há dúvida de que a coletividade prejudicada por uma ofensa ao meio ambiente, prevista como infração penal, poderá ser mais bem beneficiada em face da realização de composição civil levada à efeito por ente capaz de “substituir” ou “representar adequadamente” tal coletividade.

O mesmo se diga quanto à hipótese de infração prevista no Código de Defesa dos Direitos do Consumidor, v.g., publicidade enganosa ou abusiva, em que o ente legitimado poderá efetuar composição civil objetivando a correta e adequada informação ao consumidor.

Como se vê, tratando-se de infrações de menor potencial ofensivo em que figurem como vítima a coletividade, necessário se faz a verificação de quem estaria adequadamente legitimado a efetuar a benéfica composição civil.

Nesse sentido, entendemos que a referida legitimidade deve ser atribuída ao Ministério Público com atribuição sobre a matéria objeto da composição civil, como, por exemplo, Promotorias de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Público e Social e dos Direitos de Defesa do Consumidor.

A legitimidade mencionada extrai-se da própria norma constitucional que, em seu art. 129, inciso III, atribuiu ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A Lei Complementar nº 75/93, em seus arts. 5º e 6º, a seu turno, ratifica as disposições constitucionais, enfatizando as atribuições do Ministério Público em defesa de bens e direitos pertencentes à coletividade em sua generalidade.

Urge ressaltar, outrossim, que a Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, § 6º, prevê a possibilidade de o Ministério Público firmar Termo de Ajustamento de Conduta, a título de reparação de condutas, em desfavor dos indigitados interesses.

Como se vê, inquestionável se mostra a legitimidade do *Parquet* para “representar” ou “substituir adequadamente” a coletividade em composição civil quando a infração incide sobre bens e direitos de âmbito coletivo.

Conclusão

Cabe ao órgão ministerial com atribuição para defesa de direitos coletivos representar a coletividade metaindividual e efetuar composição civil na forma da Lei nº 9.099/95.

Controle Externo da Atividade Policial

Israel Pinheiro Torres
Ana Paula Tomás da Silva

Ementa: Controle externo da atividade policial – Atividades correlacionais inerentes ao inquérito policial – Remessa de cópia de todas as ocorrências policiais ao Ministério Público no prazo de 90 dias, a contar do respectivo registro.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 129, inciso VII, que compete ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, igualmente disciplinada no art. 9º da Lei Complementar nº 75 de 20.05.93. Em observância aos mencionados ditames legais e para viabilizar tal exercício, torna-se imprescindível o efetivo controle do registro das ocorrências policiais e conseqüentes apurações dos fatos ali noticiados.

O número de ocorrências registradas numa delegacia movimentada, como, por exemplo, na 15ª DP, é de cerca de 8 mil anuais. Sabendo-se da limitação dos recursos materiais e humanos de que dispõem, a grande maioria não teria condições de instaurar inquérito para todas as notícias de infração penal que chegam ao seu conhecimento, sem inviabilizar, pela morosidade, a apuração dos fatos mais graves, que exigem uma célere apuração para que seja dada uma pronta resposta à sociedade com a punição dos culpados.

Por outro lado, não se pode deixar à discricionariedade do delegado de polícia, sem controle do MP, a decisão sobre quais delitos devem ser apurados e quais podem cair no esquecimento – seja dificultando-se, e até mesmo impedindo-se, o registro das ocorrências que não se quer apurar, seja registrando-se a ocorrência e não se instaurando o correspondente inquérito – sob pena de se transformar em letra morta o controle externo que a Magna Carta delegou ao Ministério Público.

O art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal estabelece que a autoridade policial ao tomar conhecimento de infração penal em que caiba ação pública, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. Isto significa, a contrário senso, que não se confirmando a notícia, não estará o delegado obrigado a instaurar o inquérito, o que até se justifica, pois não é razoável que se exija a formalidade da instauração de um inquérito quando já se sabe que a notícia consubstanciada na ocorrência não é verdadeira, ou que os fatos ali narrados são atípicos.

A questão, no entanto, não é tão simples. Deixar ao simples alvedrio do delegado a análise da conveniência da instauração do inquérito, sem ter que dar conta a ninguém de sua decisão, é o mesmo que o MP abrir mão de exercer efetivamente o controle externo da atividade policial na matéria mais nevrálgica, que está a merecer sua maior atenção e atuação.

Para que se estabeleça efetivamente a atividade correcional do inquérito policial, faz-se necessário que o Ministério Público discipline internamente o procedimento de controle, exigindo que cópias de todas as ocorrências registradas sejam remetidas ao órgão ministerial, no prazo máximo de 90 dias, acompanhadas de informação sobre o número do inquérito ou termo circunstanciado correspondente, ou de despacho motivado da autoridade policial, nos casos em que a ocorrência não tenha gerado inquérito ou termo circunstanciado.

Ao receber as cópias das ocorrências, o Promotor manterá o controle da ordem seqüencial destas e analisará se aquelas que não originaram inquérito ou termo circunstanciado realmente destes podem prescindir. Caso contrário, requisitará a imediata instauração do inquérito e, em caso de má-fé, determinará a instauração de procedimento para a apuração de responsabilidade.

Em contrapartida, para não comprometer a regular apuração dos delitos de maior gravidade e repercussão social e preservar a capacidade operacional das delegacias – não as obrigando a desperdiçar tempo e material com instauração de inquéritos inviáveis, baseados em ocorrências sem substância –, há que se admitir que nem toda ocorrência registrada resultará, necessariamente, na abertura de inquérito, aceitando a não-instauração daqueles fadados de antemão ao insucesso – seja por faltarem elementos mínimos que levem à autoria do delito, seja pela ausência de tipicidade ao fato ou, ainda, em face de expressa manifestação, por escrito, da vítima ou seu representante legal, de não representar contra o agente, quando a lei exigir tal formalidade.

Assim, juntamente com o adequado controle que é feito quando o Promotor recebe os autos relatados ou com pedido de baixa, o Ministério Público estará exercendo o efetivo controle da atividade policial no que diz respeito à atividade investigatória, sem tumultuar o trabalho da polícia.

A título de ilustração, cumpre ressaltar que, em recente convênio firmado entre o Ministério Público e a Polícia Militar do Distrito Federal, cujo inteiro teor figura como anexo da presente tese, foi estabelecido que a PMDF remeterá até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, relatórios de atividades contendo ocorrências levadas às delegacias e não registradas, irregulares, pendentes, ou não recebidas, o que evidencia a preocupação do Ministério Público em exercer o efetivo controle externo da atividade policial, no que diz respeito ao registro de ocorrências e respectivo processamento.

Conclusão

O Ministério Público deve editar normas disciplinando internamente o procedimento quanto ao controle externo da atividade policial, no que diz respeito às ocorrências registradas, exigindo que de todas elas sejam remetidas cópias ao órgão ministerial, no prazo máximo de 90 dias, acompanhadas de informação sobre o número do inquérito ou termo circunstanciado correspondente, ou de despacho motivado da autoridade policial, nos casos em que a ocorrência não tenha gerado inquérito ou termo circunstanciado.

ANEXO I

Convênio que entre si celebram o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o Distrito Federal, por intermédio da Polícia Militar do Distrito Federal, tendo por objetivo a cooperação mútua no exercício de suas atividades.

Pelo presente instrumento, **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**, doravante denominado simplesmente MPDFT, neste ato representado pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Doutor Humberto Adjuto Ulhôa, nos termos do art. 159, incisos I e II, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e o **DISTRITO FEDERAL**, por intermédio da **POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL**, doravante denominada simplesmente PMDF, neste ato representada pelo seu Comandante-Geral, Coronel QOPM Ney Monteiro Guimarães, conforme delegação de competência que lhe confere o Decreto/DF nº 17.296, de 17 de abril de 1996, resolve celebrar o presente convênio visando à cooperação mútua entre os integrantes do MPDFT e da PMDF, no exercício de suas atividades, mediante as cláusulas e condições que se seguem:

Cláusula Primeira Do Objeto

O objeto do presente convênio é a cooperação mútua entre as partes que o firmam, no exercício de suas atividades, tendo em vista que:

I – as funções institucionais do Ministério Público e da Polícia Militar são convergentes, como instrumentos do Poder Público, para fazer valer o absoluto império da Lei e a normalidade da ordem pública (LC nº 75/93, art. 3º, alínea b, e LODEF, art. 117, inciso II);

II – ao Ministério Público, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica do regime democrático

e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabe, entre outros, o exercício do controle externo da atividade policial (CF, arts. 127 e 129, inciso VII, e LC nº 75/93, art. 150, inciso IV);

III – à Polícia Militar, como instituição permanente, responsável pelo policiamento ostensivo e pela preservação da ordem pública, interessa que a prática de suas atividades ocorra de forma absolutamente legal e transparente (CF, art. 144, § 5º, primeira parte, e LODE, art. 120);

IV – a compreensão da elevada importância de cada uma das instituições requer o estabelecimento de normas de inter-relacionamento harmônico de ambas, com vista a um melhor desempenho das respectivas atividades, em função do convívio social, interesse e aspiração legítimos do cidadão e da sociedade como um todo.

Cláusula Segunda Das Obrigações

I – Compete ao MPDFT:

a) ministrar aulas e/ou proferir palestras, na área de conhecimento jurídico, para os cursos de aperfeiçoamento dos estabelecimentos de ensino policial militar, congressos, palestras e outros eventos relacionados ao ensino e à instrução, buscando, entre outros fins, a necessária orientação na adoção de procedimentos processuais e a participação na instrução dos militares;

b) acompanhar, sempre que possível, o desenvolvimento das operações policiais militares de grande vulto, como seqüestros, revoltas de presos, cercos a criminosos, missões de cobertura à reintegração de posse e manifestações públicas, conforme regulamentar o seu Procurador-Geral de Justiça, no tocante a meios e escala.

II – Compete à PMDF:

a) remeter ao MPDFT, até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, relatórios de atividades contendo ocorrências levadas à DP e não registradas, irregulares, pendentes, ou não recebidas;

b) prestar ao MPDFT a necessária colaboração nas suas ações de proteção do patrimônio público e social, de defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, encaminhando aos seus órgãos os relatórios pertinentes aos fatos registrados;

c) dar conhecimento ao MPDFT de práticas de ilícitos, sobretudo de violência arbitrária e abuso de autoridade, praticados por integrantes da PMDF, com as providências adotadas pela Corporação;

d) comunicar ao MPDFT, imediatamente, os casos de repercussão junto à opinião pública que sejam de interesse da corporação;

e) ministrar aulas teóricas e práticas de armamento, munição e tiro aos membros do MPDFT, mediante solicitação.

III – Compete ao MPDFT e à PMDF designar pelo menos dois representantes de cada parte conveniente para articular os trabalhos deste Convênio, com as seguintes atribuições:

a) estabelecer os critérios e métodos de trabalho a serem adotados para a consecução dos objetivos previstos neste Convênio;

b) resolver as questões técnicas e administrativas decorrentes da execução do presente Convênio, ou levar a respectiva parte conveniente à solução delas.

IV – Independentemente das ações desenvolvidas em nível dos Comandos Regionais de Policiamento, todos os comandantes de unidades e de frações destacadas deverão manter amplo e harmônico relacionamento funcional com os Promotores de Justiça em suas respectivas circunscrições, visando à perfeita integração entre a Polícia Militar e o Ministério Público.

V – A Procuradoria-Geral de Justiça e o Comando Geral da Polícia Militar promoverão reuniões periódicas com a participação de todos os envolvidos na execução deste Convênio, objetivando o aprimoramento do relacionamento entre os componentes das duas instituições, mediante discussão de problemas comuns e troca de informações e de experiências.

Cláusula Terceira Da Execução

Ficam designados como executores do presente Convênio, por parte da PMDF, seus Comandos Regionais de Policiamento e, pelo MPDFT, os Promotores-Chefes das respectivas circunscrições.

Cláusula Quarta Do Valor

As despesas porventura necessárias à execução do presente Convênio serão suportadas pela parte que diretamente prestar o serviço ou a atividade.

Cláusula Quinta Da Vigência e da Validade

O presente Convênio terá vigência de um ano, a partir da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado por igual período.

Cláusula Sexta Da Alteração

Qualquer das partes convenientes poderá propor alterações com a finalidade de aprimorar o cumprimento dos objetivos do presente Convênio.

Cláusula Sétima Da Publicação

Em conformidade com o previsto no art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o presente Convênio terá sua publicação providenciada pelo MPDFT no *DOU* e pela PMDF, no *DODF*.

Cláusula Oitava Do Foro

Fica eleito o FORO da Justiça Federal em Brasília/DF, para a solução das dúvidas e questões relativas ao cumprimento do presente Convênio, RENUNCIANDO as partes, desde já, a qualquer outro a que, porventura, tenha ou possa vir a ter direito.

E por estarem, assim, de acordo, as partes assinam o presente Convênio em quatro vias de igual teor e forma, com quatro folhas cada uma, na presença das testemunhas adiante nomeadas, que também o subscrevem.

Brasília/DF, 1º de julho de 1997.

Pelo MPDFT: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça

Pela PMDF: NEY MONTEIRO GUIMARÃES
Comandante-Geral da PMDF

Testemunhas: NÍSIO EDMUNDO TOSTES R. FILHO
Promotor de Justiça

BELÍSIO MOTTA DE OLIVEIRA
Tenente-Coronel

Arma de Brinquedo – Configura a Qualificadora do Inciso I, § 2º, do Art. 157 do Código Penal?

João Alberto Ramos
Procurador de Justiça

Sumário: I – Introdução. II – Doutrinadores que respondem afirmativamente. III – Os que são contrários. IV – A jurisprudência. V – A Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. VI – Nossa opinião. VII – Conclusão.

I – Introdução

Os colegas devem estar admirados da nossa ousadia de trazer ao nosso Encontro este tema, já tão consolidado e sedimentado pela jurisprudência da maioria dos nossos tribunais. Com efeito, não é novidade para nenhum acadêmico de Direito que a jurisprudência dominante orienta-se no sentido de que o emprego de arma de brinquedo configura a qualificadora do item I, § 2º, do art. 157 do Código Penal.

2. Mas será que a matéria é assim tão pacífica, que não permita a sua rediscussão? Será que nós, aplicadores do Direito que emprestamos nosso apoio à tese afirmativa já paramos para pensar no acerto ou desacerto da corrente? Não estaremos contribuindo para, no dizer de NILO BATISTA, “*prorrogar a vigência de um equívoco*”?

3. O que pretendemos, neste trabalho despretensioso e sem brilho, é chamar a atenção dos nossos colegas para o assunto, e rediscuti-lo. Afinal de contas, esses encontros servem para: discussão e rediscussão de idéias; mudança de hábitos; eliminação de errôneos e arraigados preconceitos; alteração de posicionamentos que adotamos sem questionar se são, realmente, os mais

corretos. Esperamos contribuir, pelo menos, para despertar o interesse para a reflexão sobre o assunto.

II – Os Doutrinadores que Respondem Afirmativamente

4. Segundo afirmam CELSO DELMANTO, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, os doutrinadores pátrios de maior realce que emprestam o seu apoio à corrente que vê a qualificadora no emprego de arma de brinquedo são NELSON HUNGRIA, MAGALHÃES NORONHA E BENTO FARIA. Afirma-se, inclusive, que os defensores desta posição apoiam-se no ensinamento de NELSON HUNGRIA, que convém transcrever na íntegra:

“Por armas se deve entender não só as propriamente tais ou em sentido técnico (especialmente destinadas ao ataque ou defesa), como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física (ex.: uma barra de ferro, um furador de gelo, um macete, etc.). Não é preciso que a arma seja efetivamente manejada, bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita. A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir. Pela mesma razão, é irrelevante indagar se o agente, ao empunhar ameaçadoramente mesmo uma arma eficaz, estava, ou não, apenas simulando o propósito de atacar a vítima, desde que esta efetiva e razoavelmente se intimidou”.

Para HUNGRIA a ratio é a intimidação da vítima. A qualificadora teria um conteúdo subjetivo.

5. Na doutrina estrangeira (ainda de acordo com DELMANTO, DAMÁSIO E FRAGOSO) a corrente tem o apoio de MANZINI e MAGGIORE. Todavia, NILO BATISTA observa (in *Decisões Criminais Comentadas*, p. 54) que a opinião de MANZINI (e, conseqüentemente, a de MAGGIORE) não mereceu a adesão de ANTOLISEI, para quem “*deve però trattarsi di armi in senso proprio, non di armi soltanto apparenti*”.

III – Doutrinadores que Não Admitem a Qualificadora

6. Entre outros, CELSO DELMANTO, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, NILO BATISTA e PAULO

JOSÉ DA COSTA JÚNIOR aderem à corrente para a qual o emprego de arma de brinquedo não configura a qualificadora.

7. O autor do *Código Penal Comentado* expõe sua opinião, nestes termos:

“Embora, atualmente, predomine a jurisprudência que reconhece a qualificadora no emprego de arma de brinquedo, não estamos convencidos de seu acerto. A arma de brinquedo, sem dúvida, pode servir à caracterização da grave ameaça do roubo simples, próprio ou impróprio (*caput* e § 1º), mas não para configurar a qualificadora, que é objetiva e tem sua razão de ser no perigo real que representa a arma verdadeira. Se a qualificadora bastasse a intimidação subjetiva da vítima com a arma de brinquedo, coerentemente não se deveria reconhecê-la quando o agente usa arma real, mas o ofendido acredita ser ela de brinquedo... Além do mais, não se pode equiparar o dolo e a culpabilidade do agente que emprega arma de brinquedo com o de quem utiliza arma verdadeira” – grifo nosso.

8. DAMÁSIO DE JESUS, no seu *Direito Penal*, 2º volume, página 355, comentando o tema, escreveu:

“A razão da circunstância reside na maior probabilidade de dano que resulta do emprego de um revólver, um punhal, etc. Diante disso, é indispensável que a arma apresente idoneidade ofensiva”.

E, após expor os argumentos das duas correntes que divergem sobre o assunto, conclui de forma incisiva:

“O CP somente qualifica o delito de roubo quando o sujeito emprega arma. Ora, revólver de brinquedo não é arma. Logo, o fato é atípico diante da qualificadora”.

De seu lado, o insigne HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em sua festejada *Jurisprudência Criminal*, v. 2, depois de citar decisão da Segunda Câmara Criminal do extinto Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, que reconhecia a qualificadora em um caso em que o agente se utilizara de um revólver de brinquedo, pede licença para discordar, aduzindo argumentos coincidentes com os de CELSO DELMANTO e DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, e arremata com as seguintes palavras:

“O fundamento da agravação reside no perigo que o meio empregado apresenta, o que exige a potencialidade ofensiva do mesmo” (p. 482).

FRAGOSO, nas suas *Lições de Direito Penal*, v. I, p. 209, esclarece melhor a sua opinião:

“O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria), tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia (revólver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo (...)”.

9. NILO BATISTA, na obra citada, p. 50-5, posiciona-se contrariamente à configuração da qualificadora, aduzindo:

“A resposta positiva que os tribunais vêm dando a essa segunda questão talvez esteja influenciada pela opinião, a respeito incorreta, de NELSON HUNGRIA.

O equívoco do iluminado HUNGRIA residu em supor que a *ratio* da majorante consistia na intimidação da vítima. Ora, a intimidação da vítima é um resultado provável (e desnecessário) de qualquer ameaça constitutiva de roubo, e não apenas da ameaça com emprego de arma, que o qualifica.

A verdadeira *ratio* da majorante consiste, como lecionava VON LISZT, no ‘fato de ser maior o perigo objetivo (pela possibilidade do uso da arma)’.

NILO BATISTA traz em apoio à sua posição as opiniões dos já referidos ANTOLISEI, na Itália, e de VON LISZT, na Alemanha, e ainda de QUINTANO RIPOLLES, na Espanha, de SCHÖDER, na Alemanha, e de SOLER, na Argentina.

10. Finalmente, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR sustenta, na sua consagrada obra (*Comentários ao Código Penal*, v. 2, p. 213):

“A arma fictícia (revólver de brinquedo), que poderá ser idônea à ameaça, não basta para qualificar o roubo (...)”.

11. Fica claro para os doutrinadores citados neste capítulo, na esteira de VON LISZT, que a qualificadora do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal é de natureza objetiva.

IV – A Jurisprudência

12. Como assinalou CELSO DELMANTO em trecho transcrito no item 7 deste trabalho, predomina, atualmente, a jurisprudência que reconhece a

qualificadora no emprego de arma de brinquedo. É, inclusive, a orientação do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que editou a Súmula nº 174, do seguinte teor: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.”

13. Todavia, nota-se o fortalecimento da corrente que não admite a qualificadora na hipótese ora analisada. Com efeito, DAMÁSIO EVANGELISTA, em seu *Código Penal Anotado*, 7. ed. 1997, cita inúmeras decisões das duas correntes, sendo interessante observar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por suas duas turmas, em *habeas corpus* deferidos em março e setembro de 1993, posicionou-se contrariamente à aceitação de arma de brinquedo para configurar a qualificadora do “uso de arma”. Um dos referidos *habeas corpus*, o de número 69.515-9/RJ teve a relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que registrou:

“À corrente jurisprudencial que entende configurado o ‘emprego de arma’ – causa especial do aumento da pena de roubo –, na utilização de arma de brinquedo, a melhor doutrina tem oposto crítica demolidora; ainda, porém, que se aceite a discutível orientação, nem ela permite divisar a referida causa de exacerbação da pena, que é puramente objetiva, na circunstância de o agente simular estar armado, mediante gesto que aparente portar o revólver sob a camisa”. (DJU, Seção I, p. 3561, de 12.03.93.)

V – A Lei nº 9.437, de 20 de Fevereiro de 1997

A referida lei instituiu o Sistema Nacional de Armas, estabeleceu condições para o registro e para o porte de arma de fogo, definiu crimes e deu outras providências e, após especificar em seu art. 10 os crimes de possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda, etc., *arma de fogo*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, determinou no § 1º, inciso II:

“Nas mesmas penas incorre quem:

I – [...]

II – utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para fim de cometer crimes”.

14. Como vemos, a nova lei erige à condição de *crime autônomo* a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes. DAMÁSIO EVANGELISTA, em interpretação preliminar do dispositivo em causa, escreveu:

“1º) se o sujeito emprega arma de brinquedo na execução do roubo, responde pelo tipo simples. O emprego de arma de brinquedo

ou simulacro de arma integra o roubo simples (art. 157, *caput* ou § 1º), funcionando como meio de execução da ameaça. Assim, o sujeito não responde por dois delitos (roubo e porte ilegal de arma).

2º) concurso aparente de normas entre os arts. 10, § 1º, da Lei nº 9.437/97 e 157, § 2º, I, do CP (causa de aumento de pena) – haverá três correntes: 1ª) o sujeito só responde por roubo simples. Arma de brinquedo não é arma (art. 157, § 2º, I, do CP). É a nossa posição. Não se aplica o art. 10, § 1º, II, da lei nova: é inconstitucional, ofendendo o princípio da lesividade. Os delitos da Lei nº 9.437/97 atingem a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos. Essa objetividade jurídica não é ofendida com o emprego de arma de brinquedo; 2ª) para a corrente que entende que arma de brinquedo é arma: não se aplica o art. 10, § 1º, II, da lei nova, e sim o art. 157, § 2º, I (princípio da subsidiariedade implícita). As elementares do crime autônomo (art. 10, § 1º, II) funcionam como circunstâncias legais específicas do roubo. Para essa corrente, não foi revogada a Súmula nº 174 do STJ; 3ª) há concurso de crimes entre o roubo e o tipo especial (art. 10, § 1º, II). Aqui, poderão formar-se duas posições: 1ª) concurso material; 2ª) concurso formal”.

VI – A Nossa Opinião

15. Os partidários da corrente que admite a qualificadora do roubo quando o agente emprega arma de brinquedo, fundamentam-se em NELSON HUNGRIA, que, apreciando a natureza da circunstância especial, entende que é subjetiva, bastando “a intimidação da vítima, de molde a anular-lhe a capacidade de resistir”.

16. Com a *venia* devida ao maior de todos os mestres do Direito Penal em nossa Pátria, não nos convencemos do acerto da tese que defende nas dezesseis linhas que escreveu à página 58 do sétimo volume dos seus *Comentários ao Código Penal*. Parece-nos que, na hipótese, a razão está com aqueles que enxergam na qualificadora em questão a natureza objetiva. O argumento do mestre, de que a razão da qualificadora é a “intimidação da vítima, de molde a anular-lhe a capacidade de resistir”, não nos parece procedente, pois a “intimidação” e a “anulação da capacidade de resistir” são alcançadas por intermédio da ameaça exercida sem o emprego de arma. Esse objetivo – intimidar a vítima e impedir-lhe qualquer reação – é a essência mesma do *caput* do art. 157 do Código Penal. Com efeito, comentando o referido artigo, escreveu HUNGRIA:

“(…) Isto é, ameaça tendente a criar no espírito da vítima o fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral, injusto ou não, à sua pessoa ou à pessoa que lhe seja particularmente cara, tornando-se idônea, pelo menos no caso concreto, a paralisar a reação contra o agente” (ob. cit., p. 54-5).

do-se idônea, pelo menos no caso concreto, a paralisar a reação contra o agente” (ob. cit., p. 54-5).

17. Portanto, não é só a arma que intimida a vítima, de modo a inibir-lhe qualquer reação. Quem intimida e paralisa é a grave ameaça, exercida pelas mais diferentes maneiras, mesmo sem o emprego de arma, desde que ela, a ameaça, seja capaz de “criar no espírito da vítima o fundado receio de iminente e grave mal”. E, como acentuou o mestre, existem indivíduos que se deixam impressionar até com a promessa de “males fantásticos”.

18. Daí, a qualificadora do inciso I do art. 157 do Código Penal é de natureza objetiva, pois o emprego de arma para a grave ameaça representa algo mais, ou seja, um perigo em potencial para a vítima, ou, como diz DAMÁSIO, uma “maior probabilidade de dano”. Ou, segundo DELMANTO, “perigo real” que representa uma arma. E compreende-se perfeitamente o sentido real da qualificadora: no caso de reação da vítima, correrá ela grande risco de sofrer grave lesão, visto que, empunhando uma arma, o agente poderá passar, com facilidade e rapidez, da ameaça à ação. Ora, arma de brinquedo, ou de fantasia, não representa risco algum para a vítima. Daí porque, corretíssima, a nosso ver, a argumentação de CELSO DELMANTO no sentido de que “a arma de brinquedo, sem dúvida, pode servir à caracterização da grave ameaça do roubo simples, próprio ou impróprio (*caput* e § 1º), mas não para configurar a qualificadora, que é objetiva e tem sua razão de ser no perigo real que representa a arma verdadeira...”.

19. Quanto à Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, uma vez mais concordamos com DAMÁSIO EVANGELISTA, no sentido de que o texto legal em questão não terá nenhuma relevância sobre o tema para aqueles que não admitem o emprego de arma de brinquedo como qualificadora do crime de roubo. Ora, qualificar como crime uma ação de nenhuma lesividade, que não ofende e não ameaça ofender a vida e a integridade física do cidadão, como a ação de usar arma de brinquedo para a prática de crime, afigura-se-nos, de fato, inconstitucional e agride de forma indisfarçável o consagrado conceito de crime. Por outro lado, a referida lei, ao pretender criar, como crime autônomo, a figura de utilizar-se de arma de brinquedo para a prática de crimes, nada mais fez que confirmar o entendimento de que arma de fantasia não qualifica o crime de roubo. Do contrário, o legislador estaria incorrendo no *bis in idem*.

VII – Conclusão

20. Assim, com DAMÁSIO EVANGELISTA, concluímos que revólver de brinquedo não é arma no sentido visado pelo legislador. E, como reconhe-

ceu o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento do *habeas corpus* nº 69.515-9, a melhor doutrina é a que não aceita a arma de brinquedo para configurar a qualificadora do inciso I, § 2º, do art. 157 do Código Penal.

Em razão do exposto, propomos a aprovação da seguinte tese:

“Arma de brinquedo não é arma no sentido empregado pelo inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e, portanto, não configura a qualificadora”.

Competência para Processar e Julgar as Causas Relativas às Contravenções Penais no Distrito Federal

Ana Cláudia Magalhães Alves de Melo
Promotora de Justiça

Ementa: A competência para processar e julgar as contravenções penais praticadas em todo o Distrito Federal é de uma das Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais criadas pela Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991.

É possível a distribuição de todas as contravenções penais às 3ª e 4ª Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais (onde se encontram instaladas Varas de Juizados Especiais Criminais), distribuindo-se às 1ª e 2ª Varas os feitos relativos a entorpecentes e aqueles com a competência residual prevista no art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, referentes às contravenções penais.

A Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, em seu art. 61, define como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano e para os quais não seja previsto procedimento especial. O referido diploma legal estabelece que aquelas infrações deverão ser julgadas por Juizados Especiais, que contarão com estrutura para aplicação do procedimento específico, célere e informal previsto.

Dispõe o art. 1º da Lei dos Juizados Especiais:

“Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”.

A criação destes Juizados Especiais Criminais depende de lei específica, uma vez que interferem na organização judiciária. No caso do Distrito Federal, o Poder Judiciário é organizado e mantido pela União (art. 21, XIII, da CF), a quem compete privativamente legislar sobre sua organização judiciária (art. 22, XVII).

Discorre ADA PELLEGRINI GRINOVER, in *Juizados Especiais Criminais*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 241-2:

“O art. 98 da Constituição Federal já dizia: ‘A União, no Distrito Federal e Territórios, e os Estados criarão...’. O art. 1º da Lei nº 9.099/95, em consonância com o texto constitucional, dispõe: ‘Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência’.

A essa evidente conclusão se chega em virtude do teor normativo cogente do art. 93 da Lei nº 9.099/95, de clareza meridiana, que determina: ‘*Lei Estadual disporá...*’ (grifei). Como se percebe, os juizados, idealizados para a desburocratização da Justiça, agilização, resolução consensual dos conflitos, etc., pela importância que terão e pela profunda alteração na organização judiciária que provocarão, não podem nascer isolados”.

E acrescenta:

“A natural dificuldade da tramitação de todo processo legislativo e a necessidade, no âmbito criminal, de pôr em prática desde logo, pelo menos, os dispositivos penais benéficos da Lei nº 9.099/95, levaram a Comissão Nacional de Interpretação dessa mesma lei, sob a coordenação da Escola Nacional de Magistratura, a concluir pela implantação imediata dos Juizados, por resolução do tribunal competente, até que lei estadual disponha sobre o sistema de que tratam os arts. 93 e 95 da lei citada. Ficou ressalvado, evidentemente, o disposto no art. 96, II, da Constituição Federal, que elenca as matérias que dependem de lei.

O que fez a referida comissão foi distinguir criação de instalação: aquela depende de lei estadual, enquanto esta pode e deve ser concretizada por ato do tribunal competente. A criação dos juizados é assunto muito complexo: envolve matérias de organização judiciária, criação de cargos, provimento de cargos, temas procedimentais, etc. Já a instalação imediata, que significa, no âmbito criminal, disciplinar a aplicação dos dispositivos penais benéficos pelos Juízos

hoje existentes, não requer regulamentação profunda nem alteração da organização judiciária”.

Portanto, a instalação de referidos Juizados Criminais em Varas já existentes pode ser feita por resolução do tribunal competente, mas sua criação depende de lei.

O Tribunal de Justiça do DF e Territórios enviou ao Congresso o Projeto de Lei nº 2.595/96, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios. O referido projeto prevê a criação, na circunscrição judiciária de Brasília, de 5 (cinco) Varas de Juizados Especiais Criminais (art. 20, II, alínea *i*), além de Varas de Juizados Especiais Criminais em todas as circunscrições judiciárias das cidades satélites. Ao mesmo tempo, entretanto, o Tribunal editou a Resolução nº 1, de 31 de janeiro de 1996, que dispõe sobre a implantação imediata dos Juizados Especiais no DF, prevendo a competência das Varas dos Juizados Especiais da seguinte forma:

“Art. 3º Funcionarão, no Distrito Federal, as seguintes Varas, com competência para processar e julgar a matéria de competência especificada nos arts. 3º e 61 da Lei nº 9.099/95:

II – cinco Varas de Juizados Especiais Criminais que serão instaladas nas 3ª e 4ª Varas de Entorpecentes e Contravenções, com competência em matéria infracional penal, excluídos os delitos de trânsito, abrangidos pela nova lei, e nas 1ª, 2ª e 3ª Varas de Delito de Trânsito, estas últimas com competência exclusiva para a matéria de delito de trânsito;

III – nas circunscrições judiciárias de Taguatinga, Gama, Ceilândia, Sobradinho, Planaltina, Brazlândia e Paranoá, a competência dos Juizados Especiais Criminais fica, até a superveniência de lei específica, atribuída sucessivamente:

- a) 3ª Vara Criminal de Taguatinga;
- b) 2ª Vara Criminal do Gama;
- c) 2ª Vara Criminal de Ceilândia;
- d) Vara Criminal de Sobradinho;
- e) Vara Criminal de Planaltina;
- f) Vara de Competência Geral de Brazlândia;
- g) Vara Criminal do Paranoá.”

A Resolução nº 1/96, ao dispor provisoriamente sobre a implantação dos denominados Juizados Especiais, não respeitou, em várias de suas disposições, as normas de competência dispostas na Lei de Organização Judiciária do DF – Lei nº 8.185/91. Segundo a referida resolução as causas relativas às contravenções penais (abrangidas pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95) deverão ser

processadas e julgadas pelos Juizados Criminais no lugar em que foram praticadas. Já a lei organizacional em vigor fixa a competência das 4 (quatro) Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais sobre todo o território do Distrito Federal (art. 18, I, g).

Em virtude das contradições existentes entre a resolução e a lei organizacional, vários magistrados das Varas Criminais das cidades satélites que, segundo a resolução, teriam competência para processar e julgar contravenções penais, declinaram de sua competência em favor de uma das Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais do DF, entendendo que o Tribunal de Justiça do DF não poderia, por meio de resoluções, retirar competências conferidas por lei federal.

Entendeu o Tribunal de Justiça do DF, em julgamento de diversos conflitos de competência suscitados pelo juiz de Direito da 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, que a competência em todo o território do Distrito Federal para processar e julgar as causas relativas a contravenções penais, salvo quando conexas com infração da competência de outra Vara, continua sendo das 4 (quatro) Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal (Lei nº 8.185/91, art. 18, inciso I, alínea g).

“Processo Penal. Conflito de Competência. Contravenção. Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais. Juizado Especial Criminal. Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal. Lei nº 9.099/95. Resolução nº 1/96 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Prevalência da lei por ato de maior graduação.” (CCP – 1739/96 – Rel. Des. Otávio Augusto – DJ de 04.03.97, p. 3047 – julgamento simultâneo dos Conflitos de Competência 1717, 1727, 1739, 1745, 1750).

“Conflito de competência. Lei nº 9.099/95. Organização Judiciária do Distrito Federal. Resolução nº 1/96 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Conflito. Juiz criminal. Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais. Conflito procedente. Competência das Varas Especializadas declarada. Compete, única e exclusivamente, aos juízes das Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais, enquanto não sobrevier lei de iniciativa do Tribunal de Justiça, o processo e julgamento de causas que tenham por objetivo os delitos definidos na Lei nº 6.368/76, bem assim as Contravenções Penais.” (Conflito de Competência nº 1.626/96, Rel. Des. Lécio Resende, DJ 21.02.97).

Portanto, a competência para o julgamento das contravenções penais em todo o Distrito Federal pertence a uma das 4 (quatro) Varas de Entorpe-

centes e Contravenções Penais do Distrito Federal e não aos Juizados Criminais instalados nas cidades satélites mediante resolução. Os referidos Juizados são competentes para processar e julgar apenas aqueles delitos para os quais a Vara já possuía competência. A estes delitos, passam a ser aplicados os dispositivos previstos na Lei nº 9.099/95.

A Resolução nº 1/96 instalou Juizados Especiais Criminais em Brasília nas 3ª e 4ª Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal. Não foram, portanto, os Juizados Criminais de Brasília criados por uma resolução, mas instalados em Varas anteriormente criadas por lei, com competência para o julgamento de feitos relativos a entorpecentes e a contravenções penais.

Todas as quatro Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais têm competência para processar e julgar causas relativas a entorpecentes e a contravenções penais. Observa-se, entretanto, que atualmente os feitos relativos a entorpecentes são distribuídos somente à 1ª e 2ª Varas, enquanto as contravenções continuam sendo distribuídas às 4 (quatro) Varas, indistintamente.

É possível a distribuição, sem ofensa ao princípio do juiz natural, de todos os feitos relativos a entorpecentes ou substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica à 1ª e 2ª Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais, distribuindo apenas para a 3ª e a 4ª Varas de Entorpecentes e Contravenções Penais as causas relativas às contravenções penais.

Multa Proveniente de Transação Penal e Destinação Diversificada

Cátia Gisele Martins Vergara

Promotora de Justiça

Titular na 1ª Promotoria Especial Criminal
de Brasília/MPDFT

Ementa: "Lei nº 9.099/95. Transação penal. Aplicação imediata de multa. Medida transacionada entre Ministério Público e autor do fato que não se confunde com a pena imposta em sentença condenatória. Possibilidade de destinação diversa da multa do que ao Fundo Penitenciário".

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, introduziu em nosso sistema jurídico penal, no que diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo, a possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras como formas consensuais de pacificação social.

Ressalta-se, assim, que o legislador pretendeu um tratamento diferenciado às referidas infrações, promovendo uma adequação do direito penal a um contexto de dimensão social, valorando medidas conciliatórias e sua efetiva aplicação alternativa na esfera penal.

Poder-se-ia afirmar que, no trato de delitos menores, a regra é a adoção de medidas despenalizadoras, sendo exceção a aplicação do direito penal e processual penal tradicionais, estes atualmente em posição afastada dos fins utilitários e legítimos colimados pela necessidade de existência do Direito Penal.

Dentro desta nova concepção e mentalidade, deve-se objetivar, sempre que possível, a aplicação de medidas conciliatórias para o alcance imediato da pacificação social, estando o Estado autorizado a aplicar "pena" de multa

ou restritiva de direitos como alternativa ao modelo clássico e decadente de persecução penal.

Cabe, assim, ao órgão ministerial oferecer a proposta de aplicação imediata da referida medida ao autor do fato e seu defensor, se preenchidos determinados requisitos. Tal proposta, se “aceita”, não implica confissão de culpa, a considerar a sua natureza consensual, sujeita à homologação judicial e às suas consequências extintivas na órbita penal.

Em caso de aplicação de multa, a quantia não é fixada na sentença. O valor é proposto pelo Ministério Público e transacionado, possibilitando-se o melhor entendimento, e, conseqüentemente, quando “aceita” pelo autor do fato, haverá, por parte do Juiz, tão-somente a homologação, autorizando a Lei ao juiz a diminuição até a metade do *quantum* fixado, esta possibilidade bem questionável.

Não obstante a aplicação de uma “medida sancionatória”, registra-se que a mesma não é “imposta” pelo Estado, e sim “aceita” pelo autor do fato, cabendo ao juiz apenas homologar o referido acordo, não possuindo a sentença de aplicação da medida natureza condenatória, mas homologatória.

Nesse contexto, aliás, mostra-se o artigo jurídico de autoria do colega Rogério Schietti Machado Cruz, intitulado *O descumprimento da transação penal*, e os comentários de Paulo de Tarso Brandão, in *Juizados Especiais Criminais*, Ed. Obra Jurídica, p. 127-36.

Diante de tais considerações, surge o seguinte questionamento, objeto da presente tese: homologada a transação penal de aplicação de multa, esta teria necessariamente que ser destinada ao Fundo Penitenciário?

É bem verdade que o art. 49 do Código Penal determina que a pena de multa será destinada ao Fundo Penitenciário. Ocorre que a pena de multa, na forma aventada pelo Estatuto Repressivo, é decorrente de sentença penal condenatória, a saber o disposto no artigo subsequente de que a mesma deverá ser paga dentro de 10 dias depois de transitada em julgado, com expressa referência, em seguida, ao condenado, que poderá requerer ao juiz o pagamento da multa em parcelas, possibilidade esta não admitida na transação penal.

Mesmo porque, à época da criação da Parte Especial do Código Penal, no ano de 1940, a figura de pena de multa era necessariamente decorrente de uma sentença penal condenatória, diferentemente dos tempos atuais, com a introdução de medidas despenalizadoras.

Como se vê, há uma inquestionável diferença entre a pena de multa prevista no Código Penal e a “pena” de multa aplicada em transação penal, considerados os aspectos históricos e jurídicos, não justificando, assim, o mesmo tratamento, no que diz respeito à destinação das multas.

A própria lei que criou o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, prevê como recursos do Fundo as “multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado”, excluindo-se, assim, as multas decorrentes de sentenças penais homologatórias de transação penal.

Aliás, faz-se oportuno mencionar as várias críticas de juristas e operadores de direito quanto à expressão utilizada pela Lei nº 9.099/95 – “pena”-, quando se trata, na verdade, de medida alternativa à eventual e posterior aplicação de pena *stricto sensu*, esta última imposta mediante sentença penal condenatória.

De forma que, tratando-se de valor em dinheiro, que deverá ter uma destinação planejada e controlada, admite-se a possibilidade de destinação de multas transacionadas a outros fundos, v.g., Fundo para Reconstituição de Bens Lesados, de que trata a Lei nº 7.347/85 e, ainda, outros a serem criados legislativamente. O próprio Fundo Penitenciário do Distrito Federal, quando criado, poderá ser constituído por tais multas ou, ainda, o Juizado Especial Criminal poderia ter um fundo destinado à sua melhor estruturação e implantação, haja vista as suas peculiaridades no sistema judiciário.

Nesse contexto, Estados da Federação vêm adotando o mesmo entendimento e, conseqüentemente, têm viabilizado a utilização de tais recursos provenientes de multas transacionadas na criação de escolas, creches, casas de albergados, bem como na implantação do Juizado Especial, havendo, assim, um melhor aproveitamento, no contexto social, de tais recursos, conforme o bem juridicamente tutelado e ofendido na infração penal de menor potencial ofensivo.

É dentro de tal entendimento que vem sendo possível uma extensão diferenciada no significado das “penas” restritivas de direito, aplicadas em sede de transação penal, v.g., doação de bens às entidades carentes, afastando-se, desta forma, da clássica definição do Código Penal, fortalecendo o caráter pedagógico e utilitário da medida despenalizadora.

Conclusão

As multas aplicadas na forma do art. 76 da Lei nº 9.099/95 podem ser destinadas a outros fundos, criados legislativamente, não estando, assim, a sua destinação vinculada exclusivamente ao Fundo Penitenciário Nacional.

Grupo B

(Direito Civil, Direito Comercial
e Direito Processual Civil)

A Fiscalização das Entidades de Interesse Social pelo Ministério Público

José Eduardo Sabo Paes

O autor é Promotor de Justiça desde 15.05.89 e titular da 2ª Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social. Mestre em Direito pela Universidade Complutense de Madri e atualmente doutorando em Direito Constitucional pela mesma universidade.

Ementa: Fiscalização das entidades de interesse social pelo Ministério Público. Função institucional do Parquet (arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal). Competência para zelar pelo interesse público e social. Previsão legal de atuação fiscalizadora (Lei nº 1.493, de 13.12.31, Decreto-Lei nº 41, de 18.11.66, e Decreto Federal nº 93.872, de 23.12.86). Competência privativa dos Promotores de Justiça em exercício da Promotoria de Justiça de fundações e entidades de Interesse Social de expedir atestados de regular funcionamento e de regularidade do mandato de diretor de fundações e entidades de interesse social (Enunciado nº 1 da Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Civil do MPDFT). Necessidade de aprovação do estatuto e das contas das entidades de interesse social pelo Ministério Público para obtenção do título de utilidade pública pelo governo do Distrito Federal (Decreto Lei nº 17.889, de 09.12.96).

Justificativa

O Ministério Público, como cediço, é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado quando este lhe incumbe, entre outros deveres, o da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interes-

ses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal e arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 75, de 21 de maio de 1993, que, de forma orgânica, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União).

São funções institucionais do Ministério Público a proteção e defesa do patrimônio público e social (art. 129, III, da Constituição Federal). A instituição ministerial tem claramente caminhado no sentido de buscar não só a defesa de categorias de indivíduos que, de qualquer modo ou maneira, ostentem alguma hipossuficiência ensejadora de intervenção protetora; cite-se, por oportuno, os casos das pessoas portadoras de deficiências, dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio das fundações e de tantos outros interesses difusos e coletivos (Leis nºs 7.347/85 e 7.853/89) como, finalisticamente, zelar pelo interesse público, ainda que não personalizado.

No âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, tem a Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social, entre as atribuições específicas definidas na Portaria nº 192, de 17 de maio de 1996, a de fiscalizar o funcionamento das fundações e entidades de interesse social que tenham sede ou atuem no Distrito Federal, nos termos das Portarias nºs 093/94, 253/94 e 055/96 e, atualmente, da Portaria nº 709/96, todas da Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Fiscalização esta que, no que tange especificamente às entidades de interesse social, nas quais se enquadram as sociedades de fins assistenciais, consoante a Portaria nº 93, de 24.02.94, abrange o exame das suas contas, a fiscalização de seu funcionamento, o controle da adequação da atividade da instituição a seus fins e da legalidade e pertinência dos atos de seus administradores, podendo fiscalizar a aplicação dos recursos e promover tanto a anulação dos atos ilegais, como a sua própria dissolução.

Saliente-se que a Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível, órgão setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional da Instituição Ministerial, *ex vi* do art. 167 da Lei Complementar nº 75/93, estabeleceu, por meio de seu enunciado nº 1, publicado no *Diário da Justiça*, de 14 de junho de 1996, que:

“É atribuição da Promotoria de Tutela das Fundações e Entidades de Interesse Social a expedição de atestados de regular funcionamento e de regularidade do mandato da diretoria de fundações e entidades de interesse social, para o fim de recebimento de subvenções, por parte de tais entidades. O mesmo se aplica quando se tratar de vistos apostos pelos Promotores de Justiça nas prestações de contas relativas àquelas subvenções”.

A atribuição legal com certeza não é nova. A inovação deveu-se no estabelecer como competência privativa dos Promotores de Justiça em exercício na citada Promotoria a expedição de atestado de regular funcionamento para as entidades de interesse social. Historicamente, verifique-se que já em 13 de dezembro de 1951, por força da Lei nº 1.493, exigia-se que as entidades que recebessem verbas públicas, como dotações orçamentárias a título de subvenção, apresentassem atestado de regular funcionamento e de regularidade do mandato de sua diretoria.

Sendo que *ex vi* do art. 12, *in fine*, do referido diploma legal, as referidas prestações de contas deveriam ser visadas por autoridade local, entendida esta como juiz da comarca, promotor público, coletor federal, prefeito ou coletor estadual.

Ademais, o Decreto Federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, em sua Seção VII, que trata das subvenções, auxílios e contribuições, dispõe, expressamente, no § 3º do seu art. 60, como condição para a concessão de subvenção social:

- ter sido fundada em ano anterior e organizada até o ano da elaboração da Lei de Orçamento;
- não constituir patrimônio de indivíduo;
- dispor de patrimônio ou renda regular;
- não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços;
- ter feito prova de seu regular funcionamento e de regularidade de mandato de sua diretoria;
- ter sido considerada em condições de funcionamento satisfatório pelo órgão competente de fiscalização;
- ter prestado contas da aplicação de subvenção ou auxílio anteriormente recebido, e não ter a prestação de contas apresentado vício insanável; e,
- não ter sofrido penalidade de suspensão de transferências da União, por determinação ministerial, em virtude de irregularidade verificada em exame de auditoria”.

Até mesmo cabe ao Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requerer ao Juízo competente a dissolução da sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público, ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares (arts. 1º e 3º, *caput*, do Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966).

Dissolução esta a ser requerida caso a sociedade deixe de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que fora destinada, aplique as im-

portâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais e fique sem efetiva administração por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores (itens I a III do art. 2º do supracitado Decreto-Lei).

Se há o dever de promover a ação de dissolução, significa que previamente terá de haver o acompanhamento do órgão competente do Ministério Público, para, obviamente, ter ciência do trabalho que as entidades estão realizando ou deixando de realizar.

No âmbito do Distrito Federal, com a recente edição do Decreto nº 17.889, de 9 de dezembro de 1996, que fixou normas para declaração de utilidade pública das sociedades civis, associações e fundações instituídas por particulares e estabelecidas no Distrito Federal, houve a expressa determinação (art. 3º, II) de que os seus estatutos e prestações de contas deveriam, para fins de obtenção do título de utilidade pública, ser aprovados pelo Ministério Público, no caso pela Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social.

Colocou-se, no referido decreto, que as sociedades civis, associações e fundações que atuam no Distrito Federal, com fins educacionais, culturais, de assistência social e de saúde, que servissem há mais de 3 (três) anos desinteressadamente à coletividade, atendendo de forma predominante ao interesse público, sem fins lucrativos e em caráter totalmente gratuito, poderiam ser declaradas de utilidade pública e social, após prévios exames dos seus estatutos e de seus balanços financeiros pelo Ministério Público, competindo ainda ao órgão ou conselho onde a entidade esteja registrada ou credenciada e ao *Parquet* fiscalizarem o seu funcionamento e o cumprimento de suas finalidades estatutárias (art. 6º).

Posiciono-me no sentido de que agiu bem o governo do Distrito Federal no sentido de reorganizar e reestruturar os critérios para a outorga do importante título de utilidade pública às entidades particulares que, reconhecidamente, desenvolvem um trabalho de assistência social, muitas vezes complementando ou até suplementando a atuação governamental nas áreas de assistência social e cultural, de educação e saúde, e técnico-científica.

Ademais, até mesmo pelo processo de exclusão, infere-se que o Ministério Público é a instituição com maior isenção e, portanto, credibilidade para atestar o regular funcionamento das entidades de interesse social, senão, vejamos: o Poder Executivo, por muitas vezes, celebra convênios com as entidades de interesse social, com a intrínseca obrigação de fiscalizar o pleno cumprimento dos acordos. Mas não deixa de ser parte no processo; além do que, o administrador público exerce o seu cargo por influência político-

eleitoral. Quanto ao Poder Legislativo, que exerce a fiscalização por intermédio do Tribunal de Contas, incumbido é de legislar sobre o orçamento e destinação de verbas, inclusive para as entidades de interesse social que operam nas bases eleitorais dos mesmos parlamentares que aprovam as dotações orçamentárias e que têm influência natural sobre o órgão fiscalizador da casa que representam.

Por sua vez, os membros do Ministério Público, entre os quais estão os que atestam o regular funcionamento de fundações e entidades de interesse social, ocupam seus respectivos cargos públicos após prestarem concurso público, ou seja, não dependem de qualquer fator político ou eleitoral para a investidura no cargo que ocupam, possuindo, ademais, na sua atuação, independência funcional e garantias constitucionais para o exercício de seu cargo.

Se as entidades de interesse social são fiscalizadas por instituição totalmente isenta, não há que pairar dúvidas sobre o atestado de regular funcionamento que hão de receber, caso estejam enquadradas nos padrões de utilidade pública. Embora pareça apenas mais um dever, a aprovação das prestações de contas pelo Ministério Público trará reais vantagens para as entidades que realmente as mereçam, em função da credibilidade que desfrutarão junto ao público, além daquelas previstas para as que detenham o título de utilidade pública, principalmente de natureza tributária, senão vejamos:

Preliminarmente, há de ser considerado que boa parte das despesas relativas às atividades desenvolvidas pelas entidades de interesse social é custeada com contribuições voluntárias de pessoas da comunidade. Se uma instituição como o Ministério Público, que goza de alta credibilidade, em função da isenção que possui, atesta o regular funcionamento de uma entidade, passa a mesma a ter maior perspectiva de angariar o apoio da população, mesmo porque as pessoas são atraídas a colaborar financeiramente com uma causa quando têm certeza de que os recursos doados serão realmente investidos naquelas áreas para as quais houve a proposta. Se, pois, o próprio Ministério Público atesta a veracidade das aplicações de recursos nas áreas sociais delineadas nos estatutos das entidades, o aporte de doações poderá superar os níveis atuais.

Há, ainda, aquelas doações originárias de obrigações impostas pela Justiça, tais como as penas alternativas, que muitas vezes ocorrem em forma de cestas de alimentos ou prestação de serviços. A entidade que possuir o atestado de regular funcionamento expedido pelo competente órgão do Ministério Público terá maior possibilidade de receber aqueles benefícios, por gozarem da credibilidade conferida pelo aludido atestado.

Evidentemente, para que a entidade possa beneficiar-se, e, finalisticamente, transferir os mencionados benefícios para os seus assistidos, deverá

submeter-se ao crivo fiscalizador do Ministério Público, que, somente de forma responsável e séria, atesta o regular funcionamento das entidades de interesse social. Para isso, dispõe de instrumentos eficazes para o efetivo cumprimento de suas funções institucionais, sendo o primeiro a publicação da Portaria nº 55, de 26 de fevereiro de 1996, da Procuradoria-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios, que estabelece o roteiro para as prestações de contas das fundações e entidades de interesse social do Distrito Federal. Normatizada a forma das prestações de contas, os critérios para aprovação ou não das mesmas saem dos campos da obscuridade e da incerteza.

Proposta

Diante de todo o exposto, objetivando exercer o acompanhamento das entidades de interesse social com a profundidade necessária, propõe-se que seja estabelecido, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio de portaria do Procurador-Geral de Justiça: 1º) a atribuição específica da Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social para inspecionar as entidades de interesse social sediadas no DF; e 2º) estabelecer um programa permanente de inspeções nas referidas entidades, com a participação de peritos da carreira de apoio técnico-administrativo do Ministério Público, propiciando averiguar as reais condições de funcionamento das entidades de interesse social, bem como constatar a exatidão das informações constantes de suas prestações de contas, resguardando a imagem do Ministério Público, além de conferir credibilidade maior à instituição e, conseqüentemente, aos atestados que expede.

Bibliografia Básica

BRASIL. *Constituição*. Brasília : Senado Federal : Centro Gráfico, 1988.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

BRASIL. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Procuradoria-Geral de Justiça. Portaria nº 192, de 17 de maio de 1992, e Portaria nº 709, de 17 de outubro de 1996.

DECRETO nº 17.889, de 09.12.96.

Fixa normas para declaração de utilidade pública das sociedades civis, associações e fundações instituídas por particular, estabelecidas no Distrito Federal.

LEI nº 91, de 28 de agosto de 1935.

Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública.

A Ilegalidade da Cobrança de Juros sobre Parcela do Preço de Imóvel em Construção

Leonardo Roscoe Bessa
Promotor de Justiça

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A Disciplina do Código Civil. 3 – Violação ao direito de informação do consumidor e ao princípio da boa-fé. 4 – Conclusão.

1 – Introdução

A maioria das incorporadoras imobiliárias atuantes no Distrito Federal, baseando-se em cláusula contratual, efetuam cobrança de juros de 1% (um por cento) ao mês sobre as parcelas do preço do imóvel em construção pagas diretamente à empresa (“poupança”).¹

Argumentam os incorporadores, citando, também, decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que a cobrança dos juros, desde que pactuada, é lícita, face ao princípio da liberdade contratual.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a ilegalidade da referida cobrança antes da entrega da unidade imobiliária, especialmente quando configurada relação de consumo entre comprador e vendedor.

2 – A Disciplina no Código Civil

O *caput* do art. 1.262 do Código Civil dispõe que “é permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou outras coisas

¹ O trabalho exercido pelas 2ª e 4ª Promotorias de Defesa dos Direitos do Consumidor do MPDFT tem sido decisivo para que grandes incorporadoras imobiliárias deixem de efetuar a cobrança dos juros antes da entrega do imóvel.

fungíveis”. O dispositivo trata dos chamados juros compensatórios que, por definição, é a remuneração do capital emprestado. Dois requisitos a lei exige para cobrança de juros: previsão contratual e a existência de empréstimo de dinheiro entre os sujeitos da relação jurídica.

Na hipótese, atividade de incorporação imobiliária, enquanto a unidade imobiliária não foi entregue ao promitente-comprador, inexistente o segundo requisito. A empresa não empresta ao consumidor qualquer quantia em dinheiro. Pelo contrário, é visível que o capital do comprador serve para financiar a construção. Mais lógico e jurídico seria a empresa pagar juros pelo dinheiro antecipado pelo interessado em adquirir o imóvel.

Assim, por não haver qualquer empréstimo conferido pela incorporadora, é indevida a cobrança de juros.

Os juros sobre as parcelas do preço ainda não pagas só poderiam ser cobrados quando a incorporadora adimplisse sua obrigação de entrega da unidade imobiliária, pois operada a tradição do bem, tem fundamento a exigência total do preço ou cobrança de juros sobre a parcela não quitada, respeitados, evidentemente, os limites legais.²

Importa ressaltar que a situação em análise difere das vendas a prazo realizadas no comércio. Nestas, a entrega do bem é imediata e o pagamento parcelado para o futuro. Como o vendedor cumpriu com sua obrigação de tradição do bem, lícito é ser exigido o pagamento total do preço no ato da compra, ou se este for parcelado, cobrar juros das parcelas ainda não pagas. Neste caso, o comerciante empresta ao comprador a parte do preço que não foi paga simultaneamente à transferência do produto. Fala-se, então, que o vendedor “financiou” a compra, ou seja, emprestou dinheiro ao consumidor.

A cobrança de juros sobre parte do preço na incorporação imobiliária baseia-se no pressuposto equivocado de estarmos diante de um contrato de compra e venda com entrega imediata do bem.

Assim, *data venia*, merece reparo o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal manifestado na Apelação Cível nº 30.258/93, no qual o relator declara tratar-se de juros compensatórios que seria “uma recompensa ao credor pela utilização do seu capital pelo devedor”. Qual capital foi usufruído pelo consumidor antes da entrega do bem? Não seria o contrário: o incorporador usufruindo o dinheiro do consumidor para levantar o prédio.

Como não houve qualquer mútuo de dinheiro, é indevida a cobrança de juros. Existe uma modalidade de “captação de poupança popular”. O empre-

² A incorporadora imobiliária, por não ser instituição financeira, deve limitar a cobrança de juros, após a entrega do imóvel, ao disposto no art. 1º do Decreto-Lei nº 22.626/33 (Lei de Usura), sendo-lhe vedada, também, a cobrança de juros sobre juros (anatocismo), conforme Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal.

endimento é financiado pelos adquirentes. A incorporadora, sem adimplir sua principal obrigação, utiliza-se do dinheiro entregue pelos consumidores para iniciar a construção do empreendimento.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, especialmente por intermédio de sua Primeira Turma Cível, em manifestações mais recentes, alterou sua tradicional posição de declarar a legalidade da cobrança de juros na hipótese. A ementa do acórdão proferido no julgamento da Ap. Cível nº 36.469 bem resume a tese:

“A cobrança de juros compensatórios ou remuneratórios há de lastrear-se na existência de contrato de mútuo. Tratando a espécie de promessa de compra e venda, sem a entrega antecipada do imóvel, impertinente e absurdo pretender-se que houve a celebração de um mútuo para a aquisição desse bem da vida”.

No mesmo sentido, a sentença proferida pelo juiz Cléber Almeida, em ação que tramitou perante a Nona Vara Cível de Brasília (Processo nº 15.471/92, *verbis*:

“Ora, juros compensatórios representam frutos do capital mutuado ou empregado. Não é o caso dos autos, eis que o comprador ainda não havia recebido o imóvel, não se afigurando lícita a cobrança de juros de capital não usufruído. O contrato é de promessa de compra e venda de imóvel em construção, não tendo amparo legal a cobrança de juros, notadamente se capitalizados. Declaro nula a estipulação, no particular, e reconheço que a incidência de tais juros, no cálculo das prestações, onerou-as sensivelmente...”.

Conclui-se, face ao aduzido, pela ilegalidade da cobrança de juros sobre as parcelas do preço do imóvel em construção.

3 – Violação ao Direito de Informação do Consumidor e ao Princípio da Boa-Fé

Havendo relação de consumo entre a empresa incorporadora e o promitente-comprador da unidade imobiliária em construção, outro óbice se apresenta à cobrança de juros sobre as parcelas do preço antes da entrega do bem.³

³ A relação de consumo configura-se quando os sujeitos se subsumem aos conceitos de consumidor e fornecedor indicados pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. Não haverá relação de consumo, por exemplo, quando uma empresa adquire um imóvel para revendê-lo, pois não foi “destinatária final” do produto.

Esta cobrança viola o direito à informação, consectário lógico do princípio da transparência, que estão inseridos na exigência maior e genérica do fornecedor atuar no mercado de consumo sempre pautando-se pelo princípio da boa-fé (arts. 4º, 6º e 51 da Lei nº 8.078/90).

Cláudia Lima Marques,⁴ comentando sobre o dever de informar do fornecedor, assim esclarece:

“O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã do *Nebenpflicht*, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, III) para a harmonia e transparência das relações de consumo”.

O contrato não deve ser fonte de surpresa nem instrumento de ruína para o consumidor. É seu direito, considerada sua vulnerabilidade, ter a exata compreensão do conteúdo do contrato, especialmente das obrigações que está assumindo (arts. 46 e 54, §§ 3º e 4º). Deve o fornecedor atender à justa expectativa do consumidor em relação ao objeto contratado, informando-lhe previamente sobre todos os pormenores que lhe possam interessar, especialmente sobre o preço, características e qualidade do produto (art. 6º, III e art. 31).

A Lei nº 8.078/90, em diversas passagens, procura disciplinar os momentos que antecedem a celebração do contrato de consumo, os métodos e forma de o fornecedor atrair o potencial adquirente do produto, impondo-lhe deveres pré-contratuais fundados na boa-fé objetiva.

A lei de proteção ao consumidor não deixa margem para a esperteza do vendedor que omite dados relevantes em relação ao produto ou informa falsamente sobre as vantagens do mesmo (arts. 30, 31, 35, 51, incisos IV e XV, 66 e 67).

É direito básico do consumidor ter “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, da Lei nº 8.078/90).”

Grande interesse do consumidor ao adquirir certo produto é saber o preço, qual valor pecuniário deverá ser dado em contraprestação para se adquirir a propriedade do bem.

⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. Ed. Revista dos Tribunais.

Quando o pagamento é realizado à vista, nenhuma dificuldade ocorre em se fazer uma rápida análise do impacto financeiro de uma aquisição sobre as disponibilidades econômicas do comprador.

Todavia, o mesmo não ocorre quando o pagamento do preço é parcelado. Neste caso, o consumidor depara expressões estranhas, como “tabela price”, índices específicos nunca vistos, como “INCC”, além da cobrança de juros, cujo cálculo sobre as prestações não está habituado a fazer.

A tarefa, antes simples, quando a venda era à vista, torna-se extremamente árdua, com o freqüente resultado de o consumidor adquirir o bem sem ter a correta noção de o quanto esta aquisição vai lhe custar. Ou seja, compre-se um produto sem saber exatamente o preço.

Ciente dessa dificuldade do consumidor médio, as empresas utilizam-se de diversos procedimentos que objetivam passar a impressão de que o preço é menor do que aquele que realmente será pago.⁵ É justamente o que ocorre no setor da incorporação imobiliária, ao se cobrar juros sobre as parcelas da poupança.

Falar em juros de “um por cento” ao mês não assusta o consumidor médio, e permite fixar uma prestação inicial bem mais baixa do que a que seria fixada se não houvesse a cobrança.

Juridicamente, viola-se o direito à informação. Além de impor o dever genérico de bem informar o consumidor sobre as características do produto, o Código detalha, no art. 52, o conteúdo da informação referente ao preço quando a venda envolva “outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”, impondo ao fornecedor comunicar “prévia e adequadamente” sobre a soma total a pagar, com e sem financiamento.

Esse direito básico é desrespeitado. O consumidor não tem acesso a essas informações. A ênfase do vendedor é dada ao valor da prestação sem os acréscimos decorrentes da incidência futura dos juros. A consequência é que o preço do imóvel fica distorcido. Não tem o consumidor, em geral, a capacidade de avaliar o aumento das prestações em virtude dos juros acrescidos ao longo dos meses. Se a avaliação prévia fosse possível, grande número de contratos não seria celebrado.

Rubéns S. Stiglitz, comentando a Lei nº 8.078/90, enaltece a importância do direito pré-contratual de informação:⁶

⁵ No Seminário *Aspectos Modernos dos Contratos Imobiliários no Direito Brasileiro*, ocorrido em Brasília, no dia 27 de junho, empresário do setor da incorporação imobiliária, durante exposição oral do autor, “confessou”, no meio de uma indagação, que a cobrança de juros sobre as parcelas da poupança foi uma “jogada de marketing” para atrair mais consumidores para o mercado.

⁶ *Aspectos Modernos do Contrato e da Responsabilidade Civil*, in *Direito do Consumidor* 13. Editora Revista dos Tribunais. p. 7.

“Informar transformou-se no tema que domina a etapa pré-contratual. Sua importância demonstra-se quando a falta de informação é a que determina o consentimento, ou seja, quando a informação omitida exerce alguma influência sobre o contratante, ao ponto de, se houvesse recebido tal informação, não ter formalizado o contrato ou o ter feito sob outras condições, obviamente mais favoráveis”.

Diante dessas circunstâncias e, também, do fato de estarmos diante de contrato de adesão,⁷ em que a vontade do consumidor consiste apenas em “aceitar” as disposições redigidas pelo fornecedor, a cláusula que prevê a cobrança dos juros antes da entrega do imóvel é nula de pleno direito. O fundamento para declaração da nulidade encontra-se no art. 51, IV, e XV, da Lei nº 8.078/90, combinado com o parágrafo primeiro, *verbis*:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor:

(...)

Parágrafo primeiro. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

O dispositivo transcrito indica os elementos nos quais deve o julgador centrar sua atenção para verificação da abusividade da cláusula. No caso,

⁷ O contrato de adesão recebeu conceituação jurídica e disciplina no art. 54 da Lei nº 8.078/90. Trata-se, na verdade, de técnica de contratação, nascida especialmente da exigência da celeridade nos negócios, bem como de previsão objetiva do custo empresarial. Por ser elaborado unilateralmente, costuma ser uma rica fonte de cláusulas abusivas. A massificação do mercado praticamente extinguiu o contrato paritário, em que as partes discutiam e negociavam o conteúdo do acordo cláusula a cláusula.

conforme demonstrado, falta ao incorporador a esperada e exigida transparência na contratação, pois, mediante artifício matemático, indica-se um preço aparentemente menor e omite-se informação relevante e obrigatória: a projeção futura dos valores das parcelas e o preço final do produto, como financiamento.

Finalizando, importa dizer que a conclusão jurídica da ilegalidade da cobrança dos juros antes da entrega do imóvel não tem a ingênua pretensão de ver os preços dos apartamentos e lojas reduzidos. O objetivo primeiro é atender ao princípio da transparência e boa-fé contratual, permitindo ao consumidor aferir exatamente o preço real do imóvel e sua repercussão no orçamento familiar. Assim, não existe qualquer ilegalidade em se cobrar as parcelas pagas a título de juros como preço do produto.

4 – Conclusão

É ilegal a cobrança de juros sobre as parcelas do preço pagas à incorporadora imobiliária antes da entrega efetiva do imóvel a ser construído.

Conceito de Ação Coletiva

Márcio Flávio Mafra Leal
Promotor de Justiça

Em tema de ação coletiva, a doutrina, no Brasil concentrou-se em conceituar os interesses e direitos veiculados pelas ações basicamente denominados interesses difusos e coletivos, esquecendo-se de desenvolver uma teoria sobre a ação em si. Pretende-se demonstrar a pouca utilidade do conceito de *interesse difuso, coletivo e individual homogêneo*, que desfoca a discussão sobre o processo coletivo, desencaminhando, por consequência, o problema de se conceituar a própria ação coletiva, e que produziu bastante confusão em termos doutrinários e jurisprudenciais.

Historicamente, as ações coletivas podem ser encontradas desde o século XII, na Inglaterra, com os *group litigation* medievais, onde uma *comunidade*, geralmente uma aldeia de camponeses, disputava com o *lord* questões relativas ao uso da terra, ou uma paróquia que litigava com o pároco sobre o valor do dízimo. Nesses casos, bastava um ou alguns poucos representantes dos camponeses ou dos fiéis para que se considerasse a comunidade inteira em Juízo, e a coisa julgada vinculava todos os seus membros.¹

É bom fixar que no medievo as noções de *direito individual* e de *direito subjetivo* não estavam suficientemente desenvolvidas e, conseqüentemente, não havia entraves teóricos para se justificar uma decisão judicial de alcance a terceiros que não fizessem parte da relação processual, até porque o *direito* era de titularidade *comunitária* e não *individual*. É como se a comunidade fosse uma pessoa jurídica de fato, isto é, com interesses e direitos distintos de seus membros. Em síntese, uma entidade sem personalidade jurídica.

¹ Sobre essa historiografia, cf. YEAZELL, Stephen. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven and London : Yale University Press, 1987.

No século XVII, com a paulatina evolução e concepção de *direito individual*, a *Chancery*² inglesa transplantou a doutrina do *group litigation* medieval para um outro tipo de ação: o *representative proceeding* ou *representative action*, que consistia em um agrupamento de direitos individuais em um único instrumento processual, que, assim, resolveria a questão de uma vez, evitando a repetição de litígios. Esse procedimento coletivizado era possível por intermédio de uma autorização dada pelo tribunal denominado *bill of peace*.³

A principal característica da *ação por representação* consistia no requerimento do autor coletivo para que sua ação, originalmente individual, produzisse uma coisa julgada que vinculasse todos aqueles que possuísem um *interesse comum* (*common interest*), vistos esses indivíduos, então, na perspectiva coletiva de um grupo de pessoas (classe). O tribunal, ao apreciar esse requerimento, se deferido, expedia o *bill*, e a questão seria uniformemente decidida.

Nesse caso, diferentemente das primeiras ações de grupo medievais, havia a necessidade de se buscar uma justificativa para a submissão da coisa julgada, pois o direito em disputa era *individual*. Duas teorias sobressaíram-se nessa tentativa de fundamentação do *status* do autor coletivo: a *teoria do consentimento*, em que os representados (ou substituídos) deveriam, de algu-

² Uma explicação aqui se faz necessária. Na Inglaterra, houve várias jurisdições, sendo a principal delas o tribunal da *common law*, com sede em Westminster, que tinha jurisdição unificada para questões fiscais (antiga corte *Exchequer*), de propriedade (antiga corte das *Common Pleas*) e criminais (antiga King's Bench). À parte essas matérias, havia um sem-número de jurisdições: os *Hundred* ou *County Courts*, para questões locais; jurisdições senhoriais, eclesiásticas e comerciais, cuja importância, já no fim da Idade Média, era mínima, em favor do Tribunal Real de Westminster. Em virtude do extremo formalismo processual em se lograr ter uma ação conhecida nessa jurisdição (vigora a máxima *remedies precedes rights*), os súditos não raramente recorriam ao próprio Rei, que delegava a apreciação do litígio para o *Lord Chancellor* e seus juizes auxiliares. Assim, desenvolveu-se no século XVI uma jurisdição concorrente em matéria cível aos Tribunais da Common Law (em matéria criminal, havia a *Star Chamber*, extinta em 1641), a *Chancery*, jurisdição que serviu de alternativa às complexas exigências formais ou em caso de flagrante injustiça da decisão da Corte de Westminster – daí o nome *equity*, em razão do método de solução para o litígio. As soluções dessa jurisdição não estavam presas ao formalismo dos tribunais da *common law*, tornando-se o campo fértil de onde se desenvolveu o *group litigation*. A partir do século XVII, a matéria afeita a cada jurisdição foi consolidada. No século XIX, por intermédio dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, as jurisdições foram unificadas formalmente, embora normativa e dogmaticamente a *equity* subsista. (DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 10. ed. Paris : Dalloz, 1992. p. 265-9.)

³ Cf. COUND, John, FRIEDENTHAL, Jack, MILLER, Arthur e SEXTON, John. *Civil Procedure : Case and Materials*. St. Paul, Minn : West Publishing Co, 1993, p. 703.

ma forma, autorizar a extensão da coisa julgada; e a *teoria do interesse*, em que se verificava, pelo pedido, se havia congruência entre os interesses do autor e os daqueles que estava representando. Uma vez confirmada essa congruência, a cláusula do devido processo legal, que garante a participação do indivíduo em qualquer processo que lhe modifique patrimônio, vida, liberdade ou qualquer direito subjetivo, estava satisfeita.⁴

Apesar desse fundo histórico, o tema das ações coletivas penetrou no pensamento jurídico brasileiro através da sociologia jurídica, especificamente pela doutrina do acesso à Justiça. Na década de 70, influenciados, entre outros, por Mauro CAPPELLETTI,⁵ os autores brasileiros José Carlos Barbosa MOREIRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Waldemar Mariz de OLIVEIRA Jr. publicaram os primeiros artigos propugnando a tutela de interesses difusos e coletivos. Concedia-se que a ação popular já era um desses veículos de proteção do patrimônio público e cultural, que se afigura um direito usufruído por toda comunidade e não titularizável no plano individual.⁶

Desde essa época, a doutrina brasileira se ocupou em definir *interesses difusos e coletivos*, não cuidando devidamente dos aspectos teóricos da *ação* que permitiria o acesso à Justiça desses interesses. Os questionamentos a respeito de quem poderia ser o autor coletivo e da extensão da coisa julgada a quem não fazia parte da relação jurídico-processual foram minimizados, em virtude da atribuição *natural* do Ministério Público como ente legitimado para a *ação civil pública*.⁷

Em 1985, com a promulgação da Lei nº 7.347, concebeu-se a ação civil pública como a ação coletiva brasileira.⁸ Além do Ministério Público, que

⁴ YEAZELL. Op. cit. p. 175 e 200.

⁵ O artigo *Formações Sociais e Interesses Coletivos* diante da Justiça Civil (in *Revista de Processo* nº 5, jan/mar 1977), exerceu grande influência sobre a primeira doutrina brasileira sobre *interesses difusos* e, por consequência, sobre as ações coletivas.

⁶ Cf. o pioneiríssimo artigo *Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela dos Chamados Interesses Difusos* (in *Temas de Direito Processual*, São Paulo : Saraiva, 1977), de José Carlos Barbosa MOREIRA, e a coletânea *A Tutela dos Interesses Difusos*. coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. Série Estudos Jurídicos, n. 1. São Paulo : Max Limonad, 1984.

⁷ Sobre a concepção da ação civil pública para proteção de interesses difusos, v. FERRAZ, Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Édís e Jr. NERY, Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo : Saraiva, 1984.

⁸ Há na doutrina uma pretensão inócua de se distinguir *ação civil pública* e *ação coletiva*. Para uns, o nome *ação civil pública* seria reservado quando o autor fosse o Ministério Público (MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública*. In *Ação Civil Pública : Lei nº 7.347/85 : Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*. Coord. Édís Milaré. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 461), enquanto a *ação coletiva* seria aquela proposta pelas associações civis. Para outros, a

pela Lei Complementar nº 40/81 era o titular da ação civil pública, embora seus contornos teóricos não estivessem bem definidos, a Lei nº 7.347/85 legitimou as associações cuja finalidade institucional fosse a defesa de interesses definidos na referida lei e que eram, por sua vez, definidos como *difusos* ou *coletivos*.

Em relação à extensão da coisa julgada a terceiros, a Lei nº 7.347/85 (art. 16) tomou emprestado do sistema da ação popular (art. 18 da Lei nº 4.717/85) a solução *secundum eventum litis*, isto é, uma coisa julgada que só se forma quando procedente e, no caso de improcedência do pedido, a questão pode ser reaberta com o advento de novas provas.

A ação civil pública, como visto, foi concebida inicialmente como a ação em que o Ministério Público fosse o autor no campo cível, em um paralelo com a ação penal pública. Ou seja, não havia exatamente uma coincidência entre os conceitos de *ação civil pública* e de *ação coletiva*. Assim, ações como a de interdição de incapazes ou a *actio civilis ex delicto* eram consideradas “ações civis públicas”, mas, apesar do interesse público que lhes subjaz, não eram coletivas, no sentido de defesa dos interesses ou direitos de um grupo ou de uma comunidade determinada.

A Lei nº 7.347/85, como asseverado, instituiu uma nova ação civil pública. Como consequência, ocorreram duas mudanças teóricas e dogmáticas importantes: a primeira foi a desvinculação da ação civil pública como instrumento processual de titularidade exclusiva do Ministério Público, pois, como dito, associações e outros ramos políticos do Estado também foram legitimados para o ajuizamento da ação.

A segunda mudança foi a concepção da ação civil pública como *ação coletiva*. Mas, o que diferencia as ações individuais comuns das ações ditas coletivas? Essa questão essencial é o objeto dessa tese e, para respondê-la, necessariamente deve-se buscar os elementos teóricos da ação para *construir* o seu conceito.

ação civil pública teria por base a Lei nº 7.347/85 e a ação coletiva seria aquela proposta com fundamento no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que “os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, *ação civil coletiva* de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (...)” (cf. ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Arruda Eduardo e MARINS, Jaime. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo : RT, 1995. p. 385). Partindo-se da primeira diferenciação, relativa ao autor coletivo, desde a promulgação da Lei nº 7.347/85, de que a *ação civil pública* pode ser ajuizada por associação ou pelo Estado. Do ponto de vista da segunda diferenciação, a ação terá os mesmos elementos conceituais – e isso é o que se definirá abaixo – se proposta com base na Lei nº 7.347/85 ou no art. 91 do CDC. Sendo esses elementos encontráveis em qualquer das ações das legislações citadas, torna-se sem sentido buscar uma diferenciação terminológica.

A partir da origem da ação coletiva esboçada, já se intui a existência de duas ações com o rótulo de *coletiva*. Uma delas se refere a uma ação que tutela os direitos que materialmente pertencem a uma *comunidade*, e outra protege direitos individuais tratados processualmente em um único instrumento. O conceito aqui proposto também se divide igualmente em dois, porque, de fato, existem duas ações distintas sob o mesmo rótulo de *ação coletiva* ou *civil pública*, que merecem tratamento teórico em separado.

O primeiro conceito é o das ações para defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que se denomina de ACDI: trata-se de uma ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos *individuais*, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude de a extensão da coisa julgada atingir todos os seus integrantes.

O grande problema teórico desse tipo de ação é a cláusula do devido processo legal: todo aquele que tiver seu patrimônio, vida, liberdade ou, de qualquer forma, tiver um direito subjetivo atingido pelos resultados de um processo, tem o direito de nele participar, conforme preceitua o art. 5º, LIV, e LIV, da CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A cláusula do devido processo legal e o conjunto de princípios a ela inerentes são, em princípio, uma conquista do Estado Democrático de Direito. Com efeito, as circunstâncias que levam o indivíduo a ser privado da liberdade ou sofrer interferência no patrimônio e em outros direitos subjetivos sem que tenha possibilidade de *falar* e produzir provas no processo, são consideradas arbitrariedades repelidas sem maiores discussões pelo Direito, ainda que se assuma que o autor coletivo irá deduzir da melhor forma o seu direito material em Juízo.

Mesmo quando o pedido é procedente, o autor coletivo pode ter formulado uma pretensão que não atenda integralmente ao direito material ou que os danos a que se refere a ação não correspondam aos danos efetivos ocorridos contra a vítima. Ou, ainda, pode ser que o membro da classe deseje ajuizar sua ação individual e poderá ser forçado a suspendê-la para integrar a ação coletiva, seja por exceção de litispendência, seja por evidente conexão entre as ações coletiva e individual. Enfim, a ação coletiva interfere em direitos subjetivos em termos amplos, impondo aos representados uma situação jurídica mesmo contra a sua vontade.

Como, então, justificar essa interferência? A jurisprudência norteamericana, no processo *Smith v. Swormstedt* (1853), confirmou a solução

teórica que vinha se desenvolvendo desde a jurisprudência inglesa para o impasse imposto pela cláusula do devido processo legal. O tribunal *a quo* negou o processamento sob a forma coletiva, invocando a cláusula do *due process*, não atendida em face da ausência de todos os envolvidos na relação processual. A decisão foi reformada na Suprema Corte, sob o argumento de que os direitos dos ausentes estavam *adequadamente representados*.⁹

A solução oferecida pela Suprema Corte não *atropela* a cláusula do devido processo legal e o *individualismo*, como em princípio pode parecer. Bem ao contrário, a construção da doutrina da *representação adequada* baseia-se em uma forma de obedecê-la, desde que os interesses dos ausentes estejam representados de forma justa e tecnicamente correta (referindo-se às habilidades do procurador). Sendo esta representação de qualidade inquestionável, é possível a extensão dos efeitos da coisa julgada, vez que apenas formalmente o representado não está na relação processual, mas seus interesses estão.¹⁰

Nas ACDIs, a existência de uma regra processual que autorize a extensão subjetiva da coisa julgada é fundamental para caracterizá-la como *coletiva*, pois sem essa disciplina legal, a ação é meramente individual.

A outra ação coletiva também se vale de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma *comunidade*, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro por autorização legal ou judicial. A disciplina da extensão da coisa julgada, nesse caso, é, de certo modo, desnecessária, em razão de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou, em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário. A essa ação, nesse caso, denomina-se *ação coletiva para defesa de direitos difusos* (ACDD).

Para a defesa de direitos difusos, o mais importante é a apreciação do litígio pelo tribunal, com o fim de implementar direitos dessa natureza, por meio da ação coletiva, porque, de outro modo, ficariam esses conflitos sem solução institucional, pela falta de um legitimado com personalidade jurídica ou processual.

⁹ Cf. YEAZELL. Op. cit. p. 221.

¹⁰ O conceito de “adequada representação” é em geral repetido por autores nacionais. Por todos, cf. GRINOVER (in *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996. p. 131): “Já se observou que é justamente na ótica da ‘adequada representação’ do conjunto dos interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da coisa julgada, porquanto os ‘adequadamente representados’ não são propriamente terceiros”.

No plano material, o conceito de *direito difuso* veiculado pelas ACDDs é marcado por duas características: um conteúdo não patrimonial, ligado a uma idéia de *qualidade de vida*, que envolve valorações não econômicas de determinados bens, tais como a preservação do ambiente e da cultura; e uma noção de *direito à integração* ou à *não-exclusão* de determinados grupos e comunidades conhecidos por *minorias*, que pretendem ter uma participação social mais representativa.

Essas características influenciam, de maneira determinante, a morfologia da ACDD, pela alta densidade política que envolve a ação e pelo pedido, que não pretende reparações patrimoniais, mas, em geral, restauração do direito através de pretensões não indenizatórias e, quando indenizatórias, o produto do ressarcimento não é destinado a indivíduos, e sim a fundos e programas de recuperação e desenvolvimento ambiental, cultural e de políticas integracionistas (v. g., programas de ação afirmativa nos EUA).¹¹

A *identidade* do autor coletivo como membro ou possuidor de alguma particular pertinência com a comunidade representada, nesse caso, é irrelevante ou secundária. A idéia é que as ACDDs focalizam direitos e valores tais que devem ser judicializados com a mera constatação de violação *objetiva* das normas que consagram direitos difusos, bastando essa verificação para desencadear a legitimação e o interesse de agir.¹²

Essa concepção objetivista contorna as objeções impostas pelo devido processo legal, porquanto, a partir da presunção de que o direito material não possui um titular individualizável, não há a preocupação de se encontrar uma justificativa de representação de direitos alheios, mas sim que se concretizem

¹¹ Ação afirmativa é uma política de governo implementada para garantir a grupos minoritários, vulneráveis e excluídos da sociedade o acesso a cargos, instituições, escolas e universidades, e a programas de distribuição de financiamento para casas, entre outros bens e direitos. Essa garantia se dá por meio de uma reserva ou quota de empregos, vagas e verbas, com apoio em estatísticas demográficas, a fim de equilibrar a sub-representação desses grupos na composição das organizações sociais em geral. Neste sentido, uma prática comum adotada como forma de implementação de tais políticas é a de, independentemente do mérito, dar-se preferência a um membro da minoria, se para o mesmo cargo houver a disputa entre este e um representante da maioria. Cf. AKEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory : A Reader*. 2. ed. St. Paul, Minnesotta : West Publishing Co., 1991.

¹² “Quanto ao Ministério Público, por isso, o interesse processual antecede a legitimação para a causa. O legislador identificou casos de interesse público que merecem a proteção judicial por meio da ação ou intervenção do Ministério Público. Aí, então, legitimou o *Parquet* para defender judicialmente o interesse público previamente identificado, significando essa legitimação um *posterius* em relação ao interesse.” NERY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e as Ações Coletivas. In *Ação Civil Pública : Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*. Coord. Édis Millaré. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 362.

direitos difusos no plano judicial, pois, do contrário, ficariam relegados à implementação de políticas públicas, a cargo do Executivo e Legislativo.

A conclusão é a de que, em se tratando de direitos difusos (ACDD), a idéia principal é buscar um adequado representante – não por causa da extensão da coisa julgada, mas porque à comunidade falta um legitimado para encaminhar o litígio ao tribunal. A coisa julgada, independentemente de a lei processual determinar, sempre terá efeitos, por assim dizer, *erga omnes*, pois afeta a *comunidade* a quem é atribuído o direito material.

Os conceitos de ambas as ações são próximos, porque nas duas está o elemento *representação*, já que o autor não é o titular do direito material em nenhuma das ações. O outro elemento – a extensão da coisa julgada – apresenta nuances importantes. Enquanto na ACDD a extensão *erga omnes* é uma decorrência automática do atendimento do direito material, sem necessidade de uma norma processual assim o determinar, na ACDI é de vital importância a existência de uma regra processual que determine a extensão da coisa julgada, pois, do contrário, essa qualidade da sentença (imutabilidade do seu comando) restringir-se-á somente àqueles que estiverem na relação processual.

Exemplificando, nas ACDDs, quando um juiz determina a interrupção de uma publicidade enganosa, de emissão de um poluente, ou a recuperação de uma área histórica, a decisão que atender ao direito material beneficiará *toda* a comunidade, sem que a norma processual necessariamente diga que esta coisa julgada tenha de ser *erga omnes*.

A situação é distinta na outra ação coletiva (ACDI), em que a *classe* é apenas uma *figura* para representar o conjunto de pessoas com direitos individuais autônomos, que se identificam por algum fator comum (v.g., um contrato-padrão que todos os membros da classe assinaram com o réu). Nessa hipótese, é possível que haja comandos de sentenças contraditórios em ações individuais propostas com mesmo objeto.

Conclusão

Sintetizando, dois elementos são fundamentais para se definir uma ação como *coletiva*: I) a *representação* de direitos alheios (em geral, por meio de *substituição processual*) e II) a extensão da coisa julgada.

Conceito de Transindividualidade e Indivisibilidade no Art. 82, Parágrafo Único, I e II, da Lei nº 8.078/90 – As Ações Coletivas Brasileiras

Márcio Flávio Maíra Leal
Promotor de Justiça

A doutrina e a Lei nº 8.078/90 dividem os interesses ou direitos veiculados pelas ações coletivas em três: difusos, coletivos e individuais homogêneos:

“Art. 81. (...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Em contraste com a ação individual, à ação coletiva, portanto, acresceu-se um *plus* qualitativo à legitimidade para agir, expressa no atendimento, dependendo do caso, de uma dentre as três hipóteses dos incisos do art. 81 acima citado. Trata-se de uma *condição da ação* que, para ser *coletiva*, tem de tutelar direito difuso (inciso I) ou coletivo (inciso II) ou individual homo-

gêneo (inciso III). Do contrário, há duas hipóteses: I) ou a ação não será *coletiva* (v.g., quando uma associação está na defesa de direito próprio enquanto pessoa jurídica) ou II) não será a ação coletiva conhecida, por faltar *legitimidade* do autor.

O que se defende, nesta tese, é que o art. 81 poderia desaparecer ou, apenas para aproveitá-lo do ponto de vista teórico, poder-se-ia manter o inciso I e fundir os incisos II e III, que pouco diferem. No primeiro caso, trata-se de direito difuso, sendo os dois últimos incisos referentes a direitos individuais, com tratamento processual coletivo, como se verificará por meio de análise dos conceitos legais retrotranscritos.

Decompondo os elementos contidos na norma que definem os direitos difusos e coletivos e que interessam ao desenvolvimento a seguir, tem-se: a *transindividualidade*, a *indivisibilidade*, a *indeterminabilidade dos membros do grupo* e a circunstância que dá a unidade desse grupo (um fato ou uma relação jurídica).

Nenhum desses elementos refere-se claramente a distinções de ordem material ou de ordem processual, dando a entender que se trata de conceitos uniformemente aplicáveis às três hipóteses. Mas, na verdade, cuida-se de conceitos de conteúdo bem diferentes.

A *transindividualidade*, assim como a *indivisibilidade*, por exemplo, é uma característica do **direito difuso** no seu aspecto material (art. 81, parágrafo único, I, *supra*), que não é a mesma *transindividualidade* e *indivisibilidade* dos interesses e **direitos coletivos** (art. 81, parágrafo único, II e III, *supra*), que é tão-somente *processual*. Para este último, essas características decorrem da extensão uniforme sobre a classe da *coisa julgada* e não do direito material em si.

Exemplificando, qualquer ação judicial que vise à proteção ambiental aproveitará a toda a comunidade uniformemente, isto é, de maneira *transindividual* e *indivisível*, porque materialmente o direito é de titularidade comunitária. Já uma ação coletiva que tenha por objeto a nulidade de cláusulas contratuais abusivas, será uma ação para defesa de direitos materialmente individuais, que se tornam transindividuais e indivisíveis por força da extensão da coisa julgada. Assim, a sentença que declarar a nulidade das referidas cláusulas formará coisa julgada para todos os consumidores indistintamente (*transindividualidade*) e com a mesma eficácia, em relação ao direito material (*indivisibilidade*).

Portanto, no primeiro caso trata-se de *transindividualidade material* e no outro *processual*. A nulidade de cláusula, no exemplo dado, pode ser requerida judicialmente a título individual, e a coisa julgada só ao autor aproveitará. Mesmo numa ação coletiva, a cláusula só será considerada abusiva

para a classe de *consumidores*, permanecendo válida para outros contratantes que não se encaixem na definição legal de *consumidor*, pois, nessa hipótese, não se aplicaria o regime do CDC para estes outros contratantes (v.g., empresas).

Assim, não há propriamente um *direito coletivo* como categoria jurídica material, a não ser que seja tomado como sinônimo de direito difuso. Entretanto, para efeito de preenchimento de uma pretensão e peculiar condição da ação coletiva, que é o ajustamento do pedido a um dos incisos do art. 81, parágrafo único, concede-se que se trata de um *direito coletivo*. Melhor seria que a lei dispusesse que se trata de um *direito sob tratamento processual coletivo*.

No plano prático, é perfeitamente possível que dois juízes em ações individuais, a respeito da validade da cláusula, profiram sentenças com comandos distintos, o que demonstra a inexistência de *transindividualidade* ou *indivisibilidade* do direito substantivo. Em contraste com isso, semelhante contradição de sentenças é impossível em relação à defesa de direitos difusos. Caso aconteça, uma das sentenças necessariamente excluirá a outra. Exemplificando, se um juiz determina que uma fábrica cesse suas atividades poluidoras (defesa ambiental) e um outro juiz permite a continuação da produção, um dos comandos inexoravelmente prevalecerá, devendo a segunda instância disciplinar a questão.

Todas essas características acima (*transindividualidade*, *indivisibilidade*, *determinação de titulares*, *relação que une a classe*) perdem a razão de ser quando se parte para uma concepção de ação coletiva vista em si mesma e não nos interesses que veicula. O critério para se caracterizar uma ação como *coletiva*, portanto, deve partir da disciplina da coisa julgada e da eleição (legal ou judicial) de um adequado representante, e não, como faz a lei brasileira, na rotulação dos interesses em jogo como *difusos*, *coletivos* ou *individuais homogêneos*.

Conclusão

I) a nota de *transindividualidade*, do ponto de vista *material*, é típica somente dos direitos difusos. Do ponto de vista *processual*, a *transindividualidade* se verifica pela permissão de que determinado direito individual seja veiculado por meio de ação coletiva, quando a coisa julgada beneficia ou prejudica indistintamente todos os representados;

II) a *indivisibilidade* dos direitos difusos independe de um regime especial para a coisa julgada, pois deflui do próprio direito material, enquanto que para os interesses coletivos a *indivisibilidade* decorre somente em razão

da previsão legal de extensibilidade da coisa julgada, sendo possíveis sentenças transitadas em julgado com comandos diversos sobre o mesmo objeto em ações individuais;

III) existem, na verdade, *duas* ações coletivas no Brasil, e não *três*, como conceituam a lei e a doutrina. Uma na defesa de direitos difusos (ACDD – art. 81, parágrafo único, I, do CDC) e outra na defesa de direitos individuais com tratamento processual coletivo (ACDI – art. 81, parágrafo único, II e III, do CDC).

Os Efeitos Cíveis da Sentença Penal Condenatória Irrecorrível na Tutela dos Interesses Difusos

Alessandra Elias de Queiroga
Promotora de Justiça do MPDFT.
Mestranda em Direito e Estado na UNB.

Paulo José Leite Farias
Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT.
Professor da AEUDF e do CESPE/UNB.
Mestrando em Direito e Estado na UNB.

I – Sumário da Tese

O objetivo básico da presente tese é restabelecer e, portanto, chamar a atenção para uma *legitimatío ad causam* do Ministério Público que tem sido pouco exercida, qual seja, para a propositura de ação civil de reparação de dano *ex delicto* cuja tutela jurídica se refira a interesses difusos, no contexto do ordenamento jurídico vigente, que exige uma nova hermenêutica da visão clássica de que a única hipótese de legitimação extraordinária nesse âmbito seria a prevista no art. 68 do Código de Processo Penal (*Decreto-Lei nº 3.689 de 03.10.41*).

Observa-se, basicamente, que no contexto das relevantes funções institucionais do Ministério Público previstas no art. 129 da Carta Magna de 1988, a legitimação extraordinária para defender interesses “*que, não sendo de ninguém, são de todos*” (interesses difusos) já foi concretizada, no plano normativo, pela legislação infraconstitucional (Código do Consumidor, Lei Orgânica do Ministério Público da União e leis orgânicas dos diversos Ministérios Públicos estaduais), razão pela qual, atualmente, o *Parquet* dispõe

da prerrogativa de buscar a indenização civil também por meio da ação civil *ex delicto*. Nessa hipótese, atua em defesa de direito que não é seu,¹ mas de toda a coletividade lesada (“ofendido”), tal como ocorre, por exemplo, em um crime ecológico.

Em verdade, chamou-se atenção para a palavra “ofendido”, já que o art. 63 do CPP confere legitimidade para a propositura da ação civil *ex delicto* à vítima de crime que for objeto de persecução e julgamento, em sede penal. Assim, em todas as ocasiões em que for prolatada sentença condenatória penal, em que o ofendido for toda a coletividade, e não apenas uma pessoa, ou um grupo determinado de pessoas, caberá ao Ministério Público promover a correspondente ação civil para reparação do dano causado pela conduta delituosa.

Assim, no caso concreto poderá o *Parquet*, por conveniência do procedimento mais eficaz, utilizar-se da ação civil pública ou da ação civil *ex delicto*, preferindo esta última quando a sentença judicial criminal transita em julgado e, portanto, já especifica e delimita as diversas responsabilidades.

A experiência adquirida com o trato das questões jurídicas, concomitantemente, nas esferas civis e criminais, tem ensinado que as sentenças condenatórias penais, relacionadas a crimes que lesam interesses difusos, têm sido mais facilmente prolatadas, provavelmente em função da “objetividade” dos tipos que descrevem as condutas ilícitas com repercussões para toda a coletividade. Já as ações civis públicas têm-se arrastado por tempo incontável, sendo raras aquelas que se encontram em fase de execução, especialmente quando se referem à questão ambiental, urbanística ou de patrimônio público.

No que concerne, por exemplo, ao crime de parcelamento ilegal do solo, que é um dos principais degradadores ambientais e urbanísticos da atualidade, tem-se conseguido comprovar, num grande número de casos, a sua materialidade e autoria; entretanto, quando o que se busca é a reparação do dano causado por esta mesma atividade de parcelar o solo para fins urbanos, por meio de ação civil pública, tem sido grande a dificuldade de se alcançar uma sentença condenatória, dificuldade esta que advém de diversos fatores, merecendo destaque a pouca intimidade dos operadores do direito com o trato das ações coletivas em geral.

Como o crime de parcelamento do solo insere-se na taxonomia dos crimes contra a administração pública, não se tem uma vítima definida. O meio ambiente, a ordem urbanística e o patrimônio público são os verdadeiros

¹ Aliás, seria interessante propor a seguinte questão: salvo quando atua em defesa da própria classe, ou através de seus membros, individualmente considerados, quando é que o Ministério Público, judicialmente, atua em defesa própria?

lesados. Assim, embora se tenha em mãos um título judicial que declare quem são os responsáveis pelo parcelamento ilegal do solo, que causou todos estes danos, não se tem feito aproveitamento deste título para promover, diretamente, a ação de reparação do dano, cujo montante pode ser apurado de maneira administrativa e facilmente discutido na sede do Juízo cível.

Por outro lado, grande parte dos delitos que envolvem lesão a interesses difusos ainda têm pena cominada de valor pouco expressivo, sendo que a sua apuração, ao contrário, tem sido bastante tortuosa. Assim, é muito frequente a extinção da punibilidade da pretensão executória, embora se reconheça a existência do crime e se apure quem são os seus agentes. Todo esse procedimento penal poderia, portanto, ser aproveitado para que o Ministério Público promovesse a correspondente ação indenizatória.

Por fim, *ad argumentandum*, sugere-se, em face da relevância do mecanismo de utilização da ação civil *ex delicto*, a colocação de dispositivo no novo Código de Processo Penal que explicita a atuação do *Parquet* nessa função de busca da reparação do dano por meio da sentença condenatória de delitos cujo objeto relacione-se com a defesa dos interesses difusos.

II – Fundamentação legal, doutrinária e jurisprudencial da ação civil de reparação do dano ex delicto e da legitimação extraordinária do Ministério Público ad causam ativa

Um único crime ofende, em regra, diversos interesses jurídicos, acarretando lesão real ou potencial às vítimas, seus titulares. Disso se origina a pretensão punitiva (do Estado) para a aplicação da sanção penal e, também, a pretensão de reparação do dano pelo ilícito.

No que diz respeito aos sistemas processuais para reparação do dano cível, a doutrina pátria refere-se à existência de três sistemas no direito comparado: o da separação, o da solidariedade e o da livre escolha;² ou a dois sistemas: o da união e o da separação.³

O sistema da separação (ou independência) é aquele em que as ações civil e penal devem ter lugar separadamente perante o Juízo correspondente: civil ou penal. Nesse sistema, não há comunicação entre as duas esferas de responsabilidade. É impossível qualquer vinculação entre ambos, seja ao nível de procedimento, seja ao de provas ou ao de prejudicialidade. Na visão

² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo : Atlas. 1992. p. 150.

³ FERNANDES, Antônio Scarance. *O Papel da Vítima no Processo Penal*, 1. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 167.

de ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, “*pelo sistema da independência a reparação deve ser pleiteada no Juízo civil, ficando assim separadas as ações civil e penal. Numa posição mais extremada, inexistiria qualquer vinculação entre os processos civil e criminal, sendo total a independência entre eles, o que contudo é praticamente impossível de suceder*”.⁴ Assim, países como os Estados Unidos da América, Canadá, Austrália e Paraguai adotam esse sistema.

No sistema da *solidariedade* (ou de *união, de interdependência*), embora haja duas ações diferentes, uma penal e outra civil, desenvolvem-se elas no mesmo processo e diante do mesmo juiz. Prevista a interposição de uma só ação para as duas pretensões, fala-se no sistema da *confusão*.⁵ Exigidas duas ações, a penal e a civil, a lei poderá impor que ambas sejam necessariamente formuladas no Juízo penal (sistema de *cumulação obrigatória*), ou permitirá que o titular do direito à reparação opte pelo ajuizamento da ação civil no Juízo penal (*sistema de livre escolha*).⁶ A França foi o berço do sistema de *cumulação*, influenciando em outros países que seguiram a mesma orientação.

O sistema brasileiro tem suas origens no Direito português, tendo sofrido grande influência do modelo francês. Embora dando predominância ao princípio da independência das ações (art. 1.525 do CC), apresenta características próprias, mistas, ecléticas, estabelecendo influências do julgamento criminal no civil.

Em regra, a responsabilidade civil é independente da responsabilidade criminal. Nesse sentido dispõe o Código Civil, no art. 1.525, *verbis*:

"Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Entretanto, a materialidade do delito e a autoria deste, além da ilicitude do ato, uma vez comprovadas no Juízo criminal, fazem coisa julgada também no civil. Consoante interpretação dos arts. 63 a 67 do Código de Processo Penal vigente, *verbis*:

"Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no Juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros".

⁴ Op. cit. p.168.

⁵ Nesse sentido, TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1978. v. 2. p. 388-90.

⁶ FERNANDES. Op. cit. p. 167.

Assim, a obrigação de indenizar o dano pelo crime é efeito da condenação criminal, nos termos do Código Penal, art. 91, inciso I, *verbis*:

"CÓDIGO PENAL. DECRETO-LEI nº 2.848, DE 07.12.40

PARTE GERAL – Arts. 1 a 120.

TÍTULO V – Das Penas – Arts. 32 a 95.

CAPÍTULO VI – Dos Efeitos da Condenação – Arts. 91 e 92.

– Efeitos genéricos e específicos

ART. 91 – São efeitos da condenação:

I – *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*".

A sentença criminal definitiva é título executivo judicial (CPC, art. 584, II) **dotado de certeza e exigibilidade**, mas carecedor de liquidez (a respeito, vide CPC, arts. 603 a 611, e CC, arts. 1.537 a 1.553).

Desse modo, por carecer de liquidez, a liquidação da sentença condenatória criminal poderá ser feita por arbitramento ou por artigos (CPC, arts. 609 e ss.), com a citação do executado para oferecer defesa (procedimento ordinário). Será aí apurado o montante da indenização e quem deverá recebê-la.

No que se refere à legitimidade da ação civil *ex delicto*, são legitimados ordinariamente, tanto para a liquidação como para a execução em comento, o ofendido, seu representante legal ou os seus herdeiros (CPP, art. 63, e CC, art. 1.526). A legitimação extraordinária (ou substituição processual) é atribuída ao Ministério Público, desde que, para tanto, o órgão seja provocado pelo prejudicado pobre (CPP, art. 68; CPC, arts. 81 e 566, II).

Observa-se que muitas vezes o ofendido, dependendo do tipo de delito, objeto de condenação judicial, poderá não ser uma determinada pessoa ou grupo de pessoas determinada, mas toda uma coletividade não individualizável que, hodiernamente, é representada (através não propriamente de representação, mas de substituição processual), de forma institucional, pelo Ministério Público. Assim, em crimes ambientais, por exemplo, o sujeito passivo do delito não é um indivíduo, mas sim uma coletividade de natureza indivisível, da qual são “*titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*” (definição de direito difuso nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

Nesse diapasão, questiona-se a respeito de quem poderá representar o ofendido na ação civil *ex delicto* e se o ordenamento jurídico vigente autoriza essa substituição processual pelo Ministério Público.

Nos termos do que discorre ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, no contexto da vigência da legitimação prevista no art. 68 do CPP, “a questão é, contudo, reflexo de outra mais profunda: *a reparação do dano em processo*

criminal representa manifestação de interesse privado ou de interesse público, ou ainda, de ambos em forma conjugada?" (grifo nosso).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico vigente indica, de forma peremptória, que *a proteção dos interesses difusos é pública e de competência do Parquet*. Desse modo, a legitimação extraordinária do Ministério Público para promover a execução, no cível, do julgamento criminal, está visceralmente ligada à legitimidade da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos, ampliando-se, conseqüentemente, a tradicional legitimação extraordinária prevista no art. 68 do Código de Processo Penal, que assinala, *verbis*:

"CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECRETO-LEI nº 3.689, DE 03.10.41

LIVRO I – Do Processo em Geral – Artigos 1 a 393.

TÍTULO IV. Da Ação Civil. Artigos 63 a 68.

ART. 68. *Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público*".

III – A legitimação do Parquet de propor ação civil ex delicto nas infrações penais cujo objeto de tutela jurídica seja interesse difuso

A doutrina, a jurisprudência e a legislação processual civil são consentâneas em afirmar o caráter de excepcionalidade da legitimação extraordinária. Assim, o art. 6º do CPC – Lei nº 5.869, de 11.01.73, indica, *verbis*:

"Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (grifo nosso).

Consoante ensinamento doutrinário, a figura da substituição processual ocorre quando alguém está legitimado para agir em Juízo em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio.⁷ Assim, quem litiga, como autor ou réu, é o substituto processual; fá-lo em nome próprio, na defesa de direito de outrem, que é o substituído.

Ocorre que o ordenamento jurídico, no que refere à legitimação extraordinária de atuação do Parquet, não se cinge à autorização dada ao art. 68 do Código de Processo Penal ao Ministério Público.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 14. ed. São Paulo : Saraiva. v. 1. p. 344.

Como todos devemos saber, é pela fixação de determinados princípios (usualmente sensíveis), de ordem constitucional, e até mesmo supraconstitucionais, que o ordenamento jurídico estabelece *os limites interpretativos e integrativos* do sistema (na condição de conjunto harmônico de normas e regras atributivas de competências e de padrões de conduta).

Tais princípios, sem dúvida alguma, contribuem para o adequado desenvolvimento das instituições, aperfeiçoando os métodos tradicionais até então utilizados, ao mesmo tempo que permitem a inovação em tais mecanismos, sem que se afronte qualquer norma jurídica ou se constitua invasão nas demais competências constitucionais.

É no sentido da própria evolução do Ministério Público na Constituição de 1988, que teve um enorme alargamento institucional, que se comprova a ampliação da legitimação extraordinária do Parquet para a propositura da ação civil *ex delicto*.

Assim, diplomas legais como a Lei Complementar nº 75 (aplicável ao Ministério Público da União), bem como as leis locais de organização do Ministério Público, não podem ser desprezadas quando conferem prerrogativas de atuação efetiva dos membros do Ministério Público para a realização constitucional.

Ilustrando, a Lei Complementar nº 75, em seu art. 6º, em consonância com o texto constitucional que estabelece as funções institucionais do Ministério Público (art. 129 da CF), estabelece, *verbis*:

"Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

XIV – *promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais*, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;

b) à ordem econômica e financeira;

c) à ordem social;

d) ao patrimônio cultural brasileiro;

e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;

f) à probidade administrativa;

g) ao meio ambiente;

(...)

XIX – promover a responsabilidade:

(...)

b) de pessoas físicas ou jurídicas, em razão da prática de atividade lesiva ao meio ambiente, tendo em vista a aplicação de sanções penais e a reparação dos danos causados".

Assim, em delitos ambientais e do consumidor, surge no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de uso da ação civil *ex delicto* para infrações penais cometidas nessas áreas relacionadas à proteção dos interesses difusos.

No que se refere à matéria de defesa do consumidor, o assunto mostra-se menos discutível, em face da concretização explícita da sua legitimação extraordinária na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Nesse diploma legislativo concretizador do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, o Ministério Público, escudado nos arts. 97 e 98 do referido diploma, pode iniciar a liquidação e a execução de sentença penal condenatória irrecorrível. Assim, esses artigos autorizam, de forma expressa, a atuação do Ministério Público e dos outros legitimados elencados no art. 82 do Estatuto Jurídico de Defesa do Consumidor, *verbis*:

"CAPÍTULO II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, **assim como pelos legitimados de que trata o art. 82**".

Nesse caso específico, deve ser ressaltado o que dispõe o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, que limita o exercício da legitimação extraordinária após um prazo temporal inicial. A lei dispõe, *verbis*:

"CAPÍTULO II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessado em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985".

Posto que a invocação das regras do Código do Consumidor pode parecer, a algum desavisado, como sendo mácula ao "princípio da legalidade" (CP, art. 1º, e CF, art. 19), é de registrar que a analogia só malfere a reserva legal quando aplicada às chamadas normas incriminadoras, o que não aconte-

ceu na espécie em estudo, **que cuida de tema essencialmente processual**. Inclusive, no próprio âmbito penal, vale a lição de GIUSEPPE BETTIOL:⁸

"A proibição do procedimento análogo em matéria penal há que assinalar limites precisos. Recai sobre todas as normas incriminadoras e todas as que (mesmo eximentes) sejam verdadeiramente excepcionais. Quaisquer outras normas do Código Penal são suscetíveis de interpretação analógica."

IV – A relevância da questão e conclusões finais

Atualmente, as indenizações *ex delicto* mais frequentes nos meios forenses são:

a) por homicídio (CC, art. 1.537) – despesas médicas, funeral, luto, e alimentos (estes tendo força reparatória, cf. ARNOLDO WALD, Obrigações e Contratos, RT 1990:434). Deverão ser observados o art. 602 do CPC e as Súmulas nºs 490, 493 e 562 do STF;

b) por lesão corporal (CC, arts. 538 a 1.540) – despesas médicas, lucros cessantes, multa penal (média, que pode ser duplicada em caso de deformidade – RT 465/214), dote (para mulher solteira) e pensão (salário mínimo mais ajustes – Súmula nº 490);

c) por usucapião ou esbulho (CC, arts. 1.541 a 1.543) – restituição da coisa ou o valor equivalente;

d) por erro de médico ou de profissionais assemelhados (CC, arts. 1.545 e 1.546) – exige liquidação;

e) por injúria, calúnia e difamação (CC, art. 1.547) – também exige liquidação, que se não puder ser feita, obriga o ofensor a pagar o dobro da multa criminal prevista em grau máximo.

Não tem sido utilizada a ação civil *ex delicto* para obter-se a indenização do bem jurídico ambiental. Prefere-se a ação civil pública disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Entretanto, observa-se que uma vez que haja a condenação penal irrecorrível em um crime relacionado ao meio ambiente, surge a possibilidade do *Parquet*, no caso concreto, apreciar a conveniência de ingressar com uma ação civil *ex delicto* para a responsabilização civil do réu ou com uma ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

Na ação civil *ex delicto*, a fase cognitiva já foi ultrapassada, restando a apreciação do *quantum debeat*. O montante precisa ser apurado por meio

⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Miguel da Costa Trindade. Coimbra, 1974. p. 108.

do processo de liquidação (podendo em muitos casos ser feita a liquidação por arbitramento, mediante laudo pericial que mensure os danos) e, uma vez encerrado o mesmo, passa-se à fase executória de satisfação do título executivo judicial líquido, certo e exigível.

No caso em concreto, criam-se, pois, novas vias processuais, que poderão ou não ser mais adequadas para a efetiva responsabilização civil, o que, sem sombra de dúvida, favorece a efetiva reparação cível do interesse difuso maculado.

Ad argumentantum, tendo em vista a importância desse veículo processual, assinala-se a explicitação da regra na nova legislação processual penal em discussão com o seguinte dispositivo, colocado sob o “título da ação civil”: “ART. Quando o titular do direito à reparação do dano for uma coletividade indeterminada, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida pelo Ministério Público”.

Finalizando, cumpre frisar que grande parte dos procedimentos penais instaurados para apurar crimes que lesam interesses difusos, dada a complexidade do fato a ser apurado, o número de réus, e a própria novidade da matéria, costumam se alongar de tal maneira que boa parte culmina com a condenação, mas com a decretação da prescrição da pretensão executória. Assim, seria medida de grande interesse público que se aproveitasse todo este procedimento, utilizando-se da sentença condenatória para a promoção da respectiva ação civil *ex delicto*.

Possibilidade Legal de Ressarcimento das Despesas Decorrentes da Elaboração dos Laudos Periciais pelos Institutos de Criminalística e Médico-Legal¹

Bruno Caiado de Acioli
Roberto Carlos Batista²

Cediço é que o Estado brasileiro atravessa sérias dificuldades de ordem financeira, dada a corrupção e a incompetência que grassam nos mais variados níveis da administração pública.

Os reflexos da inabilidade no trato da *res publica* fazem-se sentir em quase todos os campos de atuação estatal, sobretudo no da segurança pública.

Estatui o art. 144, *caput*, da Constituição Federal, *verbis*:

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

No âmbito do Distrito Federal, cabe à Secretaria de Segurança Pública, por intermédio das polícias civil e militar, corpo de bombeiros militar e defesa civil, velar pela observância do mandamento constitucional em tela.

¹ Os dados técnicos e estatísticos apresentados nesta tese foram fornecidos pelo senhor Diretor-Geral do ICDF, Marcos Henrique dos Santos, e dos senhores peritos Sílvio Boçon e Roberto Rabethge, a quem agradecemos pela inestimável colaboração.

² Promotores de Justiça Titulares da 2ª e 3ª Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Público e Social, respectivamente.

No exercício de tal mister, as autoridades policiais defrontam-se permanentemente com inúmeras deficiências de ordem material, humana e logística.

Sem fugir à regra, o Instituto de Criminalística e o Instituto Médico Legal, que integram a estrutura da Polícia Civil do Distrito Federal, lidam diariamente com a escassez de recursos orçamentários para a aquisição e manutenção de equipamentos, instrumentos e viaturas indispensáveis à consecução dos trabalhos técnicos, com sérios reflexos negativos sobre as investigações realizadas na fase inquisitorial e acusatória.

No que se refere especificamente ao ICDF, este desembolsa anualmente mais de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) só com o abastecimento e a manutenção de suas viaturas, cuja quilometragem global chega a atingir, ao final de um ano, 864.000 Km (oitocentos e sessenta e quatro mil quilômetros).

Impende mencionar também que a folha de pagamento do pessoal administrativo e dos peritos – mais de 200 (duzentos) servidores – consome mensalmente a quantia de R\$1.263.000,00 (um milhão, duzentos e sessenta e três mil reais).

Apesar de haver elaborado exatos 165.000 (cento e sessenta e cinco mil) laudos periciais no ano passado, o referido órgão conta com apenas 10 (dez) computadores para a atividade meio e fim, quando necessitaria de pelo menos 50 (cinquenta) computadores.

Adicione-se que os *experts* não dispõem de decibelímetros, de estação de geoprocessamento, de teodolitos, de microscópios eletrônicos de varredura, de viaturas modernas, de laboratório para análise de líquidos e sólidos (cromatografia líquida e gasosa e espectrômetro infra vermelho com massa acoplada).

À míngua de verbas mais consistentes, nossa Polícia Científica, conquanto seja uma das mais bem aparelhadas do País, vem desempenhando seu múnus em condições muito aquém do ideal, sendo de todo imperioso franquear-lhe imediatamente a possibilidade legal de acesso a novas fontes de receitas.

Estabelece o Código de Processo Penal, *litteris*:

“Art. 804. A sentença ou acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”.

O Código de Processo Civil, a seu turno, enuncia:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba

será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

À luz de tais artigos, pergunta-se: podem os gastos provenientes da confecção de laudos periciais por organismos estatais ser considerados como despesas para fins de ressarcimento por parte do réu, na hipótese de tornar-se sucumbente em ação penal condenatória ou ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público?

Sobre o significado da palavra *despesas*, pontificam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY:³

“6. **Despesas do processo.** São todos os gastos necessários despendidos para fazer com que o processo cumpra sua finalidade ontológica de pacificação social”.

(...)

“15. **Despesas processuais.** A enumeração é exemplificativa, pois por despesas processuais devem ser entendidos todos os gastos empreendidos para que o processo pudesse cumprir sua função social”.

Não obstante sua natureza de função essencial à Justiça, desvinculado, portanto, de quaisquer dos Poderes da República, o Ministério Público não deixa de ser um organismo estatal, tanto que se submete aos princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da obrigatoriedade da licitação e outros mais.

Ora, o Instituto de Criminalística e o Instituto Médico-Legal, conquanto não gozem dos mesmos predicados do Ministério Público, dele se aproximam, na medida em que também são organismos estatais.

Daí se segue que as perícias efetuadas nos inquéritos policiais e civis pelos órgãos públicos de segurança importam em gastos que têm por objetivo exclusivo municiar o Ministério Público de dados essenciais ao bom êxito da ação penal ou da ação civil pública, vale dizer: *fazer com que o processo alcance sua finalidade ontológica de pacificação social*, consoante magistério transcrito alhures.

Tanto isso é verdade que o eminente Ministro José Celso de Mello Filho,⁴ certa feita, consignou:

³ In *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1996. p. 373-8. Já Humberto Theodoro Júnior entende, em sua obra *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. (Rio de Janeiro : Forense, 1997. v. 1. p. 88), que: “Despesas são todos os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20)”.

“O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias”.

Em que pese a referência tão-somente ao inquérito civil público, enquanto procedimento preparatório da ação civil pública, é de ver-se que o escólio logicamente vale para o inquérito policial e para o inquérito civil público destinado à instrução de eventual ação penal.⁵

Desse modo, conclui-se que o vocábulo despesas, em sentido técnico, abrangia também os gastos com a produção de laudos pela Polícia Científica.

Cumprir notar, porém, que o Código de Processo Penal impõe ao vencido o ônus de suportar as *custas*, ao passo que o Código de Processo Civil vai mais além, ao prever que o derrotado pague as *despesas*.

Consoante doutrina remansosa, devidamente apoiada pelo art. 20, § 2º, do CPC, despesa não se confunde com custas, porquanto esta é um *minus* em relação àquela. Despesa é gênero do qual custas, diária de testemunhas e remuneração do assistente técnico são espécies.

Indiscutível, pois, que no âmbito do processo civil o réu deverá reembolsar o Estado pelas despesas que efetuou com a realização de perícias.

Já no tocante ao processo penal, alguma dúvida pode surgir acerca de tal ônus financeiro processual, eis que o art. 804 do CPP fala apenas em custas.

Trata-se, à evidência, de lacuna não desejada pelo vetusto Código de Processo Penal, suscetível, via de consequência, de integração mediante a analogia e os princípios gerais de Direito, força do art. 3º do precitado Diploma.

⁴ Apud, MEIRELLES, Hely Lopes. In *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*. 13. ed. RT. p. 125. nota 2.

⁵ No entender do professor José Emmanuel Burle Filho, ex-Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, em artigo intitulado *Principais Aspectos do Inquérito Civil* (in *Ação Civil Pública*, 1995. São Paulo : RT. p. 323), “Como o art. 129, III, da CF não prevê o inquérito civil apenas para a propositura da ação civil pública, tanto que não fala em ‘promover o inquérito civil’ para ‘a ação civil pública’, nada impede que o inquérito civil seja instrumento para colheita dos elementos de convicção, referidos no art. 27 do CPP, para a propositura de ação penal”.

Esse parece ser o entendimento perfilhado pelo professor Júlio Fabbri-Mirabete,⁶ segundo o qual:

“As custas processuais são as despesas devidas pelas partes como remuneração dos atos praticados no processo ou como indenização das despesas necessárias a sua realização”.

Ademais, a cobrança das despesas (incluindo as periciais) no âmbito civil e criminal lastreia-se em fundamento jurídico bem definido por Chiovenda, *verbis*:

“O fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota e a justificação desse instituto está em que a autuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante. Esse é o resultado a que conduz o desenvolvimento do direito processual, segundo o qual não há, a princípio, condenação nas custas senão para os litigantes de má-fé; em seguida, transcorre um período intermédio, no qual, não se percebendo a exata natureza do instituto, se aplicam à condenação nas custas princípios peculiares ao Direito Civil (culpa), para chegar-se, enfim, à condenação absoluta”.⁷

Por derradeiro, mister se faz consignar que a Procuradoria-Geral de Justiça decidiu, nos autos do PA nº 8190.001.682/96-79, que “o órgão encarregado da perícia poderá ‘indicar o custo financeiro da perícia, para fins de ressarcimento, a ser pleiteado pelo Ministério Público, no caso de condenação judicial ou de ajustamento de conduta em sede extrajudicial, ressalvadas as hipóteses de a parte ser beneficiária da justiça gratuita (Lei nº 1.060/50)’”.⁸

Em face do exposto, conclui-se:

1º pela possibilidade legal de inserção do valor dos gastos efetuados pelos órgãos da Polícia Científica no cômputo final das despesas a que aludem os Códigos de Processo Civil e Penal;

⁶ In *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1994. p. 727.

⁷ Apud. BARBI Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 109.

⁸ Em atendimento a ofício requisitório exarado pela 4ª PRODEMA, em 25.04.96, o ICDF inseriu quesito acerca do valor das despesas efetuadas para a realização do Laudo Pericial nº 122.627/96.

2ª pela necessidade de expedição de recomendação ao senhor Diretor-Geral da Polícia Civil, a ser efetuada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, para que, dentro de sessenta dias úteis, determine ao Instituto de Criminalística e ao Instituto Médico Legal que passem a fazer constar de todos os laudos o valor referente aos gastos com a perícia; e

3ª pelo encaminhamento de proposta de lei ao Poder Legislativo competente, visando a assegurar que as quantias arrecadadas, a título de ressarcimento pelos gastos efetuados com a elaboração dos laudos periciais, sejam obrigatoriamente repassadas aos órgãos da Polícia Científica.

O Ministério Público, o Incapaz e o Juizado Cível

José Firmo Reis Soub
Promotor de Justiça

Tal como na revogada Lei nº 7.244/84, artigo de mesmo número onze da Lei nº 9.099/96 estabelece que “o Ministério Público intervirá nos casos previstos em lei”, sendo certo também que os arts. 54 e 56 das respectivas leis determinam inclusive a implantação imediata das curadorias necessárias ao serviço.

As disposições foram mantidas *ipsis litteris*, já que a lei processual (art. 82, I, do CPC) impõe a intervenção do Ministério Público quando for a lide proposta por incapaz ou contra o mesmo, pois como leciona Antônio Cláudio da Costa Machado:¹

“a forma mais evidente pela qual se revela um interesse de incapaz num processo é, sem dúvida nenhuma, pela sua presença no pólo ativo ou passivo da relação processual. Basta que qualquer daquelas pessoas previstas nos arts. 5º ou 6º do Código Civil compareça em juízo como autor ou réu, exeqüente ou executado, requerente ou requerido (em processo cautelar ou procedimento de jurisdição voluntária), ou ainda como interveniente de qualquer tipo, para que, automaticamente, se legitime o Ministério Público para intervir como seu assistente. Não importa para esse fim, portanto, o tipo de ação, o rito do processo ou sua expressão econômica”.

Indiscutível que, também sob o aspecto processual, a Lei nº 9.099/96, em seu art. 8º, que repete texto anterior (Lei nº 7.244/84), estabelece a capacidade postulatória (*legitimatío ad processum*) ao cidadão maior de dezoito e menor de vinte e um anos para figurar no pólo ativo da relação processual

¹ MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, Sn. p. 234.

independentemente de assistência. Contudo, permanece a menoridade, razão maior da participação ministerial, porque o legislador não teve intenção de criar mais, mediante norma procedimental, nova regra para aquisição de capacidade plena da vida civil, modificando o direito material. Por ter a LJPC repetido dispositivos anteriores, oportuno lembrar a experiência do Professor e Procurador de Justiça PAULO SALVADOR FRONTINI, que foi membro da Comissão Elaboradora do Anteprojeto de Lei do Juizado das Pequenas Causas:

“Que dizer: para fins de capacidade processual ativa, perante o Juizado Especial das Pequenas Causas, quem já completou 18 anos de idade equipara-se ao maior *sui juris*. Essa pessoa natural, portanto, ainda que não tenha alcançado os 21 anos de idade, tem plena capacidade processual para ser ‘autor’. Pode, perante o órgão judiciário especial das Pequenas Causas, apresentar pedido, sem estar assistido. Tem capacidade processual no Juizado Especial das Pequenas Causas. Pode perante ele transigir. Mas, não adquiriu maioridade civil. Perante a lei civil, na generalidade de sua situação jurídica para os atos da vida civil, essa pessoa permanece relativamente incapaz. Por essa razão, nesse processo haverá interesse de incapaz, pelo que nele intervirá, obrigatoriamente, o Ministério Público!”²

Após doze anos de vigência dos textos retrocitados e sete de aplicação em nível local, com colaboração ativa do Ministério Público (vide discurso publicado na revista da Escola da Magistratura do DF nº 0, p. 42), não existe agora motivos para polêmica, pois é iniludível que ao *Parquet* cabe evitar ou prevenir qualquer ato que possa resultar em prejuízo ao desassistido incapaz, restabelecendo, desse modo, a ordem e o equilíbrio para que se possa implementar a justiça por todos almejada.

“Em suma, independentemente da exceção aberta e da ficção criada pela lei, o menor púbere continua sendo relativamente capaz e, por melhor que seja a sua cultura e discernimento, não pode deixar de ter os seus interesses zelados pelo Ministério Público.”³

Assim, forçoso concluir que se faz necessária a intervenção ministerial quando integrar o feito o menor de 21 (vinte e um) anos.

Intervenção do Ministério Público na Ação Indenizatória Decorrente de Acidente do Trabalho

José Firmo Reis Soub
Promotor de Justiça

I – Introdução

A tese ora apresentada decorre do inconformismo deste Promotor de Justiça com o teor do Enunciado nº 15 da Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível, do Ministério Público do Distrito Federal, assim redigido:

“Na ação de indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho, com fundamento no art. 159 do Código Civil, em litígio interesse patrimonial, individual e disponível do autor, porque ausentes os pressupostos asseguradores de sua legitimidade para integração na relação processual, desnecessária a intervenção do Ministério Público (PA nº 08190.000729/97-86)”.

Até mesmo por não ter ocorrido consulta da Câmara à Promotoria sobre o tema em debate, impossível discutir as razões invocadas para embasamento da decisão supra.

A intervenção do Ministério Público, por meio da Promotoria de Justiça de Acidentes de Trabalho, há de ser discutida porque, apesar da ação aparentemente versar sobre direito individual e patrimonial, que por sua essência é disponível, decorre, em realidade, do interesse público evidenciado pela natureza da lide e pela condição da parte que, em virtude do exercício do trabalho, é pessoa portadora de deficiência, além da hipossuficiente face à sua

² Revista *Justitia*. v. 46. p. 64-87

³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Cíveis e Criminais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. Sn. p. 100.

debilidade econômica, pois não reúne condições de litigar, no mesmo plano, com os detentores do capital.

II – Do Interesse Público

A conceituação moderna de incapacidade há de ser compreendida de forma mais abrangente do que aquela expressa no art. 5º do Código Civil.

O incapaz não é somente a pessoa portadora de deficiência mental e/ou auditiva, respectivamente louco de todo gênero e surdo-mudo que não pode exprimir sua vontade, segundo clássica definição da legislação datada de 1917, mas também aquele que se utiliza de muleta e/ou cadeira de rodas, tem paralisia cerebral e é portador de outro tipo de deficiência física ou visual, este não necessariamente cego.

O sinistro provoca perturbações psíquicas, sociais e orgânicas no indivíduo, tais como: perda da acuidade visual total ou parcial, perda dos dedos das mãos e/ou dos pés, paralisia dos membros superiores ou inferiores, doença que exige permanência no leito e incapacidade permanente para atividades diárias, esta última conhecida nos dias atuais como lesões de esforços repetitivos, todas elencadas como doenças do trabalho ou profissionais.

O acidentado do trabalho, enquanto vivo e autor da ação indenizatória, está privado temporária ou permanentemente da capacidade para o trabalho, em função de uma das deficiências supracitadas, e não admiti-lo como incapaz é desconhecer situações que, ao longo dos últimos 60 (sessenta) anos, vêm sendo analisadas e regulamentadas sem alterar o texto original do Código Civil, que tem a interdição como pressuposto essencial para caracterizar a incapacidade física e mental do cidadão.

Por isso, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1985, estabelecia que, entre as responsabilidades do poder público encontrava-se “o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidentes de trabalho” (art. 2º, parágrafo único) e, taxativamente, estatua que:

“O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas” (art. 5º).

Ademais, sabido de todos, a supremacia e o poder exercidos pelos detentores do domínio econômico sobre aqueles que necessitam mendigar o exercício do direito social indispensável à sobrevivência, ou seja, o trabalho, mormente quando encontram-se incapacitados para as atividades laborais em

decorrência de ação ou omissão do empresariado, responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e da saúde do trabalhador, conforme art. 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Conseqüentemente, o poder de polícia é exercitado pelo Estado por intermédio dos Ministérios do Trabalho e Previdência e Assistência Social, enquanto na esfera judicial impõe-se a atuação do Ministério Público.

Com a novel Carta Magna, ficou patenteado, como atribuição do Estado (art. 200), a execução de ações de proteção ao meio ambiente, nele inserido o do trabalho, e de vigilância da saúde do trabalhador, o que, posteriormente, foi definido no art. 6º da Lei nº 8.080/90, *verbis*:

“§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta Lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I – assistência ao trabalhador vítima de acidente de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

(...)

VI – participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

(...)

VIII – a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo o ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores”.

Nota-se, portanto, a preocupação do legislador em traçar princípios de afirmação da cidadania, certamente visando à consolidação de um regime democrático, fundamentalmente baseado em regras que procuram dignificar a vida, a liberdade, a igualdade e a justiça (Cláudio Barros Silva). Dessa forma, o Estado e a própria sociedade devem proteger as vítimas ou dependentes quanto à satisfação das necessidades decorrentes do sinistro e prevenir futuras ocorrências.

Daí porque o art. 127 da Constituição Federal estabelece que:

“O Ministério Público é instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

“Assim, quando nos depararmos no dia-a-dia com situações que importam limitações das liberdades públicas e obstáculos à efetivação concreta da cidadania, tem o Ministério Público o dever de procurar impor a realização dos mais elementares direitos do cidadão” (autor mencionado).

Na ação indenizatória, não se discute apenas o ressarcimento patrimonial do autor, mas, sobremaneira, a culpa ou dolo da empresa, para a consecução do sinistro, ação *lato sensu* causadora de ofensa à saúde do trabalhador e/ou ao meio-ambiente do trabalho, incidindo, portanto, as normas de ordem pública que legitimam a intervenção ministerial.

Na ação indenizatória é possível exercer a fiscalização das empresas (destinatárias das normas), inclusive com a observância do princípio constitucional da ampla defesa, eliminando, via de consequência, a investigação preliminar e o inquérito civil, e possibilitando rápida aplicação das sanções pertinentes a cada caso.

Assim procedendo, agiliza também o atendimento da regra insculpida no art. 84, inciso II, da Lei Complementar que determina “*instauração de inquérito civil e outros procedimentos administrativos sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais do trabalhador*”.

Dentre os direitos estabelecidos na Constituição Federal, estão os incisos XXII, XXIII e XVIII do art. 7º, os atinentes à “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” e ao “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*”, bem como o referente ao “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”.

Ao mesmo tempo, a reparação decorrente do infortúnio equipara-se a direito alimentar e como tal há de ser tratada, o que significa caracterizar o direito como indisponível, porque o seu conteúdo é meramente econômico e não patrimonial.

É importante verificar que a indisponibilidade não representa a inviabilização de eventual acordo em Juízo, o que não se cogita é de renúncia prévia.

III – Conclusão

A incapacidade não deve compreender apenas os casos previstos no art. 5º do Código Civil, mas também aqueles anotados na legislação extravagante, em especial a Lei nº 8.213/91.

Considerando, em consequência, a intervenção ministerial por força do art. 5º da Lei nº 7.853/85.

Lembrando ainda que num país com número cada vez maior de pessoas aptas a entrar no mercado de trabalho, estes devem receber proteção do Estado contra os desmandos e omissões do empresariado.

Salientando que o Estado deve exercer efetivo controle administrativo e judicial das ações praticadas que geram prejuízos à saúde do trabalhador e ao meio ambiente do trabalho, e que na ação indenizatória discutem-se também estes pontos que devem ser tuteladas pelo Ministério Público, evidenciamdo o interesse público.

Relevando também que o direito indenizatório, no caso em análise, equipara-se ao direito alimentar, o que o torna indisponível.

Por todos esses fatos, forçoso concluir que as conclusões constantes do Enunciado nº 15 da Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível devam ser reexaminadas, pois legítima a intervenção do Ministério Público nas ações indenizatórias decorrentes de infortúnio laboral.

Grupo C

**(Direito Constitucional, Direito Administrativo,
Matérias Concernentes ao Patrimônio Público e
Social, ao Meio Ambiente, ao Consumidor, à
Criança e ao Adolescente, ou a Outros Direitos
Difusos, Coletivos e Individuais Indisponíveis,
Bem Como Questões Internas do MPDFT)**

A Impossibilidade da Clonagem Humana no Contexto do Ordenamento Jurídico Vigente

Paulo José Leite Farias.

Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT.

Professor da AEUDF e do CESPE/UNB.

Mestrando em Direito e Estado na UNB.

I – Sumário da Tese

O objetivo básico da presente tese refere-se à demonstração da impossibilidade da manipulação genética humana intitulada “clonagem”, no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, dentre eles, o *direito à vida* (art. 5º, *caput*) e a *dignidade humana* (art. 1º, inciso III), bem como a norma do art. 225, § 1º, da Constituição Federal, que trata da “preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” e do “*emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”.

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais inerentes à 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, que não pode ficar à margem de análise legal e doutrinária de cunho jurídico, tendo em vista a tutela dos direitos fundamen-

tais e interesses difusos correlacionados com a técnica de manipulação genética denominada “clonagem”, também chamada multiplicação vegetativa.¹

II – Relevância do Tema

Está em debate o assunto mais importante que até hoje a humanidade já enfrentou, o segredo mais íntimo do homem, que a ciência está revelando: seu código genético, seu destino. A recente notícia da clonagem da ovelha Dolly, que alvoreçou a comunidade científica e a opinião pública, deu ensejo a reacender a discussão da manipulação do patrimônio genético. Neste breve ensaio, procuramos analisar sucintamente essa relevante questão no contexto do ordenamento jurídico vigente.

Em julho de 1996, em Roslin, na Escócia, nasce Dolly, uma ovelha da raça *Finn Dorset*. A equipe do embriologista IAN WILMUT, do Instituto Roslin, na Escócia, conseguiu realizar algo que muitos pensavam ser impossível: uma cópia idêntica de um mamífero adulto, produzida artificialmente e de forma assexuada, isto é, sem a participação do gameta masculino. O código genético das duas ovelhas não tem qualquer diferença, foi duplicado por um procedimento intitulado “clonagem”.

No reino animal, espécies inferiores como os protozoários se reproduzem de uma maneira “clônica”, por autodivisão de suas células. A clonagem se fundamenta no fato de que cada célula de um organismo contém todos os cromossomos com as informações codificadas para o indivíduo completo. Consequentemente, o animal clônico é uma verdadeira cópia de outro indivíduo, que se produz com a informação genética proporcionada por uma única célula. Assim, “clones” são, etimologicamente, “indivíduos geneticamente iguais”, porque provêm de um organismo único de reprodução.

Surge, pois, a discussão acerca da “clonagem” de genes humanos. A ovelha replicante Dolly provocou uma febre legal nos parlamentos de todo o mundo, que preparam comissões e projetos de lei para evitar que sejam criadas réplicas de seres humanos. Para IAN WILMUT, “pai” de Dolly, é possível a clonagem de seres humanos. Entretanto, ele afirmou que nunca o fará. Não encontra “razões de ordem clínica” para clonar seres humanos e, em última análise, seria “inaceitável do ponto de vista ético”. E do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, como poderia ser tratado esse tema?

¹ A palavra clone procede do grego “*Klon*”, equivalente a broto, galho ou ramo. E muitas pessoas, sem alardes científicos, já terão clonado em suas vidas roseiras, ao enxertar galhos e produzir outras roseiras. Dessa origem etimológica, surge a sinonímia com multiplicação vegetativa.

III – Limites à manipulação do patrimônio genético no contexto da Constituição vigente

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 clonagem coaduna-se com valores constitucionais a ela relacionados.

No Brasil, a pesquisa genética obteve assento na Constituição Federal de 1988, a qual, no Título VII – Da Ordem Social, e no Capítulo VI, que trata do meio ambiente, compreendido como “*complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, as quais influem na vida e comportamento de tais seres*”, dispõe no art. 225, *verbis*:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Dispõe, ainda, no § 1º, que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- a) inciso II – “preservar a *diversidade* e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”;
- b) 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* (art. 5º, *caput*), a *dignidade humana* (art. 1º, inciso III), bem como, a *saúde*² como direito de todos e dever do Estado (art. 196).

A vigente Lei nº 8.974/91 (Lei Nacional de Biossegurança), concretizando o texto constitucional, estabelece normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados (OGM)³ e, expressamente, veda A Manipulação Genética

² 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 em apenas a ausência da doença ou da enfermidade.

³ A Lei nº 8.974/91 (Lei de Biossegurança) define em seu art. 3º, *verbis*:
“Art. 3º Para os efeitos desta lei, define-se:

de Células Germinais Humanas, bem como autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

Assim, logo em seu art. 1º, essa importante legislação dispõe:

“Art. 1º Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente”.

Ademais, restringe ao âmbito de entidades de direito público ou privado as atividades e projetos, inclusive os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que cultivam OGM no território brasileiro (art. 2º). Ficam vedados, assim, às pessoas físicas, como agentes autônomos independentes, as atividades e projetos mencionados na lei (art. 2º, § 2º). Assim, pelo ponto de vista legal, um cientista, isoladamente, não pode trabalhar com as técnicas de manipulação genética.

Em face da relevância da matéria, a lei estabelece, além da responsabilização civil, penas privativas de liberdade de 3 meses de detenção a 20 anos de reclusão, consoante o disposto no art. 13 da legislação referida, abaixo parcialmente reproduzido:

“Art. 13. Constituem crimes:

I – a manipulação genética de células germinais⁴ humanas;

II – a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio”.

Entretanto, o art. 4º da mesma lei assinala:

I – organismo – toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas;

(...)

IV – Organismo Geneticamente Modificado (OGM) – organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”.

⁴ Células germinais são as que dão origem ao embrião. Ao se multiplicarem, essas células dão origem a células especializadas, chamadas somáticas, que vão dar origem às diferentes partes do organismo.

“Art. 4º Esta lei não se aplica quando a modificação genética for obtida através das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I – mutagênese;

II – formação e utilização de células somáticas⁵ de hibridoma animal;

III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV – autoclonação de organismos não patogênicos que se processe de maneira natural”.

Assim, a lei brasileira autoriza a manipulação genética de células somáticas de hibridoma animal. Pergunta-se se a expressão legal “animal” comportaria no seu domínio interpretativo o “ser humano”, classificado filosoficamente como “animal” racional.

A par dessas normas, o Código de Ética Médica estabelece (art. 7º) que “o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir ou acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

Claramente, percebe-se, nestas normas, a preocupação incipiente, no âmbito legislativo, sobre o tema, a fim de que o Direito possa disciplinar e ordenar a conduta com vistas à harmonização dos bens constitucionais relevantes à discussão em comento: a “*preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*”, expressão do respeito ao Meio Ambiente, e “o direito à vida e à dignidade humana”.

Segundo KONRAD HESSE,⁶ “A Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando é entendida, nesse sentido, como unidade”.

Assim, as normas encontram-se numa relação de interdependência no ordenamento jurídico. Subjaz a esta interdependência a idéia de sistema formal que obriga a não compreender “em nenhum caso somente a norma isolada, senão sempre no conjunto em que deve ser situada: todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais”⁷.

⁵ Atente-se para o fato de que a técnica usada na Escócia para clonar a ovelha Dolly instrumentalizou-se de uma célula somática da glândula mamária do animal, que foi transformada em célula germinal.

⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (selección). Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 18.

⁷ Idem. p. 48.

Deve, pois, o termo “animal” ser interpretado no contexto do ordenamento jurídico como um todo, não comportando antinomias entre normas definitivas. Assim, a contradição entre conteúdos de normas abertas a valoração não importa eliminação de uma delas do texto da Constituição, mas apenas uma harmonização de interesses num determinado caso concreto.

Consoante ensinamento de CANOTILHO:⁸ “*Não há normas só formais*”. Nessa perspectiva, a solução de um problema constitucional, *Como o da Clonagem*, deve guardar coerência com o princípio da unidade, de modo a harmonizar a possível divergência entre os preceitos.

No mesmo sentido, aplica-se o princípio da *interpretação das leis em conformidade com a constituição*. Tal princípio, segundo CANOTILHO:⁹ “é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, *só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais*” (grifo nosso).

A partir da “idéia do igual valor dos bens constitucionais” e do princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, segue-se a necessidade de harmonização dos bens constitucionais tutelados com a legislação vigente. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Esse princípio de hermenêutica constitucional, também conhecido como princípio da harmonização, consoante assinala CANOTILHO,¹⁰ embora divulgado por Hesse, “*há muito constitui um canon of constitutional construction da jurisprudência americana*”.

Fornece-nos um indicativo de que cada valor constitucional deve ser ponderado na circunstância específica, portanto, com tal metodologia, cada valor constitucional variará conforme a necessidade fática da solução do problema. A solução de conflito de direitos ou de valores deve passar sempre por um Juízo de ponderação, procurando ajustá-los à unidade da Constituição.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1991. p. 197.

⁹ CANOTILHO. Op. cit. p. 229.

Pode caracterizar-se, dependendo do caso concreto, em uma interpretação restritiva que deve ser verificada para que não valha para dois bens constitucionais a regra do tudo ou nada.

É o que ocorre na espécie, pois, uma vez que a Lei Magna de 1988 estabelece que o valor “*dignidade humana*” (diretamente ligado, também, ao valor vida) constitui valor fundamental, há que existir uma distinção fundamental no ordenamento quando se tratar da manipulação de células humanas e de células animais, até em razão do princípio da isonomia, o qual procura tratar de forma diferente os diferentes. Assim, a palavra “*animal*”, prevista no enunciado *hibridoma animal*, não abarca o “*ser humano*”, havendo nítida distinção entre ambos, quando se trata da manipulação genética.

Por outro lado, a própria essência da técnica de clonagem, duplicação de material genético já existente sem modificação, opõe-se à *diversidade do patrimônio genético* a que faz menção o art. 225, § 1º, Inciso II, da Carta Magna. Exemplificando, quando uma família se reúne em volta de um recém-nascido e discute se o nariz é parecido com o do pai ou se os olhos se parecem com os da mãe, está na verdade tentando avaliar a contribuição relativa do genoma paterno e materno na constituição do recém-nascido. O genoma contém as informações passadas de pai para filho através do processo de reprodução. Assim, o genoma de cada um de nós é constituído de duas metades, uma proveniente de nosso pai (via espermatozóide), outra de nossa mãe (via óvulo), esta é, pois, uma das razões da nossa diversidade genética.

Para o Estado de Direito, o direito de disposição personalíssima de determinados bens não é uma mera força social; é um poder jurídico, um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade, da ordem jurídica natural. Logo, o poder que tem o Estado de impedir a clonagem humana não é um poder de fato, e sim um poder de direito, tutelando, quiçá, um dos maiores interesses difusos da humanidade, o seu patrimônio genético. Nesse sentido, interessante lembrar a tutela desse bem jurídico no âmbito penal, administrativo e civil pela legislação já referida (Lei nº 8.974/95).

IV – Conclusão

A análise do que foi dito nos permite perfilar a tese da **Impossibilidade de Clonagem Humana no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, isto porque a topologia dos direitos fundamentais relacionados a essa técnica de manipulação genética impede a interpretação da norma ordinária em desres-

¹⁰ Id., Ibid. p. 234.

peito aos valores constitucionais por ela concretizados. Desse modo, harmoniza-se de forma efetiva o progresso científico com “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) e com “a garantia de um meio ambiente equilibrado que preserva a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País” (art. 225, § 1º).

Funções de Promotores Eleitorais

Wilson Issao Koressawa
Promotor de Justiça

Ementa: As funções de Promotores Eleitorais serão exercidas pelo membro mais antigo da carreira do MPDFT, em cada circunscrição judiciária, adotando-se, obrigatoriamente, alternância semestral. Impedimento de o mesmo Promotor exercer tais funções por mais de uma vez, salvo caso de inexistência de outro membro lotado há pelo menos seis meses antes da data da alternância.

Justificativa

Ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios compete exercer o poder normativo no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, observados os princípios da Lei Complementar nº 75/93, especialmente para elaborar e aprovar as normas sobre as designações para os diferentes ofícios do MPDFT (art. 166, I, c, da LC nº 75/93).

As normas vigentes sobre as designações de membros para exercer as funções de Promotor Eleitoral estão previstas na Resolução nº 11, de 23.11.94.

Dela se extrai que o Promotor Eleitoral será o membro *titular* da Promotoria na circunscrição da respectiva zona eleitoral e, havendo mais de uma Promotoria, o membro *titular mais antigo* na carreira, com alternância bienal obrigatória. Além disso, que, não havendo titular de outra Promotoria, o substituto será o Promotor de Justiça Adjunto.

Há alguns aspectos com os quais ousamos discordar, *data máxima venia*:

1. Designação para as funções eleitorais somente de Promotores titulares;
2. Alternância bienal.

Em primeiro lugar, é sabido que, logo após ingressar na carreira do MP, a maioria dos Promotores Adjuntos assume funções de titulares, atuando nas mais diversas áreas. Até pouco tempo atrás, nada recebiam em razão disso, senão muito trabalho.

Por que excluí-los das funções eleitorais?

É simples dizer que todos são iguais perante a lei. O critério da antiguidade aqui não pode prevalecer, pois não encontraríamos amparo legal para explicar a assunção de funções de titulares por parte de adjuntos nas várias Promotorias “não remuneradas”, nada se podendo mencionar acerca da matéria à qual todos são submetidos quando da realização do concurso.

Acrescenta-se que, na realização das eleições, grande parte dos Promotores Adjuntos são convocados para atuar, o que refuta qualquer argumento no sentido de que não poderiam exercer funções eleitorais em outros períodos nos quais o trabalho é muito menos volumoso e lento.

A prevalecer essa regra na atual estrutura do MP, os Promotores Adjuntos nunca seriam beneficiados com a gratificação eleitoral.

Em segundo, não há justificativa para que a alternância seja bienal. Ao Promotor Eleitoral é feito um pagamento aproximado de R\$1.749,00 (*bruto*), mensalmente. Por que permitir que somente uma pessoa fique recebendo esse valor durante dois anos?

Já que o MP é uno e indivisível e todos procuram desempenhar bem as respectivas funções, enquanto essa gratificação prevalece, deverá ser melhor distribuída!

Por fim, devemos considerar que os Promotores Adjuntos são tão Promotores quanto os titulares, desempenham as mesmas funções e têm as mesmas responsabilidades. Quanto às experiências, elas são adquiridas a cada dia. Por isso, eles devem, sim, ser incluídos na lista de pretendentes ao exercício das funções eleitorais e da respectiva gratificação.

Conclusão

Sugiro o imediato encaminhamento desta proposta ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para que os Promotores de Justiça Adjuntos passem a integrar a lista de pretendentes ao exercício da função eleitoral e ao recebimento da respectiva gratificação, para que o prazo de alternância seja de 6 (seis) meses e que a vigência da norma seja concomitante com a publicação.

O Serviço de Proteção ao Crédito e Sua Responsabilidade pela Comunicação ao Consumidor da Abertura de Registro

Leonardo Roscoe Bessa
Promotor de Justiça

Sumário: 1 – Introdução. 2 – O direito do consumidor de ser comunicado da “negativação” do seu nome junto ao Serviço de Proteção ao Crédito. 3 – A questão no Distrito Federal. 4 – Conclusão.

1 – Introdução

Relevante disciplina receberam os temidos serviços de proteção ao crédito com a promulgação da Lei nº 8.078/90, que dedicou a Seção VI, do Capítulo V, para tratar “dos bancos de dados e cadastros de consumidores”.¹

É inquestionável a importância que exercem na sociedade de consumo atual, permitindo um rápido levantamento cadastral da situação financeira do consumidor, com o objetivo de concessão imediata de crédito para aquisição de produtos e serviços. De outro lado, por se tratar de atividade que toca na honra e imagem do consumidor e que pode praticamente excluí-lo do mercado de consumo, os serviços de proteção ao crédito devem ser objeto de rígido controle, de forma a evitar lesão, muitas vezes irreparável.

Algumas inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor carecem, entretanto, de eficácia social, especialmente pelo tratamento que vêm

¹ No Distrito Federal, além do serviço de proteção ao crédito, administrado pela Câmara de Dirigentes Lojistas, que é uma associação sem fins lucrativos que detém a sigla “SPC”, existe a empresa “Serviço de Proteção ao Crédito do Brasil Ltda., que possui, praticamente, o mesmo objeto da primeira.

recebendo das entidades que mantêm bancos de dados de consumidor para proteção ao crédito.

O presente trabalho centra-se, especificamente, no direito do consumidor de ser informado sobre a abertura de registro em seu nome nos serviços de proteção ao crédito, para, ao final, concluir que a entidade arquivista deve responder civilmente pela ausência dessa comunicação.

2 – O Direito do Consumidor de Ser Comunicado da “Negativação” do Seu Nome Junto ao Serviço de Proteção ao Crédito

Três direitos básicos foram instituídos em favor do consumidor pela Lei nº 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.²

Pressuposto para o exercício dos direitos de acesso e retificação dos dados constantes nos arquivos é que o consumidor seja comunicado imediatamente da abertura de cadastro em desfavor do seu nome.³

Dispõe o § 2º do art. 43 da Lei nº 8.078/90, que “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Todavia, em que pese a elogiável intenção do legislador, aduzida no dispositivo transcrito, a realidade tem demonstrado que o consumidor, em regra, só tem notícia da “negativação” do seu nome meses depois do registro, no interior da loja, mais especificamente na fila de aprovação de cadastro.

Os bancos de dados de proteção ao crédito não têm atendido ao dever de comunicação ao consumidor de registro de dados, impossibilitando o efetivo exercício de acesso e correção das informações (art. 42, *caput* e § 3º).

Isto ocorre face à transferência do dever de comunicação de “negativação” aos comerciantes, por meio de disposição contratual ou de regulamento interno, quando a entidade arquivista é instituída na forma de associação.⁴

² VASCONCELLOS, Antônio Herman de e, BENJAMIM. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 272.

³ A lei foi injustificadamente omissa ao não indicar em que prazo deveria o consumidor ser comunicado da abertura de cadastro em seu nome.

⁴ O § 2º do art. 9º do Regulamento Interno do SPC da Câmara de Dirigentes Lojistas do Distrito Federal guarda a seguinte redação: “No ato da solicitação de registro ou cancelamento junto ao SPC/DF, deverá o sócio comunicar esse fato ao interessado, por escrito, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas (Lei nº 514/93, do GDF)”.

Os comerciantes, por sua vez, parecem considerar, com sua absoluta inércia, que a comunicação ao consumidor da “solicitação” de registro ao serviço de proteção ao crédito é apenas uma tarefa burocrática sem sentido.

O dever de comunicação de abertura de cadastro, ficha, e registro e dados pessoais imposto pelo § 2º do art. 43 da Lei nº 8.078/90 é do banco de dados, e a responsabilidade pelos danos patrimoniais e morais ocasionados pela inobservância da norma deverá, em consequência, recair sobre a entidade arquivista.

O art. 6º, inciso VI, do CDC, declara ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Na hipótese, ele deve ser interpretado conjuntamente com o art. 29, para se concluir que a pessoa física que se expõe ou é lesada pelo serviço de proteção ao crédito, embora não seja adquirente de produto ou serviço da entidade (art. 2º), equipara-se ao consumidor.⁵

Muitas situações vexatórias e prejuízos patrimoniais poderiam ser evitados se a norma estivesse sendo cumprida como prevista pelo legislador e, também, dívidas seriam pagas, atendendo-se aos interesses dos comerciantes, para evitar uma futura denegação de crédito.

Apesar de ser legítima a transferência do dever de comunicação, a responsabilidade civil decorrente da inobservância da norma é, inevitavelmente, da entidade arquivista.

Quem efetua o registro das informações é o banco de dados. O comerciante simplesmente solicita a realização do registro que, em tese, pode ser aceita ou não. Logicamente, quem tem condições de informar sobre a abertura do registro é a entidade arquivista e somente “após” a concretização do registro.

Ademais, o dispositivo que instituiu o dever de informar está inserido em seção que confere disciplina própria aos “bancos de dados e cadastros de consumidores”, cujo serviço de proteção ao crédito é espécie. A opção da lei em não se referir expressamente à entidade arquivista como titular do dever de comunicação se explica face à evidência desta conclusão.

Se a entidade que mantém o serviço optou por contratar empresa para que esta realize a comunicação que lhe é exigida, a responsabilidade civil frente ao consumidor não informado continua sendo sua. A inadimplência da empresa em relação à entidade não interessa diretamente ao consumidor e em

⁵ Considerar a pessoa que se expõe às práticas dos serviços de proteção ao crédito como consumidor afasta qualquer discussão jurídica quanto ao dever de indenizar pelos danos morais, já que a Lei nº 8.078/90, no art. 6º, VI, foi expressa nesse sentido.

nada altera o dever da referida entidade de indenizar os danos causados à pessoa que não foi informada da “negativação” do seu nome.

3 – A Questão no Distrito Federal

No Distrito Federal, está em vigor a Lei Distrital nº 14, de 28 de julho de 1993, que, no seu art. 3º dispõe: “a empresa que solicitar registro, nos termos do art. 1º desta Lei, fica obrigada a expedir, no prazo máximo de três dias úteis, a contar da indicação para registro, correspondência à pessoa cujo nome tiver sido indicado”.

A existência da lei tem sido utilizada como argumento para excluir da entidade arquivista o dever e a responsabilidade de comunicação ao consumidor de “negativação” do seu nome.

Não parece ser necessário demonstrar a inconstitucionalidade da referida lei⁶ para concluir que a norma distrital não pretendeu nem modificou o dever e a responsabilidade pela comunicação de abertura de registro em nome do consumidor.

Na verdade, a redação do art. 3º reforça a conclusão obtida no item 2 deste trabalho, pois deixa claro que ao comerciante incumbe informar a “solicitação” de abertura de registro, que é diferente do “efetivo registro” realizado pela entidade arquivista.

A solicitação do lojista pode ser indeferida. Assim, em princípio, ele não tem como saber se o registro será efetuado ou não, salvo diante de posterior informação do banco de dados. Mas é indiscutível, pela própria redação da lei, que se disciplina o momento anterior ao registro: a solicitação do registro – que é relativamente independente deste, já que a existência da primeira não significa necessariamente a realização do segundo.

Dessa forma, o sujeito titular do dever de comunicar, por escrito, a abertura de cadastro, ainda que se considere constitucional a citada lei, continua sendo a entidade responsável pelo banco de dados.

A norma distrital teve uma preocupação maior com o consumidor, exigindo que ele tenha ciência da solicitação de “negativação” do seu nome, de

⁶ A Constituição Federal é contraditória ao disposto no art. 22, I, que compete privativamente à União legislar sobre direito civil e comercial para, posteriormente, no art. 24, VIII, dispor que é competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre “responsabilidade por dano ao consumidor”. O direito do consumidor é um capítulo do Direito Civil – que cuida “dos direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (Cod. Civil, art. 1º) – em que se confere especial proteção a um dos sujeitos.

forma a permitir o pagamento de eventual débito até mesmo antes do registro por parte do serviço de proteção ao crédito.⁷

Entretanto, admitindo-se a sua constitucionalidade, não afastou o dever de comunicação do registro pela entidade administradora do serviço de proteção ao crédito.

4 – Conclusão

O dever de comunicação instituído pelo § 2º do art. 42 da Lei nº 8.078/90 é da entidade que mantém o serviço de proteção ao crédito, sendo, conseqüentemente sua a responsabilidade civil por danos, patrimoniais e morais, causados em virtude da ausência de comunicação.

⁷ A Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da ApC nº 26.258, ocorrido em abril de 1993, firmou o entendimento de que é indevido o encaminhamento do nome da pessoa para o SPC, sem a prévia cobrança “formal e regular” da dívida. Interessante notar que, apesar do resultado do julgamento ser justo e sensato, foi ignorada a existência da Lei nº 8.078/90, com a disciplina própria ao assunto.

A Atuação do Ministério Público na Fiscalização dos Transplantes Voluntários de Tecidos, Órgãos e Partes do Corpo Humano Vivo

Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves
Vitor Fernandes Gonçalves
Promotores de Justiça

Sumário: I – Introdução. II – O problema da reserva legal das atribuições ministeriais. III – Considerações de natureza material. IV – Conclusão

I – Introdução

Com a recente entrada em vigor da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto Federal nº 2.268, de 30 de junho de 1997, restou plenamente normatizada a importante questão relativa aos transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, ocorram tais transplantes após a morte do doador ou em vida.

No que se refere aos transplantes *post mortem*, foi introduzida a figura do doador presumido, que é qualquer pessoa que não tenha declarado expressamente em vida sua intenção de não ser doador, bem como feito constar tal intenção em sua carteira de identidade e em sua carteira de motorista.

A propósito, no procedimento para efetivação de um transplante *post mortem* não há atuação prevista do Ministério Público.

O mesmo não ocorre no que se refere ao procedimento para doação em vida.

Com efeito, na doação de tecido, órgão ou parte do corpo em vida, para transplante, há de ser comunicado o representante do Ministério Público, antes de ser efetivado o transplante.

É o que dispõe expressamente o art. 20 do Decreto Federal nº 2.268, de 30 de junho de 1997, assim posto:

“Art. 20. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo será precedida da comprovação de comunicação ao Ministério Público e da verificação das condições de saúde do doador para melhor avaliação de suas consequências e comparação após o ato cirúrgico” (sem grifo no original).

O mesmo decreto especifica, em seu art. 15, *caput*, e §§ 4º e 5º, em que termos será feita tal comunicação, senão vejamos:

“Art. 15. Qualquer pessoa capaz, nos termos da lei civil, pode dispor de tecidos, órgãos e partes de seu corpo para serem retirados, em vida, para fins de transplantes ou terapêuticos.

(*omissis*)

§ 4º O doador especificará, em documento escrito, firmado também por duas testemunhas, qual tecido, órgão ou parte do corpo vivo está doando para transplante ou enxerto em pessoa que identificará, todos devidamente qualificados, inclusive quanto à indicação de endereço.

§ 5º O documento de que trata o parágrafo anterior será expedido em duas vias, uma das quais será destinada ao órgão do Ministério Público em atuação no lugar de domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra, como condição para concretizar a doação”.

Como se observa, para a efetivação de qualquer transplante ou enxerto de tecido, órgão ou parte do corpo de pessoa viva para outrem, está sendo imposta uma comunicação prévia da pretensão ao Ministério Público.

Certo é que, apesar de ser do pretendente a doador a obrigação de manifestar esse desejo previamente ao Ministério Público, há que se perquirir que o recebimento de tal comunicação pelo órgão ministerial implica novas atribuições para o *Parquet*.

Indagações são necessárias, pois é inconcebível que se entenda a função ministerial como mero repositório de comunicações, sem que daí não se depreendam funções de fiscalização, com possível manifestação pela não-realização do transplante ou enxerto comunicado.

Nesse contexto, de questionar a atuação do Ministério Público *in casu*, insere-se o presente trabalho.

II – O problema da reserva legal das atribuições ministeriais

Um primeiro problema a ser levantado é o concernente a saber se é possível estabelecer atribuição ao Ministério Público por meio de Decreto do Ex^{mo} Sr. Presidente da República.

Em outras palavras, há de se indagar se há um princípio da reserva legal no tocante à fixação de atribuições para o Ministério Público.

A Constituição Federal, em seus arts. 127, *caput*, e 129, inciso IX, assim dispõe acerca das funções institucionais do Ministério Público, *in verbis*:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

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

(*omissis*)

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Não especifica a Carta Magna, portanto, de que forma outras funções podem ser conferidas ao Ministério Público.

Entretanto, assim estatui o art. 5º, *caput*, e incisos I e VI, e § 2º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – MPU), no tocante às funções institucionais do MPU, ao qual, como se sabe, pertence o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT:

“Art. 6º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

(*omissis*)

VI – exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.

(*omissis*)

§ 2º Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nela estabelecidos”.

É correto falar, portanto, na existência de um princípio de reserva legal, no que se refere ao estabelecimento de atribuições para o MPU e, por conseguinte, ao MPDFT.

Aplicando, outrossim, esse princípio da reserva legal ao caso presente, pode-se aventar um possível problema de ilegalidade formal do Decreto Federal nº 2.268, de 30 de junho de 1997, na medida em que, ao dispor sobre a obrigatoriedade de comunicar ao Ministério Público local, antes de efetivar qualquer retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa viva, implicitamente estabelece para o MPDFT a atribuição de examinar tais comunicados, tomando as medidas que entender cabíveis para obstaculizar atentados contra interesses cuja defesa lhe caiba.

Aliás, sendo um Decreto Federal um ato privativo do Chefe do Poder Executivo, o estabelecimento de atribuições para o Ministério Público, por meio de simples decreto, implica em olvidar, sob certo aspecto, a autonomia funcional que o Ministério Público tem assegurada constitucionalmente, *ex vi* do art. 127, § 2º, 1ª Parte, da CF.

III – Considerações de natureza material

Ocorre que há base jurídica para cogitar a existência de um fundamento material para a participação do Ministério Público no procedimento para autorização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes de corpo humano vivo.

Observe-se, nesse passo, que o assunto em questão gira em torno de interesses individuais indisponíveis, tais como a vida, a integridade física e a valorização da pessoa como ser humano.

Neste final de milênio, aperfeiçoam-se cada vez mais os métodos de transplante; torna-se possível, a partir daí, a efetivação do transplante de, praticamente, qualquer órgão do ser humano.

Mas os diferentes tecidos, órgãos e partes do ser humano não podem tornar-se mercadoria para venda em um mercado capitalista.

Por atentar contra a dignidade do ser humano, não se pode permitir às pessoas que disponham de seus tecidos, órgãos e partes para resolverem seus problemas financeiros.

Há um limite, pois, que, por mais avançada e segura que seja a operação de transplante, não se deve ultrapassar: é o da valorização da dignidade do ser humano.

Destarte, mesmo que hoje seja possível efetivar-se um transplante de rins sem perigo técnico apreciável, deixando o doador com diminuta ou mes-

mo nenhuma insuficiência renal, não se deve autorizar as pessoas a comercializarem seus próprios órgãos.

Também não se deve deixar ocorrer, obviamente, a efetivação de um transplante que coloque em risco a vida ou a integridade física do doador.

Nesse contexto de idéias, é possível justificar materialmente a intervenção do Ministério Público no processo de autorização de retiradas de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo. Não em função de eventual atribuição imposta por Decreto Federal, mas para que o *Parquet* defenda os interesses individuais indisponíveis objeto de menção acima.

IV – Conclusão

Em face do exposto, conclui-se que:

1) Somente a lei, em sentido estrito, pode estabelecer novas atribuições para o MPDFT, ou especificar aquelas já constantes da Constituição Federal ou da LC nº 75/93, em face do que o Decreto Federal nº 2.268, de 30 de junho de 1997, por implicitamente estabelecer ao Ministério Público local atribuições de fiscalização da retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano de pessoa viva, contraria, em interpretação literal, o disposto no art. 5º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93.

2) Sem embargo do vício formal no estabelecimento da atribuição fiscalizatória, acima referida, justifica-se materialmente a participação do Ministério Público na hipótese, para impedir a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa viva, passível de causação de dano à vida, à integridade física e à dignidade do ser humano, bens jurídicos esses que, em face de sua condição de interesses individuais indisponíveis, incumbe, de qualquer forma, ao Ministério Público defender.

3) Deve admitir-se a participação do MPDFT no processo fiscalizatório em comento, devendo a atribuição interna para oficiar em casos tais ser atribuída à promotoria pertinente.

Proposta de Emenda ao art. 94 da CF quanto à Disciplina do Quinto Constitucional: Lista Tríplice para o Presidente da República

Márcio Flávio Mafra Leal
Promotor de Justiça

A história recente do preenchimento das vagas para Desembargador destinadas ao Ministério Público tem revelado que o sistema necessita de uma reforma, pois, da maneira que está, permite-se uma seleção de nomes, por parte do Tribunal, com consequências indesejáveis para o regime democrático e atenta contra a doutrina de freios e contrapesos dos poderes políticos, ainda que não se conceba o Ministério Público como um “Poder”, na acepção que lhe dá a Ciência Política.

A escolha, segundo o regime atual, dá-se da seguinte forma: o colégio de membros do Ministério Público elege uma lista sêxtupla, que é enviada ao Tribunal de Justiça do Estado e do Distrito Federal, que, por seu turno, remete ao chefe do Executivo respectivo uma lista tríplice, de onde sairá o novo Desembargador.

A proposta é a de que o Ministério Público eleja o mais votado e remeta o nome diretamente à chefia do Executivo. A desvinculação da escolha pelo Tribunal possui diversas vantagens de ordem política e institucional.

Do ponto de vista político, fica remarcado que a vaga pertence ao Ministério Público. Institucionalmente, a escolha da forma propugnada realça a independência dos ofícios dos Procuradores e Promotores de Justiça perante o Tribunal.

Além disso, o Tribunal pode, no atual regime, descartar aqueles que o Ministério Público realmente deseja como Desembargadores, pois ocorre a pulverização de nomes (seis ao todo), incluindo-se na lista pessoas não exa-

tamente identificadas com a Instituição, mas apenas competentes do ponto de vista eleitoral.

Dessa maneira, ainda, o Tribunal seleciona aqueles afinados com a “política” da Corte, nem sempre coincidente com o pensamento independente do Ministério Público. Essa prévia seleção por parte do Tribunal tende a inibir ações mais contundentes da Instituição, pois o futuro candidato evitará indispor-se com a Desembargadoria por ocasião da escolha da lista tríplice.

Concluindo, o sistema, no regime que aí está, não produz uma vaga para o Ministério Público, mas sim um representante híbrido que, fatalmente, pouco acrescentará à composição e ao horizonte hermenêutico e político do Tribunal, pois o novo Desembargador pouco diferirá dos demais, o que contradiz os fundamentos para a existência do quinto constitucional, cujos pilares se assentam na democratização e na diversidade de pensamento na composição dos tribunais.

O mesmo raciocínio é válido para a vaga composta pelos advogados.

Conclusão

Proposta de Emenda ao art. 94 da Constituição Federal, que terá a seguinte redação:

“Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

Parágrafo único. A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de eleição direta, e o colégio eleitoral dos membros do Ministério Público enviarão ao Poder Executivo o nome dos eleitos”.

Titularidade do Direito ao Meio Ambiente

Márcio Flávio Mafra Leal
Promotor de Justiça

Do ponto de vista material, os direitos difusos vêm sendo positivados nas novas constituições, como a espanhola de 1978,¹ a portuguesa de 1976² e a brasileira de 1988. Cuidam basicamente da preservação ambiental e cultural, do direito dos consumidores, das minorias étnicas e sociais. Em outros países, os direitos difusos, apesar de não estarem formalmente na constituição, materialmente possuem índole constitucional, por expressarem valores preponderantes nas estruturas democráticas contemporâneas, inscritos em documentos de relevância indiscutível como os *Civil Rights Acts* norte-americanos, o *Environmental Bill of Rights* de Ontário-Canadá, dentre outros.

Os direitos difusos – formalmente constitucionalizados ou não – são produtos, em síntese, de movimentos sociais que emergiram na virada da década de 50 para 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, em menor escala política, por ambientalistas e consumeristas.³

Ao lado do movimento negro e feminista, no início dos anos 60, nos Estados Unidos, os consumidores constituíram-se em um novo grupo a reclamar, junto aos tribunais, políticas de limitação da preponderância do mercado, que havia se tornado o objeto central da jurisdição por intermédio da proteção quase exclusiva dos direitos patrimoniais ou econômicos.

Outro sério questionamento a respeito da preponderância da lógica do mercado dizia respeito à visão de curto prazo na obtenção de resultados e de eficiência, característica do interesse econômico, porém deletéria de outros valores que, em longo prazo, acabariam por eliminar as vantagens econômi-

¹ Cf., principalmente, os arts. 39 e seguintes.

² Especialmente o art. 58 e seguintes.

³ YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987. p. 243.

cas já obtidas.⁴ Neste sentido, a idéia de preservação da natureza, que fornece a diversidade de elementos necessários para a vida humana, determinou uma reavaliação das práticas produtivas que não observassem as limitações dos recursos naturais. É difícil reunir todos os fundamentos para justificar a preservação ambiental, pois, além desses, entram elementos recreacionais, econômicos, humanitários, religiosos, estéticos, existencialistas e preocupações com a posteridade, entre outros.

Os novos direitos sociais *difusos*, nos países de tradição constitucional do tipo europeu continental, decorreram de desdobramentos e especificações dos direitos previstos nas constituições liberais e nas primeiras cartas sociais deste século, estas últimas primordialmente voltadas à proteção da classe trabalhadora, mas, basicamente, sob o aspecto econômico. Atualmente, a agenda política do Estado Social compreende outros valores, que ultrapassam critérios patrimoniais, como a noção de igualdade, ligada não mais a um conceito abstrato e formal de indivíduo, mas sob um aspecto material, assim como a nova concepção de direito à vida, voltado para seus aspectos qualitativos, que se desvincula, por igual, de qualquer noção econômica de seu gozo.

Essa especificação e desdobramento não econômicos levou a doutrina a lançar a idéia de que os direitos difusos seriam direitos fundamentais de 3ª geração,⁵ embora não haja consenso sobre esse conceito.

BOBBIO,⁶ por exemplo, evita definir o que seja “direito de 3ª geração”, na falta de elementos conceituais seguros que permitam formular uma teoria adequada para sua compreensão:

“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.

LAFER⁷ tenta extrair algumas notas características do que vêm a ser “direitos de 3ª geração”, centrando-se na questão da titularidade, que focaliza como seu principal elemento teórico:

⁴ Não sem propósito a inserção da “defesa do meio ambiente” como princípio geral da atividade econômica, conforme o art. 170 da Constituição brasileira de 1988.

⁵ Os direitos de 1ª geração seriam aqueles reivindicados pelos liberais, precipuamente direitos individuais à liberdade e igualdade formal. Os de 2ª geração são os direitos sociais que incumbiam ao Estado algumas tarefas de prover garantias materiais mínimas (educação, saúde, proteção ao trabalhador).

⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

“Os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade – sejam eles os de primeira ou de segunda geração – têm titularidade inequívoca: o indivíduo. Entretanto, na passagem de uma titularidade individual para uma coletiva, que caracteriza os direitos de terceira e quarta geração, podem surgir dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementaridade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva – basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, religiosas, lingüísticas e sexuais”.

Em um esboço teórico sobre o que vem a ser direito difuso ou de 3ª geração, tem-se como primeira característica a ser levada em consideração o *conteúdo* do direito. O direito privado, por exemplo, cuida das relações obrigacionais (crédito) e reais (propriedade), isto é, basicamente trata de aspectos patrimoniais da existência do indivíduo, tomada em termos econômicos.

Os primeiros direitos individuais (os direitos de 1ª geração) cuidaram de garantir justamente, entre outras reivindicações: a propriedade privada e a liberdade econômica (de iniciativa) e de contratar (dispor de patrimônio livremente). Em síntese, *liberdade* era lida como *liberdade do e para ser proprietário*.

Os movimentos sociais da classe trabalhadora visaram a garantir uma maior igualdade econômica (direitos de 2ª geração) ou pelo menos mitigar a desigualdade existente entre o proletariado e os proprietários. Ou seja, também a questão centra-se em aspectos econômicos (melhores salários, prestações gratuitas do Estado nos campos da saúde e educação, direito de aposentadoria, entre outros).

Já o conteúdo dos direitos difusos não garante propriedade ou liberdade econômica, nem implica mitigação de desigualdades nesse campo. Os direitos difusos têm conteúdo não patrimonial, que trata de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social.

Especificamente quanto ao direito ambiental, MILARÉ assim elabora o tema:⁸

⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 132.

⁸ MILARÉ, Édís. *A Ação Civil Pública em Defesa do Ambiente*. In *Ação Civil Pública: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 260.

“É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração para efeito indenizatório. Cuida-se de um direito fundamental e indisponível do ser humano. Julgada procedente ação civil pública por dano a ele perpetrado, o montante de eventual indenização que vier a ser apurado não reverterá para patrimônio algum. Nem o Estado, nem qualquer das inúmeras vítimas da degradação ambiental experimentarão acréscimo pecuniário com reparação financeira do dano. O montante apurado, recolhido ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85, reverterá necessariamente ao cuidado do meio ambiente ferido. Em última análise, reverte para toda comunidade, sendo este exatamente o elemento que caracteriza sua difusidade” (negritou-se).

Assim, o conteúdo dos direitos difusos é de duas ordens:

I) o direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à *qualidade de vida*,⁹ expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural,¹⁰ espaços culturais (históricos, estéticos, etc.), disponíveis para essas e futuras gerações;

II) o direito à integração social mediante o *devido reconhecimento jurídico e político*, referindo-se a titularidade a grupos de indivíduos dispersos ou organizados, unidos por alguma circunstância fática ou por afinidades étnicas, sociais, de gênero ou origem, entre outras, que reivindicam tratamento digno por parte da lei, ainda que isto signifique a afirmação de uma identidade especial, não assimilável ao valor de *igualdade universal*. Esse

⁹ Veja-se o conceito de qualidade de vida oferecido por Ramón Marín Mateo: “La calidad de vida, por tanto, que aquí nos interesa, habrá de funcionar como parámetro definitorio de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido éste en un sentido amplio, para que cumpla con las condiciones queridas por el legislador en un momento histórico determinado, relacionándose con los recursos naturales [...]. No quieres decirse con esto el que los estándares utilizables para medir la influencia de los elementos reflejen exclusivamente informaciones materiales – estado de las aguas, de la atmosfera, etc. –; pueden estar implicados sensaciones psicológicas, estéticas o estados anímicos – belleza del paisaje, tranquilidad del entorno, equilibrio natural – [...]. Las sensaciones y satisfacciones que consideramos suponen el previo atendimento por parte del Estado de las necesidades básicas – alimentación, vivienda, salud, educación – que deben estar cubiertas por servicios públicos adecuados que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí de los recursos precisos”. Apud FIORILLO, Celso Antonio, RODRIGUES, Marcelo Abelha e NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 32.

¹⁰ Conceito legal de ambiente (art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81): “é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

fator distintivo (v.g. racial), que une o grupo ou *minoría*, determina uma situação de desvantagem que exclui seus membros do reconhecimento e tratamento específico, concretamente oponíveis à vontade da *maioría*.

Pode-se sintetizar o significado dessa *igualdade* como *direito de não-exclusão* ou direito de *integração*, dentro de uma perspectiva constitucional pluralista de valores.¹¹

No plano da titularidade, a nota marcante dos direitos difusos é a sua transindividualidade. CAPPELLETTI asseverou há mais de vinte anos:

“Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses ‘difusos’, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é ‘titular’, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares.”¹²

O art. 81, parágrafo único, I, da Lei nº 8.078/90 considera *direito difuso* os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Praticamente toda a definição legal refere-se ao problema da titularidade do direito que, sinteticamente, quer dizer que o direito não tem titularidade determinável no plano individual e sua violação atinge indiscriminadamente toda a comunidade.

BENJAMIN denomina a transindividualidade também sob o nome de *comunalidade*, traduzindo provavelmente do inglês *commonality*, isto é, condições “que aparecem quando a qualquer cidadão é lícito utilizar determinados bens (também comunais) e ninguém – nem mesmo o Estado – tem poder para excluir a sua utilização por quem quer que seja.” O autor, então, cita dois princípios que podem ser aplicados à transindividualidade: “o *princípio da indivisibilidade dos benefícios* (a utilidade do bem não é divisível entre os

¹¹ A idéia de direito ao reconhecimento é elaborada filosoficamente em TAYLOR, C. *The Politics of Recognition*, in C. Taylor *et alli*. *Multiculturalism*. Princeton : Princeton University Press, 1994. p. 25-73. A proteção efetiva a esses direitos, nesse aspecto, representa, por outro lado, a desestabilização dos direitos previamente consagrados, como assinala UNGER, ao se referir à categoria de *direitos de desestabilização*, por ele proposta. V. UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge : Harvard University Press, 1986. p. 39 e 53-6. E ainda, sobre uma Teoria Constitucional concebendo a Constituição como gerenciadora de valores pluralistas, cf. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 8 e ss.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos* diante da Justiça Civil. *Revista de Processo*, n. 5, jan/mar 1977. p. 135.

que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o princípio da não-exclusão dos beneficiários (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios a não ser que todos o sejam igualmente)".¹³

Como visto, não há como conceber o direito ao ambiente preservado na esfera de disponibilidade de um indivíduo, a exemplo dos tradicionais direitos obrigacionais e de propriedade. Nesse aspecto, é que se faz necessário lançar mão de um esquema de legitimação extraordinária para judicializar tais direitos difusos, pois, do contrário, jamais seriam apreciados pelo tribunal.

A definição de ambiente como um direito é bastante complexa. De um lado, reivindica-se a natureza de direito subjetivo e mesmo *personalíssimo*,¹⁴ para esse bem. Por outro lado, entende-se que quem recebe proteção jurídica não é o indivíduo, mas o próprio ambiente, e, por consequência, a comunidade que habita e se serve desse ambiente para sua sobrevivência e desenvolvimento. A noção é a de que o meio ambiente é, por assim dizer, *personificado*, a fim de que seja protegido judicialmente, subvertendo a tradição jurídica de atribuição de direitos a *sujeitos* e não a *objetos*.

Quer-se demonstrar, por igual, um certo grau de artificialidade em se atribuir o direito ao ambiente a um *titular*. Por exemplo, pode-se promover uma ação coletiva para a preservação de uma espécie da fauna ameaçada de extinção (v.g., um inseto daninho), coibindo determinadas práticas que resultem no seu extermínio. Mas pode ocorrer que essa preservação seja indiferente para a maioria dos membros da comunidade concreta, embora em seu nome a ação seja proposta. Entretanto, a preservação de qualquer espécie da fauna é valor consagrado formalmente na Constituição Federal brasileira, em seu art. 225, § 1º, VII.¹⁵

Todo esse desenvolvimento redunda na conclusão de que o direito ambiental titularizado individualmente (ainda) não existe no Brasil: nenhuma norma definiu qual o conteúdo desse direito no plano individual, a fim de que se possa estabelecer uma tutela também individual com um pedido específico em ação judicial própria que proteja efetivamente tal direito.¹⁶

¹³ Op. cit. p. 84. Frise-se, incidentalmente, que os critérios citados pelo autor correspondem aos empregados pelos economistas para caracterizar os chamados "bens públicos". Cf. PIERCE, David. *The MIT Dictionary of Modern Economics*. Cambridge, 1986. p. 347, verbete "public good".

¹⁴ MARTINS & BETTIOL (op. cit., p. 33): "(...) o meio ambiente é mais um direito personalíssimo constitucionalmente assegurado ao indivíduo".

¹⁵ Art. 225, § 1º, VII: "(...) incumbe ao Poder Público (...) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

¹⁶ Sobre o debate em torno da existência de um direito ambiental titularizável no plano individual, cf. o interessante artigo de CORRIVEAU, Yves. *Citizen Rights and Liti-*

Exemplificando, quando se sofre um dano decorrente de um fato ambiental e o indivíduo ajuíza uma ação indenizatória, o fundamento da ação não será com base em direito ambiental, pois dessa causa de pedir não sobressai pedido deduzível a título individual. O indivíduo, nesse caso, demonstrará seus danos (pessoais ou patrimoniais) com base na responsabilidade civil comum, que lhe confere um direito patrimonial e individual.

Convivendo em um ambiente poluído, o indivíduo só poderá lançar mão da ação popular ou representar para que algum autor coletivo promova as medidas judiciais adequadas. Caso esse mesmo indivíduo resolva pedir uma indenização, esta terá por fundamento, repita-se, na responsabilidade civil e o valor a ser indenizado reverterá ao seu patrimônio pessoal.

Os fundamentos da ação coletiva e os da ação individual, nesse caso, são diversos, vale dizer, uma ação requer uma indenização baseada em direito ambiental, sendo o titular do direito material uma *comunidade* e o dinheiro arrecadado jamais é revertido para os indivíduos. A outra ação (individual), tem por fundamento prejuízos ao *patrimônio ou à pessoa*, e não a um suposto *direito ambiental pessoal*. Apura-se esse dano por intermédio dos mecanismos de responsabilidade civil comum, sendo o titular do direito material o indivíduo e o dinheiro revertido ao seu patrimônio.

Conclusão

1. Não há – ainda – direito ambiental individualmente tutelável judicialmente no Direito brasileiro.

2. Por consequência, a titularidade do direito ambiental é atribuível tão-somente à comunidade

Emenda à Resolução nº 21/97 do Conselho Superior do MPDFT

Márcio Flávio Mafra Leal
Promotor de Justiça

O art. 204 da Lei Complementar nº 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União – consagra uma das maiores conquistas da instituição: o direito de afastamento para frequência em cursos de aperfeiçoamento e estudos, no País ou no exterior. A Lei prevê um prazo de dois anos de afastamento, prorrogável por igual período.

O Egrégio Conselho Superior do MPDFT, por intermédio da Resolução nº 21/97, estabeleceu as regras para o afastamento para estudos. Em síntese, exige que o candidato ao afastamento comprove ter sido selecionado pela instituição de ensino; ter cumprido o estágio probatório; não ter sofrido sanção disciplinar um ano antes do requerimento; não estar respondendo a processo-crime, inquérito ou processo administrativo e estar em dia com seus deveres funcionais.

Também não pode se afastar do MPDFT o candidato que estiver inscrito em concurso para ingresso em outro cargo público, salvo o de professor. O art. 5º da Resolução estabelece, ainda, uma quota de 2% de membros afastáveis da totalidade em exercício.

Durante o curso, o afastado deverá relatar periodicamente ao Procurador-Geral a evolução de seus estudos, com a indicação das menções obtidas. É exigido um relatório circunstanciado também no dia em que o afastado retornar de suas atividades no curso e deverá ele, ainda, encaminhar cópia do trabalho final ou dissertação ao Procurador-Geral, com a indicação da menção obtida (art. 10, parágrafo único).

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 anga-

riados nas diversas academias, nacionais e estrangeiras, que consolidam a credibilidade da instituição.

Além disso, a criação de núcleos de excelência em várias áreas do Ministério Público, por meio de dissertações e trabalhos em nível de pós-graduação, disseminam doutrina que, certamente, torna a tarefa de convencimento e argumentação suportada pelo crivo da comunidade científica.

Por fim, o treinamento de novos membros do Ministério Público, bem como a formação de quadros de juristas identificados com a instituição, a cargo da Fundação Escola Superior, encontra nos pós-graduados uma reserva intelectual segura para o exercício do magistério, em razão das exigências para o exercício da docência, superiores mesmo às instituições de ensino de pós-graduação *lato sensu* existentes no País.

Apesar disso, o afastamento para estudos deve ser norteado por um princípio basilar, qual seja, o princípio de que este se dará em função do interesse público, mais especificamente do interesse do Ministério Público. Tal princípio não significa que o candidato ao afastamento tenha de atrelar o exercício de sua liberdade acadêmica e de pensamento, isto é, a sua tese, a sua tarefa ordinária de Promotor ou Procurador de Justiça.

Qual o significado, então, desse princípio? Ora, o afastamento para estudos, em primeiro lugar, deve estar condicionado à existência de um título acadêmico ao pleiteante: pós-graduado, mestre, doutor ou livre-docente em Direito.* Outro título, ou título em outra área,* não se adapta ao sentido da norma e do afastamento previsto pela Resolução. De fato, qualquer exceção a essa regra implica total desvirtuamento da conquista daqueles que lutaram para inserir o art. 204 na Lei Complementar.

Do contrário, algum Promotor inclinado ao teatro poderia resolver pós-graduar-se em artes cênicas. Afora esse argumento *ad absurdum*, há outros cursos que são parajurídicos, mas que não conferem nenhum título acadêmico ou tem validade duvidosa para a carreira jurídica, tais como Escola Superior de Guerra; Fundação Getúlio Vargas; Institutos Jurídicos que fornecem diplomas de frequência e/ou títulos não reconhecidos; e Universidades, Faculdades e instituições estrangeiras ou nacionais que ministram cursos de pós-graduação em outras áreas, que não as jurídicas, mas que inserem disciplinas de Direito em seu currículo.*

O propósito, portanto, deve ser bem claro: pós-graduação em Direito* e que forneça um título acadêmico reconhecido. Qualquer outra argumenta-

* Neste ponto, a tese sofreu emenda, de sorte a permitir participação em cursos parajurídicos comprovadamente relacionados às atribuições ministeriais.

ção do candidato ao afastamento deve ser repelida de pronto, por não atender aos fundamentos do direito ao estudo.

Afora a fixação desse princípio e seu significado, crê-se que se fazem necessários maior divulgação, acompanhamento e conhecimento dos membros do Ministério Público sobre as atividades daqueles que se afastam de suas funções institucionais para estudos. Se por um lado o direito ao aperfeiçoamento é uma conquista, também é certo que o afastamento não pode servir a propósitos e acomodações pessoais em detrimento do ofício de Ministério Público, em respeito à instituição e ao contribuinte.

Nesse ponto, se houver algum deferimento de afastamento para estudos que não seja condizente com o princípio aqui examinado, esse fato deve ser creditado ao Conselho Superior do MPDFT; a uma, porque não diligência às instituições de ensino para verificar a titulação oficial do candidato ao término do curso, a carga horária, o *status* do pós-graduado na universidade (bolista ou não, estudante em tempo integral ou parcial, aluno regular ou estudante de curso de extensão ou sem vínculo com os cursos regulares da universidade), a necessidade ou não da frequência em determinados períodos, entre outras informações importantíssimas.

Nem se diga que tal mister deva ser creditado ao pleiteante ao afastamento, embora a omissão de dados relevantes seja preponderante no deferimento. O Conselho, ao final, é que será responsabilizado pelos membros do Ministério Público em caso de afastamentos que não sejam transparentes e sintonizados com os seus princípios, podendo, em casos mais graves, chegar até a responder por improbidade, juntamente com o candidato ao afastamento. E, certamente, a União Federal deverá responder eventuais ações populares/civis públicas, entre outras, para reposição ao Erário dos vencimentos pagos durante o afastamento.

Esse desgaste pode chegar ao ponto de abalar o direito ao afastamento que, como se asseverou, é uma das mais importantes conquistas da carreira do Ministério Público. Nunca é demais lembrar a quantidade de setores da sociedade fiscalizados pela instituição e que têm interesse em enfraquecê-la.

Para se aperfeiçoar a Resolução do Egrégio Conselho Superior e evitar o desvio de finalidade nas portarias de afastamento para estudos, a presente tese oferece algumas sugestões.

A primeira delas refere-se à necessidade de o candidato instruir o seu pedido com o projeto de dissertação ou tese ou, quando isso não for exigido pela instituição de ensino, que o candidato formule um projeto específico para análise do Conselho sobre a viabilidade, seriedade de propósitos e contribuição do tema a ser estudado para a comunidade científica e para o Ministério Público. Cumpre insistir que essa análise

nada tem a ver com alguma pertinência do trabalho a ser realizado com a promotoria em que o candidato está oficiando. Um Promotor Criminal pode elaborar um projeto na área de Direito Constitucional sem problemas, desde que o projeto tenha as características mencionadas, sinteticamente, que seja um projeto compatível com os interesses público e do Ministério Público, em sentido amplo.

Isso também não quer dizer que, aprovado o projeto na respectiva faculdade de Direito, automaticamente está o Conselho vinculado a essa decisão. De fato, não se sabem os critérios utilizados para a instituição de ensino para aprová-lo, mas há critérios para o afastamento do candidato, que é norteado por princípios bem definidos. Além disso, o grau de conhecimento do candidato com o professor-orientador pode ser determinante para a aprovação do projeto, ou seja, a discricionariedade é muito ampla, principalmente, no Brasil, em instituições de ensino privado. Já o afastamento deve ser levado em consideração com mais rigor, por envolver muito dinheiro público e afastamento de um membro do Ministério Público, cujo posto deverá ser coberto por outro. Isto é, o afastamento equivale a dois vencimentos de Promotor/Procurador de Justiça por mês.

Essa exigência de apresentação do projeto de dissertação ou tese, ao que se sabe, já é objeto de proposta de alteração da Resolução nº 21/97, do então Conselheiro Temístocles Mendonça Castro, acrescentando um inciso ao art. 2º, que disciplina a exigência de documentos de requerimento do candidato ao afastamento, vazada nos seguintes termos:

“III – Plano ou projeto elaborado pelo interessado que exponha o conteúdo programático das disciplinas a serem cursadas, a pertinência do curso com as atribuições do Ministério Público e o roteiro a ser desenvolvido pelo interessado na elaboração de dissertação final a ser apresentado ao Conselho Superior, juntamente com o relatório de que trata o art. 10 desta Resolução, independentemente de constar a elaboração de tese como exigência da instituição que prestar o curso”.

É verdade que o projeto pode ser alterado ao longo do curso de pós-graduação frequentado. O projeto não é vinculante, mas quando houver a necessidade de reorientação, bastará o candidato, em relatório, que, aliás, está obrigado a enviar regularmente, apresentar o novo projeto.

Acredita-se que a sugestão de alteração, já enviada ao Conselho Superior, pode ser também aperfeiçoada. A proposta desta tese é que o candidato apresente oralmente o seu projeto junto ao Conselho, em audiência pública, e reserve parte do tempo para responder aos questionamentos dos Conselheiros e dos membros do Ministério Público presentes que submeterem suas perguntas ao Presidente do Conselho.

Nessas condições, o afastamento ganha um grau de transparência e legitimidade bem maior. O candidato também ganha ao se afastar mais respaldado, com as credenciais de quem apresentou um projeto consistente e de conhecimento de todo o Ministério Público.

A outra sugestão é que o candidato forneça endereço, telefone e fax do orientador/supervisor da tese/dissertação e/ou da secretaria de pós-graduação da instituição de ensino para eventuais consultas do Conselho Superior sobre o andamento da produção do candidato.

Enfim, o afastamento para estudos é uma matéria extremamente séria e o Ministério Público não pode transformar um direito em privilégio ou abuso, sob a pena de perda dessa importante conquista.

Conclusão

Emenda à Resolução nº 21/97.

Art. 2º (...)

IV – telefone, fax, endereço e correio eletrônico, se houver, do orientador da tese ou dissertação ou do responsável pela área de pós-graduação, bem como os mesmos dados da secretaria de pós-graduação da instituição de ensino.

Art. O Presidente do Conselho ou o relator do pedido, quando não estiver devidamente instruído o pedido, deverá diligenciar diretamente junto à instituição de ensino ou ao orientador para que forneça dados a respeito do curso de pós-graduação a ser ministrado, tais como carga horária, exigências curriculares, título acadêmico oficial a ser concedido, entre outros.

Art. Considerado devidamente instruído o pedido, o relator marcará audiência pública para apresentação oral do projeto de monografia, dissertação ou tese do candidato a afastamento, onde este responderá às perguntas dos conselheiros e dos membros do Ministério Público presentes que encaminharem suas perguntas por escrito ao Presidente do CSMPDFT.

Necessidade de Aprimoramento dos Mecanismos de Controle do Desempenho Funcional do Promotor de Justiça Adjunto Durante o Estágio Probatório

Bruno Caiado de Acioli

*Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa
do Meio Ambiente, Patrimônio Público e Social do MPDFT.*

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito do CEUB.

Ex-Promotor de Justiça nos Estados de Goiás e Minas Gerais.

Longe de enveredar pelo sinuoso caminho da perseguição pessoal ou da crítica destrutiva, visa o presente estudo ao oferecimento de propostas de aperfeiçoamento dos mecanismos de avaliação da performance funcional dos senhores Promotores de Justiça Adjuntos, dada a presença de algumas deficiências e contradições na metodologia atualmente empregada no procedimento de aferição da eficiência do novel membro do Ministério Público.

Segundo dispõe a Constituição Federal, no art. 128, § 5º, inciso I, alínea *a*, a vitaliciedade só será adquirida após dois anos de efetivo exercício no cargo.

A seu turno, o art. 197 da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, diz que o estágio probatório compreenderá o período formado pelo primeiro biênio de efetivo exercício do cargo pelo membro do Ministério Público.

Inicialmente projetado para durar dez anos, posteriormente diminuídos para cinco, até chegar ao atual patamar de dois anos, o estágio probatório possibilita averiguar a conveniência da manutenção do estagiário no serviço público.

De conseguinte, o Promotor de Justiça Adjunto só adquirirá a vitaliciedade se lograr êxito em demonstrar, ao longo do período de observação, que

reúne todas as condições para o desempenho das elevadas funções confiadas ao *Parquet*.

Lamentavelmente, a Constituição Federal e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU) apenas cuidam de definir o estágio probatório, relegando aos órgãos de direção superior da instituição a tarefa de discipliná-lo.

É o que se depreende da leitura do último dos diplomas supracitados, mais precisamente de seu art. 106, inciso I, alínea f, o qual confere ao egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios a atribuição de elaborar e aprovar o procedimento de avaliação do cumprimento das condições do *testing program*.

Indo adiante, verifica-se, no art. 174, inciso IV, que à Corregedoria-Geral do MPDFT cabe acompanhar o estágio probatório dos membros da Instituição.

A mesma norma é repetida nos dispositivos que tratam de fixar as atribuições dos Corregedores-Gerais dos demais ramos do Ministério Público da União.

Já a Lei nº 8.625, de 12.02.93, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, estabelece, em seus arts. 17 e 18, que a Corregedoria é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, podendo o Corregedor-Geral ser assessorado por Promotores de Justiça da mais elevada entrância ou categoria, por ele indicados e designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Note-se que a LOMPU, diversamente de sua co-irmã, é omissa quanto à possibilidade de os Corregedores dos Ministérios Públicos Federal, Militar, do Trabalho, e do Distrito Federal e Territórios serem assessorados por Promotores de Justiça ou por comissões de Promotores de Justiça.

Apesar da lacuna, a Resolução CSMPDFT nº 1, de 06.11.92, que disciplina o estágio probatório no âmbito de nossa instituição, determina, em seu art. 4º, que ao Corregedor cumpre elaborar e acompanhar a execução do programa de estágio, podendo delegar essa última tarefa a uma Comissão de Promotores de Justiça.

Pretendendo concretizar os mandamentos infralegais em referência, a Corregedoria expediu diversas portarias, de sorte a regular a denominada “atividade delegada de acompanhamento de estágio probatório” e a nomear os integrantes da “Comissão de Estágio Probatório”.

Curioso notar que o precitado colegiado, composto pelos chamados Relatores ou Avaliadores, cujos nomes são mantidos no mais absoluto e injustificável sigilo, não faz parte do organograma administrativo do MPDFT.

Adicione-se que o cargo ou, se preferir, a função de Relator sequer existe no quadro de pessoal de nossa instituição, ficando os eminentes colegas Avaliadores impossibilitados de receberem gratificações ou de se dedicarem exclusivamente ao trabalho confiado pela Corregedoria.

Principal consequência de tal colaboração informal é que a qualidade de muitas avaliações deixa a desejar,¹ máxime quando desacompanhadas da imprescindível fundamentação.

A propósito, nenhum dos normativos da Corregedoria aplicáveis à espécie impõe ao Avaliador o dever de fundamentar os conceitos emitidos acerca do atuar alheio, mas apenas a faculdade de anotar “as observações que se fizerem pertinentes ao caso”, força do art. 4º, da Portaria CG nº 11/94².

Vale ressaltar aqui que o art. 6º, § 2º, da Resolução nº 1/92, condiciona a emissão da nota a prévio e sucinto relatório acerca das peças apresentadas pelo estagiário.³

Não bastasse isso, o “princípio do rodízio mensal”, consagrado no art. 3º da mesma Portaria,⁴ proporciona, nos moldes em que concebido, situação indesejável, a saber: a existência de diversos Avaliadores, com estilos e ideologias diversos, cada qual examinando um trabalho diferente feito pelo mesmo Promotor de Justiça Adjunto.

Em nosso entender, ao propiciar contato meramente episódico entre avaliado e avaliador, vez que este último, *in tese*, só debulhará apenas um dos vários trabalhos produzidos durante o estágio, o indigitado princípio termina gerando visão distorcida, porquanto fragmentada, do conjunto de ações desenvolvidas, até então, pelo Promotor de Justiça Adjunto.

Mais grave, porém, que a ausência de fundamentação ou a exacerbação do princípio do rodízio mensal, mostra-se a práxis nada ortodoxa de manter

¹ Sobre o despreparo da máquina administrativa na apuração dos requisitos a serem preenchidos durante o estágio probatório, vide MELLO, Célia Cunha, em seu artigo “Extinção e Declaração de Desnecessidade de Cargo Público”, in *Boletim de Direito Administrativo* (BDA). Jul. 95, São Paulo : NDJ, 1995. p. 383.

² “Art. 4º No prazo de quinze dias contados do recebimento, após examinados os trabalhos à luz da Resolução nº 1/92-CSMPDFT, o Relator os devolverá à Corregedoria, depois de anotar o desempenho funcional do Membro e as observações que se fizerem pertinentes ao caso na respectiva Ficha de Avaliação (modelo anexo).”

³ Art. 5º, § 2º “A Corregedoria-Geral do Ministério Público, à vista das cópias e relatórios apresentados, anotar seu recebimento em ficha especial, lançando nela conceito resultante de sucinto relatório, onde serão levados em conta os seguintes dados (...)”

⁴ “Art. 3º A distribuição mensal das Pastas de Estágio obedecerá aos critérios sucessivos da divisão equânime e do rodízio mensal na avaliação, tendo por base o número de estagiários.”

em sigilo o nome do Relator, abalando mais ainda a já combalida relação estagiário – supervisor.

Incompatível com o Estado Democrático de Direito, tal prática, além de não se achar escorada em lei ou mesmo em regulamento, coarcta o direito à informação assegurado no art. 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV, da *Lex Magna*.⁵

Em precioso escólio acerca do pleno acesso à informação consagrado na Constituição Portuguesa, leciona GOMES CANOTILHO,⁶ *verbis*:

“Aditado pela Lei nº 1/89, o art. 268.º/2, veio a consagrar expressamente o direito ao arquivo aberto, ou seja, o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos. Note-se que a Constituição não faz depender a liberdade de acesso aos documentos administrativos da existência de um interesse pessoal. Salvaguardados os casos de documentos nominativos ou de documentos reservados por motivos de segurança ou de Justiça, a idéia de **democracia administrativa** aponta não para um direito de acesso aos arquivos e registros públicos para defesa de direitos individuais, mas também para um direito de saber o que se passa no âmbito dos esquemas político-burocráticos, possibilitando ao cidadão o acesso a dossiês, relatórios, atas, estudos, estatísticas, diretivas, instruções, circulares e notas. A operatividade prática deste direito dependerá da criação de procedimentos (exemplo: recurso a uma comissão de acesso aos documentos administrativos) e de processos adequados (ações judiciais para efetivar o direito ao arquivo aberto)”

Ademais, o princípio do segredo ou da *arcana praxis*, de larga utilização durante a Idade Média, malfere também o disposto no art. 5º, inciso IV, segundo o qual “*é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato*” (grifamos).

Segundo apurado junto à Corregedoria – gestões atual e anterior –, a atmosfera de mistério que envolve o Colegiado de Relatores justifica-se à vista de certos desconfortos enfrentados pelos integrantes da Comissão, à

⁵ XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas; a) *omissis*; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In *Direito Constitucional*. Coimbra : Editora Almedina, 1995. p. 665-6.

época em que seus nomes eram conhecidos, destacando-se aqui: abordagens inoportunas e agressões verbais.

De ordem puramente metajurídica, o argumento não se sustenta por vários motivos.

A um, porque eventuais atritos entre os sujeitos envolvidos no processo avaliatório devem ser tidos como casos isolados, que não expressam o pensamento e a conduta dos demais Promotores de Justiça Adjuntos.

A dois, porque a Lei Complementar prevê sanções disciplinares que vão de advertência à demissão, nas hipóteses de o membro do *Parquet* não tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço ou faltar com o decoro pessoal, observados os parâmetros do art. 240.

A três, porque a Carta Maior, além de vedar a emissão de juízos de valor desacompanhada da identificação daquele que os emite, só autoriza a restrição de acesso à informação quando o sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da Sociedade, e desde que expressamente prevista em lei⁷.

A quatro, porque diversos Ministérios Públicos dos Estados, dentre os quais os do Rio Grande do Sul, Goiás, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, cujos Corregedores respectivos são *Formalmente* auxiliados por Promotores de Justiça, nunca enfrentaram sobressaltos desse jaez, apesar de não adotarem o sigilo ora combatido.

A cinco, porque coloca em risco a validade de todo o procedimento de avaliação, à medida que introduz formalidade não prevista em lei, cabendo aqui trazer à lume o contido na Súmula nº 21 do Excelso Pretório, *litteris*:

“Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito **ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade**” (grifamos).

Face ao Exposto, Propõe-se:

1º a imediata transformação desta tese em moção a ser encaminhada aos Excelentíssimos Senhores Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral, bem assim ao egrégio Conselho Superior, objetivando o desenvolvimento de estudos coordenados com vistas à reformulação dos normativos infralegais que disciplinam o estágio probatório e à imediata abolição do caráter sigiloso envolvendo o nome dos integrantes da Comissão de Estágio Probatório;

⁷ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. In *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 2. p. 164.

2º sejam desconsideradas pela Corregedoria, independentemente de recurso, as avaliações sem fundamentação ou com fundamentação deficiente para fins de aferição do desempenho funcional dos examinados; e

3º a mitigação do princípio do rodízio mensal, de sorte que o avaliado passe a ser observado por um número menor de examinadores, possibilitando assim uma maior sintonia entre todos.

Normas da Prova Oral

Wilson Issao Koressawa
Promotor de Justiça

Ementa: Prova oral. Elaboração prévia de questões. Sorteio. Identidade de perguntas. Gravação. Recurso. Necessidade da observância de princípios constitucionais. Mudança das atuais normas e instruções.

Justificativa

Ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios compete elaborar e aprovar as normas e instruções para o concurso de ingresso na carreira de membro do MPDFT (art. 166, inciso I, alínea *b*, da LC nº 75, de 20 de maio de 1993).

As normas atuais acerca da prova oral para o ingresso na carreira do MP facilitam o cometimento de injustiças.

A instituição é conhecida e tem o fundamental papel de fiscalizadora da aplicação da lei. Isso significa dizer fiscal da aplicação de todas as leis e normas em qualquer âmbito, sobretudo, internamente.

Os critérios hoje existentes, *data maxima venia*, não correspondem ao ideal de moralidade, publicidade e impessoalidade esperados, princípios esses previstos na Constituição Federal (art. 37).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios deve dar o exemplo de correção e exatidão na observância desses princípios quando na aplicação da prova oral.

Dúvidas acerca da lisura do resultado das provas orais não devem existir, sendo inconstitucional a diversidade de perguntas feitas aos candidatos (princípio da igualdade) e a não-admissão de recurso relativo ao resultado

da prova oral (ampla defesa, contraditório e inafastabilidade da apreciação judicial).

Ora, a Constituição garante os princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, os quais devem ser assegurados com todos os meios e recursos a eles inerentes. Prevê, ainda, que não se excluirá da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, incisos XXXV e LV).

Será que o Ministério Público, fiscal da lei, está observando tais princípios, os quais tem obrigação de fazer cumprir?

Por tais motivos, para que o ingresso na carreira do MP seja o mais correto, as provas orais devem ser feitas da seguinte forma:

- elaboração prévia de questões relativas a cada ponto;
- sorteio das questões no momento da realização da prova;
- iguais perguntas para cada dia de realização da prova (por exemplo: 50 questões de Direito Penal: 25 feitas no primeiro dia e 25, no segundo);
- a prova oral deverá ser gravada, mesmo que seja a expensas do candidato;
- deve ser admitido recurso relativo a essa prova (nos moldes do que hoje ocorre no Juizado Especial Cível, por exemplo).

Assim, nada poderá alegar o candidato acerca da inobservância de princípios constitucionais na realização da prova oral do Ministério Público.

Além disso, ter-se-á a certeza de que um candidato não será beneficiado, em detrimento de outro, ao responder a questões muito menos complexas.

Dessa forma, o ideal de segurança na aprovação e reprovação de candidatos preparados e despreparados, respectivamente, será alcançado.

Por outro lado, eliminar-se-á qualquer argumento no sentido de inde-sejável proteção ou preterição injusta.

Conclusão

Finalizando, sugiro o imediato encaminhamento desta proposta ao Conselho Superior do MPDFT, para que normatize a realização da prova oral para o concurso de ingresso na carreira de membro do MPDFT, nos termos acima propostos.

Cerrado Brasileiro : Patrimônio Nacional

Roberto Carlos Batista
Bruno Caiado de Acioli¹

Bioma Cerrado – Megadiversidade – Região Centro-Oeste – Ausência de Proteção Efetiva ante às Atividades Antrópicas Nele Estabelecidas – Bem de Uso Comum do Povo, de Grande Relevância Nacional – Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado – Necessidade de Proteção Efetiva Mediante, Encaminhamento de Proposta de Emenda ao Anteprojeto de Lei de Consolidação da Legislação Ambiental Brasileira – Sugestão de Moção ao Projeto de Emenda ao art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Exposição

Cerrado é uma formação vegetal constituída de dois andares; o 1º, de vegetação rasteira; o 2º, de arbustos e árvores com altura média de 6m, caules tortuosos e aparência de vegetação xerófica, traduz Ernani Fornari Neto.² Trata-se de um dos cinco tipos de vegetação que recobre grandes extensões de terra, congregando riquíssima biodiversidade e concentrando-se predominantemente no Brasil Central, mais precisamente na Região Centro-Oeste.

Segundo os cientistas, o cerrado é um dos biomas mais ricos da Terra. A infinidade de espécimes vegetais e animais, incluindo grande quantidade de fungos e outros microorganismos ainda desconhecidos da ciência, é um dado que certifica tal realidade. À exceção de determinadas áreas de florestas chuvosas tropicais, essa formação vegetal, semelhante às savanas africanas, concentra o maior número de espécies vasculares, por hectare, do planeta, che-

¹ Titulares da 3ª e 2ª Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Público e Social, respectivamente.

² *Dicionário Prático de Ecologia*. Alhambra, Brasília, 1992. p. 39

gando a reunir de trezentas a quatrocentas e cinquenta espécies vasculares em extensões dessa dimensão.³

Como bem revela José Maria G. de Almeida Júnior, PhD em educação ambiental e ecologia humana pela Harvard University (EUA) e professor da Universidade de Brasília, o cerrado é “*um verdadeiro laboratório para estudos de ecologia tropical*”.⁴

Ademais, inegável é seu potencial agrícola, pois, como acentua Maria Novaes Pinto, doutora em geografia e professora da UnB, *a região constitui a maior e uma das últimas reservas do Globo, capaz de suportar, de modo imediato, a produção de cereais, e a formação de pastagens, considerada a existência de uma infra-estrutura mínima necessária de transporte e a disponibilidade de tecnologia agrícola capaz de gerar produção, preservar e melhorar a qualidade do solo, através de processos economicamente viáveis*.⁵

Ocorre que todo esse patrimônio e a relevância de sua preservação têm passado despercebidos pela maioria dos agentes que lidam com a proteção e defesa do meio ambiente sadio e equilibrado, pelos legisladores e pelos gestores de políticas públicas ambientais.

Por conseguinte, essa riqueza hoje se acha ameaçada: 1) pelo desmatamento indiscriminado, que se estende sem punição efetiva a áreas de preservação permanente (como as matas ciliares), comprometendo valiosos recursos hídricos; 2) pelo decapeamento do solo e exploração irregular de seus recursos, provocando processos erosivos que causam a perda de cerca de cinquenta toneladas por ano por hectare de terra fértil; 3) pela total inobservância da reserva legal exigida pelo art. 16, 2º e 3º, do Código Florestal (Lei nº 4.771/65); 4) pela caça ilegal e o constante consumo de animais silvestres, além do comércio ilegal destes; 5) pelas constantes queimadas criminosas; 6) pelo uso desregrado de maquinaria agrícola e de agrotóxicos sem os cuidados e precaução mínimos de manuseio; 7) pelo lançamento de poluentes sólidos, líquidos e gasosos de toda sorte no ecossistema cerrado; etc.

O processo de degradação teve início com a transferência e instalação da capital federal no Planalto Central, guiado pelo cego projeto desenvolvimentista, que ignorou, sob o ponto de vista da importância da preservação, os preciosos dados até então granjeados pela Missão Cruls e contidos no Relatório Belcher, que era um verdadeiro mapa do cerrado na região central. O processo degenerativo se avultou de tal forma que, de acordo com os estudiosos,

³ Como registra George Eisten, em *Vegetação do Cerrado*, in *Cerrado: Caracterização, Ocupação e Perspectivas*. Org. por Maria Novaes Pinto. Brasília: Edunb, 1993. p. 71.

⁴ Uma proposta de ecologia humana para o cerrado, in *Cerrado*, cit., p. 570.

⁵ Ibid. p. 11.

perderam-se 37% da vegetação primitiva do cerrado, sendo que apenas 7% mantêm-se preservada e 56% sofrem manejo na pouca cobertura vegetal remanescente, como salienta Washington Novaes,⁶ ex-secretário de Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia do Distrito Federal.

A reversão desse quadro desolador, se possível, ou ao menos sua amenização, passa, necessariamente, pela consciência de que o cerrado, enquanto conjunto integrado por diversos tipos de ecossistemas, insere-se dentro do conceito de meio ambiente, delineado pelo art. 3º da Lei nº 6.938/81. Logo, é bem de uso comum do povo, a teor do art. 225, *caput*, da Constituição Federal; demanda toda atenção pela sua importância para o cenário nacional.

Antes mesmo do advento da Política Nacional do Meio Ambiente e da atual Carta Magna, o Código Florestal, ao enunciar, no seu art. 1º, que *as florestas e demais formas de vegetação reconhecidas de utilidade às terras que revestem são bens de interesse comum de todos os habitantes do País*, já havia dado aquela natureza jurídica ao cerrado, que integra aquele universo vegetal protegido e todo o bioma que o agasalha.

Talvez o menosprezo que sempre existiu a esse tipo de vegetação composta de árvores tortas, não muito vistosas segundo o ponto de vista de alguns, bem como a completa ignorância nacional sobre o conteúdo e a preciosidade do cerrado, tenham adormecido a memória dos constituintes da Carta de 1988, que deixaram de incluí-lo no rol do patrimônio nacional, entre as “províncias vegetacionais” indicadas no art. 225, 4º, da *Norma Normarum*. Tal fato, no entanto, não desconfigura sua natureza jurídica e tampouco real.

Quanto a esse último aspecto, mister se faz lembrar que o cerrado, embora concentrado no Centro-Oeste, acha-se pulverizado por toda a paisagem do Brasil, consoante ensina George Eisten: *A província do cerrado estende-se para fora do Brasil Central em penínsulas: para o norte, cobrindo o sul do Maranhão e o norte do Piauí; para o oeste, como um dedo fino de Rondônia; e para o sul, como uma série de áreas disjuntas cobrindo um quinto do Estado de São Paulo. Também ocorre com áreas pequenas e disjuntas em certas partes do Nordeste, encravadas nas províncias da caatinga ou ao longo da borda entre a caatinga e a floresta atlântica*.

Por derradeiro, releva dizer que a preocupação esboçada nesta tese foi objeto de discussão do 5º Encontro dos Ministérios Públicos do Centro-Oeste, realizado recentemente em Campo Grande/MS, entre os dias 27 e 29 do mês precedente; oportunidade em que, aprovando-se tese apresentada por Roberto Carlos Batista (MPDFT), o plenário, à unanimidade, deliberou a formação de

⁶ Ibid. p. 6.

⁷ Id., Ibid. p. 20.

um grupo integrado por membros dos mencionados Ministérios Públicos, a fim de empreender um movimento pró-cerrado, com o fito de: divulgar a importância do cerrado para todo o País, por intermédio dos diferentes veículos de comunicação; manter um banco de dados com informações referentes ao tema, bem como cópia de iniciais de ações ambientais a ele pertinentes, a serem fornecidas aos Ministérios Públicos interessados de todo o Brasil; encaminhar propostas legislativas versando sobre o assunto em epígrafe; promover eventos regionais e nacionais para o debate de assuntos ligados ao cerrado, com a participação de profissionais de áreas afins como biologia, engenharia florestal, geologia, etc., para o aprofundamento dos profissionais do Ministério Público que atuam na área ambiental; etc.

Conclusão

Destarte, conclui-se:

1) que o cerrado é patrimônio nacional e os participantes deste conclave deverão encaminhar moção ao Congresso Nacional, a fim de que o projeto de emenda constitucional que tramita naquele parlamento sob a responsabilidade de deputado do PT, versando sobre o assunto, seja aprovado, incluindo-o no rol dos ecossistemas indicados no art. 225, § 4º, da atual Carta Magna;

2) que deverá o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios encaminhar à Câmara dos Deputados sugestão de emenda aditiva ao anteprojeto de lei de consolidação da legislação ambiental brasileira, de iniciativa do Poder Executivo Federal, em trâmite naquela Casa Legislativa, para incluir o bioma cerrado no rol dos biomas considerados de patrimônio nacional, de que trata o capítulo VIII do citado anteprojeto.

As Faltas ao Serviço e as Substituições

André Vinícius de Almeida*
Promotor de Justiça

A ausência de um membro do Ministério Público ao serviço não pode ocasionar a interrupção e/ou a não-realização dos trabalhos da instituição.

Da necessidade de regulamentar a situação, e com o escopo de atingir o postulado acima defendido, surgiu a Portaria nº 371, de 23 de julho de 1992, da Procuradoria-Geral de Justiça.

O referido texto, a par de, em seu item 51, estabelecer que “os Órgãos do MPDF devem permanecer no Foro, das 13h30min às 18 horas, diariamente”, disciplina que “as suspeições, impedimentos, faltas ao serviço e outros afastamentos eventuais deverão ser imediatamente comunicados pelo interessado ao substituto legal e ao Procurador-Geral, através da chefia de Gabinete, para fins de substituição automática, sob pena de responsabilidade” (item 48).

Fazemos objeto de nossa discussão a segunda das orientações transcritas.

Cuida-se de medida em tudo saudável, porquanto permite, em tempo hábil, seja providenciada a substituição do membro faltoso, além de dar conhecimento imediato do impedimento ao chefe da instituição.

A comunicação que, à falta de disciplina, entendemos poder ser, inicialmente, informal, permite não somente à administração encetar diligências para conduzir os trabalhos a serem realizados, mas, principalmente, proporciona ao substituto legal a possibilidade de coordenar os seus próprios trabalhos com aqueles que eventualmente deverão ser feitos em substituição.

* A presente tese foi feita em co-autoria com os seguintes promotores de justiça: Doutores Antônio Ezequiel de Araújo Neto, Jair Meurer, José Firmo Reis Soub, Rogério Schietti M. Cruz, Consuelita Valadares Coelho, Maurício Silva Miranda, Augusto César Barbosa de Carvalho, Gaspar Antônio Viegas, Márcia Rocha Cruz, Ana Cláudia M. Melo e Germano Campos Câmara.

Conquanto haja efetivamente medidas que demandam maior urgência do que outras, entendemos ser de idêntica importância todos os trabalhos desempenhados pelos membros do Ministério Público no exercício de suas funções.

Com isso, queremos ressaltar que o Procurador ou Promotor de Justiça, ao programar a sua jornada de trabalho diária, o faz ciente do volume de serviço e da disponibilidade de tempo para realizá-lo, vale dizer, tem conhecimento prévio de sua responsabilidade e de seus compromissos.

Não é novidade, entretanto, depararmos-nos com convocações inesperadas para realização de audiências ou com a distribuição-surpresa de autos de procedimentos administrativos ou judiciais.

O inesperado e a surpresa advêm, tão-somente, da ausência de comunicação prévia do impedimento pelo interessado.

A consequência é igualmente conhecida: a tentativa de coordenar os trabalhos planejados com aqueles que surgiram no último momento raramente é bem sucedida, ficando sempre algo por fazer e causando justamente a não-realização de algum ato por culpa do Ministério Público.

Muitas vezes, por tais motivos, o serviço não realizado é justamente aquele que deveria ser tido por mais urgente.

Entendemos, porém, que a responsabilidade pela não-concretização do trabalho não deve recair sobre o membro-substituto, pego de surpresa que, geralmente envolvido com outras missões institucionais igualmente relevantes e inadiáveis, muitas vezes não tem condições de exercer o “*munus*” adicional.

Defendemos, outrossim, que a ausência de comunicação da falta ao serviço pelo interessado diretamente ao substituto legal não deverá gerar a obrigatoriedade de atuação em substituição automática.

Nessas hipóteses, comunicada a Promotoria-Chefe pelo serviço de apoio administrativo e, por aquele, a Corregedoria-Geral e a Chefia de Gabinete, deverá a última averiguar quais outros membros disponíveis na circunscrição podem desincumbir-se do serviço sem prejuízo de outros trabalhos igualmente relevantes.

Inexistentes estes e não realizada, pois, a medida ou o trabalho, deverão ser adotadas as medidas cabíveis para averiguar a responsabilidade decorrente da falta ao serviço não comunicada com antecedência, nunca, porém, sendo atribuída ao substituto legal não avisado.

Acolhida a presente proposta, sugerimos seja a mesma levada ao conhecimento dos órgãos de Administração Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para a regulamentação adequada.

SISCO – O Sistema de Comunicação das 13ª e 14ª Promotorias de Justiça Criminal de Brasília

André Vinícius de Almeida
Rogério Schietti M. Cruz
Promotores de Justiça

No início de 1997, as 13ª e 14ª Promotorias de Justiça Criminal de Brasília deram início a uma sistemática de trabalho que denominaram de SISCO – Sistema de Comunicação.

Trata-se de um procedimento que tem por objetivo promover a aproximação entre os protagonistas do crime e do processo criminal, em especial o Ministério Público, vítimas, testemunhas e acusados *lato sensu*.

Tem ele três escopos primordiais, a saber:

I – esclarecer aos sujeitos intervenientes no processo criminal os papéis que desempenham na busca da justiça e no cumprimento das leis penais e processuais penais, salientando os seus direitos e deveres;

II – ressaltar o vínculo que se estabelece entre vítimas/testemunhas e o deslinde final do feito, mantendo-se atualizadas as informações quanto aos endereços das mesmas;

III – impedir a instauração de ações penais fadadas ao insucesso por falta de indicativo do paradeiro de vítimas e testemunhas.

Orientações de cunho genérico, anexas, são encaminhadas aos referidos protagonistas por correspondência com aviso de recebimento, o que permite manter atualizado o cadastro de seus endereços e adotar medidas tendentes à sua localização antes da deflagração da ação penal.

O SISCO é composto por rotinas de trabalho, modelos e programas de informática, a seguir discriminados:

I – bancos de dados criados em MS Word for Windows e destinados a permitir impressão de mala direta e relatórios;

II – rotinas de trabalho tendo por destinatários os membros do Ministério Público, estagiários e serviço de apoio envolvidos;

III – modelos de ofícios, panfletos e códigos.

Na prática, o trabalho do membro do Ministério Público limita-se a, quando do exame de qualquer inquérito policial, relacionar as testemunhas e indicar os indiciados e/ou suspeitos, aos quais serão encaminhadas as comunicações apropriadas pelo serviço de apoio.

O controle do recebimento das correspondências, comunicações de alteração de endereço e não-localização de protagonistas, por seu turno, é feito por estagiários.

Os resultados obtidos durante esses meses de utilização do SISCO têm sido deveras relevantes, pois, a par de efetivamente ter contribuído para aproximar o Ministério Público da sociedade, fazendo-o mais conhecido e ativo, permitiu-nos, por vezes, localizar testemunhas e acusados que haviam mudado de residência, facilitando os trabalhos durante a instrução criminal e assim permitindo decisões judiciais mais rápidas e consistentes.

Em conclusão, pois, desejamos propor a adoção do SISCO pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, oficializando e institucionalizando o contato com os protagonistas do processo criminal e do processo civil, no que diz respeito às atribuições do Ministério Público, encaminhando-se nosso estudo como sugestão ao Senhor Procurador-Geral de Justiça.

Anexo 1

A Justiça e o Ministério Público

Este folheto tem por objetivo informá-lo sobre o funcionamento da Justiça Criminal, e esclarecê-lo sobre quais são os direitos e deveres do acusado, da vítima e das testemunhas de um processo criminal.

Quando ocorre um crime, a autoridade policial instaura um inquérito policial, para investigar melhor os fatos. Concluído o inquérito, envia-o à Justiça.

O Promotor de Justiça – que é o representante do *Ministério Público*, órgão independente que, entre outras funções, move ações criminais e fiscaliza a correta aplicação das leis e da Constituição – examina o inquérito policial, a fim de:

1. pedir ao Juiz a instauração do processo criminal, mediante um documento que se chama *denúncia*, no qual é narrado o crime e são indicadas as pessoas que deverão ser ouvidas em Juízo, ou;

2. pedir o arquivamento do inquérito policial, se verificar que não houve crime ou que as provas não são suficientes para instaurar o processo.

Para que o Juiz possa julgar o caso, é necessário que o Promotor de Justiça e o advogado do acusado (réu) tragam as provas dos fatos. Por isso, é muito importante que a vítima e as testemunhas e o próprio acusado do crime digam ao Juiz tudo o que sabem.

Você também deve saber que o Promotor de Justiça, tanto quanto o Juiz, tem o máximo interesse em descobrir a verdade. O Promotor acusa o réu, mas se verificar que ele não é culpado, deve pedir ao Juiz que o absolva.

Se você tem alguma dúvida, deseja alguma informação, ou quer fazer alguma denúncia ou reclamação, dirija-se ao representante do Ministério Público de sua cidade.

Para os processos e inquéritos que tramitam perante a 7ª Vara Criminal de Brasília, você pode procurar os Promotores da 13ª e da 14ª Promotorias Criminais, situadas no 8º andar do Tribunal de Justiça, Anexo I, sala 844, telefones 312-9915, 312-9916 ou 312-9918.

Veja a seguir quais são os direitos e deveres da vítima, das testemunhas e do réu.

Direitos e Deveres

1. Da Vítima:

a) a vítima deve comparecer em Juízo quando recebe uma intimação. Se não comparecer, poderá ser processada por crime de desobediência, além de ser conduzida à força e pagar multa (art. 219 do Código de Processo Penal). Por isso, fica obrigada a comunicar qualquer alteração de seu endereço. Caso contrário, lhe serão aplicadas as mesmas penalidades (art. 224 do CPP);

b) a vítima tem o dever moral de dizer a verdade, pois em muitos casos o seu depoimento é a única prova do fato;

c) a vítima tem o direito de abonar a falta em seu trabalho, em razão de seu comparecimento em Juízo. Basta pedir ao cartório uma declaração para esse fim;

d) a vítima tem o direito de pedir ao Juiz que o seu depoimento seja prestado sem a presença do réu, desde que se sinta ameaçada ou constrangida por ele;

e) a vítima tem o direito de obter a reparação pelo dano causado pelo réu. Embora seja mais fácil aguardar o desfecho do processo criminal, pode a vítima ingressar com ação civil contra o réu, cobrando indenização, mesmo antes de julgada a ação criminal.

2. Da Testemunha:

a) a testemunha deve comparecer em Juízo quando recebe uma intimação. Se não comparecer, poderá ser processada por crime de desobediência, além de ser conduzida à força e pagar multa (art. 219 do Código de Processo Penal). Por isso, fica obrigada a comunicar qualquer alteração de seu endereço, caso contrário, lhe serão aplicadas as mesmas penalidades (art. 224 do CPP);

b) a testemunha tem o dever de dizer a verdade, sob pena de ser processada por crime de falso testemunho, cuja pena varia entre 2 e 6 anos de reclusão (art. 342, parágrafo único, do Código Penal);

c) a testemunha tem o direito a abonar a falta em seu trabalho, em razão de seu comparecimento em Juízo. Basta pedir ao cartório da Vara uma declaração para esse fim;

d) a testemunha tem o direito de pedir ao Juiz que o seu depoimento seja prestado sem a presença do réu, desde que se sinta ameaçada ou constrangida por ele.

3. Do Acusado (Réu)

a) ser assistido por advogado particular ou por defensor público gratuito;

b) ser interrogado pelo Juiz, podendo livremente escolher entre responder às perguntas do Juiz ou permanecer calado;

c) indicar testemunhas ou apresentar provas em seu favor;

d) recorrer da sentença desfavorável;

e) comparecer aos atos do processo e comunicar mudança de seu endereço;

f) ser beneficiado, nas hipóteses permitidas em lei, e com prévia concordância do acusado e seu defensor, pela aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, como forma de evitar o processo criminal, ou pela suspensão do processo, mediante o cumprimento de condições legais.

Anexo 2

Rotinas de Trabalho

Membros do Ministério Público e Estagiários

Ao examinar autos de inquérito policial, independentemente da fase em que se encontram, deverão indicar as testemunhas que pretendem arrolar em uma futura ação penal, para que o serviço de apoio possa encaminhar-lhes correspondência padrão.

Ao serem informados da impossibilidade de localização de testemunhas, em face de mudança de endereço ou fornecimento incompleto ou incorreto do mesmo, deverão os Promotores de Justiça e estagiários encaminhar a respectiva informação ao órgão competente dentro da estrutura do *Parquet* ou à delegacia de polícia responsável pela investigação, para que a mesma possa diligenciar no sentido de localizar a pessoa não encontrada ou produzir prova que venha a substituir aquele depoimento que se pretendia colher em Juízo.

Ao oferecer a peça acusatória ou promover o arquivamento de autos de inquérito policial, comunicar, se assim entender conveniente, aos sujeitos intervenientes a medida adotada e a decisão judicial.

Durante a instrução criminal, ao verificar que aquela testemunha anteriormente advertida dos termos do art. 224 do Código de Processo Penal não foi intimada por ter alterado seu endereço sem a indispensável comunicação, pugnar pela aplicação de multa inscritível em dívida ativa e determinar a instauração de inquérito policial por crime de desobediência (art. 219 do CPP).

Estagiários

Semanalmente, atualizar o banco de dados com o resultado das diligências efetuadas no sentido de localizar vítimas, testemunhas e indiciados, confeccionando relatório pertinente àquelas pessoas que não foram encontradas

por meio de correspondência com aviso de recebimento, e encaminhando o referido relatório aos Promotores de Justiça.

Ao receber inquéritos policiais já submetidos ao SISCO, verificar se as pessoas para as quais foi encaminhada correspondência efetivamente a receberam ou não, indicando a ocorrência nos respectivos autos pelos códigos-padrão.

Serviço de Apoio

Receber autos de inquérito policial em que forem indicadas vítimas, testemunhas ou indiciados como destinatários de correspondência, introduzindo seus nomes e endereços no banco de dados apropriado e imprimindo e encaminhando-lhes mala direta, e indicando tais ocorrências nos autos, através dos códigos padrão.

Receber avisos de recebimento, arquivando-os em pasta própria encaminhada aos estagiários.

Ao receber autos de inquérito policial já submetidos ao SISCO, encaminhá-los aos estagiários para verificação de recebimento das correspondências.

Receber, de vítimas, testemunhas e indiciados, comunicações de alteração de endereço, submetendo tais informações aos Promotores de Justiça.

A Interação dos Órgãos do Ministério Público de Primeiro e Segundo Grau

Roberto Carlos Batista¹

Necessidade de se implementar mecanismo de interação entre os Órgãos de Primeira e Segunda Instância no MPDFT. Conhecimento aos promotores da Remessa dos Autos à Procuradoria para Parecer ou Ciência de Decisão. Defesa da Coletividade e da Garantia das Atribuições do Ministério Público. Preservação dos Princípios Institucionais.

Justificativa

O constituinte de 1998 consagrou, pela primeira vez, na Constituição brasileira, os princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º).

Pelo primeiro deles, entende-se que o Ministério Público constitui uma só instituição. Logo, o órgão de atuação, ao agir, irá “presentá-la”,² sendo impossível a dissociação de ambos. Não há contudo, unidade entre distintos ministérios públicos, pois, como lembra Hugo Nigro Mazzilli,³ “unidade é o conceito de que os promotores do Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe”. Por outro lado, a unidade não autoriza a prática de todo e qualquer ato em nome do *Parquet*, eis que o seu atuar encontra o traçado na lei e divisão de suas atribuições. Tampouco pode ser considerada uma união de todos os Ministérios Públicos. A unidade se verifica no âmbito de cada um deles (do Federal, do Estadual, etc.), como deixa claro o indigitado autor

¹ Titular da 3ª Promotoria de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Público e Social, do MPDFT.

² Não se confunde com representação, que é própria do respectivo Procurador-Geral.

³ *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 48.

paulista,⁴ quando predica: *só há unidade dentro do mesmo Ministério Público. Unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e o dos Estados, nem o de um Estado diante do outro.*

Por indivisibilidade compreende-se que a instituição não é passível de ser seccionada. Os seus membros se substituem um ao outro com liberdade de posicionamento e sem vinculação a pronunciamentos do órgão que precedeu (independência), como lembra Enos da Costa Palma:⁵ *A unidade e a indivisibilidade não implicam a obrigatoriedade de os membros do Ministério Público, que se sucederem no mesmo processo, manterem a mesma opinião, porque tal obrigatoriedade seria o caminho para violentar a consciência daquele que sucede.* Releva assentar, também, que a substituição e a atuação não poderão se dar de forma indiscriminada, devendo atender aos seguintes requisitos apregoados por Paulo César Pinheiro Carneiro:⁶ a) *que haja permissão legal para a substituição;* b) *que o ato decorra de autoridade com atribuição para este fim;* c) *que a substituição se dê para a prática de atos compreendidos no âmbito de atribuição do membro substituído.*

O princípio da independência funcional traduz-se na livre e desembaraçada atuação profissional dos membros do Ministério Público, que só se submetem à própria consciência e aos ditames da lei e da justiça social. A sujeição ao controle dos órgãos superiores e diretivos da instituição se relacionam com sua conduta administrativa ou atos pessoais que conspurquem a probidade e o decoro de sua atuação, consoante ensina o saudoso Hely Lopes Meirelles.⁷

Face a esses princípios, sobretudo no que concerne aos dois primeiros, é que se faz necessário um permanente intercâmbio de informações e contato entre os órgãos de atuação de primeiro e segundo graus de jurisdição, a fim de que o *Parquet* persiga com efetivo rigor o seu posicionamento jurídico ao exercer seus misteres institucionais, espandando a possibilidade da incidência de qualquer preclusão.

Devido ao dimensionamento das funções do Ministério Público, notadamente no âmbito das tutelas coletivas, operou-se um incremento considerável no número de feitos em que sua atuação é indispensável.

⁴ *Regime Jurídico do Ministério Público*, análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, São Paulo : Saraiva, 1993. p. 66.

⁵ *Programas de Princípios Institucionais do Ministério Público*. Liber Juris, 1986. p. 67-8.

⁶ *O Ministério Público no Processo Civil e Penal* : Promotor Natural, Atribuição e Conflito com Base na Constituição de 1988, 5. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 45.

⁷ *Justitia*, 123, 185 e 186, n. 12.

Por outro lado, a especialização de Procuradorias de Justiça no âmbito interno só se iniciou recentemente, e hoje abrange uma parcela mínima de matérias.

Adiciona-se a tal circunstância o fato de ainda não contar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com um mecanismo procedimental de cunho administrativo que permita ao Procurador de Justiça automaticamente contactar o órgão de execução que atuou na primeira instância, tão logo o processo àquele seja encaminhado para parecer ou ciência de decisão colegiada, de modo a possibilitar uma interação dos membros no labor profissional.

Como corolário, inúmeras vezes, em razão das deficiências supra-apontadas e em especial pela peculiaridade e complexidade de certas matérias como: ordem tributária, meio ambiente, patrimônio público e social, consumidor, direitos individuais indisponíveis, etc., bem como a não-especialização total das procuradorias, o órgão de segunda instância permite o trânsito em julgado de decisões completamente incoerentes, que destoam de posicionamentos firmados até mesmo por tribunais superiores, ensejando a formação de lamentáveis precedentes jurisprudenciais.

O mais grave é que, em diversas oportunidades, o *decisum* do órgão *ad quem* repudia aspectos pertinentes às funções institucionais do Ministério Público, como, v.g., a legitimidade para agir, destruindo integralmente todo o árduo trabalho desenvolvido pelo órgão de primeira instância, que tem o *Parquet* como permanente defensor!

Outras vezes, a decisão encerrando tal teor provém da primeira instância e logra confirmação no Tribunal de Justiça, chegando a alcançar trânsito em julgado. O Promotor de Justiça que oficiou perante o primeiro grau sequer toma conhecimento e é surpreendido, em momento posterior, com o retorno dos autos para ciência e arquivamento.

Pelo princípio da independência funcional, a ocorrência de manifestações díspares dos órgãos de execução de primeira instância num mesmo processo ou de posicionamentos diferenciados esboçados pelos órgãos atuantes junto ao segundo grau de jurisdição em relação aos de primeiro, é perfeitamente possível, pois, conforme registrou certa feita o então Corregedor do MPDFT, João Alberto Ramos,⁸ *não há subordinação intelectual entre os membros do Ministério Público*. Ocorre, contudo, que, por vez, determinados entendimentos definitivos redundam em graves vilipêndios a bens e direitos, de cuja defesa se incumbe o Ministério Público, e poderiam ser evitados se houvesse uma interação entre os membros, robustecendo mais a posição, as

⁸ Despacho exarado no PA nº 4/98-84, cuja publicação foi veiculada no âmbito interno por carta do procurador de justiça Rubens Tavares e Sousa, em 18.06.96.

prerrogativas e suas atribuições, no desempenho de atividades judiciais que lhes são tributadas.

Conclusão

Por isso, conclui-se que:

1. a Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios há de implementar um sistema operacional de modo a permitir o conhecimento aos órgãos de execução de primeira instância que hajam oficiado no processo ou, por alguma eventualidade, ao membro correspondente em exercício na Promotoria onde tramitou o feito, da remessa dos autos ao órgão de execução de segunda instância, para parecer ou ciência de decisões, viabilizando a possibilidade de contato, se houver interesse, entre ambos os membros, para o intercâmbio de informações sobre o processo e a matéria nele envolvida, bem como permitindo uma maior reflexão por parte do Promotor, em relação a seu trabalho;

2. a Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios deverá envidar esforços no sentido de acelerar o processo de especialização das Procuradorias de Justiça, para proporcionar aos órgãos de segunda instância maior familiaridade com certas matérias específicas mais recentes, especialmente as ligadas a tutelas coletivas.